

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

VALERIA SCALIA

**Una proposta di ricostruzione degli obblighi
positivi di tutela penale nella giurisprudenza della
Corte europea dei diritti dell'uomo.
L'esempio degli obblighi di protezione del diritto
alla vita (I parte).**

Il presente lavoro mira a delineare una proposta per la ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale elaborati dalla Corte EDU secondo un modello funzionalista ragionato volto a garantire l'effettività dei diritti fondamentali, verificandone la tenuta con riguardo a due distinti settori: quello dei *core rights* (artt. 2, 3 e 4 C.E.D.U.) e quello dei *diritti bilanciabili* (artt. 8 e 10 C.E.D.U.). L'esame critico condotto nel contributo intende valutare la legittimità di tali obblighi, la loro portata e la capacità di incidenza, in termini di giustiziabilità e vincolatività, rispetto all'ordinamento penale nazionale, tenendo conto dei principi generali e delle garanzie che presidiano la materia penale. La prima parte del lavoro tratteggia il modello generale di ricostruzione degli obblighi positivi e delinea quelli promananti dall'art. 2 C.E.D.U., con riguardo alla tutela del diritto alla vita, individuandone brevemente alcune ricadute sul piano nazionale.

A proposal for systematizing positive obligations requiring criminal law protection stemming from ECtHR case-law. The obligations stemming from the right to life as a case study (I part).

This article aims at drafting a proposal for systematizing positive obligations requiring criminal law protection identified by the ECtHR jurisprudence, according to a reasoned functionalist model pursuing the effectiveness of fundamental rights. The feasibility of the proposal will be tested on two different categories of rights: core rights (Arts. 2, 3 and 4 ECHR) and rights subject to balance (Arts. 8 and 10). A critical analysis will be carried out on the legitimacy of such obligations, on their scope and on their impact on national criminal law system, especially in terms of binding efficacy, considering general principles and guarantees in criminal matters. The first part of this article aims at drafting a general model for systematizing positive obligations and outlining the obligations stemming from Article 2 ECHR, concerning the protection of the right to life. It also tries to identify some examples of the impact of such obligations on Italian criminal law system.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Breve ricognizione del dibattito sulla teorica degli obblighi costituzionali di tutela penale nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco - 2.1. La celeberrima pronuncia sulla c.d. *Fristenregelung* in materia di interruzione volontaria della gravidanza - 2.2. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco con riguardo alla dottrina degli obblighi di tutela penale - 3. Un'ipotesi di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale discendenti dalla CEDU: un modello funzionalista ragionato nell'ottica dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali - 3.1. Il paradigma delle valutazioni relative a meritevolezza e bisogno di pena: l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo da *X e Y. c. Paesi Bassi* a *Söderman c. Svezia* - 4. Obblighi positivi di tutela penale relativi ai *core rights* - 4.1. L'obbligo positivo di tutela della vita - 4.2. Obblighi positivi di tutela del diritto alla vita e limiti all'uso della forza (anche potenzialmente letale) - 4.2.1. Ricadute sul piano nazionale: uso legittimo delle armi e legittima difesa domiciliare alla prova dell'art. 2 CEDU - 4.3. Obblighi positivi di tutela del diritto alla vita rispetto a condotte tenute da privati - 4.3.1. Obblighi positivi di tutela *sub a)* - 4.3.2. Obblighi positivi di tutela *sub a)* - 5. Considerazioni conclusive provvisorie. Molte prospettive dinamicamente *in action*

1. *Premessa.* La tutela dei diritti fondamentali nelle sue diverse declinazioni¹, può assumere, come è noto, due diversi ruoli con riguardo al diritto penale².

Il primo, più tradizionale, è quello di limite all'intervento punitivo statale, ica- sticamente descritto con la locuzione «tutela dei diritti fondamentali dal diritto penale». In quest'ottica, pertanto, il potere punitivo statale va limitato, da una parte, nel senso dell'adozione di norme incriminatrici, che minaccino sanzioni penali per la commissione di fatti costituenti un esercizio di tali diritti, costituendone pertanto la negazione, dall'altra, nel senso di operare un giusto bilanciamento, ispirato al rispetto dei principi di necessità e proporzione, tra le esigenze di prevenzione e repressione del crimine e le garanzie del go- dimento dei diritti fondamentali da parte degli individui³.

Il secondo ruolo, per molti versi più problematico, è quello che assegna al diritto penale una funzione, per così dire, *servente* rispetto al godimento dei diritti fondamentali. In altre parole, in queste ipotesi il diritto penale si pone al servizio dei diritti fondamentali, in un'ottica di protezione di beni giuridici ritenuti particolarmente meritevoli, ma anche, in una prospettiva differenziata

¹ Sulla particolare complessità della tematica in esame, specificamente nella sua dimensione multilivello, cfr. MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, in *Il lato oscuro dei diritti umani*, a cura di Meccarelli, Palchetti, Sotis, Madrid, 2014, 9 ss.; COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, ivi, 27 ss.

² Su questi profili, cfr. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., 81 ss.; BARTOLI, *“Chiaro e oscuro” dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, ivi, 137 ss.; DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, ivi, 263 ss.; MANACORDA, *“Dovere di punire”? Gli Obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, ivi, 307 ss.; SCUCCIMARA, *Proteggere o dominare? Sovranità e diritti umani nel dibattito sulla “responsibility to protect”*, ivi, 349 ss.

³ Cfr. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996; alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 468, che afferma come i diritti costituzionali-fondamentali non sono più concepiti esclusivamente come *Abwehrrechte* aventi la funzione di garantire al privato e alla società uno spazio di libertà contro le aggressioni delle autorità statali. Si veda GRASSO, *La prospettiva penalistica (Protezione dei diritti fondamentali e obblighi di tutela penale)*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Atti dell'Incontro di studi (Messina, 26 settembre 2003)*, Milano, 2004, 114 ss.; VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 243 ss.; ID., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 12, 83-84; MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion Pratica*, 2004, giugno, 22, 141 ss. La teorica degli obblighi di tutela penale è stata ampiamente applicata dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, presentando alcuni profili di criticità, cfr. MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte suprema di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón*, in *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di Fronza, Fornasari, Trento, 2009, 31 ss.

ma strettamente connessa, delle vittime delle violazioni occorse.

Il ruolo tradizionale assegnato ai diritti fondamentali, caratteristico di tutto il costituzionalismo moderno, muove da una concezione del diritto penale quale *ius terribile*, in grado di limitare o sopprimere tutti o quasi i diritti fondamentali dell'individuo - la libertà personale, il patrimonio, un tempo addirittura la vita - mediante l'arma della pena⁴. Uno strumento invero irrinunciabile per la difesa della società, ma circondato proprio per la sua natura "terribile" da speciali garanzie contro possibili arbitri del potere statale, che assumono il ruolo di veri e propri principi generali del diritto penale.

La logica sottesa alla seconda concezione, ovvero il diritto penale *servente* rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, nasce dall'idea di fondo per cui il diritto penale non è soltanto uno strumento di compressione dei diritti fondamentali del destinatario della norma penale, ma è - ancor prima - uno strumento di tutela dei diritti fondamentali, ma, in chiave maggiormente ispirata ad una concezione liberale del diritto penale, il mezzo maggiormente incisivo per la protezione dei beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela.

Il diritto penale assumerebbe, dunque, in tale ottica, il ruolo di fondamentale strumento di tutela dei diritti fondamentali in funzione sia preventiva, che repressiva⁵.

⁴ Cfr. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, cit., 84.

⁵ Cfr. MAUGERI, *Fundamental Rights in the European Legal Order, both as a Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4, 374 ss.; XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, London-New York, 2012, *passim*; KLATT, *Positive Obligation under the European Convention on Human Rights*, in *ZaöRV*, 2011, 71, 692 ss.; LAZARUS, *Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?*, in *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, a cura di Zedner, Roberts, Oxford, 2012, 136 ss.; ROGERS, *Applying the Doctrine of Positive Obligations in the European Convention on Human Rights to Domestic Substantive Criminal Law in Domestic Proceedings*, in *Criminal Law Review*, 2003, 690 ss.; STOYANOVA, *The disjunctive structure of positive rights under the European Convention on Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2018, 344 ss.; GRASSO, *La prospettiva penalistica*, cit., 119 ss.; SCALIA, *Profili penalistici e obblighi di tutela nella giurisprudenza della Camera dei diritti dell'uomo per la Bosnia e l'Erzegovina*, Torino, 2009, 51 ss.; BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano, 2003, 27-28; VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 243 ss.; ID., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordinamento penale e fonti non statali*, a cura di Ruga Riva, Milano, 2007, 36 ss. e in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 1, 61 ss.; ID., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, cit., 88 ss.; MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 167 ss.; DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Diritto pubblico e comparato ed europeo*, 2001, 2, 1011 ss.; CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legislazione penale*, 2006, 176 ss.; DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in DE VERO, PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti*, Torino, 2007, 28; ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi*

Tali considerazioni, d'altro canto, si fondano sulla preliminare constatazione in base alla quale sia divenuta sempre più sentita l'esigenza che ad alcuni diritti ritenuti, per così dire, *fondamentali* venga assicurata una protezione rafforzata dalla previsione di precisi "obblighi positivi" di attivazione degli Stati, volti alla prevenzione e repressione delle violazioni di tali diritti⁶.

Un tale bisogno di tutela "rafforzata" troverebbe riconoscimento nell'interpretazione che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha proposto con riguardo all'art. 1 C.E.D.U.⁷, secondo cui i diritti e le libertà della persona umana devono essere rispettati dagli Stati attraverso i loro apparati, mediante la predisposizione di misure preventive e repressive, idonee a scongiurare eventuali violazioni di tali diritti, sia che queste ultime derivino da attività direttamente o indirettamente collegate all'azione statale, sia che esse discendano da condotte tenute da privati (purchè ricadano nell'ambito della giurisdizione dello Stato stesso)⁸. Uno Stato potrebbe, dunque, essere chiamato a rispondere dinanzi alla Corte di Strasburgo per il mancato rispetto dell'obbligo

penali, Torino, 2008, *passim*; BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corriere giuridico*, 1999, 5, 642 ss. Si esprimono criticamente sulla vincolatività di tali obblighi, NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 255 ss.; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 167 ss.; MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 49 ss. Uno scetticismo ragionato contraddistingue altresì la posizione di MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli Obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Stile, Manacorda, Mongillo, Napoli, 2015, 107 ss., che esclude la sussistenza sia di un "dovere di punire", senza diritto di replica da parte degli Stati, sia di un "diritto di punire", spettante alle vittime dei reati nei confronti dello Stato, sottolineando altresì, da una parte, la capacità di resistenza dei grandi principi del diritto penale, dall'altra, una certa sopravvalutazione ed una estensione della categoria degli obblighi di tutela penale, priva tuttavia di una reale incidenza sulle questioni relative alla separazione dei poteri o alle garanzie individuali.

⁶ Cfr. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, 44 ss., che definisce tali obblighi, "obblighi di *facere*" caratterizzati dalla circostanza che essi «non sono espressamente previsti e che appaiono direttamente funzionali alla realizzazione della protezione effettiva delle garanzie individuali», (p. 44).

⁷ SPERDUTI, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europee dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, 814; LEMMENS, *Chapter I - General Survey of the Convention*, in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, a cura di Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, Cambridge, 2018, 11 ss.; SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 90-91.

⁸ Cfr. GRASSO, *La prospettiva penalistica*, cit., 115-116; CLAPHAM, *The "drittwirkung" of the Convention*, in *The European system for the protection of human rights*, a cura di Macdonald, Matscher, Petzold, Dordrecht, 1993, 200 ss.; JACOBS, WHITE, *European Convention on Human Rights*, a cura di Ovey, White, Oxford, 2002, 39.

positivo di apprestare le suddette misure⁹, ove tale inosservanza abbia determinato la lesione di uno dei diritti e delle libertà tutelati dalla Convenzione¹⁰. Con particolare riguardo alle ipotesi nelle quali gli obblighi in parola concernono la materia penale, essi assumono caratteristiche e presupposti peculiari, che vale la pena di ricostruire, muovendo, tuttavia, da alcune necessarie premesse.

Occorre, in primo luogo, constatare che le generali questioni dogmatiche del diritto penale non costituiscono oggetto di una trattazione sistematica da parte dell'istanza giurisdizionale europea, soprattutto in considerazione della particolare natura di "giustizia del caso concreto" che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Posta tale natura, non si può escludere un'efficacia *erga omnes* delle pronunce della stessa Corte¹¹, quanto all'interpretazione dei diritti in essa previsti, ferma restando la permeabilità degli assunti della Corte europea alle specifiche circostanze del caso concreto, che può, di frequente, portare al mutamento di alcuni indirizzi interpretativi, pur in presenza di situazioni per la maggior parte analoghe, che si differenziano, tuttavia, in relazione a puntuali caratteristiche del caso concreto (mediante la tecnica del *distinguishing*)¹².

L'adempimento degli obblighi positivi, invero, incombe su tutte le articolazioni del potere statale, e dunque, sugli organi ai quali sono devoluti potere legislativo, esecutivo e giudiziario (di *law-enforcement* ad ampio spettro)¹³. Se ne deduce, con particolare riguardo all'obbligo gravante sul potere legislativo, che, in alcune ipotesi, i legislatori nazionali abbiano l'obbligo di adottare vere e proprie norme incriminatrici, in quanto la Corte europea ritenga che si tratti dell'unico rimedio idoneo a garantire una tutela effettiva di taluni diritti e libertà protetti dalla Convenzione.

Si sottolinea, conseguentemente, che, in tali casi, l'eventuale omissione da

⁹ Si veda SAPIENZA, *Art. 1 - Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Lavis, 2012, 13 ss., ove si sottolinea, altresì, la natura oggettiva degli obblighi (*objective obligations*) gravanti sugli Stati, che rappresentano «un *unicum* nel panorama della prassi internazionale relativa ai Trattati internazionali, per il loro carattere innovativo, rispetto ai Trattati internazionali di "tipo classico"», ossia idonei a dar vita solamente a obblighi retti dal principio di reciprocità, in quanto capaci di essere invocati da qualunque Stato-Parte, per il solo fatto di essere parte della Convenzione, anche nei confronti di Stati che non siano ancora parti della stessa; SCHABAS, *op. cit.*, 89.

¹⁰ Corte EDU, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 1987, 147.

¹¹ Si vedano, tuttavia, sul punto le considerazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015.

¹² Cfr. MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 133.

¹³ Cfr. SCHABAS, *op. cit.*, 90.

parte degli Stati di prevedere le necessarie disposizioni sanzionatorie a tutela dei diritti previsti determinerebbe un'inosservanza delle norme della C.E.D.U., poste a tutela di essi, che si tradurrebbe, a sua volta, in una sostanziale impunità dei soggetti ritenuti responsabili della violazione perpetrata a danno dei diritti protetti dalla Convenzione.

Nella giurisprudenza più recente della Corte EDU, siffatti obblighi positivi incombenti sul legislatore hanno visto, tra l'altro, una particolare declinazione, con particolare riguardo al requisito della qualità della legge penale, nel senso della sua prevedibilità ed accessibilità, la mancanza delle quali ha portato la stessa Corte a constatare una violazione del principio di legalità nei suoi diversi corollari, sulla base dell'art. 7 C.E.D.U., oppure, in alcuni casi specifici, un contrasto con alcune più puntuali disposizioni a tutela di determinati diritti, le limitazioni al godimento dei quali, come è noto, devono essere previste dalla legge, che è necessario sia connotata dai predetti requisiti, ma più in generale enuncia l'esistenza stessa del *rule of law*¹⁴.

La previsione di obblighi di tutela penale, a livello sovrastatale, può porre una serie di problemi di compatibilità con i sistemi penali, come quello italiano, fondati sul rispetto del principio della legalità dei reati e delle pene¹⁵, che, sebbene formalmente ottemperato dalla previsione del necessario intervento del Parlamento nazionale, verrebbe eluso nella sua sostanza, ove si consentisse che le fondamentali scelte di criminalizzazione fossero demandate ad istituzioni sovranazionali, delle quali viene revocata in dubbio la legittimazione ad imporre vincoli di incriminazione tanto stringenti ai legislatori nazionali¹⁶.

¹⁴ Cfr. ad esempio Corte EDU, 11 giugno 2020, *Baldassi ed altri c. Francia*, ricorsi nn. 15271/16, 15280/16, 15282/16, 15286/16, 15724/16, 15842/16, 16207/16; Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, ricorso n. 43395/09; Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74. In dottrina, cfr. SCHABAS, *op. cit.*, 329 ss.; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero, Viganò, Milano, 2013, 195 ss.; MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 274 ss.; MANES, *Introduzione. La lunga marcia*, cit., 27 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 88 ss.; MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, ivi, 411 ss.; GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010; NICOSIA, *op. cit.*, 56 ss.; BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 249 ss.

¹⁵ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 85-86.

¹⁶ Come è noto problemi analoghi si sono posti con riguardo all'esistenza e alla legittimazione di obblighi comunitari di tutela penale, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha modificato gli assetti dei rapporti tra diritto penale e diritto euro-unitario, attribuendo alla stessa Unione una competenza penale indiretta ai sensi dell'art. 83 T.F.U.E., rendendo il problema del c.d. *deficit democratico* delle istituzioni europee meno significativo, GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze*

A quest'ultimo riguardo, poi, nell'ambito della tematica degli obblighi positivi di tutela, rimane sullo sfondo il più ampio dibattito concernente l'incidenza della *judge-made law* sul diritto penale, che, come è noto, è divenuta progressivamente più ampia anche e soprattutto ad opera del ruolo svolto dalle Corti europee.

Le questioni di legittimazione del sistema C.E.D.U., e della Corte europea dei diritti dell'uomo, a prevedere obblighi positivi di tutela penale vincolanti per i legislatori nazionali vanno vagliate inoltre tenendo conto del rischio di cristallizzare giudizi di disvalore morale o etico dominanti (o largamente prevalenti) in un dato momento storico ed in una certa area geografica, con la conseguenza di poter innescare, se non adeguatamente controllati e razionalizzati, processi di stigmatizzazione criminale di condotte umane ritenute devianti rispetto alla morale dominante. Occorre, allora, verificare come la giurisprudenza della Corte EDU si sia posta rispetto a siffatti temi, accertando che essa abbia sviluppato anticorpi sufficienti a fugare tale rischio.

In questo contesto, la riflessione non può non portare al più ampio dibattito relativo alla necessaria portata offensiva di beni giuridici propria dei compor-

dell'Unione, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di Bertolino, Eusebi, Forti, vol. IV, Napoli, 2011, 2326 ss.; SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea*, ivi, 2626 ss.; ID., "Eppur si muove!": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di Grasso, Sicurella, Milano, 2008, 216 ss.; ARROYO ZAPATERO, *Politica criminale e Stato di diritto nelle società contemporanee*, in *Europa e diritto penale*, cit., 1 ss.; BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, ivi, 69 ss.; SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, ivi, 33 ss.; VIGANÒ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più problematica)*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 369-370; SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 170 ss. Per qualche rilievo sul dibattito precedente, si vedano, *ex multis* GRASSO, *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso, Sicurella, Milano, 2007, 68 ss.; SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, ivi, 291 ss.; VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in *L'evoluzione del diritto penale europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso, Picotti, Sicurella, Milano, 2011, 133 ss. In senso critico, SOTIS, *Obblighi comunitari e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 171 ss.; DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela penale*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, cit., 285 ss. Di recente ricostruisce l'evoluzione di tale dibattito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il volume collettaneo a cura Mitsilegas, Di Martino, Mancano, *The Court of Justice and European Criminal Law*, Oxford, 2019, in particolare p. 107 ss.; volendo SCALIA, *Sincere cooperation and legislature in criminal matters*, in *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU*, a cura di Sicurella, Mitsilegas, Parizot, Lucifora, Milano, 2017, 295 ss.

tamenti suscettibili di criminalizzazione, che pertanto deve rappresentare un parametro indispensabile di valutazione degli obblighi positivi di tutela penale, individuati dalla Corte di Strasburgo. Autorevolmente si è fatto riferimento al principio del danno, come tutela di un “minimo etico” essenziale per garantire le condizioni fondamentali della convivenza¹⁷, sul quale è possibile pertanto costruire un ampio consenso, culturalmente trasversale, tendenzialmente riferibile ai danni a beni *fundamentalissimi*, quali la vita, l’integrità fisica, l’integrità sessuale, la libertà personale, la dignità¹⁸.

Si tratta di un parametro di legittimazione dell’intervento penale che si accompagna necessariamente alla concezione sulla funzione della pena, che si intende prediligere, comportando conseguenze differenti, a seconda che ci si muova lungo una direttrice di carattere retributivo, a sfondo moralistico-eticizzante ovvero si attribuisca all’obbligo positivo di tutela (ed alla sanzione penale ad esso collegata) una funzione di prevenzione potendosi ulteriormente distinguere tra generale e speciale, con tendenza al carattere risocializzante della stessa pena, strettamente correlato, quest’ultimo, all’affermazione di una responsabilità penale personale e colpevole.

In altre parole, una volta individuato lo scopo che la previsione di tali obblighi di tutela persegue secondo la giurisprudenza della Corte europea, potrebbe essere più semplice ricostruire i limiti di legittimazione ai quali essi sono sottoposti.

Nell’ambito della giurisprudenza della Corte europea, inoltre, i concetti di reato e pena assumono una portata sostanziale, risalendo al concetto di “materia penale”, all’interno del quale i c.d. criteri *Engel*, così come (più o meno) progressivamente specificati in una serie di successive pronunce, individuano gli indici rivelatori dell’appartenenza di una determinata sanzione al campo della “materia penale”¹⁹.

¹⁷ Si tratta del pensiero di J. Feinberg, sul quale cfr. le osservazioni di FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008, 156 ss.; FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, ivi, 43 ss.

¹⁸ PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 89, che sottolinea come «il diritto penale, che nel suo nucleo essenziale ed originario si occupa del male, nasce su un terreno che ha a che fare con le condizioni minimali di una convivenza che intenda mettere al bando pratiche di sopraffazione, di crudeltà, di negazione dell’altro. Appunto a condizioni minimali quello che è stato definito il messaggio essenziale dei diritti umani: “un trattamento disumano non ha scusanti”». Si crea così una consonanza con la Costituzione italiana, nel senso di una rispondenza assiologica e normativa a un complesso di regole-principi di rilevanza costituzionale a livello sovra-statale, cfr. DONINI, *Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, cit., 231.

¹⁹ Si tratta, come è noto, di tematica vastissima, dai molteplici profili problematici e dalle numerose

La dottrina maggioritaria tende ad inquadrare gli obblighi positivi di tutela penale elaborati dalla Corte EDU in una costruzione penalistica funzionalmente volta a raggiungere obiettivi di prevenzione generale negativa, in chiave di deterrenza²⁰. In altre parole, si ritiene che la previsione degli obblighi positivi di tutela penale, in particolare con riguardo a quelli incombenti sul legislatore, abbia come obiettivo esclusivo quello di dissuadere i consociati dal commettere i comportamenti oggetto dell'obbligo di criminalizzazione sotto la minaccia della pena. Il valore aggiunto, pertanto, del ricorso al diritto penale ed alla sanzione penale, in particolare, ritenuto in alcune circostanze necessario per una protezione effettiva dei diritti tutelati dalla Convenzione EDU, sarebbe rappresentato proprio dall'efficacia deterrente che la minaccia della pena riesce a spiegare rispetto ad altri strumenti sanzionatori extra-penali, per la sua natura stigmatizzante rispetto alle condotte punite.

Stando alla ristretta considerazione della formulazione di tali obblighi positivi, in effetti, tali rilievi sembrano cogliere nel segno.

Una contestualizzazione degli obblighi positivi di tutela penale nel quadro generale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rilevante per la materia penale, ed in particolare facendo riferimento all'approccio relativo alla funzione della pena, ma anche alla rilevanza assunta dal principio di colpevolezza, dimostra, tuttavia, il ruolo significativo attribuito alla funzione di prevenzione speciale, nell'ottica della rieducazione e risocializzazione, sia nella fase della commisurazione della pena, sia nella fase dell'esecuzione della

ricadute sul piano nazionale, ai quali non è possibile, in questa sede, neanche accennare. La letteratura al riguardo è molto ampia, si vedano di recente con un approccio poliedrico alle diverse questioni, il volume collettaneo a cura di Donini, Foffani, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018 e quello a cura di Sieber, *Prevention, Investigation, and Sanctioning of Economic Crime. Alternative Control Regimes and Human Rights Limitations (International Colloquium Section III, Freiburg, 18-20 June 2018)*, in *International Review of Criminal Law*, 2019, 2. Si vedano con accenti più specifici MAUGERI, *The Concept of Criminal Matter in the European Courts' Case Law - The Protection of Fundamental Principles v. Political Compromise*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 1, 4 ss.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

²⁰ Si veda BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., 202-203. L'A. rileva come venga accordato un rilievo secondario alle finalità di prevenzione speciale, considerato che sono rari in tali sentenze i riferimenti alle finalità di reinserimento sociale. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo, precisa infatti ancora l'A., non è volta ad accertare responsabilità penali individuali, poiché si sviluppa da ricorsi presentati da singoli individui a far valere la responsabilità dello Stato per violazioni ai loro diritti fondamentali. La Corte, dunque, si soffermerebbe, secondo l'A., maggiormente sulle esigenze e gli interessi della vittima, a differenza di quanto accade nel processo penale; ID., *Art. 2 - Diritto alla vita*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 43 ss.; ROGERS, *Applying the Doctrine of Positive Obligations in the European Convention on Human Rights*, cit., 692 ss.

stessa, come emerge dalle pronunce relative al c.d. ergastolo ostativo²¹, ma anche alle misure di sicurezza²², al sovraffollamento carcerario e, più in generale, alle condizioni di detenzione (che riservano un'attenzione specifica, ad esempio, alla tutela della salute)²³. Nello stesso senso sembra orientata la medesima giurisprudenza con riguardo al principio di colpevolezza²⁴, nonostante ancora l'indirizzo non sia perfettamente consolidato²⁵, in relazione alla più ristretta disciplina della conoscibilità del precetto penale²⁶.

L'ampliamento della prospettiva con riguardo all'esame degli obblighi positivi di tutela penale discendenti dal sistema C.E.D.U., con particolare riguardo al legislatore penale²⁷, non rende superflua una cursoria analisi della giurisprudenza costituzionale, in particolare del Tribunale costituzionale tedesco, dalla

²¹ Cfr. da ultimo Corte EDU, 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 77633/16; Corte EDU, 12 marzo 2019, *Petukhov c. Ucraina (n. 2)*, ricorso n. 41216/13; Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis ed altri c. Lituania*, ricorsi nn. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 60115/13, 69425/13; Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10511/10; Corte EDU, 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, ricorsi nn. 15018/11, 61199/12; Corte EDU, 20 maggio 2014, *László Magyar c. Ungheria*, ricorso n. 73593/10; Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n. 2)*, ricorsi nn. 24069/03, 197/04, 6201/06; 10464/07; Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ricorsi nn. 66069/09, 130/10, 3896/10; Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ricorso n. 21906/04.

²² Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ricorso n. 19359/04, relativa alla misura della *Sicherungsverwahrung*, in particolare par. 128 ss., ove si fa riferimento ad un'individualizzazione del trattamento.

²³ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, successivamente con riguardo all'Italia, anche la decisione Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella ed altri c. Italia*, ricorsi nn. 49169/09, 54908/09, 55156/09, 61443/09, 61446/09, 61457/09, 7206/10, 15313/10, 37047/10, 56614/10; Corte EDU, 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgio*, ricorso n. 64682/09; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Nashkov ed altri c. Bulgaria*, ricorsi nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13; Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga ed altri c. Ungheria*, ricorsi nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13; Corte EDU, 8 dicembre 2015, *Mironovas ed altri c. Lituania*, ricorsi nn. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 e 70065/13; Corte EDU, 29 gennaio 2019, *Nikitin ed altri c. Estonia*, ricorsi nn. 23226/16 e altri 6; Corte EDU, 3 dicembre 2019, *Petrescu c. Portogallo*, ricorso n. 23190/17.

²⁴ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, ricorso n. 75909/01; Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07, 19029/11.

²⁵ Corte EDU, 07 ottobre 1998, *Salabiaku c. Francia*, ricorso n. 10519/83; Corte EDU, 30 agosto 2011, *G. c. Regno Unito*, ricorso n. 37334/08.

²⁶ Si vedano la giurisprudenza e la letteratura citate nella nota 14.

²⁷ Opera una distinzione tra gli obblighi incombenti sul legislatore SZCZEKALLE, *Funktion der Grundrechte*, in *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, a cura di Heselhaus, Nowak, München, 2016, 200-201, che teorizza obblighi di controllo (*Beobachtungspflichten*) e obblighi di miglioramento (*Nachbesserungspflichten*). I primi imporrebbero al legislatore di verificare l'evoluzione del quadro normativo esistente, in modo da aggiornarlo alle esigenze derivanti dalla protezione dei diritti fondamentali. I secondi, attinenti alla fase successiva, richiederebbero un miglioramento del quadro normativo esistente nei casi in cui l'adempimento degli obblighi di controllo ne dimostri la necessità

quale prende le mosse la teorica degli *Schutzpflichten*, seppur nel diverso contesto costituzionale nazionale (cfr. §§ 2, 2.1. e 2.2.).

Occorre, tuttavia, considerare come la precettività e la vincolatività di questi ultimi obblighi di protezione assumano una dimensione completamente diversa, che va rapportata al grado di incidenza riconosciuto alla C.E.D.U. all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, ponendo, pertanto, problemi meno pressanti rispetto agli obblighi elaborati sul piano costituzionale interno, con riguardo al rispetto dei principi dello Stato dello diritto, sia nel senso della riserva di legge, sia in relazione alla separazione dei poteri.

L'analisi preliminare della ricostruzione di obblighi di protezione da parte del BverfG sarà funzionale, pertanto, ad un esame successivo degli obblighi positivi di tutela penale, elaborati dalla Corte EDU, sia nei casi di mancanza di un quadro normativo idoneo a garantire una protezione effettiva ai diritti fondamentali previsti dalla Convenzione, sia nelle ipotesi di arretramento (nel senso della depenalizzazione, ovvero dell'introduzione di cause di non punibilità, latamente intese) della tutela penale, con situazioni rapportabili quindi ad una sorta di inadempimento di obblighi di tutela adeguata rispetto a determinati beni giuridici. Un'attenzione limitata sarà invece dedicata ai c.d. obblighi procedurali, che, pur rappresentando in termini di grandezze numeriche, le ipotesi più frequenti delineate dalla Corte EDU pongono questioni parzialmente differenti. Sulla base delle predette premesse e dell'esame della giurisprudenza del BverfG, si tenterà di delineare un modello generale di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale emergente dal sistema C.E.D.U., che può tuttavia declinarsi in modo parzialmente diverso nel settore dei c.d. *core rights* ed in quello dei *diritti bilanciabili* (cfr. §§ 3 e 3.1.).

Cercheremo quindi di testare la tenuta della ricostruzione operata rispetto ai due potenziali diversi settori di tutela dei diritti. Quello relativo ai quei *core rights*, ai quali abbiamo già fatto riferimento, che sono costruiti, nella stessa logica del sistema C.E.D.U., quali diritti assoluti, che non ammettono tendenzialmente bilanciamenti (art. 2, con l'eccezione dell'uso della forza letale nei casi di assoluta necessità, fatte salve le questioni c.d. eticamente sensibili, con riguardo alle quali la Corte è piuttosto cauta nella formulazione di obblighi positivi di tutela, art. 3, art. 4), neanche in situazioni eccezionali (art. 15 C.E.D.U.)²⁸. Potremmo dire quindi, con riguardo a tale categoria di diritti

²⁸ Cfr. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 93, che mette in evidenza come «la rilevanza specifica dei diritti umani sta nel peso ad essi attribuito: da un lato l'esigenza di tutela penale, che l'ideologia liberale corrente incorpora nel principio (o meglio, idea regolativa) della *stretta necessità*, può irrigidirsi in *necessità obbligante*; dall'altro, il limite all'intervento penale rappresentato dal diritto umano, preten-

come si tratti di questioni di *fondamento* e *sostanza* di essi²⁹.

Nella prima parte del presente lavoro saranno esaminati più in dettaglio i profili concernenti gli obblighi positivi promananti dall'art. 2 C.E.D.U. (cfr. § 4.1. ss.). Rinviando un'analisi più puntuale degli obblighi discendenti dai divieti di sottoposizione alla tortura e a pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3), nonché alla schiavitù ed ai lavori forzati (art. 4) alla seconda parte del lavoro.

L'altro settore, invece, concernente alcuni diritti che pur caratterizzati da una significativa importanza anche sulla base dell'interpretazione emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, ammettono forme di limitazione (si pensi esemplificativamente agli artt. 8 e 10)³⁰, purchè siano rispettate alcune stringenti condizioni (previa previsione normativa, perseguimento di uno scopo legittimo, necessità e proporzione della limitazione). In questi casi, si discute invece maggiormente di *giustificazione* e di *tendenza*. Anche tali questioni saranno oggetto di maggiore approfondimento nella seconda parte del presente lavoro.

Quest'ultimo settore di tutela mette in luce la stretta correlazione esistente tra le due funzioni, di difesa e di protezione, spiegate dai diritti fondamentali rispetto alle garanzie del cittadino e le ripercussioni che essa riesce a comportare con riguardo al diritto penale, ove ad essere in gioco siano diritti e libertà, che solo indirettamente appaiono quali promanazione della dignità umana e dell'integrità fisica e morale, con conseguenze particolarmente significative in merito alla legittimazione di obblighi positivi di tutela penale, che invece risulta maggiormente fondata in casi di violazione diretta di diritti *fundamentalissimi*, quali la vita, l'integrità fisica e sessuale, la libertà personale e la dignità umana³¹. Per tale ragione il modello generale della proposta di ricostruzione

de di valere come *invalicabile*.

²⁹ MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, cit., 22.

³⁰ PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 90, che osserva come «i diritti nei *bill of rights* appaiono «solcati da antinomie deontiche che frustrano qualsiasi tentativo di dar loro una fondazione coerente e unitaria», e che escludono possa riconoscersi fondamento e valore assoluto a diritti antinomici»; TE-SAURO, *Corte EDU e Corte Costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. Parte prima: Il bilanciamento ad hoc (o caso per caso)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2019.

³¹ Si tratta di valori ed interessi primari ed indiscutibili sui quali si riscontra un diffuso consenso a considerarli particolarmente meritevoli della protezione del diritto penale, cfr. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 1, 69 ss., che individua nella dignità umana «il valore o meta-valore che viene per lo più evocato come oggetto di protezione penale [...] che ispira e pervade l'opera della Corte europea dei diritti». L'A. precisa, infatti, che il nocciolo duro dei diritti fondamentali sui quali converge un generalizzato

degli obblighi positivi di tutela prenderà le mosse anche dalle pronunce della Corte EDU relative a tale settore, al fine di individuare caratteristiche comuni alle due categorie di obblighi, pur nella differenziazione che continua a permanere su alcuni profili.

Con quest'ultimo profilo, ci sembra che il riportare al centro della tutela penale la persona umana e i beni ad essa consustanziali possa rappresentare un'inversione di tendenza rispetto alle derive postmoderne che il diritto penale sembra aver intrapreso in alcuni ambiti in particolare, con correlativa svalutazione progressiva dei suoi connotati classici, muovendo dal presupposto della necessaria centralità della persona e dei suoi diritti fondamentali, quale *condicio sine qua non* di sistemi che possano definirsi autenticamente democratici³².

2. Breve ricognizione sulla teorica degli obblighi di tutela penale nell'ordinamento tedesco

L'esigenza di inquadrare la questione relativa alla legittimità e alla sistematizzazione degli obblighi positivi di tutela penale elaborati dalla Corte EDU nel precedente e più ampio dibattito concernente la previsione di obblighi di tutela penale emergenti dalle Costituzioni nazionali nasce dalla necessità di rielaborare tale questione, da una parte, in chiave penalistica, dall'altra, in un contesto multilivello, ovvero di rapporti tra fonti normative (con innegabili ricadute in termini di vincolatività delle stesse), che pone problemi parzialmente nuovi e diversi rispetto a quelli delineatisi nel passato³³.

consenso a ritenerli legittimamente oggetto di tutela penale (ovvero il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposti a tortura, l'integrità psico-fisica) rappresenta la poliedrica manifestazione del concetto più generale di dignità umana che, se da una parte ha una straordinaria forza catalizzatrice del consenso generale, dall'altra, tuttavia, per la stessa ragione, potrebbe essere ridotto a mero contenitore in cui sussumere qualsiasi valore che si desidera tutelare penalmente. Il pericolo paventato dall'A. è quello di trovarsi di fronte ad un diritto penale unico o fortemente armonizzato a livello europeo, che potrebbe avere il pregio di creare una difesa efficace dei valori fondamentali suddetti, che, in sostanza, assumerebbero il ruolo di principi fondanti una più generale identità culturale e valoristica europea, ma potrebbe anche assumere i contorni di «uno strumento autoritario di affermazione e convalida di valori condivisi, col rischio di trasformare gli autori dei reati in 'nemici' esterni della comunità e a discapito sia delle esigenze di garanzia del singolo delinquente, sia della reale efficacia dissuasivo-repressiva della risposta penale».

³² Cfr. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, cit., 64. Si vedano anche recentemente in questo senso i documenti Joint Communication to the European Parliament and the Council - *EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024*, Brussels, 25.03.2020, JOIN(2020)5 final e l'*Annex* in particolare, p. 2, ove viene evidenziato lo stretto nesso intercorrente tra rispetto dei diritti dei singoli individui e garanzia del *rule of law*.

³³ Sul dibattito interno alla dottrina italiana concernente l'esistenza di obblighi costituzionali impliciti di

Nel contesto del dibattito nazionale relativo alla previsione di obblighi di tutela penale emergenti dalla Costituzione un ruolo preminente è stato giocato dal Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*), che, muovendo da un approccio particolarmente deciso nell'elaborazione di tali obblighi, ha poi virato verso una formulazione maggiormente flessibile, che si è incentrata sugli opposti, ma correlati, concetti di *Untermaßverbot* e *Übermaßverbot*. Tali concetti, infatti, prevedono due divieti tra loro speculari. Il primo evita che ci si accontenti di una protezione troppo ridotta, ovvero sproporzionata per difetto; il secondo impedisce una tutela eccessivamente ampia, ovvero sproporzionata per eccesso. L'elaborazione di tali concetti, se trasposta sul piano penalistico, non può che richiamare, come accennato *supra*, le questioni attinenti alla protezione dei beni giuridici. I due concetti delineati dal Tribunale costituzionale tedesco, infatti, prendendo le mosse dal parametro della meritevolezza attengono al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità dell'intervento punitivo statale, in una visione ampia che tiene conto non solo delle norme penali, ma anche di quelle extra-penali, appunto nell'ottica del carattere sussidiario del ricorso al diritto penale.

I due divieti in esame corrispondono, nella visione del Tribunale costituzionale tedesco, al duplice ruolo assegnato ai diritti fondamentali nei confronti del diritto penale. Con riguardo alla concezione classica dei diritti fondamentali, quali diritti di difesa, l'*Übermaßverbot* segna il confine oltre il quale interventi punitivi statali superano la proporzione, ovvero la misura adeguata di tutela, tenendo conto in prima battuta, ma non solo, del rango del bene giuridico e del grado di gravità delle condotte da sottoporre a pena. In relazione alla concezione dei diritti fondamentali, come oggetto di doveri di protezione, l'elaborazione dell'*Untermaßverbot* restringe il margine di manovra del legislatore, richiedendo un'azione protettiva, svolgendo pertanto una funzione di pressione (in caso di mancanza assoluta di misure di protezione), ma anche di conservazione di certi livelli di tutela di beni giuridici ritenuti particolarmente importanti (nel caso di soppressione, in seguito ad abrogazione o depenalizzazione, o abbassamento di misure protettive esistenti, per esempio mediante l'introduzione di cause di esclusione della responsabilità penale latamente intese, ma, in particolare, di cause di giustificazione in senso stretto).

tutela penale, cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Studi in onore di G. Delitala*, Milano, 1984, 1239 ss.; PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Pizzorusso, Varano, Milano, 1985, 602 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 506 ss.

2.1. La celeberrima pronuncia sulla c.d. Fristenregelung in materia di interruzione volontaria della gravidanza

È stato sostenuto da Dietlein³⁴, come gli obblighi di protezione che il BverfG ricavava dal contenuto giuridico oggettivo dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, nella sua giurisprudenza originaria in materia, obbligassero, sulla base di quanto previsto dall'art. 1 della Costituzione tedesca, sia il potere legislativo, nella misura in cui essi restringevano pesantemente il margine di discrezionalità riservato al legislatore; sia il potere esecutivo, in quanto essi potevano limitare il margine di azione degli organi esecutivi nell'adempimento delle norme poste dai diritti fondamentali e possono vincolare tali organi ad apprestare protezione nel caso concreto; sia infine gli organi giudiziari, che avrebbero dovuto verificare la corretta attuazione da parte degli altri poteri dello Stato degli obblighi di tutela dei diritti fondamentali.

Riprendendo il pensiero di autori precedenti (come Isensee, Stern e Ossenbühl), si sottolineava come, con la nuova funzione attribuita ai diritti fondamentali (*Schutzfunktion*), il Tribunale costituzionale abbia operato un cambio di ruolo dello Stato rispetto a tali diritti da *Grundrechtsgegner* a *Grundrechtsfreund* e *Grundrechtsgarant*³⁵. In particolare, un peso significativo era stato attribuito dalla *BverfG* alla dignità umana (art. 1 GG, co. 1, in combinato con l'art. 79, co. 3, GG), che rappresenta il valore supremo della Costituzione tedesca. Proprio in considerazione della particolare rilevanza di tale bene e del suo collegamento con altri diritti e libertà fondamentali protetti dalla Costituzione, riteneva che la protezione rafforzata accordata alla dignità umana mediante la previsione di obblighi di tutela in capo agli organi dello Stato potesse *propagarsi* anche a beni giuridici strettamente collegati ad essa, ovvero a quei beni che attengono al nucleo stesso della dignità umana (*Menschenwürdekern*). La natura non meramente programmatica, infatti, della disposizione posta a tutela della dignità umana si evincerebbe sia dalla formulazione dell'art. 1, co. 1, GG, sia dalla clausola di invariabilità della Costituzione prevista dall'art. 79, co. 3, GG.

Avremo modo di osservare come occorra prestare un'attenzione particolare alla valutazione del concetto di dignità umana ed alla sua portata³⁶, soprattutto

³⁴ Cfr. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 2005.

³⁵ Ancora DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit., 18.

³⁶ Si veda ad esempio FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, 27 ss., ove si mette in evidenza l'ambiguità concettuale del termine nel linguaggio comune sottolineando come possa «trattarsi

ove da essa si facciano scaturire obblighi di criminalizzazione, per evitare il rischio che diventi un concetto fagocitante e omnicomprensivo, con la conseguenza di legittimare anche spinte illiberali ed autoritarie.

Il problema si pose, in particolare, proprio con riguardo alla tutela della dignità umana e della vita in relazione alla disciplina dell'interruzione della gravidanza, che, in diversi Paesi europei (ma anche negli Stati Uniti), fu sottoposta nel corso degli anni '70 e '80 a notevoli modifiche, che prevedevano principalmente la riduzione dell'area del penalmente rilevante rispetto alle precedenti indicazioni normative, nell'ottica di recepire le nuove tendenze emergenti dai mutamenti sociali e culturali, che serpeggiavano in ambito europeo. Sulla base di tali mutamenti, in diverse legislazioni nazionali venne ampliata l'area della non punibilità, prospettandosi due diversi modelli: quello secondo indicazioni e quello secondo termini o anche modelli misti. In particolare, nella disciplina proposta nell'ordinamento tedesco nel 1974 veniva esclusa la punibilità delle ipotesi di interruzione della gravidanza compiute da un medico con il consenso della donna nell'arco delle prime dodici settimane di gravidanza, in presenza di talune circostanze e condizioni, atte a rendere la condotta di interruzione suscettibile di sanzione penale, anche sulla scorta di valutazioni politico-criminali operate dai legislatori nazionali, volte, da una parte, a riconoscere la sostanziale inefficacia delle sanzioni penali previste dalle precedenti previsioni normative sia in termini di prevenzione degli aborti ille-

dell'alternativa tra eguaglianza e diseguaglianza in cui può risolversi la diversità del singolo; può trattarsi dell'individuazione delle condizioni che la maggioranza ritiene essenziali per riconoscere dignità al singolo; può trattarsi della correlazione tra dignità e raggiungimento di certe condizioni o ruoli sociali e/o di censo, spesso difficilmente accessibili». Vaghezza concettuale che si ripercuote altresì in una sua costituzionalizzazione in termini diversi nei vari ordinamenti. Un ancoraggio allora di un sostrato di concretezza idoneo a scongiurare un uso negativo del concetto in esame (ove rimesso a suggestioni eminentemente etico-filosofiche o moraleggianti) viene identificato dall'A. in alcune direttrici. La prima riposa sul legame tra dignità e idea di persona, nel senso che la prima rappresenta un attributo ed una qualificazione della persona in quanto tale (quindi di tutte le persone), che prescinde dalle condizioni concrete di ciascuno. La seconda attiene al suo riferimento specifico alle caratteristiche e alle condizioni della persona in concreto, alle sue relazioni con gli altri, ai diritti che le sono riconosciuti o negati ed ai doveri loro correlati, alle scelte di vita che la persona compie e ai loro riflessi sulla valutazione degli altri. Dalla dialettica tra tali direttrici nascerebbe pertanto un concetto di dignità maggiormente concreto, idonea a fondare il carattere universale dei diritti fondamentali, ma allo stesso tempo adeguato (nella sua dimensione più specifica) al progressivo sviluppo nell'evoluzione sociale, culturale, economica e giuridica che porta poi alla costituzionalizzazione, ma anche all'applicazione da parte della giurisprudenza. Cfr. D. Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 87 ss. Così anche la logica dicotomica universalità/effettività, concettualizzata con riguardo al carattere dei diritti umani da N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 67, con un approccio scettico rispetto alla capacità di protezione e riconoscimento in concreto di tali diritti. Si veda anche più in generale sulle dicotomie che caratterizzano l'affermazione dei diritti umani ed il loro riconoscimento, P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, cit., p. 74 ss.

gali, sia in termini di repressione di questi ultimi, in presenza di un'elevatissima cifra nera, e, dall'altra, ad apprestare una maggiore tutela alla salute ed alla libertà di autodeterminazione della gestante, tentando di operare in tal modo un più equilibrato bilanciamento con l'altrettanto fondamentale interesse alla protezione della vita del nascituro. La previsione di tali nuove indicazioni normative, tuttavia, venne accolta da aspre critiche, fondate per lo più sulla presunta violazione di obblighi impliciti di tutela penale del bene della vita scaturenti dalla Costituzione, l'adempimento dei quali avrebbe dovuto avere l'effetto di impedire al legislatore ordinario di ampliare le "zone di impunità" per le condotte abortive, così abbassando eccessivamente il livello di tutela del diritto alla vita del nascituro, in violazione dell'*Untermaßverbot*.

Significative a tale ultimo riguardo risultano le argomentazioni sostenute BVerfG tedesco nella celeberrima sentenza del 25 febbraio 1975³⁷, con la quale venne impedita l'effettiva entrata in vigore della disciplina di modifica dell'interruzione della gravidanza, contenente la c.d. disciplina secondo termini (*Fristenregelung*), in quanto ritenuta contraria agli artt. 2, co. 2, e 1, co.1, della Costituzione tedesca.

Secondo l'impostazione argomentativa fatta propria dall'ordinanza di rimessione alla Corte, la Costituzione negli artt. 1 e 2, co. 2, avrebbe operato una scelta di valore a favore della vita. Conseguentemente, una riforma del codice penale ispirata al sistema dei diritti fondamentali avrebbe dovuto configurare le norme sull'interruzione della gravidanza in modo tale da garantire la protezione della vita in formazione. A tal fine la nuova disciplina avrebbe dovuto soddisfare il principio della inviolabilità della vita in formazione, ma contemporaneamente raggiungere un compromesso tra il diritto del bambino ancora non nato e la dignità e la salute della gestante, come il suo diritto al libero sviluppo della personalità. Nella predetta ordinanza veniva ulteriormente precisato come l'art. 2, co. 2, GG non contenesse soltanto un diritto di difesa contro interventi dello Stato, bensì costituisse contemporaneamente la base per una pretesa positiva di tutela nei confronti dello Stato stesso. L'obbligo di tutela avrebbe potuto essere dedotto dalla scelta fondamentale di valori contenuta nella Costituzione a favore della vita in formazione, la cui specifica funzione sarebbe stata quella di rendere efficace la valutazione espressa nello stesso art. 2, co. 2, come estrinsecazione della dignità umana, anche nei rap-

³⁷ BVerfG, Urteil der Ersten Senats vom 25 Februar 1975, in *Entscheidungen der Bundesverfassungsgericht*, 39, Band, p. 1 ss. (in lingua originale); in *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali - USA, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, 1976, p. 248 ss. (in lingua italiana).

porti con i terzi (efficacia orizzontale).

Il legislatore nel definire la tutela a favore della vita in formazione avrebbe dovuto tenere conto, inoltre, degli eventuali ulteriori diritti potenzialmente confliggenti con tale interesse, specialmente quello della madre, nella misura in cui tali posizioni giuridiche meritevoli di protezione trovassero anch'esse un apposito riconoscimento nella Costituzione. In questa prospettiva, sarebbe stato concesso al legislatore di ritagliare determinate fattispecie, attraverso le quali tener conto di eventuali modificazioni dei giudizi sociali di valore. La scelta del legislatore della riforma a favore della disciplina secondo termini non risultava, nell'ottica dei giudici rimettenti, conforme alle indicazioni scaturite dalla Costituzione, ed in particolare, all'obbligo di protezione del diritto alla vita.

Di contro, il Governo federale difendeva la compatibilità della scelta operata dal legislatore con i dettami della Costituzione, sulla base del presupposto che sarebbe rientrato nel margine di discrezionalità del legislatore apprestare una tutela penale del nascituro di carattere non generale ed assoluta. L'obbligo di tutela della vita non avrebbe comportato pertanto per lo Stato un dovere generale di punire. Con l'abolizione della sanzione penale nei confronti di una condotta abortiva posta in essere nelle prime settimane di gravidanza, lo Stato non avrebbe quindi concesso alla madre un diritto assoluto di abortire, ma avrebbe limitato la minaccia della pena in presenza di altre misure preventive di tutela, ritenute più adeguate ed efficaci, tenendo conto di interessi della gestante degni di protezione, sulla base di giudizi di valore emergenti, anch'essi, dalla Costituzione. Le argomentazioni governative sottolineavano come non fosse possibile costruire un parallelismo generale ed automatico tra l'ordine assiologico emergente dalla Costituzione, con riguardo ai beni giuridici, da una parte, e le scelte di criminalizzazione delle condotte lesive o pericolose per tali beni, dall'altra.

La disciplina secondo termini proposta dalla riforma, attraverso la consulenza in favore delle donne gestanti durante le prime dodici settimane di gravidanza, avrebbe garantito, infatti, anche senza la minaccia della sanzione penale, la protezione necessaria ed adeguata della vita del nascituro.

Dinanzi a tali contrapposti orientamenti, il Tribunale costituzionale ritenne di dover accogliere le questioni sollevate dai giudici *a quibus*, muovendo in primo luogo dal riconoscimento della protezione costituzionale della vita in formazione nell'ambito della tutela del diritto alla vita (invero messa parzialmente in discussione nelle argomentazioni proposte dal Governo federale) e della preminenza di quest'ultimo diritto (alla vita) nell'impianto valoriale della

stessa Costituzione, anche come segno tangibile della rottura e della condanna degli ideali del regime politico nazionalsocialista, in cui la vita dei singoli dei singoli individui aveva avuto scarso significato.

In questo contesto, i diritti fondamentali non avrebbero solo funzione di difesa del singolo contro lo Stato, ma incorporerebbero allo stesso tempo l'impianto assiologico oggettivo scaturente dall'ordinamento giuridico-costituzionale, fondamentale per tutte le branche del diritto, imponendo direttive ed impulsi a tutte le articolazioni statali, in ambito legislativo, esecutivo e giudiziario³⁸. Conseguentemente, l'ampiezza e le modalità della tutela della vita in formazione avrebbero dovuto essere valutate dal legislatore ordinario sulla base di quella gerarchia di valori scaturente dal sistema costituzionale, con riguardo ai diritti fondamentali. Sulla base di tale gerarchia in termini di meritevolezza, al diritto alla vita viene riservato un rango primario, che comporta la necessità di apprestare una protezione piuttosto ampia, richiedendo allo Stato di proteggere e favorire la vita in formazione e di difenderla da atti illegittimi da parte di terzi.

Con riguardo alla questione della proporzionalità in relazione al bilanciamento con interessi costituzionali confliggenti, il Tribunale, pur riconoscendo l'importanza del diritto della donna al libero sviluppo della sua personalità, inteso nel senso di ricomprendere la libertà di azione in senso ampio, e quindi la libertà di scelta della donna di non accettare la maternità e di non assumersi gli obblighi conseguenti, ne sottolineò, allo stesso tempo, il carattere relativo e recessivo rispetto al bene della vita in formazione del nascituro. Di fronte alla necessità di controbilanciare tali interessi, quindi, la decisione del Tribunale cadde sulla preminenza, potremmo dire assoluta (con le sole eccezioni relative a circostanze gravi, che il Tribunale costituzionale qualifica in termini di *Unzumutbarkeit*, che potremmo definire di inesigibilità, di salute della donna o del feto o a situazioni di violenza o coazione), della tutela della vita rispetto al diritto di autodeterminazione della donna. La preminenza riconosciuta alla protezione del diritto alla vita venne infatti estesa all'intero periodo di durata della gravidanza proprio sulla base del presupposto dell'intangibilità della dignità umana e sul rango assolutamente primario della vita, secondo il *Wertordnung* tracciato dalla stessa Carta costituzionale.

Al di là delle ipotesi che avrebbero potuto sostanzialmente rappresentare si-

³⁸ «enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjective Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objective Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt», cfr. BVerfGE 7, 198 [205]; BVerfGE 35, 79 [114].

tuazioni tali da integrare uno stato di necessità (come riconosciuto, con qualche distinguo, ma con argomentazioni simili dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 27/1975, con la quale dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 546 c.p. prima dell'entrata in vigore della legge 22 maggio 1978, n. 194), il ricorso al diritto penale con riguardo alle condotte abortive avrebbe dovuto essere considerato, secondo il Tribunale, non soltanto legittimo, ma anche necessario, e necessitato. La circostanza per cui il legislatore della riforma avesse predisposto un impianto normativo che accordava preferenza, in presenza di certi presupposti, a misure preventive di carattere extra-penale rispetto alle sanzioni penali, ritenendo che la vita in formazione avrebbe potuto essere protetta più efficacemente attraverso la consulenza individuale della gestante, rispetto alla previsione di sanzioni penali, venne ritenuta dal Tribunale non in linea con le indicazioni promananti dalla Costituzione. In primo luogo, secondo il Tribunale, l'introduzione del § 218a avrebbe comportato che il giudizio generale di disvalore con riguardo alle condotte abortive non fosse più immediatamente percepibile dal tenore letterale delle disposizioni normative³⁹, in quanto mediante la completa esclusione della punibilità rispetto alle condotte intervenute nelle prime dodici settimane si sarebbe creata una lacuna nella tutela, che lasciava priva di protezione la vita in formazione in numerosi casi, conferendo un potere illimitato di disposizione alla donna. Muovendo da una prospettiva di prevenzione generale, una tale soluzione, facendo venir meno la minaccia della pena, avrebbe reso di fatto non percepibile il disvalore di quelle condotte, frustrando inoltre la funzione di prevenzione generale in senso positivo della pena, ossia la sua funzione di orientamento culturale nei confronti della collettività.

Posta tale conclusione del Tribunale, risulta di particolare rilievo ai nostri fini, in quanto anticipatoria dei successivi indirizzi interpretativi dello stesso Tribunale, l'opinione dissenziente dei giudici Rupp-v. Brünneck e Simon, che in parte riproponeva alcune argomentazioni esposte dal Governo federale ed in parte delineava nuove linee di ragionamento⁴⁰.

³⁹ Si veda ESER, *Reform of German Abortion Law: First Experiences*, in *American Journal of Comparative Law*, 1986, 34, 369 ss. Per le evoluzioni che hanno contraddistinto la formulazione di tali disposizioni, cfr. ESER, *Abortion Law Reform in Germany in International Comparative Perspective*, in *European Journal of Health Law*, 1994, 15 ss.; VAN ZYL SMIT, *Reconciling the irreconcilable? Recent developments in the German Law on abortion*, in *Cardozo Women's Law Journal*, 1996, 339 ss.; LEVY, SOMEK, *Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decision*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2001, 109 ss.

⁴⁰ Va rilevato come i giudici dissenzienti, a supporto delle loro argomentazioni, abbiano fatto riferimento anche alla pronuncia della Corte costituzionale austriaca (Verfassungsgericht - Erkenntnis v. 11 Oktober 1974, G 8/74).

Diversamente dall’impianto argomentativo del Tribunale, i due giudici ritennero che gli strumenti attraverso i quali dovesse delinarsi la protezione dei beni giuridici fossero da rimettere alla piena discrezionalità del legislatore ordinario, in quanto la Costituzione non avrebbe prescritto in alcuna norma la “riprovazione” legale di un comportamento moralmente non degno di stima, trascurando la sua efficacia protettiva. In quest’ottica, sarebbe stato anzi perfettamente legittimo, se non doveroso, che il legislatore fosse intervenuto per eliminare dal sistema penale una pena dimostratasi del tutto inefficace, non trattandosi quindi di un intervento dello Stato contro la vita anteriore alla nascita, così come aveva riconosciuto sia la Corte costituzionale austriaca, che aveva escluso la violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (e del diritto alla vita in particolare), con riguardo ad una disciplina secondo termini molto simile a quella prevista dal legislatore tedesco nella legge di riforma, sia la Corte suprema statunitense nella nota sentenza *Roe*, che era giunta a conclusioni esattamente opposte rispetto a quelle del BverfG.

Secondo i giudici dissenzienti, la previsione di obblighi positivi di tutela penale scaturenti nei confronti del legislatore ordinario da un ordine di valori insito nel catalogo di diritto previsti dalla Costituzione, non si sarebbe fondato su parametri sufficientemente certi per orientare le scelte di criminalizzazione, considerando che sarebbero state possibili soluzioni molto diverse a seconda della valutazione dei reali rapporti esistenti, dei concreti fini, delle loro priorità e delle modalità attraverso le quali raggiungerli; *a fortiori*, alla luce della circostanza che si sarebbe trattato di previsione che non trovava alcun riscontro nella giurisprudenza precedente della Corte, che si era al contrario pronunciata nel senso di rinvenire nei diritti fondamentali esclusivamente diritti di difesa, delineandone un contenuto riconoscibile in misura relativamente chiara, attraverso la previsione di criteri pratici mediante i quali sottoporre a controllo l’azione statale (come ad esempio, attraverso il principio di proporzionalità). Come logico precipitato di queste premesse, i giudici dissenzienti sottolineavano come sarebbe stato tutt’al più possibile riconoscere la sussistenza di obblighi di tutela penale discendenti dalla Costituzione nei confronti del legislatore, applicabili e giustiziabili dalla stessa Corte costituzionale, soltanto nelle ipotesi in cui lo stesso legislatore avesse del tutto trascurato una scelta di criminalizzazione o quando le modalità della sua realizzazione fossero state manifestamente errate. La preoccupazione dei giudici dissenzienti risiedeva principalmente in possibili derive autoritarie della dottrina degli obblighi positivi di tutela penale, in quanto i diritti fondamentali sarebbero potuti divenire surrettiziamente il fondamento di regolamentazioni limitative della

libertà. Inoltre, una scelta giuridico-costituzionale della scala dei valori giuridici di riferimento sottostanti alle scelte di criminalizzazione, effettuata una volta per tutte, sarebbe stata da rifiutare, in quanto essa non avrebbe potuto tenere in adeguato conto i mutamenti etico-sociali che caratterizzano i moderni ordinamenti giuridici e che comportano in tal modo un'evoluzione delle concezioni giuridiche sottese a tali scelte in determinati momenti storici.

La considerazione del Tribunale, secondo cui il mantenimento della sanzione penale avrebbe avuto il fine di manifestare una riprovazione costituzionale nei confronti delle condotte di interruzione della gravidanza, in un'ottica general-preventiva, veniva avversata dai giudici dissenzienti che ritenevano, da una parte, come il Tribunale non avesse in effetti apportato argomentazioni concrete in merito alla presunta migliore efficacia per il raggiungimento di tale finalità della disciplina penale corredata delle predette eccezioni; dall'altra, essi sottolineavano come la Carta costituzionale non prescrivesse in alcun modo che un comportamento eticamente riprovevole, senza riguardo all'effetto dannoso o pericoloso da esso discendente, dovesse per ciò stesso essere previsto come reato dalla legge, dato che in una società democratica e pluralista, neutrale per quanto riguarda la concezione del mondo, resta affidato alle forze sociali di stabilire i postulati di coscienza, ed al legislatore penale l'eventuale criminalizzazione di determinati comportamenti ritenuti moralmente riprovevoli, sulla base di un giudizio complessivo in merito all'uso del diritto penale ed alle funzioni da esso perseguite, in ossequio appunto ai principi dello Stato di diritto.

2.2. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco con riguardo alla dottrina degli di tutela penale

Sulla base di argomentazioni per molti versi simili a quelle espresse dai giudici dissenzienti, il Tribunale costituzionale tedesco nella successiva pronuncia del 28 maggio 1993 relativa alla disciplina in materia di interruzione della gravidanza, ha tentato di trovare un bilanciamento diverso degli interessi confliggenti, ricorrendo, come accennato, al concetto di *Untermaßverbot*.

Secondo il Tribunale, infatti, l'obbligo di proteggere la vita del nascituro non sarebbe tanto assoluto da avere priorità, senza eccezioni, sulla tutela di qualsiasi altro bene giuridico. Al contempo, tuttavia, tale obbligo non potrebbe ritenersi assolto mediante l'adozione di qualsiasi tipo di misura protettiva.

La portata dell'obbligo di proteggere la vita del nascituro dovrebbe essere determinata, secondo il Tribunale, raffrontando meritevolezza e necessità di

tutela dei beni in conflitto. Da una parte, quindi, vi sarebbe il diritto alla vita del nascituro, espressione della sua dignità, ed autonomo, ed eventualmente confliggente, rispetto a quello della madre. Dall'altra, vi sarebbe il diritto della gestante alla protezione ed al rispetto della sua dignità, che si estrinseca poi nel suo diritto all'integrità fisica e psichica e al libero sviluppo della sua personalità, che non potrebbero fondare tuttavia un diritto all'interruzione della gravidanza.

In tale conflitto, lo Stato dovrebbe intervenire per proteggere la vita del nascituro predisponendo sufficienti misure sul piano giuridico e su quello pratico, in modo da assicurare un livello di tutela adeguato ed effettivo. La scelta relativa a tali elementi ed alle modalità combinatorie rimarrebbe tuttavia nella discrezionalità del legislatore, soggetta in ogni caso al controllo del Tribunale costituzionale.

Ciò che viene messo particolarmente in evidenza concerne non solo l'adeguatezza delle misure adottate per la protezione del bene giuridico, ma soprattutto l'effettività di queste ultime, sulla base di un'analisi accurata e di una ragionevole valutazione dei fatti.

Nel caso di specie allora, non potrebbe essere sindacata la scelta del legislatore di passare ad una concezione della protezione della vita del nascituro, che, nelle prime fasi della gravidanza, abbia attribuito un ruolo primario ai consulenti, quale strumento dissuasivo della volontà di interrompere la gravidanza ed incentivante rispetto al proseguimento della stessa, prevedendo l'intervento di medici e specialisti proprio nell'ottica di una migliore protezione della vita del nascituro e della gestante. Anche se il vincolo negativo dell'*Untermaßverbot* impedisce di rinunciare al ricorso al diritto penale, esso deve essere ispirato ai principi di necessità e proporzionalità, richiedendo allo Stato di apprestare appunto misure preventive idonee a sostenere la gestante e la sua famiglia nella scelta di portare avanti la gravidanza, che coinvolgono non solo il quadro normativo, ma anche quello applicativo (con coinvolgimento degli organi governativi ed amministrativi).

Per quanto concerne i criteri individuati dal Tribunale per non incorrere nell'*Untermaßverbot*, essi si fondano, in primo luogo, sulla valutazione dei diversi fattori che incidono sulla protezione del bene giuridico operata dal legislatore, che impone un controllo (costituzionale) sulle modalità adoperate per condurre tale valutazione, in termini di ragionevolezza (giustificabilità della scelta operata). Il giudizio sulla ragionevolezza delle disposizioni introdotte va parametrato tenendo conto delle caratteristiche e del rango dei beni giuridici coinvolti; dell'effettività del ricorso al diritto penale; della natura prognos-

stica della valutazione operata dal legislatore con riguardo agli effetti della legge da introdurre e dell'affidabilità dei criteri che hanno guidato tale analisi (come ad es. le indagini comparatistiche, l'analisi empirico-criminologica, dell'assetto esistente)⁴¹.

3. Un'ipotesi di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale discendenti dalla CEDU: un modello funzionalista ragionato nell'ottica dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali

Il ragionamento logico-giuridico delineato dal Tribunale costituzionale tedesco con riguardo alla sussistenza di obblighi positivi di tutela, al di là delle specifiche materie e discipline prese in considerazione, pur criticabile, in particolare con riguardo alla prima pronuncia analizzata, per la connotazione imperativa attribuita a tali obblighi, tenuto conto del contesto nazionale all'interno del quale tali pronunce si collocano e della diversa vincolatività che queste ultime presentano per le autorità statali coinvolte, sembra aver ispirato, nelle sue linee argomentative essenziali, quello della Corte EDU nella ricostruzione degli obblighi positivi di tutela.

Secondo la ricostruzione operata da Mowbray⁴², in via generale, gli obblighi positivi di tutela elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU possono essere suddivisi in cinque categorie: 1) obblighi che impongono l'introduzione di nuove norme nell'ambito dell'ordinamento giuridico degli Stati-Parte; 2) obblighi di prevenzione di violazioni della Convenzione, che vengono in considerazione in casi particolari: a) quando è in gioco un diritto particolarmente rilevante (ad es. il diritto alla vita); b) quando la violazione colpisce un diritto intimo della vittima (ad es. il diritto al rispetto della vita privata e familiare); c) quando i diritti non possono trovare una protezione effettiva a causa del contesto legale esistente nello Stato convenuto; 3) obblighi di fornire informazioni e consigli rilevanti per evitare violazioni della Convenzione; 4) obblighi di condurre indagini serie; 5) obblighi di fornire risorse agli individui per prevenire violazioni della Convenzione.

Con specifico riguardo agli obblighi di tutela penale, al fine di considerarne la

⁴¹ Su tale pronuncia si vedano anche con accenti critici ESER, WEIBER, *Vor §§ 218-219b*, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, München, 2019, p. 2163 ss. Sulla formulazione del § 218a StGB, che pone diversi problemi di inquadramento dogmatico delle ipotesi di limitazione dell'area della punibilità ivi descritte, si veda degli stessi Autori nella stessa opera § 218a, p. 2186 ss.; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, München, 2019, p. 1539 ss.

⁴² MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, *passim*.

legittimità, occorrerà valutare se la Corte EDU abbia appurato che la condotta statutale, denunciata dinanzi alla giurisprudenza europea, abbia leso un determinato bene giuridico particolarmente meritevole di tutela, ma anche che la pena sia indispensabile, alla luce di una duplice valutazione che tenga conto, da una parte, del rapporto tra l'interesse ritenuto meritevole di protezione e gli altri interessi socialmente rilevanti con il primo confliggenti, dall'altra, dell'inadeguatezza degli altri strumenti di controllo giuridico (di natura civile, disciplinare o amministrativa) ad apprestare una difesa sufficiente ai beni da tutelare.

L'approccio degli organi Strasburgo, nonostante la predetta mancanza di sistematicità, ricalca, nella previsione degli obblighi di penalizzazione discendenti dalla Convenzione, tendenzialmente un modello ragionato di matrice funzionalistica. Il ricorso allo strumento penale, in altre parole, è volto a garantire l'effettività della tutela dei diritti fondamentali previsti dal testo convenzionale⁴³, che la stessa Corte verifica in concreto. Il raggiungimento di tale scopo di protezione sembra presupporre l'accoglimento da parte della giurisprudenza europea di una concezione che attribuisce al diritto e alla sanzione penale una funzione eminentemente general-preventiva, nella duplice accezione di prevenzione generale c.d. negativa - ovvero la minaccia della pena come forma di deterrenza, capace di creare una contropinta alla spinta criminosa - e prevenzione generale c.d. positiva - ossia la previsione della pena come strumento di orientamento culturale dei consociati, idoneo ad affermare la rilevanza e l'intangibilità dei diritti umani e a rafforzarne il rispetto generalizzato⁴⁴, anche se, come evidenziato *supra*, in una visione più generale del quadro ermeneutico emergente dalla giurisprudenza della Corte, hanno progressivamente assunto un ruolo maggiormente significativo le declinazioni collegate ad istanze di risocializzazione e rieducazione, sia con riguardo alla commisurazione della pena, sia in relazione all'esecuzione di quest'ultima, combinate all'affermazione sempre più assertiva nella giurisprudenza della Corte del principio di umanità della pena (in particolare, naturalmente, ove si tratti di misure privative della libertà personale).

⁴³ Muovendo da un paradigma generale di diritto penale teleologico-garantista-preventivo, che consenta di verificare la rispondenza dei risultati raggiunti, in termini di effettività, rispetto agli obiettivi prefissati, cfr. PALIERO, *Il principio di effettività*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 452 ss., modello che si contrappone ad un paradigma del diritto penale di carattere assiologico-pedagogico-repressivo, ispirato da una logica formalistico-normativa, che ricostruisce la norma penale come *effecto absoluta*, ovvero come un precetto che si autolegittima e sfugge, per ciò stesso, a qualsiasi verifica esterna sua sul piano valoristico, sia su quello empirico.

⁴⁴ Cfr. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano, Stella, Bologna, 1980.

Ai fini della ricostruzione generale di un modello di tali obblighi, che può avere declinazioni peculiari in relazione alle due categorie di diritti enunciate (*core rights* e diritti *bilanciabili*), la scelta di prendere le mosse da alcune pronunce su casi relativi a diritti diversi da quelli che abbiamo definito *core rights*, ed in particolare da ipotesi nelle quali viene in considerazione la presunta violazione dell'art. 8 C.E.D.U., concernente la tutela della vita privata e familiare, ma anche del domicilio e della corrispondenza, nel cui ambito di applicazione la Corte di Strasburgo, come è noto, ha fatto confluire numerosissimi aspetti intimi della personalità (integrità psico-fisica, libertà ed identità sessuale, identità personale, libertà di autodeterminazione e di scelta, riservatezza e *privacy*, rimandando l'esame puntuale degli obblighi positivi discendenti dall'art. 8 C.E.D.U. alla seconda parte del presente lavoro)⁴⁵, si spiega in quanto, in tali pronunce, il ragionamento logico-giuridico di costruzione degli obblighi positivi di tutela penale ha richiesto un maggiore approfondimento che ha condotto a valutazioni che potremmo definire, con qualche approssimazione, di natura politico-criminale, tenendo naturalmente conto del carattere giurisdizionale che connota l'attività ed il ruolo della Corte europea. Tale ragionamento, infatti, in relazione ai c.d. *core rights*, poggia sulla particolare meritevolezza di beni giuridici di estrema importanza, in relazione ai quali le valutazioni in termini di necessità e proporzionalità del ricorso al diritto penale concernono profili in parte differenti e risultano meno controvertibili, ferma restando la diversità delle soluzioni relative alle questioni eticamente sensibili, attinenti, ad esempio, all'inizio ed al fine vita, alla sperimentazione in campo medico ed alla procreazione medicalmente assistita.

I diritti e le libertà rientranti invece nell'ambito applicativo dell'art. 8 C.E.D.U. sono di regola *bilanciabili* (art. 8, par. 2, C.E.D.U.), così richiedendo alla Corte uno sforzo di rielaborazione più significativo con riguardo alle

⁴⁵ Cfr. TOMASI, *Art. 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 298 ss., che definisce la disposizione quale «cavallo di Troia» per l'estensione dell'ambito applicativo della CEDU ai diritti umani di seconda e terza generazione (p. 299); SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, cit., 366 ss., che si sofferma sulla singolare formulazione della disposizione, in termini di "respect", che, oltre a ricomprendere obblighi positivi e negativi, contiene in sé l'essenza stessa del concetto di *rule of law*, come evidenziato nella stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che sottolinea come «The rule of law dictates the existence of measures of legal protection against arbitrary interference by public authorities with the rights protected by the Convention» (Corte EDU, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, Serie A, n. 82, par. 67; Corte EDU, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, ricorso n. 30985/96, par. 84); DE VRIES, *Chapter 12 - Right to respect for private and family life (Article 8)*, in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 669 ss.; E. Nicosia, *Convenzione europea e diritto penale*, cit., 255 e 280 ss.; RUSSO, QUAINI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 154 ss.

valutazioni relative alla meritevolezza ed al bisogno di pena per la giustificazione e la legittimazione della ricostruzione di obblighi positivi di tutela penale, rispetto al ragionamento che contraddistingue la giurisprudenza sui c.d. *core rights*.

Nella giurisprudenza che ricostruisce gli obblighi positivi di tutela penale scaturenti da diritti *bilanciabili* (ed in particolare dall'art. 8 C.E.D.U.), la Corte valuta, infatti, il diverso peso dei beni giuridici in gioco, ma anche le condizioni di particolare vulnerabilità della vittima (ad es. nel caso di minori). Così, con riguardo alla meritevolezza del bene giuridico, quando si tratta di profili essenziali dell'esistenza e dell'identità o dei più intimi aspetti della vita privata viene lasciato agli Stati un margine di discrezionalità maggiormente ristretto nella scelta degli strumenti di tutela⁴⁶, che si assottiglia ulteriormente quando i soggetti lesi dalle violazioni lamentate appartengono a categorie vulnerabili⁴⁷.

3.1 Il paradigma delle valutazioni relative a meritevolezza e bisogno di pena: l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo da X e Y c. Paesi Bassi a Söderman c. Svezia

Come accennato, nella valutazione relativa alla *meritevolezza* dei beni a tutela dei quali la giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto la sussistenza di specifici obblighi di incriminazione in capo agli Stati, un ruolo preminente viene attribuito ai *core rights*, ovvero a *diritti fondamentaliissimi*, quali quello alla vita o all'integrità fisica e psichica. La Corte individua, infatti, una sorta di scala di valori, in cima alla quale pone questi ultimi, a cui, in virtù del loro valore

⁴⁶ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, ricorso n. 5786/08, par. 79 ss.; Corte EDU, 15 maggio 2012, *Fernandes Martínez c. Spagna*, ricorso n. 56030/07, par. 78; Corte EDU, 21 giugno 2012, *E.S. c. Svezia*, ricorso n. 5786/08, par. 58; Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05, par. 77; Corte EDU, 10 maggio 2011, *Moosley c. Regno Unito*, ricorso n. 48009/08, par. 109.

⁴⁷ Sui rischi connessi ad un approccio eccessivamente vittimocentrico, in termini di espansione dell'istanze di criminalizzazione a detrimento delle garanzie, e sulle preoccupazioni concernenti una frammentazione del concetto di vittima in un *puzzle* di differenti vulnerabilità, con ricadute potenzialmente negative sul rispetto del principio di eguaglianza e sul pericolo di creare corrispondenti "tipi di autore", cfr. BERTOLINO, VARRASO, *Le vittime vulnerabili. Introduzione al focus*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2, 511 ss.; VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, ivi, 555 ss. Sulle disposizioni esistenti a livello sovranazionale, in particolare quelle contenute nella direttiva 2012/29/UE, ed internazionale, cfr. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, ivi, 525 ss.; VAGLIASINDI, *Protecting Vulnerable Victims and Beyond: The Duty of Consistent Interpretation in Criminal Matters in Italy after Pupino*, in *The Court of Justice and European Criminal Law*, cit., 83 ss.

fondamentale, va apprestata la protezione più pregnante esistente all'interno dei sistemi giuridici nazionali, che può essere garantita, in taluni casi, soltanto dal ricorso alla pena⁴⁸, tenendo conto tuttavia, come accennato, delle situazioni particolarmente delicate collegate a questioni eticamente sensibili.

In tale ottica, un'importanza altrettanto fondamentale viene accordata dalla Corte anche al divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani e degradanti⁴⁹, e al diritto a non essere sottoposti a schiavitù o lavoro forzato, nei con-

⁴⁸ Si veda in questo senso Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito*, Serie A, n. 324, par. 147, Corte EDU, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2001-II, par. 92 e 94; e in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2001, 656; Corte EDU, 20 dicembre 2004, *Makaratzis c. Grecia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2004-XI, par. 56, che testualmente recita: «Article 2, which safeguards the right to life [...] ranks as one of the most fundamental provisions of the Convention, from which no derogation is permitted. Together with art. 3, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe»; negli stessi termini, v. Corte EDU, 9 ottobre 1997, *Andronicou e Constantinou c. Cipro*, in *Reports*, 1997-VI, par. 171; Corte EDU, 22 settembre 1998, *A c. Regno Unito*, ricorso n. 25599/94, par. 22, nella quale si sottolinea il particolare rilievo assunto dal diritto all'intangibilità dell'integrità personale, soprattutto per i bambini e i soggetti maggiormente vulnerabili, che richiede un'adeguata protezione attraverso la predisposizione di effettivi rimedi di carattere penalistico; Corte EDU, 9 luglio 1999, *Çakici c. Turchia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1999-IV, par. 86; Corte EDU, 14 dicembre 2000, *Gül c. Turchia*, ricorso n. 22676/93, par. 76; Corte EDU, 27 giugno 2000, *Salman c. Turchia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-VII, par. 97; Corte EDU, 4 maggio 2001, *McKerr c. Regno Unito*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2001-III, par. 108; Corte EDU, 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2002-I, par. 48 e in *Legislazione penale*, 2002, 875; Corte EDU, 13 giugno 2002, *Angelova c. Bulgaria*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2002-IV, par. 109; Corte EDU, 12 marzo 2003, *Öcalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99, par. 201; Corte EDU, 24 aprile 2003, *Aktaş c. Turchia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-V, par. 289; Corte EDU, 9 maggio 2003, *Tepe c. Turchia*, ricorso n. 27244/95, par. 171; Corte EDU, 26 febbraio 2004, *Nachova c. Bulgaria*, ricorsi nn. 43577/98 e 43579/98, par. 91; Corte EDU, 24 maggio 2005, *Sihelya Aydin c. Turchia*, ricorso n. 25660/94, par. 158; Corte EDU, 23 febbraio 2006, *Ognyanova e Choban c. Bulgaria*, ricorso n. 46317/99, par. 92; Corte EDU, 11 aprile 2006, *Uçar c. Turchia*, ricorso n. 52392/99, par. 72; Corte EDU, 26 luglio 2007, *Angelova e Iliev c. Bulgaria*, ricorso n. 55523/00, par. 91; Corte EDU, 29 maggio 2008, *Sangariyeva e altri c. Russia*, ricorso n. 1839/04, par. 74. Si vedano BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., 204-205; CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 186-187; DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 31.

⁴⁹ Si veda la giurisprudenza citata alla nota precedente, nella quale la Corte europea afferma che gli articoli 2 e 3 CEDU rappresentano valori fondanti delle società democratiche che compongono il Consiglio d'Europa. Inoltre, v. Corte EDU, 24 aprile 2003, *Aktaş c. Turchia*, cit., par. 310, che recita: «The Court recalls that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of the democratic society. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman and degrading treatment and punishment»; nello stesso senso, cfr. Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, in *Reports* 1996-VI, par. 62; Corte EDU, 24 aprile 1998, *Selçuk c. and Asker c. Turchia*, in *Reports* 1998-II, par.75; Corte EDU, 12 aprile 2005, *Shamayev e altri c. Georgia e Russia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-III, par. 359; Corte EDU, 11 aprile 2006, *Uçar c. Turchia*, cit., par. 102; Corte EDU, 24 maggio 2007, *Zelilof c. Grecia*, ricorso n. 17060/03, par. 42; Corte EDU, 27 maggio 2007, *Rodić e altri c. Bosnia e Erzegovina*, ricorso

fronti dei quali vengono pertanto ricostruiti ulteriori obblighi degli Stati di adottare le misure di carattere penale necessarie ad apprestare un'adeguata tutela⁵⁰.

In questi casi, pertanto, la meritevolezza di tali beni non viene ulteriormente argomentata da parte della Corte, trattandosi appunto di diritti *fundamentalissimi*, appuntandosi semmai il ragionamento maggiormente sul bisogno di pe-

n. 22893/05, par. 66; Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, Serie A, n. 161, par. 88, nella quale vengono richiamati il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo del 1969 che prevedono negli stessi termini la protezione di tale divieto; Corte EDU, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, in *Reports of Judgements and Decisions*, 2000-IV, par. 119; Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Assenov c. Bulgaria*, in *Reports of Judgements and Decisions*, 1998-VIII, par. 93; Corte EDU, 8 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, in *Reports of Judgements and Decisions*, 1999-V, par. 95; Corte EDU, 30 gennaio 2001, *Dulaş c. Turchia*, ricorso n. 25801/94, par. 52; Corte EDU, 21 dicembre 2000, *Egmez c. Cipro*, 21 dicembre 2000, in *Reports of Judgements and Decisions*, 2000-XII, par. 77.

⁵⁰ Corte EDU, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, in *Reports of Judgements and Decisions*, 2005-VII, par. 82, che così recita: «The Court considers that, together with Articles 2 and 3, Article 4 of the Convention enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe»; Corte EDU, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, nella quale la Corte fa applicazione dell'art. 4 CEDU, sottolineando come «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», con la conseguenza che «In assessing whether there has been a violation of Article 4, the relevant legal and regulatory framework in place must be taken into account. The Court considers that the spectrum of safeguards set out in national legislation must be adequate to ensure the practical and effective protection of the rights of victims, or potential victims of trafficking. 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», precisando ulteriormente come la tutela contro la tratta debba assumere carattere integrato «the Palermo Protocol and the Anti-Trafficking Convention refer to the need for a comprehensive approach to combat trafficking which includes measures to prevent trafficking and to protect victims, in addition to measure to punish traffickers. It is clear from the provisions of these two instruments that the Contracting States, including almost all of the member States of the Council of Europe, have formed the view that only a combination of measures addressing all three aspect can be effective in the fight against trafficking. Accordingly, *the duty to penalise and prosecute trafficking is only one aspect of member States' general undertaking to combat trafficking*. The extent of the positive obligations arising from Article 4 must be considered within this broader context» (corsivo aggiunto). Si veda altresì, da ultimo, Corte EDU, Grande Camera, 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, ricorso n. 60561/14, par. 302, che, richiamando ampiamente la precedente pronuncia sul caso *Rantsev*, enuclea gli obblighi positivi discendenti dall'art. 4 CEDU in capo agli Stati, con una ricostruzione certamente estendibile, più in generale anche agli obblighi positivi promananti dagli artt. 2 e 3, ma anche, con qualche distinguo, dall'art. 8 CEDU, come segue: «(1) the duty to put in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish trafficking; (2) the duty, in certain circumstances, to take operational measures to protect victims, or potential victims, of trafficking; and (3) 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». Ma anche Corte EDU, 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, ricorso n. 21884/15, par. 86-89.

na, come accade, ad esempio, in relazione alla protezione del diritto alla vita, con riguardo alle condotte colpose di lesione o grave messa in pericolo del bene della vita (cfr. § 4.3.).

Quando vengono in considerazione aspetti cruciali concernenti la protezione della riservatezza personale e dell'intimità privata, essi hanno trovato riconoscimento, come accennato, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa agli obblighi positivi, sotto l'*ombrello* dell'art. 8 C.E.D.U., che ha avuto un'interpretazione fortemente creatrice da parte della stessa Corte europea⁵¹.

Per le ragioni suesposte, l'esame di tali casi giurisprudenziali ci consente di apprezzare più agevolmente, rispetto ai casi relativi ai c.d. *core rights*, l'opera ermeneutica condotta dalla Corte nella ricostruzione del modello di obblighi positivi di tutela a carico delle autorità statali e del legislatore in particolare, prima di dedicare qualche considerazione in merito ad alcuni profili delle pronunce della stessa Corte in materia di obblighi positivi discendenti dall'art. 2 C.E.D.U., rimandando l'esame della giurisprudenza relativa agli artt. 3 e 4 C.E.D.U. e agli artt. 8 e 10 C.E.D.U. alla seconda parte del presente lavoro.

Nel *leading case* in materia di obblighi positivi di tutela penale, infatti, ovvero la sentenza della Corte sul caso *X e Y c. Paesi Bassi*, incentrato proprio su una violazione dell'art. 8 C.E.D.U., si adombra l'idea del principio di necessità/sussidiarietà dell'utilizzo dello strumento del diritto penale da parte dello Stato, nella sua duplice accezione per cui non solo al diritto penale non si deve ricorrere in presenza di altri idonei mezzi di protezione dei beni giuridici in gioco, ma anche evidentemente nel senso di farvi appello esclusivamente quando esiste un rapporto di proporzione tra l'entità della lesione subita da parte del ricorrente e l'entità del pregiudizio ravvisabile a carico dell'interesse confliggente con il diritto di cui si tratta.

Ancor prima, tuttavia, una differenziazione viene operata anche con riguardo a condotte caratterizzate da maggiore o minore gravità in relazione sia al bene giuridico interessato, sia al grado ed all'entità della condotta aggressiva, tenendo conto delle circostanze del caso concreto.

Emerge, quindi, una graduazione, in termini di meritevolezza, tra i diversi beni giuridici che la Corte fa rientrare nell'ambito di protezione dell'art. 8, nel

⁵¹ Cfr. MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 132, ove si sostiene icasticamente come «la CEDU assomiglia ad un "ipertesto", perché il catalogo dei diritti e delle libertà in essa riconosciute – un catalogo volutamente scarno ed essenziale, non diversamente dalle altre Carte dei diritti, la cui "elasticità" consente al flusso della storia di arricchirne continuamente il contenuto normativo – deve essere letto alla luce delle ricchissime concretizzazioni giurisprudenziali [...]».

senso che solo alcuni aspetti più intimi vengono ritenuti dalla Corte tanto essenziali ed importanti da legittimare la previsione di un obbligo di tutela penale.

Una volta condotta tale prima selezione, il sindacato della Corte EDU si sposta sul piano della gravità delle condotte. Ad esempio, la Corte fa riferimento in diverse pronunce a casi di violenze o abusi sessuali (anche a carico di minori), quali ipotesi di *serious acts*, che richiedono il ricorso ad un apparato di tutela di natura penalistica. Con riguardo, invece, a *less serious acts*, che possono ad esempio violare solo aspetti non essenziali dell'integrità psicologica, secondo la Corte, l'obbligo positivo di tutela potrà ritenersi assolto anche nel caso in cui il quadro normativo predisposto dallo Stato preveda soltanto strumenti di natura civilistica, in quanto non sarà sempre necessario che sia sussistente un apparato di efficienti misure penalistiche, tenuto conto anche del grado e dell'entità delle condotte perpetrate³², e muovendo dal presupposto che la tutela richiesta a livello convenzionale rappresenta un minimo comune denominatore, che deve essere garantito ai diritti protetti dalla Convenzione nell'ambito degli Stati-Parte, non precludendo a questi ultimi di apprestare un livello di tutela più alto.

Nella predetta pronuncia *X e Y c. Paesi Bassi*, in un apposito capo della motivazione, che reca la rubrica «*Necessity for criminal-law provisions*», la Corte di Strasburgo rileva come, nonostante agli Stati venga riconosciuto un certo margine di apprezzamento nella scelta delle misure da adottare ai fini della protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare nell'ambito dei rapporti tra i privati, ove siano in gioco beni giuridici particolarmente meritevoli di tutela (come l'integrità fisica e la libertà sessuale), rimedi di carattere civilistico non siano sufficienti ad apprestare forme adeguate di protezione dalle eventuali lesioni perpetrate da altri privati³³. In tali ipotesi, pertanto, si

³² Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, cit., par. 79 ss., ove si dice testualmente: «More generally, however, in respect of less serious acts between individuals, which may violate psychological integrity, the obligation of the State under Article 8 to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection does not always require that an efficient criminal-law provision covering the specific act be in place. The legal framework could also consist of civil-law remedies capable of affording sufficient protection. The Court notes, for example, that in some previous cases concerning the protection of a person's picture against abuse by others, the remedies available in the member States have been of a civil-law nature, possibly combined with procedural remedies such as the granting of an injunction» (par. 85, corsivo aggiunto). Si vedano altresì Corte EDU, 14 ottobre 2010, *A. c. Croazia*, ricorso n. 55164/08, par. 60; Corte EDU, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, ricorso n. 39272/98, in *Reports*, 2003-XII, par. 150; Corte EDU, 2 dicembre 2008, *K.U. c. Finlandia*, ricorso n. 2872/02, par. 43.

³³ Qualora si considerasse necessaria e sufficiente un'indagine volta all'accertamento della sola meritevolezza del bene, si attribuirebbe alla pena una funzione esclusivamente stigmatizzante, tipica di un para-

assiste ad una riduzione del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nella individuazione dei mezzi idonei a tutelare i diritti previsti dalla Convenzione, nonché al sorgere di un obbligo, in capo agli Stati stessi, di ricorrere allo strumento punitivo, ove esso rappresenti l'unico rimedio ritenuto adeguato dalla giurisprudenza europea a garantire una protezione effettiva al bene da difendere, in seguito ad una preliminare ed indispensabile valutazione delle specifiche circostanze del caso concreto.

Come avremo modo di apprezzare meglio con riguardo all'analisi della giurisprudenza relativa all'art. 2 C.E.D.U., la logica del ricorso al diritto penale quale *extrema ratio*, basato sui principi di necessità e proporzione, è sottesa anche alle pronunce relative all'obbligo degli Stati di tutelare la vita, che non richiede in ogni caso necessariamente che vengano predisposte misure di tutela penale. Nei casi in cui, infatti, le condotte lesive della vita o dell'incolumità individuale non siano volontarie, la giurisprudenza europea ha precisato che il vincolo positivo di protezione discendente dalle previsioni convenzionali non esiga obbligatoriamente ed automaticamente il ricorso al diritto penale, purché sussistano nell'ambito dei sistemi nazionali rimedi di carattere civile, amministrativo o disciplinare, efficaci ed accessibili in concreto.

Va considerato come la giurisprudenza della Corte in materia di obblighi positivi di tutela penale vada sempre letta nel quadro complessivo dell'opera interpretativa della stessa Corte, in modo da garantire la coerenza interna e l'armonia tra le varie disposizioni della Convenzione⁵⁴, cosicché il modello di ricostruzione delineato dalla Corte, che potrebbe sembrare interamente ispirato da una visione esclusivamente general-preventiva, in chiave di deterrenza, della funzione della pena, con una propensione di stampo marcatamente retribuzionistico, va coordinato e letto in coerenza con le pronunce della Corte che concernono gli articoli 3 e 8 C.E.D.U., che hanno progressivamente lasciato emergere, invece, l'impegno nell'umanizzazione della pena e delle sue modalità esecutive, nonché l'attenzione per le esigenze di prevenzione specia-

digma retribuzionistico, nel quale il diritto penale ha il solo scopi di tracciare la linea di demarcazione tra ciò che è moralmente legittimo e ciò è moralmente riprovevole e costituisce l'espressione di uno Stato etico ed autoritario. Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 512.

⁵⁴ «The Convention must be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions», come viene affermato in numerose pronunce della Corte. *Ex multis* Corte EDU, 12 aprile 2006, *Stec e altri c. Regno Unito*, ricorsi nn. 65731/01, 65900/01, par. 48; Corte EDU, 07 dicembre 1976, *Kjedelsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, ricorsi nn. 5095/71, 5926/72, parr. 52 e 54; Corte EDU, 06 settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, ricorso n. 5029/71, par. 68; Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 103; Corte EDU, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ricorso n. 30210/96, par. 152.

le e di individualizzazione del trattamento di rieducazione, come si evince chiaramente, ad esempio, in relazione alle sentenze sulle condizioni di detenzione, sui diritti dei detenuti e sul c.d. ergastolo ostativo. Da tali arresti della Corte EDU emerge, infatti, come solo in contesti detentivi rispettosi della dignità umana e dei diritti fondamentali della persona sia possibile procedere all'individualizzazione del trattamento, preconditione essenziale della tensione rieducativa e della proporzione, che devono connotare l'applicazione e l'esecuzione delle pene restrittive della libertà personale⁵⁵.

L'ultima verifica che la giurisprudenza europea conduce per accertare l'adempimento da parte degli Stati degli obblighi positivi di tutela penale discendenti dalla Convenzione concerne l'effettività della protezione concretamente offerta dagli ordinamenti nazionali nei confronti delle singole ipotesi di lesione dei diritti fondamentali. Verifica che risulta strettamente correlata agli obblighi procedurali. Talvolta, infatti, la Corte di Strasburgo, pur accertando l'esistenza, nell'ambito dei sistemi giuridici nazionali, di un quadro normativo in astratto idoneo ad apprestare un'adeguata tutela ai diritti fondamentali, riscontra, tuttavia, l'inefficacia e l'ineffettività di tali strumenti nella prevenzione e repressione in concreto delle possibili violazioni dei diritti umani, che spesso si traduce appunto in una violazione dei c.d. obblighi procedurali⁵⁶.

⁵⁵ Si vedano in questo senso le considerazioni del giudice Pinto de Albuquerque, nella sua opinione parzialmente dissenziente resa nella causa *Mursić c. Croazia*, Grande Camera, 20 ottobre 2016, ricorso n. 7334/13, che osserva come nella decisione della maggioranza «No consideration is given to the well-established scientific correlation between prison overcrowding, lack of proper living conditions and negative psychological effects on prisoners, including emotional instability, aggressiveness and self-harm» (par. 42). Nel nostro ordinamento significative nella medesima direzione le statuizioni della Corte costituzionale nella pronuncia n. 149/2018, nella quale si sottolinea come «ove non sia consentito il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, in contrasto con i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena», riconfermate anche dalla stessa Corte nella recente sentenza 253/2019. Cfr. SIRACUSANO, *Automatismi preclusivi e individualizzazione trattamentale: dalla legge delega al tradimento della riforma*, in *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano*, a cura di Grasso, Maugeri, Sicurella, in corso di pubblicazione; volendo SCALIA, *Il principio del rule of law nella giurisprudenza delle Corti europee. Umanità della pena e indipendenza del sistema giudiziario: presupposti necessari della fiducia reciproca e dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in *Indice Penale*, 2, 2020, 149 ss.

⁵⁶ Tra gli obblighi procedurali viene ricompreso non soltanto un vincolo in capo allo Stato di condurre indagini effettive, svolte da autorità indipendenti, che assicurino la speditezza e la celerità delle operazioni investigative, nonché la partecipazione delle vittime, che si concreta, tuttavia, come accennato, in un'obbligazione di mezzi (e non di risultato), ma anche nel dovere dello Stato di garantire che i colpevoli delle violazioni accertate siano adeguatamente puniti. Ciò emerge chiaramente sia in relazione ai casi nei quali l'impunità per gravi violazioni dei diritti umani derivi dall'applicazione di una causa di estinzione del reato o della pena (come ad es. prescrizione, sospensione condizionale della pena, amnistia,

Nelle pronunce in esame, ma anche in alcune di quelle relative agli obblighi positivi nascenti da quelli che abbiamo definito *core rights*, la Corte europea talvolta muove da un'analisi comparatistica in merito alla criminalizzazione di un certo comportamento o di una certa modalità o forma di aggressione al bene giuridico considerato⁵⁷, per verificare il grado di consenso che tale scelta di incriminazione ha acquisito nell'ambito degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁵⁸, ma anche degli strumenti giuridici europei ed internazionali esi-

indulto o grazia), ma anche quando la prassi giudiziaria dello Stato convenuto (ad es. una certa interpretazione di fattispecie incriminatrici o di elementi costitutivi di esse) comporti una protezione maggiormente ristretta dei diritti coinvolti rispetto a quella assicurata a livello convenzionale (ricostruita di solito sulla base degli obblighi di penalizzazione previsti da strumenti normativi internazionali), che si traduca nella mancata condanna dei soggetti responsabili delle violazioni perpetrate ovvero nell'applicazione di una sanzione sproporzionatamente mite rispetto alla gravità dei fatti commessi, cfr. Corte EDU, 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, cit., par. 124-127; Corte EDU, Grande Camera, 30 marzo 2016, *Armani da Silva c. Regno Unito*, ricorso n. 5878/08, par. 238 e 285-287, ove la Corte non ritiene sussistente una manifesta sproporzione, sulla base del presupposto che le prove raccolte nelle indagini adeguatamente condotte dalle autorità nazionali non consentissero la configurabilità di fattispecie incriminatrici differenti; Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ricorso n. 6884/11, par. 208 ss. e 218 ss.; Corte EDU, 14 gennaio 2014, *Kasap e altri c. Turchia*, ricorso n. 8656/10, par. 59-62, con particolare riguardo alla sospensione condizionale della pena applicata ad un funzionario delle forze dell'ordine ritenuto responsabile di omicidio colposo; Corte EDU, 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia*, ricorso n. 34588/07, par. 48-49, relativa all'irrogazione di sanzioni pecuniarie piuttosto miti per un trattamento contrario all'art. 3 CEDU commesso nei confronti di un soggetto fermato; Corte EDU, 29 luglio 2010, *Kopylov c. Russia*, ricorso n. 3933/04, par. 140-141, anche in questo caso con riguardo a casi di applicazione della sospensione condizionale e di applicazione di una sanzione inferiore al minimo editale per fatti gravi di tortura e trattamenti inumani e degradanti; Corte EDU, 26 aprile 2011, *Enukidze e Girgylani c. Georgia*, ricorso n. 25091/07, par. 269 e 275-276, con riguardo alla liberazione anticipata, preceduta da un provvedimento di speciale condono di una parte della pena irrogata, ancora una volta per condotte gravi di tortura e trattamenti inumani e degradanti, che avevano portato alla morte della vittima; Corte EDU, 08 luglio 2008, *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, ricorso n. 42942/02, par. 66, 69 e 72.

⁵⁷ Sull'uso della comparazione nell'ambito del diritto dei diritti umani, si vedano le considerazioni di FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*, Oxford, 2018, 4 ss., la quale sottolinea la necessità di individuare modalità e ragioni che presiedono a tale utilizzo, che viene definito di tipo deliberativo, nel senso di non vincolante per il giudice, per il quale, tuttavia, l'uso dei riferimenti comparatistici può rappresentare uno strumento utile per discutere soluzioni divergenti con riguardo, ad esempio, al controverso bilanciamento di diritti confliggenti, attraverso il ragionamento logico-giuridico svolto nella sentenza (p. 11 ss.). «This is not blind deference, but a nuanced discussion of the different possible approaches». L'A. sottolinea infatti come «A deliberative approach permits judges to choose what they regard as the most persuasive authority but requires persuasive deliberative reasons for such choices», aggiungendo che un tale approccio presuppone limiti significativi al suo adeguato utilizzo, che possono essere di natura testuale (ad es. comunanza dei testi normativi di partenza), culturale (nel senso di istituzionale e dottrinale) ovvero sociale, economica, storica o politica. Di conseguenza, si afferma, altresì, come «[...] the deliberative model expects that there will be room for legitimate disagreement: by rejecting the possibility of a universal 'right answer' to human rights questions, the deliberative model regards judicial decision-making in the human rights field as an ongoing process of contestation».

⁵⁸ Cfr. RAWLS, *Justice as Fairness*, Harvard, 2001, citato da FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*,

stenti in materia, così da corroborare l'indagine comparatistica di dati maggiormente condivisi non soltanto in ambito regionale, ma a livello globale, dotati di capacità armonizzatrice e idonei a far sorgere altresì obblighi di cooperazione sulla maggior parte degli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa. Un ragionamento simile è stato svolto, ad esempio, dalla Corte nel caso *M.C. c. Bulgaria*, in relazione alla necessità della manifestazione di resistenza da parte della vittima ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale⁵⁹. In tale caso, infatti, dopo aver condotto un'accurata indagine volta a ricostruire il concetto di stupro nell'ambito delle legislazioni nazionali dei Paesi del Consiglio d'Europa ed alla luce delle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e delle conclusioni emergenti dalla giurisprudenza del Tribunale per la ex-Jugoslavia, la Corte aveva riscontrato una tendenza generale nel senso di abbandonare la concezione restrittiva e formalistica che richiedeva appunto la resistenza opposta dalla vittima quale elemento costitutivo della violenza sessuale⁶⁰. Sulla base di tale presupposto, la giuri-

cit., p. 52 ss., che introduce il concetto di «reasonable overlapping consensus», il quale è «supported by the reasonable though opposing religious, philosophical, and moral doctrines that gain a significant body of adherent and endure over time from one generation to the next». In tal modo, l'*overlapping consensus* dovrebbe essere fondato sulla base delle norme derivanti dalla loro visione religiosa, morale e filosofica complessiva, cosicchè esso sarebbe fondato su ragioni morali, anche se queste ultime differiscono tra loro. Basandosi su tale concezione del consenso, pertanto, viene affermato come «For Rawls, the most reasonable political conception of justice, which will attract an overlapping consensus, is one that 'protects familiar basic rights and assigns them a special priority', and 'includes measures to ensure that all citizens have sufficient material means to make effective use of those basic rights'». Un differente approccio a tali casi è quello riconducibile a SUNSTEIN, *Incompleted Theorized Agreements*, in *Harvard Law Review*, 1998, 1773 ss., citato ancora da FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*, cit., p. 54, secondo il quale nelle società post-industriali caratterizzate dall'eterogeneità e dal pluralismo, risulta particolarmente complesso ricostruire visioni morali univoche, che possano fondare un consenso generalizzato sui fondamenti teorici di certe soluzioni in materia di bilanciamento dei diritti umani, operate dai giudici. Per tali ragioni, ciò che sarebbe più agevole raggiungere, poggerebbe sul consenso enucleabile proprio su tali soluzioni, ovvero sui risultati, anche in presenza di una persistente diversità di vedute sulle ragioni teoriche di fondo: «Incompletely theorized agreements are about the result, but not about the general theory that accounts for it».

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, cit., relativa al ricorso proposto da una cittadina bulgara, che vittima all'età di quindici anni di una duplice violenza sessuale ad opera di uomini diversi - che le autorità giudiziarie bulgare non avevano condannato per mancanza di prova sulla resistenza opposta dalla donna alla violenza - lamentava l'avvenuta violazione del suo diritto alla libertà sessuale ai sensi degli artt. 3 e 8 C.E.D.U.

⁶⁰ Con un ragionamento che sembra attribuire al consenso generalizzato su una certa soluzione relativa al bilanciamento tra diritti confliggenti un valore semi-vincolante, simile a quello attribuito da Waldron allo *ius gentium*, che, pur essendo definito quale «laws common to all mankind», differisce concettualmente dal diritto naturale, in quanto esso si sostanzia in «a body of principles, discerned interpretively from the commonalities that exist among the positive laws of various countries, by a legal sensibility that is both lawyerly and moralized». Sulla base di tale impostazione, il valore *vincolante* di tale *ius gentium* potrebbe spiegare effetto solo in mancanza di ragioni forti contrarie ad esso, impegnando comunque i

sprudenza europea ha ritenuto che il quadro normativo nazionale bulgaro, per come applicato da parte della giurisprudenza, comportasse una violazione dell'obbligo positivo incombente sullo Stato di proteggere i diritti e le libertà previste dagli artt. 3 e 8 C.E.D.U., che avrebbe richiesto di apprestare una tutela penale idonea ad assicurare la persecuzione di qualsiasi forma di violenza nei confronti della libertà sessuale della vittima, a nulla rilevando l'eventuale mancanza di resistenza da parte della stessa.

Il riferimento al consenso generalizzato, tuttavia, in sé e per sé considerato, non sempre gioca un ruolo dirimente rispetto alla previsione di obblighi positivi di tutela in capo agli Stati, in particolar modo ove siano sottoposte alla Corte questioni che concernano temi eticamente sensibili, come accennato già in precedenza, nell'ambito delle quali la Corte sembra invece assumere un atteggiamento piuttosto cauto, anche in presenza di un consenso generalizzato, o, quanto meno, largamente prevalente, rispetto ad alcune soluzioni di tutela. Né, di contro, l'assenza di un consenso generale la induce, in senso inverso, a ritenere sussistenti violazioni dei diritti protetti dalla Convenzione, in mancanza di altri presupposti, che possano supportare una pronuncia in tal senso⁶¹.

Nella pronuncia sul caso *Söderman*, la stessa Grande Camera della Corte europea sembra sottolineare un'evoluzione (o un chiarimento) concernente la previsione di obblighi positivi di tutela penale incombenti sul legislatore nazionale. Si mette in evidenza, infatti, come, mentre nella sentenza *M.C. c. Bulgaria*, la Corte abbia richiamato la necessaria interdipendenza delle significative lacune relative al quadro normativo nazionale con le carenze concernenti l'aspetto applicativo ed operativo di quest'ultimo⁶², già nella successiva pronuncia nel caso *Siliadin c. Francia*, relativa alla previsione di obblighi positivi di tutela penale discendenti dall'art. 4 C.E.D.U., il test delle carenze significative (*significant flaws*) viene limitato al solo quadro normativo esistente in materia penale. Da tale evoluzione discendono, a nostro avviso, due conseguenze. La prima consiste nell'individuazione di un livello di lacunosità (*signifi-*

giudici a tenerne conto e ad attribuirgli un adeguato peso nell'economia del ragionamento logico-giuridico, come accade con riguardo ai precedenti giudiziari, cfr. S. Fredman, *Comparative Human Rights Law*, cit., pp. 10-11.

⁶¹ Cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, ricorso n. 31322/07, relativo al suicidio assistito; Corte EDU, Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, ricorso n. 74025/01, in materia di diritto di voto ai detenuti.

⁶² Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, cit., nella quale appunto il «significant flaw test to alleged shortcomings in the investigation was not concerned with allegations of errors or isolated omissions» (par. 168).

ficant) del quadro normativo dello Stato convenuto, che possa legittimare il riconoscimento della sussistenza di un obbligo positivo di tutela penale da parte della Corte EDU. La seconda attiene, invece, al grado di autonomia che progressivamente assumono gli obblighi incombenti sul legislatore, e più in generale quelli di natura *sostanziale*, nell'ambito della giurisprudenza della Corte, rispetto a quelli di carattere più propriamente procedurale, relativi al perseguimento ed alla condanna dei soggetti responsabili delle violazioni da parte dello Stato, profilo che verrà ulteriormente esaminato nei paragrafi successivi.

La Grande Camera, tuttavia, sottolinea, nel suo arresto sul caso *Söderman*, come il riferimento alle carenze significative non riesca ad attagliarsi adeguatamente ad ipotesi nelle quali sussistano lacune nel quadro normativo, tali da far ritenere sussistenti obblighi di tutela in capo al legislatore, idonei a fondare una violazione della Convenzione⁶³, in quanto in quel caso si tratterebbe appunto di una questione relativa al livello di protezione richiesto. Di contro, tale test continuerebbe ad avere senso in relazione agli obblighi procedurali, per differenziare situazioni nelle quali la violazione del diritto protetto dalla CEDU derivi da un singolo errore o omissione e ipotesi, invece, nelle quali l'accertamento delle responsabilità per le violazioni ed il perseguimento dei colpevoli sia stato impedito da gravi carenze nella fase del *law-enforcement* (per esempio, per una mancanza addebitabile alla magistratura inquirente o requirente con riguardo al chiarimento ed all'individuazione di tutti gli elementi costitutivi della condotta contraria alla Convenzione, ovvero, per un'omissione più propriamente relativa alla fase investigativa)⁶⁴.

A ben vedere tale distinzione sembra parzialmente chiarirsi nella giurisprudenza relativa agli obblighi positivi di tutela penale discendenti dall'art. 2 C.E.D.U., che verrà esaminata nei paragrafi successivi.

In effetti, spesse volte, il ragionamento della Corte muove dalla considerazione del quadro normativo esistente nello Stato convenuto, al fine di accertarne l'adeguatezza per la tutela del diritto di cui si lamenta la violazione, che rappresenta un profilo fondamentale degli obblighi sostanziali di tutela. Successi-

⁶³ Si veda in questo senso Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, cit., par. 91: «The Grand Chamber considers that *such a significant-flaw test*, while understandable in the context of investigation, *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» (corsivo aggiunto).

⁶⁴ Da ultimo, nello stesso senso, Corte EDU, Grande Camera, 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, cit., par. 320; Corte EDU, 15 marzo 2016, *M.G.C. c. Romania*, ricorso n. 61495/11, par. 60-61.

vamente la Corte valuta se un tale quadro normativo risulti applicato in concreto, in modo tale da garantire una tutela effettiva del diritto protetto dalla Convenzione. Ora, molto spesso, le lacune significative, alle quali fa riferimento la Corte, attengono a questa seconda fase. Ciò non toglie, tuttavia, che, in diversi casi, questi due profili siano strettamente connessi, perché, ad esempio, le lacune significative siano determinate da una vaghezza nella formulazione delle disposizioni di riferimento, ovvero dall'assenza di disciplina in quel determinato settore o ancora da una vera e propria confusione del quadro normativo di riferimento, che non può non ripercuotersi anche sul piano applicativo, con riguardo all'interpretazione dei giudici e all'operato delle autorità inquirenti, ma anche, più in generale all'attuazione delle disposizioni.

4. *Obblighi positivi di tutela penale relativi ai core rights*

4.1. *L'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita*

Come abbiamo evidenziato nella premessa del presente lavoro (cfr. § 1), la nostra indagine verterà in primo luogo sulla ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale relative a quei *core rights*, ed in particolare, in questa prima parte, al diritto alla vita, che sono costruiti, nella stessa logica del sistema C.E.D.U., quali diritti assoluti, che non ammettono tendenzialmente bilanciamenti (art. 2, con l'eccezione dell'uso della forza letale nei casi in cui esso sia assolutamente necessario, art. 3, art. 4⁶⁵), neanche in situazioni eccezionali (art. 15, par. 2, C.E.D.U.⁶⁶). Potremmo dire quindi, con riguardo a tale categoria di diritti, come si tratti di questioni di *fondamento* e di *sostanza* di essi. Sul piano del *fondamento*, il diritto alla vita rappresenta, nell'opinione della giurisprudenza di Strasburgo, uno tra i valori fondanti delle società democratiche e del sistema C.E.D.U., al quale, in virtù della sua fondamentale rilevanza, deve essere apprestata una protezione forte nell'ambito degli ordinamenti

⁶⁵ Anche l'art. 9, con riguardo al c.d. *forum internum* della libertà religiosa, che tuttavia non trova puntuale riscontro nell'elencazione di disposizioni contenuta nell'art. 15, par. 2, CEDU. Cfr. Commissione EDU, dec. 3 dicembre 1986, *Angelelli c. Svezia*, ricorso n. 10491/83; Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, par. 33 ss.; Commissione EDU, 16 gennaio 1996, *C.J., J.J., e E.J. c. Polonia*, ricorso n. 23380/94; Corte EDU, 12 aprile 2007, *Ivanova c. Bulgaria*, ricorso n. 52435/99, par. 79 ss.

⁶⁶ L'art. 15, par. 2, C.E.D.U. stabilisce che: «La precedente disposizione non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo per il caso di morte derivanti da atti di guerra conformi alle convenzioni, e agli artt. 3, 4 (par. 1) e 7».

giuridici nazionali, tenendo conto delle situazioni esimenti previste dall'art. 2, par. 2, C.E.D.U., da interpretare nel modo più restrittivo possibile⁶⁷, e delle questioni eticamente sensibili, nelle quali risulta coinvolta la tutela del diritto alla vita (ad esempio, in materia di inizio e fine vita, di sperimentazione medica o di procreazione medicalmente assistita), con riguardo alle quali la Corte EDU riconosce tendenzialmente un ampio margine di apprezzamento agli Stati-Parte, non imponendo pertanto vincoli o obblighi positivi particolarmente stringenti, in presenza di un'esigenza avvertita di bilanciamento di fondamentali interessi confliggenti ed in mancanza di un consenso generalizzato all'interno delle legislazioni degli Stati-Parte della Convenzione nella maggior parte dei casi considerati⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. BESTAGNO, *Art. 2 - Diritto alla vita*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 36 ss.

⁶⁸ Si tratta di questioni che vengono affrontate spesso dalla Corte anche in relazione al rispetto del diritto alla vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8, par. 2, C.E.D.U., che, come è noto, prevede appunto i presupposti di legittimazione di eventuali limitazioni (del) o interferenze nel godimento del diritto previsto al par. 1. Si veda ad esempio, in materia di aborto, Commissione EDU, 12 luglio 1977, *Brügge-mann e Scheuten c. Germania*, ricorso n. 6959/75, in *Reports*, p. 59 ss., ma si veda altresì l'opinione dissidente del giudice J.E.S. Fawcett, che, diversamente dalla maggioranza, ritiene le restrizioni imposte all'interruzione della gravidanza dalla legislazione penale tedesca ai tempi vigenti un'interferenza non necessaria in una società democratica, e quindi contrarie all'art. 8, par. 2, C.E.D.U.; Corte EDU, 20 marzo 2007, *Tysiŭc c. Polonia*, ricorso n. 5410/03, par. 106 ss., nella quale tuttavia la Corte riconosce la violazione dell'art. 8, par. 2, per la mancanza di chiarezza ed effettività del quadro normativo nazionale nel dare attuazione in concreto al diritto al rispetto della vita privata della ricorrente, nei casi di disaccordo tra la gestante ed il suo medico o tra medici in merito alle condizioni di salute legittimanti il ricorso all'interruzione della gravidanza; Corte EDU, Grande Camera, 16 dicembre 2010, *A.B.C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, par. 231 ss., all'interno della quale i profili di tutela del diritto alla vita si intrecciano indissolubilmente con quelli di rispetto della vita privata, della salute e della libertà di autodeterminazione della madre (coperti dall'art. 8 C.E.D.U.). In materia di eutanasia e suicidio assistito, Corte EDU, 29 luglio 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, par. 39 ss., con riguardo alla violazione dell'art. 2 C.E.D.U. ritenuta sussistente sulla base della considerazione che esso non fonderebbe un corrispondente negativo diritto a morire, e par. 62 ss. (con riguardo all'art. 8), nella quale la Corte mette in evidenza il difficile bilanciamento di fondamentali interessi in conflitto, che caratterizza tali casi, sottolineando come «The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance» ed affermando conseguentemente come «The applicant in this case is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers will be an undignified and distressing end of her life. The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8, par. 1, of the Convention»; Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, cit., par. 53 ss., anche in questo caso la Corte individua espressamente il conflitto e fa ricorso conseguentemente alla dottrina del margine di apprezzamento: «The Court considers that it is appropriate to examine the applicant's request to obtain access to sodium pentobarbital without a medical prescription from the perspective of a positive obligation on the State to take the necessary measures to permit a dignified suicide. This presupposes a weighing of the different interests at stake, an exercise in which the State is recognised as enjoying a certain margin of appreciation, which varies in accordance

L'articolo 2 C.E.D.U. ha una formulazione tanto concisa da non consentire l'individuazione precisa del suo esatto ambito di applicazione, che pertanto va ricavato alla luce delle pronunce della Corte europea.

La particolare rilevanza attribuita al diritto alla vita tra i diritti tutelati dalla Convenzione ha indotto la Corte di Strasburgo a ritenere che gli Stati-Parte non solo debbano astenersi dal compiere azioni che pongano in pericolo la vita dell'individuo, ma siano, altresì, vincolati ad apprestare un sistema che possa garantire un'adeguata protezione del diritto alla vita dei soggetti sottoposti alla loro giurisdizione da tutte le condotte – poste in essere dalle stesse autorità statali o da privati cittadini – che possano arrecare in qualche modo pregiudizio a tale diritto.

In particolare, secondo la Corte, l'art. 2 C.E.D.U. impone agli Stati-Parte un obbligo di protezione del diritto alla vita dagli atti idonei a metterla in pericolo, a prescindere da chi ne sia responsabile (agente pubblico o privato) e da quale atteggiamento psicologico caratterizzi la condotta, sia essa dolosa o colposa (in questi ultimi casi – condotta colposa – l'obbligo positivo di tutela può

with the nature of the issues and the importance of the interests at stake», affermando ulteriormente come «it is appropriate to refer, in the context of examining a possible violation of Article 8, to Article 2 of the Convention, which creates for the authorities a duty to protect vulnerable persons, even against actions by which they can endanger their own lives» e concludendo che «With regard to the balancing of competing interests in this case, the Court is sympathetic to the applicant's wish to commit suicide attempts that are unsuccessful and which frequently have serious consequences for the individuals concerned and for their families. However, it is of the opinion that the regulations put in place by the Swiss authorities, namely the requirement to obtain a medical prescription, pursue, *inter alia*, the legitimate aims of protecting everybody from hasty decisions and preventing abuse, and, in particular, ensuring that a patient lacking discernment does not obtain a lethal dose of sodium pentobarbital». Sulla base di tali ragioni la Corte esclude la violazione dell'art. 8, ritenendo che la normativa svizzera raggiunga un equilibrio tra i differenti interessi, tenendo conto del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in tali materie «the Court considers that the risks of abuse inherent in a system that facilitates access to assisted suicide should not be underestimated. Like the Government, it is of the opinion that the restriction on access to sodium pentobarbital is designed to protect public health and safety and to prevent crime. In this respect, it shares the view of the Federal Court that the right to life guaranteed by Article 2 of the Convention obliges States to establish a procedure capable of ensuring that a decision to end one's life does indeed correspond to the free will of the individual concerned. It considers that the requirement for a medical prescription, issued on the basis of a full psychiatric assessment, is a means enabling this obligation to be met», cfr. su tali questioni RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire*, Torino, 2008. In materia di procreazione medicamente assistita, Corte EDU, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, ricorso n. 46470/11, par. 169 ss., ma si veda altresì l'opinione dissenziente del giudice Sajó. Su tale pronuncia ed il seguito avuto nell'ordinamento italiano, si veda diffusamente TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015; ID., *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, ivi, 8 maggio 2016. Più in generale, ID., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019.

richiedere il ricorso al diritto penale solo in circostanze particolari, cfr. *infra*). La giurisprudenza della Corte europea, infatti, come esaminato, ha configurato la nascita di obblighi positivi di tutela penale a carico degli Stati soprattutto in relazione all'applicazione ed interpretazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione. *Mutatis mutandis* ci troviamo di fronte, in scala ridotta, a situazioni analoghe a quelle che comportano, sul piano globale, la sussistenza della c.d. *responsibility to protect*, ovvero della responsabilità della comunità internazionale (*rectius* di ogni Stato) di proteggere le popolazioni dal genocidio, dai crimini di guerra, dalla pulizia etnica e dai crimini contro l'umanità⁶⁹, con un accostamento (quello tra diritto penale internazionale e sistema C.E.D.U.), invero già autorevolmente teorizzato, in termini di proficua sinergia tra la Corte EDU ed i tribunali internazionali⁷⁰.

In particolare, con riguardo al diritto alla vita, la Corte ha ritenuto spesso, nelle sue pronunce, che gli Stati abbiano l'obbligo positivo di proteggerlo, «ponendo in essere una legislazione penale che dissuada gli individui dall'attentare alla vita altrui» e che preveda «un meccanismo di applicazione concepito per prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni di esso».

L'obbligo positivo di tutela penale costruito dalla Corte EDU sulla base dell'art. 2 C.E.D.U., oltre ad attenere agli aspetti strettamente sostanziali del sistema penale degli Stati convenuti coinvolge anche le caratteristiche procedurali di esso, relative, in particolare, all'amministrazione della giustizia e all'accertamento della responsabilità penale individuale, scaturente da eventuali violazioni dei diritti sanciti dalla Convenzione.

Questa opzione ermeneutica, elaborata dall'istanza giudiziaria europea, si rin-

⁶⁹ Si vedano i documenti delle Nazioni Unite, ad iniziare dal *World Summit* del 2005 (Risoluzione n. 60/1), nell'ambito del quale è stato elaborato il concetto della *responsibility to protect*, che ha poi visto una proficua evoluzione successivamente, come emerge nei *reports* dell'Assemblea Generale al Segretario Generale, n. A/63/677, del 12 gennaio 2009, *Implementing the responsibility to protect*, che individua una struttura su tre pilastri di tale responsabilità, articolata in *The protection responsibilities of the State, International assistance and capacity-building, Timely and decisive response*, n. A/64/864, del 14 luglio 2010, su *Early warning, assessment and the responsibility to protect*, n. A/66/874-S/2012/578, del 25 luglio 2012, *Responsibility to protect: timely and decisive response*, n. A/67/929-S-2013/399, del 9 luglio 2013, su *Responsibility to protect: State responsibility and prevention*, A/68/947-S/2014/449 dell'11 luglio 2014, *Fulfilling our collective responsibility: international assistance and the responsibility to protect*.

⁷⁰ Si veda in particolare SCHABAS, *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 611 ss., che parla di un rapporto sinergico, non definibile in termini di vera e propria complementarità, presentando qualche forma di frammentazione (p. 613), che tuttavia non implica il venir meno di una proficua *cross-fertilization* tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella della Corte penale internazionale e dei Tribunali *ad hoc*,

viene paradigmaticamente, con riguardo ai limiti dell'uso letale della forza pubblica, nella pronuncia sul caso *McCann c. Regno Unito*⁷¹, ove, a seguito della morte di tre giovani nel corso di un'operazione anti-terroristica della polizia, i familiari delle vittime ricorrevano alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione del diritto alla vita dei loro cari, in seguito all'esito assolutorio delle pronunce delle corti nazionali a conclusione dei processi penali a carico degli agenti coinvolti nella vicenda.

La Corte, in tale pronuncia, delinea una struttura "bicefala" dell'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita, discendente dal combinato disposto degli articoli 1 e 2 della Convenzione, che si articola, da una parte A) nel vincolo per lo Stato di adottare le misure idonee a prevenire la perdita di vite umane (obbligo di prevenzione); dall'altra, B) nell'impegno delle autorità statali competenti a condurre indagini ufficiali in modo serio, effettivo, tempestivo, approfondito e imparziale, che assicurino l'accertamento delle responsabilità individuali per le intervenute violazioni del diritto alla vita (obbligo di indagine), così assumendo, come abbiamo precedentemente rilevato, una struttura per certi versi simile a quella che connota la *responsibility to protect* prevista a livello globale, che si articola in effetti su tre pilastri, tra i quali figura anche quello della cooperazione internazionale.

A) Il primo vincolo (di prevenzione) in cui si articola la duplice funzione di tale obbligo si compone a sua volta, nella ricostruzione operata, più in generale, dalla giurisprudenza di Strasburgo, di tre ulteriori *sotto-obblighi*:

a) in generale, esso impone agli Stati di adottare disposizioni penali, tali da prevenire la commissione volontaria, da parte di qualsiasi soggetto, agente in nome e per conto delle autorità statali o privato, di atti che possano ledere o esporre a pericolo il diritto alla vita degli individui e di rendere effettiva l'applicazione concreta di tali disposizioni;

a) in circostanze particolari⁷², l'obbligo di prevenzione nascente dall'art. 2, par. 1, C.E.D.U. impegna lo Stato a predisporre misure speciali, in particolare sul piano operativo, idonee ad apprestare un'adeguata protezione ad individui che si trovino in una situazione di particolare rischio riconoscibile ovvero, anche in mancanza di una individuabilità dei soggetti presi di mira dall'agente, qualora le autorità statali siano responsabili di tale soggetto, in

⁷¹ Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, cit.

⁷² Si è parlato di «persone preventivamente individuabili quali potenziali *target* di aggressioni» proprio per definire le circostanze che abbiamo già genericamente descritto come particolari, che potevano (o avrebbero dovuto) rendere avvertite le autorità statali del pericolo per il diritto alla vita corso da uno o più soggetti alla loro giurisdizione, cfr. S. Zirulia, *Art. 2*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 55 ss.

quanto trattasi, ad esempio, di detenuto (al quale vengano, per ipotesi, concessi permessi premio o la sospensione condizionale della pena), dovendo così impedire che questi commetta atti lesivi o pericolosi per il diritto alla vita di terzi (non meglio identificati)⁷³, o anche di se stesso (nel caso, ad esempio, di soggetti affetti da malattia mentale)⁷⁴;

a) nell'ambito di attività umane caratterizzate da un alto tasso di pericolosità e nei casi di catastrofi naturali intersecantisi con attività umane, nelle quali si versi, in sostanza, in situazioni di necessità di gestione del rischio⁷⁵, nei casi di comportamenti colposi, la portata dell'obbligo di prevenzione assume caratteristiche particolari, che tengono maggiormente conto dell'intervento sussidia-

⁷³ Cfr., ad esempio, in questo senso, da ultimo Corte EDU, 17 settembre 2020, *Kotilainen ed altri c. Finlandia*, ricorso n. 62439/12, par. 70, ove viene affermato che «The above obligation of the State authorities to take preventive operational measures has been established for situations where the real and immediate risk for criminal acts of third party concerns the life of a one or more identified or identifiable in advance, namely in the context of the granting of prison leave or conditional release to dangerous prisoners [...] In the latter context, the Court has stressed the duty of diligence incumbent on the State authorities, in dealing with the danger emanating from the potential acts of certain individuals in their charge, to afford general protection of the right to life». Nello stesso senso, Corte EDU, 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia*, ricorso n. 37703/97, par. 69; Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia*, ricorso n. 28634/06, par. 107; Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, ricorso n. 46846/08, parr. 48-49. Nella pronuncia della Corte nel caso *Bljakaj e altri c. Croazia*, 18 settembre 2014, ricorso n. 74448/12, par. 121, la sussistenza del vincolo di protezione viene riconosciuta «in respect of the danger emanating from a person with a history of violence, unlawful possession of firearms and alcohol abuse, who was apparently mentally disturbed and had been under the control of the police on the day of killing committed by him».

⁷⁴ Si veda di recente, in quest'ambito, Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, ricorso n. 78103/14, (e giurisprudenza precedente ivi citata) che ha esteso in maniera espressa l'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita, anche nella sua declinazione di obbligo preventivo (oltre che in quella concernente la predisposizione di un quadro normativo adeguato ed effettivo), incombente sugli Stati nei confronti dei soggetti affetti da malattia mentale, ricoveratisi volontariamente in strutture di cura, in relazione agli atti autolesionistici ed al suicidio, in presenza di un rischio concreto (seppur non immediato), sulla base della storia clinica del paziente (ad esempio, decorso della malattia mentale, tentativi precedenti di suicidio, dipendenze e stati depressivi), di cui le autorità fossero a conoscenza o del quale avrebbero dovuto essere a conoscenza usando l'ordinaria diligenza, e dell'assenza della predisposizione di misure adeguate da parte delle stesse autorità a neutralizzare, o quanto meno a minimizzare la concretizzazione di tale rischio. Va segnalato come la Corte non abbia ritenuto sussistente la violazione di tale obbligo positivo nel caso concreto da parte delle autorità portoghesi, né con riguardo all'adeguatezza del quadro normativo esistente, né in relazione all'idoneità delle misure preventive apprestate per evitare che il rischio di suicidio si materializzasse, suscitando, tuttavia, le critiche di alcuni giudici, rese manifeste nell'opinione dissenziente allegata alla pronuncia (giudici Pinto de Albuquerque e Harutyunyan).

⁷⁵ Si veda, con gli opportuni distinguo, BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema Penale*, 19 aprile 2020, 3, che parla di «emergenza da rischio», facendovi rientrare ipotesi nelle quali la minaccia (alla vita) proviene dalla natura, ma si intreccia con le problematiche del comportamento umano, ponendo problemi di gestione del rischio. Qualifica tali ipotesi quali «emergenze strutturalmente colpose».

rio del diritto penale, nel senso che sovente la Corte ritiene sufficienti rimedi di carattere extra-penale⁷⁶, fatte salve alcune ipotesi, nelle quali la negligenza abbia assunto proporzioni che vadano al di là del mero errore di valutazione o di un'isolata mancanza di coordinamento, delineandosi pertanto casi di colpa grave o di carenze generalizzate, sistematiche e diffuse nello svolgimento di talune attività statali, tali da mettere in pericolo la vita e l'integrità della collettività, di cui ci si occuperà più avanti.

Nella giurisprudenza più recente, la Corte europea ha sottolineato come, in tali casi (svolgimento di attività pericolose idonee a minacciare il bene della vita), ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2, occorrerà dimostrare la circostanza che lo Stato convenuto non abbia apprestato un adeguato quadro normativo, nozione all'interno della quale la Corte fa rientrare tutta la regolamentazione (solitamente di natura amministrativa) che disciplina la concessione di autorizzazioni, licenze, permessi, ma anche la legislazione che impone ai soggetti responsabili dello svolgimento di tali attività di adottare specifiche misure di sicurezza per minimizzare i rischi collegati all'espletamento delle predette attività, delineando così perimetro e condizioni dell'area di rischio consentito⁷⁷.

Riassumendo, l'obbligo di prevenzione, ricostruito dalla Corte di Strasburgo in relazione ai vincoli di protezione del diritto alla vita, spiega i suoi effetti, quindi, sia con riguardo a condotte tenute da soggetti agenti in nome e per conto dello Stato, sia in relazione a comportamenti volontari di soggetti privati, con questioni problematiche e soluzioni parzialmente differenti. Esso, inoltre, è stato analizzato dalla Corte, con esiti parzialmente diversi, anche in relazione a situazioni concernenti comportamenti gravemente colposi di soggetti privati e di catastrofi naturali intersecantisi con attività umane

Nel primo caso, come dimostrato nel caso *McCann*, l'azione preventiva svolta da agenti della sicurezza pubblica può essa stessa attentare al diritto alla vita dei soggetti coinvolti, cosicché l'obbligo di prevenzione di lesioni del diritto alla vita può comportare la definizione di limiti all'uso della forza statale, che si concretano, nello specifico, anche in obblighi di pianificazione ragionevole e proporzionata degli interventi delle forze di sicurezza statali.

Nel secondo caso, invece, è necessario tracciare con precisione la portata che deve assumere l'azione di prevenzione statale a favore della protezione del diritto alla vita, in quanto essa reca, come necessaria conseguenza, una grave

⁷⁶ Corte EDU, 28 novembre 2006, *Murillo Saldias ed altri c. Spagna*, (dec.) ricorso n. 76973/01; Corte EDU, 24 maggio 2011, *Anna Todorova c. Bulgaria*, ricorso n. 23302/03, par. 73.

⁷⁷ Cfr. Corte EDU, 4 ottobre 2016, *Cevrioglu c. Turchia*, ricorso n. 69546/12.

interferenza in altre libertà, altrettanto garantite e tutelate dalla Convenzione, come ad esempio il rispetto della libertà personale (art. 5) e della vita privata e familiare (art. 8).

Nel terzo caso, trattandosi di situazioni nelle quali la minaccia o la lesione del diritto alla vita dipende da comportamenti non volontari e da eventi catastrofici naturali, intervengono maggiormente, nella giurisprudenza della Corte, valutazioni concernenti gli stessi presupposti della sussistenza di un obbligo positivo di tutela penale (di prevenzione), in termini sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento penale.

B) Il secondo vincolo (di indagine), che caratterizza, nella giurisprudenza della Corte europea, l'obbligo positivo degli Stati di proteggere il diritto alla vita, richiede che le autorità nazionali predispongano delle forme effettive di indagine ufficiale. Quando degli individui vengono uccisi in conseguenza dell'uso della forza da parte, tra l'altro, di agenti dello Stato, il dovere di compiere indagini pubbliche ed indipendenti costituisce un aspetto essenziale per la tutela del diritto alla vita sancito dall'art. 2.

In relazione a tale vincolo, il ruolo della Corte di Strasburgo consiste nella verifica dell'esistenza, nel sistema giudiziario ed amministrativo nazionale, di una procedura effettiva di indagine circa le circostanze in cui una morte sospetta è accaduta, in maniera tale da assicurare l'individuazione dei soggetti responsabili. Occorre considerare che i casi nei quali la Corte ha rinvenuto una violazione dei diritti protetti dalla Convenzione, sulla base della sussistenza di obblighi positivi di tutela penale, qualificati come di natura procedurale, abbiano sovente riguardato ipotesi nelle quali le violazioni, solitamente del diritto alla vita e del divieto di essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, fossero state perpetrate da agenti statali (ad esempio per un uso illegittimo della forza o delle armi). In questi casi, pertanto, secondo l'opinione della Corte, in considerazione della circostanza che è proprio lo Stato a dover punire se stesso, costruendo un solido apparato probatorio, concernente, nella maggior parte dei casi, elementi che si trovano nell'esclusiva disponibilità degli stessi organi statali, diviene particolarmente importante che non si diffonda nella collettività un senso di impunità per gravi atti commessi dallo stesso Stato, che possa ingenerare sfiducia nei cittadini, così minando le fondamenta del principio democratico e, in ultima analisi, dello Stato di diritto.

La portata di tali vincoli, incidente maggiormente sugli aspetti procedurali, non verrà analizzata specificamente in questa sede.

4.2 *Obblighi positivi di tutela del diritto alla vita e limiti all'uso della forza (anche potenzialmente) letale*

Con riguardo al diritto alla vita (art. 2 C.E.D.U.), in relazione a condotte tenute da agenti dello Stato, viene richiesto il grado di cautela nell'uso della forza letale e delle armi che ci si può attendere da forze di sicurezza operanti in una società democratica, anche qualora esse si trovino ad occuparsi di soggetti pericolosi, sospettati di gravi atti di criminalità (anche organizzata o terroristica)⁷⁸. Nella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'uso della forza letale (ed in particolare con riguardo all'art. 2, par. 2, C.E.D.U.), possiamo individuare alcune caratteristiche comuni, pur tenendo conto dell'approccio casistico che, di regola, contraddistingue l'operato della Corte⁷⁹.

In primo luogo, con riguardo a situazioni che coinvolgono l'uso della forza pubblica, la Corte opera una distinzione tra operazioni pianificate⁸⁰, e non pianificate⁸¹, che è particolarmente rilevante nella valutazione della capacità di gestione della situazione stessa da parte degli agenti statali e nella verifica della percezione della situazione di fatto da parte dell'agente, che può essere ritenuta valida sulla base di ragioni oggettive giustificabili nel momento in cui il soggetto agisce, ma che si rivela erronea successivamente (*honest belief, which is perceived, for good reasons, to be valid at the time, but subsequently turns*

⁷⁸ Cfr. Corte EDU, 23 febbraio 2010, *Wasilewska e Kałucka c. Polonia*, ricorsi nn. 28975/04 e 33406/04, ove si sottolinea come «[...] Article 2 does not grant a carte blanche. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force» (corsivo aggiunto). Nello stesso senso, Corte EDU, 6 ottobre 2015, *Kavaklıoğlu e altri c. Turchia*, ricorso n. 15397/02, par. 161.

⁷⁹ Si veda l'opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque nella causa Corte EDU, Grande Camera, 17 luglio 2014, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, ricorso n. 47848/08, nella quale si legge un'accurata esortazione alla Corte a dotare le sue pronunce e decisioni di *auctoritas*, nel senso di conferire loro l'autorevolezza derivante dai principi giuridici in esse enunciati, mediante l'uso di un ragionamento logico-giuridico coerente e strutturato, idoneo ad estrapolare dal caso concreto principi generalmente applicabili, dotandole pertanto di una carica *normativa* adeguata ad indirizzare in maniera univoca i giudici nazionali di tutti gli Stati-Parte della C.E.D.U. (par. 13 ss.).

⁸⁰ Tra le quali si possono annoverare, ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, *McCann c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, 26 febbraio 2004, *Nachova e altri c. Bulgaria*, cit.; Corte EDU, Grande Camera, 24 ottobre 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, ricorso n. 23458/02; Corte EDU, 23 febbraio 2010, *Wasilewska e Kałucka c. Polonia*, cit.; Corte EDU, 6 ottobre 2015, *Kavaklıoğlu e altri c. Turchia*, cit.

⁸¹ Si vedano, ad esempio, Corte EDU, 20 dicembre 2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit.; Corte EDU, 13 ottobre 2015, *Haász e Szabó c. Ungheria*, ricorsi nn. 11327/14 e 11613/14; Corte EDU, 17 marzo 2005, *Bubbins c. Regno Unito*, ricorso n. 50196/99.

out to be mistaken).

Ove si tratti di operazioni non pianificate, lo standard dell'assoluta necessità può subire una flessibilizzazione, nel caso in cui le autorità abbiano agito in condizioni di pressante urgenza (*the authorities had to act in tremendous time pressure*) o il loro controllo sulla situazione in atto sia stato minimo, non per ragioni a loro imputabili. In definitiva, quanto più il rischio o la minaccia sia prevedibile, e pertanto evitabile l'uso della forza potenzialmente letale, tanto più ampio e stringente sarà l'obbligo positivo di protezione della vita a carico dello Stato.

Nel caso di dimostrazioni di massa, che sono sempre più frequenti nel mondo globalizzato, la Corte ritiene che l'obbligo di protezione della vita previsto dalla Convenzione abbia assunto necessariamente un'altra dimensione, che sembra richiedere agli Stati-Parte un maggiore sforzo organizzativo e di coordinamento per garantire una pianificazione adeguata delle operazioni delle forze dell'ordine, che tenga in considerazione la particolare complessità di tali situazioni.

In secondo luogo, una violazione dell'art. 2 C.E.D.U. può essere riconosciuta, secondo la Corte, non solo nel caso di eventi mortali, ma anche nelle ipotesi di lesioni gravi, causate alla vittima, qualora esse rappresentino una minaccia per la vita⁸². Non tutte le presunte minacce alla vita, tuttavia, possono far sorgere un obbligo positivo in capo allo Stato di predisporre misure specifiche per evitare il rischio di produzione dell'evento lesivo o pericoloso, in quanto non si può addossare alle autorità statali un vincolo generale di prevenzione del rischio di violazione del diritto alla vita, che comporterebbe un onere eccessivo per lo Stato stesso. Tale vincolo, pertanto, sorge: i) se il grado ed il genere di forza usato e l'intensità del dolo relativa all'uso di tale forza nell'infliggere lesioni di carattere potenzialmente mortale siano tali da rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 2, tenendo conto dell'oggetto e dello scopo perseguiti da tale disposizione; ii) le autorità statali sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di un rischio reale ed immediato per la vita, avendo un certo grado di controllo sulla situazione (si tratta di una caratteristica comune a tutti gli obblighi di protezione della vita sia nel caso di condotte di agenti dello Stato, sia nelle ipotesi di azioni di terzi privati).

⁸² Cfr. Corte EDU, 20 dicembre 2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., ove viene sottolineato come «the degree and type of force used [...] irrespective of whether or not the police actually intended to kill him, the applicant was the victim of conduct which, by its very nature, put his life at risk, even though, in the event, he survived» (par. 55). Si trattava di un caso nel quale il ricorrente aveva riportato gravi lesioni personali. Si veda, altresì, Corte EDU, 13 ottobre 2015, *Haász e Szabó c. Ungheria*, cit., par. 43.

Il *leading case* in materia è rappresentato, come accennato, dalla pronuncia sul caso *McCann c. Regno Unito*, nella quale la motivazione si incentra in particolare sull'impossibilità di invocare, nel caso di specie, le esimenti relative all'uso legittimo della forza letale previste dall'art. 2, par. 2, C.E.D.U.⁸³. La giurisprudenza europea ha elaborato, in tale arresto, principi interpretativi in materia di legittimo uso della forza da parte degli agenti statali che costituiranno il punto di riferimento per tutte le successive decisioni relative alla medesima materia (intesa in senso ampio, ovvero relativa sia alle condotte degli agenti statali, sia a quelle dei privati)⁸⁴, che ha avuto tuttavia esiti non sempre univoci.

Viene tracciata una linea di demarcazione tra le ipotesi in cui la morte è procurata intenzionalmente e quelle in cui, invece, essa si verifica come conseguenza involontaria del ricorso all'uso della forza⁸⁵. Quest'ultimo, inoltre, nella visione della Corte, deve risultare "assolutamente necessario", sulla base di una valutazione che ha a fondamento un criterio interpretativo maggiormente restrittivo e rigoroso rispetto a quello generalmente adottato per determinare se l'intervento dello Stato, in termini di limitazione del godimento di alcuni diritti garantiti dalla Convenzione, sia da ritenere necessario all'interno di una società democratica, ai sensi degli articoli da 8 a 11 e art. 2, Protocollo n. 4, C.E.D.U. Si esclude, di conseguenza, il riconoscimento alle autorità nazionali di un ampio margine di apprezzamento in tali ipotesi, anche se, secondo l'opinione della Corte, non sarebbe sufficiente la mera formulazione astratta

⁸³ La disposizione in esame recita: «La morte non è considerata come data in violazione di questo articolo nei casi in cui fosse determinata da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario; a) per difendere ogni persona da una violenza illegittima; b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente arrestata; c) per reprimere, conformemente alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

⁸⁴ Si vedano altresì Corte EDU, 4 maggio 2001, *Jordan c. Regno Unito*, ricorso n. 24746/94; Corte EDU, 4 maggio 2001, *McKerr c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, 4 maggio 2001, *Kelly e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 30054/96; Corte EDU, 4 maggio 2001, *Shanaghan c. Regno Unito*, ricorso n. 37715/97. Tutte pubblicate in *Reports*, 2001-III. Le vicende sottoposte all'esame della Corte concernono le morti di soggetti, ritenuti terroristi appartenenti all'organizzazione nordirlandese dell'IRA, perpetrate da agenti delle forze dell'ordine britanniche nel corso di operazioni antiterrorismo. Ma anche Corte EDU, 28 luglio 1998, *Ergi c. Turchia*, in *Reports*, 1998-IV, ove viene richiesta la necessaria valutazione dei rischi che possono essere corsi dai civili - oltre che dagli stessi membri delle forze dell'ordine e dagli eventuali sospetti coinvolti - nella pianificazione e nel controllo delle operazioni di sicurezza.

⁸⁵ Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, *McCann c. Regno Unito*, cit., par. 148: «As the Commission has pointed out, the text of Article 2, read as a whole, demonstrates that paragraph 2 does not primarily define instances where 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».

delle disposizioni nazionali di riferimento in termini di non stretta necessità per fondare una violazione dell'art. 2 C.E.D.U., dovendosene in ogni caso verificare l'applicazione in concreto, con particolare riguardo all'interpretazione di esse da parte dei giudici dello Stato convenuto⁸⁶.

Ad un parametro altrettanto restrittivo fa riferimento la Corte nell'interpretazione delle finalità, previste dall'articolo 2, par. 2, C.E.D.U., per le quali l'uso della forza letale può considerarsi legittimo (tenendo conto del particolare valore che il diritto alla vita assume tra i diritti tutelati dal testo convenzionale). Alla valutazione relativa alla necessità si deve accompagnare, altresì, secondo la Corte, una verifica concernente la proporzionalità del ricorso alla forza, che va compiuta, peraltro, tenendo specificamente conto delle circostanze concrete nelle quali gli agenti delle forze dell'ordine hanno agito⁸⁷. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha riscontrato nel caso *McCann* (con una maggioranza strettissima) una violazione del diritto alla vita, a causa dell'inadeguatezza della pianificazione ed organizzazione delle operazioni di sicurezza e di polizia.

A tal fine, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha tenuto conto delle regole d'ingaggio impartite (dall'esecutivo) alle forze di sicurezza con riguardo all'organizzazione e alla gestione delle operazioni (interforze, che coinvolgevano esercito, polizia, e gruppi di sicurezza nazionale) da condurre, facendo riferimento anche ai ruoli assegnati ai singoli agenti ed alle ipotesi in esse delineate in relazione alle circostanze che potevano giustificare l'uso della forza letale⁸⁸, con un chiaro riferimento al carattere necessario di quest'ultimo, in

⁸⁶ Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, *McCann c. Regno Unito*, cit., par. 155: «In the Court's view, whatever the validity of this submission, the difference between the two standards is not sufficiently great that a violation of Article 2, para. 1 could be found on this ground alone».

⁸⁷ Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, *McCann c. Regno Unito*, cit., par. 150: «the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to the most careful scrutiny, particularly where deliberate use of 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 circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination».

⁸⁸ Cfr., ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 27 settembre 1995, *McCann c. Regno Unito*, cit., par. 15, ove, con particolare riguardo appunto alle circostanze ritenute idonee a giustificare l'uso della forza, si sottolinea come: «4. You and your men will not use force unless requested to do so by the senior police officer(s) designated [...]; or unless *it is necessary to do so in order to protect life*. You and your men are not then to use more force than is necessary in order to protect life. Opening fire - 5. You and your men may only open fire against a person if you or they have *reasonable grounds for believing that he/she is currently committing, or is about to commit, an action which is likely to endanger your or their lives, or the life of any other person*, and if *there is no other way to prevent this*. Firing without warning - 6. You and your men may fire without warning if the giving of a warning or any *delay in firing could lead to death or injury to you or them or any other person*, or if the giving of a warning *is clearly impracticable*. Warning before firing - 7. If the circumstances in paragraph 6 do not apply, *a warning is*

ossequio a quanto stabilito dall'art. 2 C.E.D.U., e sottolineandosi come gli scopi dell'operazione consistessero principalmente nella protezione della vita, nello sventare il presunto atto terroristico e nell'assicurare i sospetti alla giustizia, mediante il loro arresto, e nel raccogliere le prove necessarie all'eventuale condanna di tali soggetti.

Con particolare riguardo alle condotte degli agenti, diretti esecutori dell'azione che aveva portato all'uccisione dei presunti terroristi, la Corte ha sottolineato come esse potessero rientrare nell'ambito applicativo delle ragioni giustificatrici previste dall'art. 2, par. 2, C.E.D.U., e, nello specifico, nella situazione in cui l'agente abbia usato la forza letale nel ragionevole convincimento, percepito come valido nella situazione concreta, sulla base di buone ragioni, che si trattasse dell'unico rimedio possibile per neutralizzare una minaccia grave ed incombente proveniente dai soggetti sospettati nei confronti della vita o dell'integrità degli stessi agenti, o di altri soggetti⁸⁹.

Tale conclusione veniva fondata dalla Corte sull'assunto che i soggetti agenti avevano ricevuto una serie di informazioni da parte degli organizzatori dell'operazione, concernenti la particolare pericolosità dei presunti criminali e la notevole sofisticatezza dei dispositivi a loro disposizione, sulla base delle quali la reazione degli agenti poteva ritenersi nel complesso necessaria e proporzionata rispetto alle azioni tenute dai sospettati ed alle altre circostanze del caso concreto.

Di contro, secondo la Corte, la violazione dell'art. 2 C.E.D.U. andava ritenuta sussistente con riguardo alla pianificazione dell'operazione, ed in particolare, alla previa verifica e valutazione delle informazioni poi fornite ai soggetti materialmente coinvolti nelle operazioni, che si presentavano fin dall'inizio come inidonee a far ritenere sussistente un alto rischio per la vita e l'integrità della popolazione e quindi come probabile o altamente probabile l'uso della forza letale nei confronti dei sospettati. In sostanza, nell'opinione della Grande Camera, nel bilanciamento tra l'esigenza di non esporre a pericolo la collettività ed il bisogno di raccogliere prove necessarie per la condanna dei soggetti

necessary before firing. The warning is to be as clear as possible and is to include a direction to surrender and a clear warning that fire will be opened if the direction is not obeyed» (corsivo aggiunto).

⁸⁹ La Corte esclude infatti il carattere necessitato dell'uso della forza (potenzialmente) letale quando la minaccia ed il pericolo per gli stessi agenti o per la collettività non sia attuale ed incombente, cfr., in questo senso, Corte EDU, 23 febbraio 2010, *Wasilewska e Katucka c. Polonia*, cit., par. 53: «However, in the present case, the majority of the shots were fired at the escaping vehicle, once it had passed the police officer who had been allegedly hit by it. At that moment there had been no direct danger to the police officer and the only intention of the police officers had been to prevent the escape of the suspects».

sospettati (posto alla base della scelta di non procedere subito all'arresto di questi ultimi), gli organizzatori dell'operazione avrebbero ingiustificatamente fatto prevalere il secondo, con l'esito di determinare un illegittimo ed evitabile sacrificio di vite umane.

Cercando, per quanto possibile, di applicare categorie penalistiche, operazione necessariamente influenzata dalla prospettiva propria del diritto penale nazionale, e tenendo conto della circostanza che la responsabilità configurata dalla giurisprudenza della Corte EDU coinvolge lo Stato, in tutte le sue articolazioni, e non i singoli individui, per gli esecutori materiali si delineerebbe una situazione di errore incolpevole sull'esistenza della causa di giustificazione, rilevando pertanto a loro favore il putativo; in capo ai soggetti responsabili della pianificazione ed organizzazione delle operazioni potrebbe invece, nell'opinione della Corte, residuare una responsabilità propriamente colposa, in quanto l'esito letale sia derivato da negligenza, imprudenza o imperizia nella preparazione e predisposizione degli interventi necessari, che avrebbe potuto essere preveduto, rappresentando esso stesso la concretizzazione del rischio che le regole cautelari violate tendevano a prevenire. Nella logica sottesa alla teorica degli obblighi positivi ricostruita dalla Corte europea, tale responsabilità ove non adeguatamente accertata e sanzionata all'interno dell'ordinamento nazionale, implica l'intervento in via sussidiaria della Corte EDU⁹⁰, che procede appunto alla condanna dello Stato convenuto, proprio nel caso in cui accerti che esso non abbia apprestato le misure necessarie a garantire una tutela adeguata al diritto leso o messo in pericolo.

Dal punto di vista teorico-concettuale possiamo, quindi, concordare con l'opinione di chi ritiene che l'applicazione della teorica degli obblighi positivi di tutela presupponga un'operazione, per così dire, "a ritroso" da parte della Corte EDU, che prende le mosse dalla violazione degli obblighi *procedurali* da parte dello Stato (ovvero dal vincolo di accertamento e perseguimento dei

⁹⁰ Tale aspetto viene oggi sottolineato dalla modifica apportata al Preambolo della C.E.D.U. dall'art. 1 del Protocollo n. 15, adottato a Strasburgo il 24 giugno 2013, che ha aggiunto un nuovo considerando al Preambolo della Convenzione, che contiene il riferimento al principio di sussidiarietà ed alla dottrina del margine di apprezzamento, in adempimento della Dichiarazione di Brighton, adottata in data 19-20 aprile 2012, così sottolineando il ruolo primario degli Stati nell'adempire al loro obbligo di assicurare i diritti e le libertà previsti dalla C.E.D.U. Il principio di sussidiarietà ispira anche il Protocollo n. 16 della C.E.D.U., che istituisce un meccanismo di dialogo tra le corti nazionali e la stessa Corte. Prima dell'adozione di tali Protocolli, tuttavia, il carattere sussidiario dell'operato della Corte emergeva dalla stessa giurisprudenza di quest'ultima, ma anche dalla lettura combinata di alcune disposizioni della Convenzione, quali gli artt. 1 e 19, ma anche dall'art. 13, nonché dall'art. 35. Cfr. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, cit., 74 ss.; LEMMENS, *General Survey of the Convention*, cit., 9 ss.

soggetti responsabili della violazione del diritto alla vita)⁹¹. Cionondimeno, a noi sembra che tale impostazione sia connaturata alla stessa natura sussidiaria che caratterizza il ricorso alla Corte EDU, rispetto al ruolo rivestito dal sistema di *law-enforcement* a livello statale, e non faccia venir meno, sul piano pratico-applicativo, l'autonomia della categoria degli obblighi *sostanziali* di protezione, nell'articolazione che abbiamo proposto in precedenza. Una siffatta conclusione sembra emergere, infatti, dalla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, come è noto, procede ad un ragionamento per gradi, che muove proprio, in prima battuta, dall'accertamento della sussistenza di una violazione *sostanziale* degli obblighi positivi, l'eventuale riconoscimento della quale non preclude la verifica degli aspetti procedurali, non potendosi pertanto ritenere la violazione procedurale *assorbita* da quella *sostanziale*, eventualmente ritenuta presente dalla Corte, né viceversa.

Si tratta pertanto di accertamenti collegati, ma autonomi ed alternativi, che possono avere esiti diversi, nel senso che si possono dare casi nei quali venga accertata la violazione sostanziale e negata quella procedurale⁹², e, viceversa, (ipotesi più frequente), casi nei quali la Corte ritenga sussistente la violazione procedurale, escludendo invece quella sostanziale.

La stessa terminologia utilizzata nella giurisprudenza della Corte con riguardo agli obblighi positivi di tutela, inoltre, opera tale distinzione tra i predetti obblighi, riconducendo quelli relativi alla sussistenza di un quadro normativo idoneo a garantire una protezione effettiva ai diritti previsti dalla Convenzione, che spesse volte ha ricadute anche sulla possibilità di apprestare misure operative adeguate in concreto, all'ambito sostanziale (*substantive limb*).

In relazione a quest'ultimo profilo, la Corte EDU ha di frequente riconosciuto una violazione del profilo sostanziale dell'obbligo positivo discendente dall'art. 2 C.E.D.U. nelle ipotesi nelle quali si possa individuare un nesso di concatenazione tra l'evento mortale ovvero le gravi lesioni dell'integrità fisica, verificatisi in seguito all'uso della forza da parte degli agenti statali, i difetti di pianificazione (per lo più nei casi di operazioni programmate) ovvero

⁹¹ Cfr. ZIRULIA, *Art. 2*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 54.

⁹² Cfr., in dottrina, BESTAGNO, *Art. 2 - Diritto alla vita*, cit., p. 49 ss., ove l'A. sottolinea la natura autonoma degli obblighi procedurali rispetto a quelli materiali, nonché la possibilità di accertamento di una violazione multipla dell'art. 2, relativa sia al contenuto negativo, che a quello positivo, sia a quello materiale/sostanziale, che a quello procedurale, con conseguenze anche sul piano dell'indennizzo, con il riconoscimento a favore delle vittime di indennizzi sia per i danni materiali che per quelli morali, derivanti dal cumulo delle violazioni accertate a diverso titolo. Nella giurisprudenza della Corte EDU, cfr., ad esempio, in questo senso, da ultimo, *Kotilainen ed altri c. Finlandia*, 17 settembre 2020, cit.

l'assenza di una chiara e precisa catena di comando e di istruzioni precise (più di frequente nelle operazioni non programmate) e le carenze relative alla predisposizione di un quadro normativo sufficientemente chiaro e preciso da parte delle autorità statali competenti⁹³, che renda chiara la necessità di subordinare l'uso della forza letale ad una scrupolosa valutazione delle circostanze oggettive esistenti nel caso concreto, e, in particolare, della natura del reato commesso e della serietà della minaccia che il soggetto (ad es. un fuggitivo o una persona che si sottrae all'arresto), contro il quale si ritiene di dover usare la forza potenzialmente letale, pone nei confronti della collettività⁹⁴.

È significativo segnalare come la Corte europea richiami, nelle considerazioni relative alla normativa applicabile, gli strumenti di *soft law* elaborati dalle Nazioni Unite in materia di uso della forza, e, nella fattispecie, i Principi delle Nazioni Unite per l'effettiva prevenzione e indagine sulle esecuzioni extralegali, arbitrarie e sommarie, e i Principi di base sull'uso della forza e delle armi da fuoco da parte del personale addetto al rispetto della legge del 1990⁹⁵, ai

⁹³ Si veda, ad esempio, in questo senso Corte EDU, 20 dicembre 2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., par. 62 ss., nella quale la Corte fa appunto rilevare come la particolare vaghezza e genericità della formulazione delle disposizioni nazionali in materia di uso della forza pubblica e delle armi (nel caso di inseguimento ed arresto, come nel caso sottoposto al giudizio della Corte) vigenti all'epoca dei fatti avesse lasciato gli agenti e i funzionari operanti nella situazione concreta privi di precise istruzioni, così determinandosi un contesto caotico, nel quale non risultava chiara la catena di comando e gli agenti operavano autonomamente, senza il dovuto coordinamento; Corte EDU, 26 febbraio 2004, *Nachova c. Bulgaria*, cit., ove la carenza del quadro normativo viene affermata sia sul piano formale della qualità della legge, in presenza di disposizioni contenute in regolamenti non pubblicati, sia su quello sostanziale, con riguardo alla prevista indiscriminata legittimità dell'uso della forza letale nei confronti di qualsiasi fuggitivo, che non si fermi in seguito all'alt ed all'esplosione di colpi in aria (parr. 99-100).

⁹⁴ Cfr. Corte EDU, 26 febbraio 2004, *Nachova c. Bulgaria*, cit., in cui il giudizio sulla necessità dell'uso della forza letale (risultato in ultimo negativo) viene effettuato dalla Corte proprio tenendo conto della natura del reato commesso e del livello di minaccia che il soggetto pone per la collettività, sulla base dei seguenti elementi: «1) They had been sentenced to short terms of imprisonment for *non-violent offences*; 2) They had *escaped without using violence*, simply by leaving their place of work, which was outside the detention facility; 3) They had *no record of violence*; 4) *Neither man was armed* or represented a danger to the arresting officers or third parties, a fact of which the arresting officers must have been aware on the basis of the information available to them; 5) The officers, or at least Major G., observed that they were unarmed and *not showing any signs of threatening behaviour*» (corsivo aggiunto). Il carattere non violento dei reati commessi, la mancanza di precedenti penali per condotte violente, l'assenza di armi e di comportamenti in altro modo minacciosi, rappresentano indici rivelatori, secondo la Corte, del basso livello di minaccia rappresentato dai fuggitivi per la collettività e per gli stessi agenti, che non consentiva di valutare come proporzionato, in base ad un giudizio *ex ante* ed in concreto, l'uso della forza letale.

⁹⁵ Si vedano rispettivamente Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 34/169 del 17 dicembre 1989 e Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 45/121 del 14 dicembre 1990. L'art. 9 di quest'ultimo documento prevede in particolare «intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life», mentre l'art. 10 specifica come «[...] law enforcement officials shall identify themselves as such and shall give a clear warning of their intent to use firearms,

quali la Corte progressivamente attribuisce il ruolo di vere e proprie linee-guida per la verifica dell'adempimento da parte degli Stati convenuti degli obblighi positivi di tutela dei diritti garantiti dalla C.E.D.U.⁹⁶.

Nella giurisprudenza precedentemente esaminata, la valutazione relativa alla proporzione dell'uso della forza letale, in particolare nelle operazioni programmate, rispetto alla minaccia posta dal soggetto nei confronti della collettività e degli stessi agenti e funzionari delle forze dell'ordine, sembra essere stata dalla Corte tendenzialmente basata su elementi oggettivi, facendosi riferimento appunto, come evidenziato, alla natura del reato commesso, ai precedenti penali, più in generale, alle informazioni a disposizione delle forze pubbliche, nonché alle circostanze oggettivamente presenti nella situazione concreta (ad esempio, l'assenza di armi o comportamenti minacciosi), sulla base inoltre di un giudizio di bilanciamento tra interessi confliggenti, tendente ad accertare la necessità e proporzionalità dello stesso uso della forza.

L'approccio della Corte di Strasburgo sembra tuttavia subire un deciso cambio di passo nella vicenda *Andronicou e Constantinou c. Cipro*⁹⁷, che si è conclusa con una pronuncia nella quale la Corte ha ritenuto l'operazione compiuta dalle forze speciali greche pianificata in modo ragionevole ed adeguato alle circostanze che si presentavano nel caso concreto, che ha sostanzialmente inaugurato un diverso atteggiamento della Corte, maggiormente incline a valorizzare, nella valutazione concernente il livello di minaccia posto dai soggetti, contro i quali l'uso della forza pubblica viene rivolto, ai fini della verifica del suo carattere necessitato, elementi ed aspetti di carattere soggettivo, basati pertanto sulla rappresentazione e percezione soggettiva degli agenti o dei funzionari della forza pubblica operanti in concreto delle circostanze presenti nella situazione oggetto di sindacato.

Tale nuovo diverso approccio emerge più chiaramente nelle pronunce *Bubbins c. Regno Unito*⁹⁸, e *Giuliani e Gaggio c. Italia*⁹⁹, nelle quali la Corte, pur ricorrendo allo stesso criterio elaborato in precedenza (*honest belief which is*

with sufficient time for the warnings to be observed, unless to do so would unduly place the law enforcement officials at risk or would create a risk of death or serious harm to other persons, or would be clearly inappropriate or pointless in the circumstances of the incident».

⁹⁶ Di recente si veda anche il documento intitolato *Resource book on the use of force and firearms in law enforcement*, pubblicato da Office of the United Nations – High Commission for Human Rights – United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2017, che rappresenta un sorta di compendio ragionato delle definizioni e dei principi elaborate in seno alle Nazioni Unite in materia di uso della forza da parte di agenti statali.

⁹⁷ Corte EDU, 9 ottobre 1997, in *Reports*, 1997-VI.

⁹⁸ Corte EDU, 17 marzo 2005, ricorso n. 50196/99.

⁹⁹ Corte EDU, Grande Camera, 24 ottobre 2011, ricorso n. 23458/02.

perceived, for good reasons, to be valid at the time), sembra accoglierne una accezione, secondo cui le *good reasons* a fondamento dell'*honest belief* possano basarsi su una percezione soggettivizzante delle circostanze presenti nella situazione concreta¹⁰⁰, così ampliando il potenziale ambito di applicabilità di tali ipotesi e incidendo anche sulla stessa natura di queste ultime, nel senso del progressivo avvicinamento alla categoria delle cause di esclusione della colpevolezza, sempre per usare definizioni familiari al diritto penale nazionale, sembrando venire in speciale considerazione la particolare *perturbatio animi* dell'agente¹⁰¹. In altre parole, tale indirizzo interpretativo sembra allontanarsi dal piano, per così dire, giustificante (e dell'errore sulle cause di giustificazione), basato su un'interpretazione oggettiva dei presupposti di necessità e costrizione, per legare le ragioni di esenzione dalla pena a profili di natura più personalistica, caratterizzanti la peculiare percezione dell'agente¹⁰².

Ci si può, pertanto, legittimamente chiedere se nell'orientamento tracciato dal nuovo corso della giurisprudenza della Corte siano più evidenti i lineamenti concernenti il piano della giustificazione, in relazione al quale gli eventuali errori sulla sussistenza dei presupposti della causa di giustificazione potrebbero rilevare a favore dell'agente solo se incolpevoli, configurandosi altrimenti un'ipotesi di responsabilità colposa a tutti gli effetti (eventualmente anche nella forma dell'eccesso colposo) per l'evento morte o per le lesioni gravi procurate¹⁰³, come ci sembra che emergesse dalla giurisprudenza precedente della

¹⁰⁰ Cfr. Corte EDU, 17 marzo 2005, *Bubbins c Regno Unito*, cit., par. 140, dove la Corte sottolinea come: «the use of lethal force in the circumstances of this case, albeit highly regrettable, was not disproportionate and did not exceed what was absolutely necessary to avert *what was honestly perceived by Officer B to be a real and immediate risk to his life and the lives of his colleagues*» (corsivo aggiunto). Si veda altresì Corte EDU, 13 ottobre 2015, *Haász e Szabó c. Ungheria*, cit., par. 52: «the Court, detached from the events at issue, cannot substitute its own assessment of the situation for that of *an officer who was required to react in the heat of the moment to avert an honestly perceived danger to his life or the lives of others*» (corsivo aggiunto).

¹⁰¹ Sul dibattito relativo alla possibilità di elementi soggettivi all'interno delle cause di giustificazione, particolarmente vivace nell'ambito della dottrina penalistica tedesca, non è possibile soffermarsi in questa sede, per cui si rimanda a BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle cause di giustificazione*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 495 ss.; SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, 1003 ss.; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.

¹⁰² Cfr., *mutatis mutandis*, NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, p. 190, che osserva come la valorizzazione di un presupposto di necessità difensiva inteso in senso relativo, ovvero aperto a considerazioni di ragionevolezza, comporterebbe come conseguenza di svincolare queste ipotesi esimenti da un presupposto di proporzione espressivo di un bilanciamento fra interessi attinti dal conflitto interindividuale, con un recupero sul piano della *meritevolezza personalistica* della condotta difensiva.

¹⁰³ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 657 ss.

Corte EDU; oppure, se siano proprio i profili personalistici precedentemente citati a venire maggiormente in evidenza, nel senso dell'esclusione di un giudizio di rimproverabilità nei confronti dell'agente che operi in contesti che generano particolare pressione o stress, sul piano dell'inesigibilità e quindi appunto dell'eventuale esclusione della colpevolezza.

A noi sembra che l'approccio ermeneutico da ultimo delineatosi nella giurisprudenza di Strasburgo sia orientato maggiormente in questo secondo senso, come appare emergere anche dalla predetta pronuncia della Grande Camera nel caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, nella quale l'esito negativo in merito alla violazione dell'art. 2 C.E.D.U., sul piano sostanziale, è scaturito dall'applicazione dell'esimente prevista dal par. 2 dello stesso art. 2, nei termini poc'anzi descritti. La Grande Camera sottolinea, infatti, l'esigenza che gli eventi accaduti siano riconsiderati tenendo conto della percezione degli agenti della forza pubblica, autori delle reazioni difensive letali¹⁰⁴.

Al di là delle questioni definitorie e di inquadramento dogmatico, ci sembra che un tale approccio possa destare qualche preoccupazione, ove espressione di una tendenza eccessivamente estensiva dell'interpretazione delle esimenti di cui all'art. 2, par. 2, C.E.D.U., lontana dalle stesse affermazioni della Corte EDU, con riguardo al carattere necessario e strettamente proporzionato dell'uso della forza pubblica, proprio nell'ottica di restringere il margine di discrezionalità degli Stati nelle operazioni di bilanciamento, ove sia in discussione il bene della vita, in maniera ancora più stringente rispetto alle interferenze previste dagli articoli 8, 9, 10 e 11 C.E.D.U. Valutazioni su necessità e proporzionalità che andrebbero condotte sulla base delle circostanze oggettive presenti nel caso concreto, al fine di poter eventualmente ritenere sussistente la giustificazione dell'uso legittimo della forza letale.

Va aggiunto, tuttavia, come gli esiti delle pronunce della Corte EDU, pur non essendo stati sempre univoci in materia, sembrano tornati ad un approccio maggiormente *oggettivizzante* in materia, che aveva caratterizzato la giurispru-

¹⁰⁴ In quest'ottica, ad esempio, la Corte valuta come irrilevante la presenza oggettiva di altri agenti nei pressi dei luoghi dello scontro, che avrebbe portato alla morte del manifestante, che sarebbero potuti intervenire in soccorso, ritenendo, di contro, dirimente la visione parziale della situazione esistente da parte del singolo agente da dentro il veicolo, in cui si trovava costretto a causa dell'attacco subito, ritenuto oggettivamente di carattere violento. In effetti, nel condurre il ragionamento logico-giuridico, la Grande Camera non sembra far emergere quelle esigenze di bilanciamento tra interessi confliggenti, che invece risultavano evidenti in certe pronunce precedenti della stessa Corte, concentrando il proprio giudizio sulla sola percezione soggettiva dell'agente e sullo scopo da questi perseguito, ai fini dell'esclusione della violazione dell'art. 2 C.E.D.U., e della sussistenza dell'esimente di cui al par. 2 dell'art. 2 C.E.D.U.

denza più tradizionale¹⁰⁵.

Si possono in questo contesto richiamare le osservazioni dei giudici Rozakis, Tulkens, Zupančič, Gyulumyan, Ziemele, Kalaydjieva e Karakaş, nella loro opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza *Giuliani e Gaggio c. Italia*, che ragionevolmente, come d'altro canto aveva operato la Corte, ad esempio nel citato caso *McCann c. Regno Unito*, spostano l'attenzione dal singolo episodio verificatosi (al quale viene attribuito il carattere dell'imprevedibilità), e quindi dalla responsabilità del singolo agente, alla dimensione complessiva di un'operazione di ampio respiro internazionale (nell'ambito della quale, sulla scorta di esperienze di eventi simili precedenti, un certo grado di preparazione e prevedibilità poteva ritenersi acquisito), che aveva comportato il coinvolgimento di una grande quantità di uomini e mezzi, ed alla sua pianificazione ed organizzazione, sia a livello generale (nella scelta degli uomini da destinare allo svolgimento di determinati compiti, sulla base delle competenze impartite attraverso gli addestramenti), sia a livello particolare (con riguardo alla decisione di apprestare adeguate misure affinché agenti in condizioni fisiche e psichiche già compromesse fossero privati di armi potenzialmente letali, mettendoli in sicurezza), tenendo conto, altresì, del grado di chiarezza del quadro normativo esistente in materia di uso delle armi nelle operazioni di polizia.

Come accennato, la Corte, per evitare di rendere eccessivamente gravoso l'obbligo di protezione del diritto alla vita, nella sua declinazione preventiva, ritiene di poter *flessibilizzare* la valutazione concernente il carattere assolutamente necessario, solo quando certi aspetti della situazione fuoriescano completamente dalle conoscenze della Corte, con una formulazione invero piuttosto generica che non si capisce bene a cosa faccia esattamente riferimento, ovvero nel caso in cui le autorità statali abbiano agito in condizioni di pressante urgenza o il loro controllo sulla situazione sia stato minimo, non per ragioni a loro imputabili. In definitiva, quanto più il pericolo sia prevedibile, e quindi evitabile il ricorso all'uso della forza letale, tanto più ampio e stringen-

¹⁰⁵ Si veda, ad esempio, di recente, Corte EDU, 13 ottobre 2015, *Haász e Szabó c. Ungheria*, cit., par. 55, ove, di contro, si fa riferimento ad una valutazione maggiormente oggettivizzante delle circostanze considerate, anche nei casi di operazioni non programmate: «the Court's assessment of whether the use of potentially lethal force was "absolutely necessary" within the meaning of Article 2 § 2 cannot be limited to the situation at the moment when the actual discharge of firearms occurred. It must also take into account the circumstances leading up to the event which caused an immediate risk to life. This will enable an assessment of whether the operational decisions taken by those involved, and the conduct of the operation as a whole, demonstrate that appropriate care was taken to ensure that any risk to an individual's life was minimised to the greatest extent possible and that State agents were not negligent in their choice of action».

te sarà l'obbligo positivo di protezione a carico dello Stato¹⁰⁶.

4.2.1. Ricadute sul piano nazionale: uso legittimo delle armi e legittima difesa domiciliare alla prova dell'art. 2 C.E.D.U.

Volendo considerare le ricadute sul piano penalistico a livello nazionale, tali ipotesi possono incidere sulla formulazione e sull'applicazione delle cause di giustificazione, nello specifico dell'uso legittimo delle armi, ma anche della legittima difesa, in particolare nella sua forma c.d. domiciliare di recente oggetto di un discutibile intervento di riforma¹⁰⁷.

Con particolare riguardo alla formulazione delle disposizioni concernenti, ad

¹⁰⁶ Cfr. Corte EDU, 6 ottobre 2015, *Kavaklioglu e altri c. Turchia*, cit., par. 176. In un caso relativo ad un'operazione delle forze di sicurezza effettuata all'interno di un istituto penitenziario, la Corte utilizza parametri oggettivi, in ordine alla valutazione del carattere strettamente necessario dell'uso della forza, anche sulla base della prevedibilità in concreto del pericolo.

¹⁰⁷ Si tratta della legge 26 aprile 2019, n. 36, in *GU* - Serie generale n. 102 del 03-05-2019, che ha introdotto un nuovo co. 4 nell'art. 52 c.p., che recita: «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» e riformato la formulazione dell'art. 55 c.p., prevedendo, con specifico riguardo alla legittima difesa, al secondo comma, come «Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto». Sulla riforma in esame, *ex multis*, cfr. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 aprile 2019; CONSULICH, *La riforma della legittima difesa; prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2019, n. 3, 1 ss.; MACRÌ, *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55, co. 2, c.p.*, ivi, 26 ss.; GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di diritti patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *Legislazione penale web*, 14.02.2019; RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, ivi, 28.06.2019; PULITANO, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2019, 5, 205 ss.; ID., *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, ivi, 2017, 4, 262 ss.; BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, ivi, 2019, 1, 17 ss. Più di recente, si vedano i lavori monografici di NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, cit., 156 ss.; DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, 2020, 65 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass., 10 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019), n. 49883, in *www.giurisprudenzapenale.com* (31 dicembre 2019), in particolare il punto 3 del *Considerato in diritto*, con riguardo all'interpretazione dell'avverbio "sempre" nel primo capoverso dell'art. 52 c.p., in relazione alle ipotesi introdotte nel 2006 nei co. 2 e 3, ed il punto 4, in relazione all'art. 55, co. 2, c.p., dove si afferma «[...] questa inesigibilità, che certamente si fonda sulla non facile ricostruzione di un elemento psicologico interno come il "grave turbamento" - che la legge vuole prodotto "dalla situazione di pericolo in atto" - del soggetto agente al momento del fatto va valutata alla luce di parametri oggettivi» (cfr. par. 4.3.2 del *Considerato in diritto*).

esempio, l'uso legittimo delle armi, il legislatore dovrebbe tener conto delle indicazioni promananti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, valutando l'opportunità di delinearne meglio i presupposti applicativi.

Considerando la disposizione dell'art. 53 c.p., relativa all'uso legittimo delle armi, la stessa Corte EDU ha sottolineato la particolare vaghezza della sua formulazione, non soffermandosi invero sulla mancanza del riferimento al carattere *assolutamente* necessario, colmabile in via interpretativa, come la stessa Corte riscontra in relazione all'opera ermeneutica compiuta dalla giurisprudenza nell'ambito dell'ordinamento italiano, ma piuttosto nella mancanza di disposizioni idonee a delineare una disciplina puntuale in materia anche nella legislazione complementare, ovvero nel Testo unico in materia di pubblica sicurezza e nella legge 22 maggio 1975, n. 152, recante disposizioni a tutela dell'ordine pubblico.

Nella valutazione che la Corte EDU opera con riguardo al carattere assolutamente necessario dell'uso letale (o non) della forza da parte degli agenti di pubblica sicurezza, ai fini previsti dall'art. 2, par. 2, lett. a), b) e c), C.E.D.U., il primo requisito che viene considerato attiene alla presenza di un quadro normativo che sia in grado di apprestare una tutela adeguata al diritto alla vita e quindi, nel caso in esame, disposizioni idonee a precisare le situazioni e le condizioni, in presenza delle quali l'uso delle armi da parte delle forze di sicurezza nazionali possa ritenersi giustificato. In tale valutazione la Corte di Strasburgo tiene conto dei predetti Principi di base sull'uso della forza e delle armi da fuoco da parte del personale addetto al rispetto della legge del 1990 e dei Principi delle Nazioni Unite per l'effettiva prevenzione e indagine sulle esecuzioni extralegali, arbitrarie e sommarie, che, come abbiamo avuto modo di precisare, pur non avendo carattere legalmente vincolante, spiegano un'efficacia nel contribuire alla comprensione, all'applicazione ed allo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani¹⁰⁸.

Venendo all'interpretazione operata dalla Suprema Corte in ambito nazionale dell'art. 53 c.p., essa stabilisce che «la necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza ovvero di impedire determinati delitti costituisce presupposto oggettivo per la legittimità dell'uso delle armi e di altri mezzi di coazione fisica. Tale requisito va inteso, anzitutto, come applicazione del principio per cui l'uso delle armi e di altri mezzi di coazione deve costituire *extrema ratio* nella scelta dei metodi necessari per l'adempimento del dovere: di-

¹⁰⁸ Cfr. *Resource book on the use of force and firearms in law enforcement*, cit., p. 7. Sulla capacità del *soft law* di incidere sul diritto penale, cfr. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 593 ss.

venta cioè legittimo solo ove non vi sia altro mezzo possibile», precisandosi altresì come tale requisito debba essere interpretato quale «espressione dell'esigenza di una gradualità nell'uso dei mezzi di coazione (tra più mezzi di coazione egualmente efficaci occorrerà scegliere allora quello meno lesivo)»¹⁰⁹. La giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione sottolinea, inoltre, l'irrinunciabilità della regola di condotta di graduare l'uso dell'arma secondo le esigenze specifiche del caso e sempre in ambito di proporzione, criterio che deve sempre guidare, nell'opinione della Corte, il pubblico ufficiale, al quale si chiede, senza che debba rinunciare all'adempimento del dovere d'ufficio, di conseguire lo scopo con il minor sacrificio possibile del contrapposto interesse. In ossequio, pertanto, alle indicazioni promananti dalla giurisprudenza della Corte EDU, secondo i giudici di legittimità, il principio di proporzione, inteso come espressione di un bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce delle circostanze presenti nel caso concreto, rappresenta un limite non espressamente nominato nell'art. 53 c.p., ma implicitamente deducibile dalla disposizione e, comunque, applicabile quale principio generale dell'ordinamento giuridico, valido anche nella disciplina delle cause di giustificazione¹¹⁰.

Il rispetto di tale limite implicito, pertanto, va sottoposto ad attento scrutinio da parte del giudice in sede applicativa, avendo cura di verificare non solo l'adeguatezza, in termini di proporzionalità, dell'uso di un'arma potenzialmente letale rispetto ad altri strumenti meno lesivi della vita e dell'integrità di altri soggetti, ma anche della salvaguardia di altri interessi contrapposti e del minor sacrificio di questi ultimi, tenendo conto delle circostanze presenti nel caso concreto¹¹¹. Tali principi trovano applicazione anche quando i soggetti, nei confronti dei quali l'uso delle armi viene perpetrato in adempimento dei doveri d'ufficio da parte dei pubblici agenti (ad esempio in seguito alla commissione di attività illecite da parte dei primi), si diano alla fuga, ove permanga una situazione di estremo e grave pericolo o rischio, che non consente pertanto al funzionario pubblico di abbandonare l'inseguimento, senza venir meno ai suoi doveri istituzionali, pur nel rispetto del principio di proporzio-

¹⁰⁹ Cass., Sez. V, 16 giugno 2014, 02 ottobre 2014, n. 41038, *Mass. Uff.* n. 260771; Cass., Sez. IV, 15 novembre 2007, 10 gennaio 2008, Salaniti, *Mass. Uff.* n. 238335.

¹¹⁰ Cfr. in questo senso Cass., Sez. V, 16 giugno 2014 (dep. 02 ottobre 2014), n. 41038, cit.; Cass., Sez. IV, 15 novembre 2007, 10 gennaio 2008, cit.

¹¹¹ In termini molto precisi Cass., Sez. IV, 22 maggio 2014, 16 febbraio 2015, n. 6719, *Mass. Uff.* n. 262237), che individua i requisiti per la sussistenza della scriminante in esame, anche nel caso di verifica di un evento più grave.

ne¹¹².

Se muoviamo dal presupposto che la reale portata applicativa di una disposizione si definisca mediante la combinazione del formante legislativo con quello giurisprudenziale, potremmo ritenere assolto l'obbligo positivo di rispetto del diritto alla vita, discendente dal sistema C.E.D.U., proprio in considerazione dell'esistenza della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia, appena richiamata. A noi sembra, cionondimeno, che un quadro legislativo maggiormente chiaro, aggiornato e puntuale su tali questioni, delineato secondo il modello dei principi elaborati dalle Nazioni Unite, lungi dall'essere soltanto meramente ricognitivo di orientamenti ormai consolidati a livello internazionale, potrebbe essere in grado di adattare meglio i predetti principi alla realtà dell'ordinamento, così innovando disposizioni particolarmente datate e, per molti versi, lacunose e vaghe, come la stessa Corte europea non aveva mancato di sottolineare qualche anno fa¹¹³.

Più complessa risulta l'analisi della questione concernente la recente modifica della c.d. legittima difesa domiciliare e dell'eccesso colposo in legittima difesa domiciliare (intervenuta ad opera della legge n. 36/2019), che invero verrà condotta solo per trarne alcuni spunti di riflessione in relazione alla sua compatibilità (in particolare, dell'art. 52, co. 4, c.p.) con i principi enunciati dalla Corte EDU nella giurisprudenza precedentemente esaminata.

La formulazione letterale, in particolare, del co. 4 dell'art. 52 c.p., ma anche le ragioni politico-criminali, di stampo fortemente securitario e populista (come emerge anche da alcune dichiarazioni che hanno fatto seguito all'entrata in vigore delle predette disposizioni), che ne hanno determinato l'introduzione nel nostro ordinamento, farebbero propendere per un'ipotesi di presunzione di legittima difesa *tout court*, come è stato sottolineato da numerosi commentatori delle disposizioni in esame. Ciò avrebbe come conseguenza, pertanto, che, nel caso di violazione di domicilio aggravata (intrusione

¹¹² Si veda in questo senso Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2014 (dep. 16 febbraio 2015), n. 6719, cit., ove si precisa appunto come la scriminante in parola sia configurabile anche quando «l'attività dell'agente è posta in essere nel corso della fuga dei malviventi, purchè detta fuga non sia finalizzata esclusivamente alla conservazione dello stato di libertà, ma, per le sue modalità, determini l'insorgere di pericoli di incolumità a terzi», determinati dal perdurante uso di armi da parte dei soggetti inseguiti e dalla circostanza di aver preso in ostaggio terzi soggetti inermi.

¹¹³ Si veda in questo senso VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 292 ss.; ID., *Diritto penale sostanziale*, cit., 66 ss. e 85 ss.; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Il diritto penale nella società dei diritti*, a cura di Donini, Orlandi, Bologna, 2010, 319, che sottolinea come: «Il rapporto tra potere pubblico e diritti inviolabili, in un sistema democratico, non può che essere affidato ad una disciplina legislativa dettagliata che sappia puntualmente esprimere il bilanciamento di interessi e di valori che l'ordinamento intende perseguire, con l'indispensabile consenso della comunità sociale».

posta in essere con violenza o minaccia o uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica), la presunzione coprirebbe non soltanto il requisito della proporzionalità (invero già presunto in presenza delle condizioni previste dai commi 2 e 3 della stessa disposizione, introdotti dalla legge n. 59/2006), ma anche quello della necessità della difesa, con un evidente stravolgimento della logica di fondo dell'istituto della legittima difesa, ancora presente nella sua forma originaria nel co. 1 dell'art. 52 c.p., che rappresenta tradizionalmente un residuo di autotutela privata, riconosciuto appunto nei casi di difesa necessitata di un diritto proprio o altrui, caratterizzati dall'attualità del pericolo e dalla proporzione della reazione difensiva rispetto all'offesa ingiusta arrecata dall'aggressore, nei quali non sia possibile l'intervento della forza pubblica. Già, con l'introduzione dei co. 2 e 3 nell'art. 52 c.p.¹¹⁴, si era avuto un primo intervento nel senso della "privatizzazione" della risposta difensiva, corredata tuttavia da una serie di presupposti, arricchiti da un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata da parte della giurisprudenza, che avevano, di fatto, annullato parte della portata scardinante che la riforma avrebbe potuto spiegare, richiedendosi comunque l'accertamento in concreto del requisito della necessità della risposta difensiva, che presuppone l'attualità del pericolo, ed aggiungendo in via interpretativa, nel rispetto della necessaria protezione del diritto alla vita, alla lett. b) del co. 2, concernente la reazione difensiva nei confronti di beni propri o altrui, l'oggetto del pericolo di aggressione (accanto alla mancata desistenza), individuato appunto nella propria o altrui incolumità, in modo da scongiurare applicazioni che potessero ritenere presuntivamente proporzionate reazioni difensive contro la vita dell'aggressore, in presenza di un pericolo attinente ai soli beni patrimoniali. Oggi, in seguito al nuovo intervento di riforma, i problemi sembrano riproporsi con maggiore significatività in relazione alla formulazione del co. 4 dell'art. 52 c.p., che, ove fosse inteso nel senso di presumere il carattere necessitato della reazione difensiva, presenterebbe un potenziale scriminante di fatto maggiore e meno privo di limiti di quello previsto dall'art. 53 c.p., così

¹¹⁴ Sulla riforma del 2006, cfr. *ex multis* DOLCINI, *La riforma della legittima difesa leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 4, 431 ss.; CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare c.d. "sproporzionata" o "allargata": molto fumo e poco arrosto*, *ivi*, 434 ss.; PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida al diritto*, 1 aprile 2006, 52 ss.; SEMERARO, *Riflessioni sulla legittima difesa e sull'autotutela in privato domicilio*, in *Cassazione penale*, 2006, n. 3, 843 ss.; BELLAGAMBA, *Ecco la nuova legittima difesa ai raggi X. Fra bulimia dei fini e anoressia del testo*, in *Diritto e giustizia*, 27 maggio 2006, n. 21, 88 ss.; CREMONESI, *Quella legittima difesa stile Far West. Cittadino sceriffo in casa e in azienda*, in *Diritto e giustizia*, 30 luglio 2005, n. 30, 106 ss.; PISA, *La legittima difesa tra Far West e Europa*, in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 7, 797 ss.

come interpretato dalla giurisprudenza, anche alla luce dell'art. 2, par. 2, lett. a), C.E.D.U., che, come abbiamo avuto modo di evidenziare, richiede che l'uso della forza (anche solo potenzialmente) letale debba essere assolutamente necessario e proporzionato.

Si tratterebbe, quindi, di una soluzione poco consona rispetto ad un ordinamento democratico, che attribuisce, di regola, il monopolio dell'uso della forza letale allo Stato ed ai suoi agenti, prevedendo solo in casi eccezionali, caratterizzati dalla necessità e dall'urgenza di difendere diritti propri o altrui da un'offesa ingiusta, una reazione autonoma (anche armata) da parte di privati cittadini. Come è stato sottolineato dalla dottrina¹¹⁵, l'esame comparatistico delle legislazioni della maggior parte dei Paesi europei (con pochissime eccezioni, rappresentate da Ucraina e Ungheria) dimostra come ipotesi analoghe richiedano almeno l'accertamento del requisito della necessità della reazione difensiva per garantire l'impunità dell'agredito.

Per tali ragioni, si dubita della compatibilità di tale disposizione con la Costituzione e con la CEDU, in particolar modo nelle ipotesi nelle quali essa possa presumere la necessità della reazione difensiva letale o fortemente pregiudizievole per l'integrità fisica dell'aggressore, pur in mancanza di un rischio serio ed attuale per la vita o l'incolumità dell'agredito o di altri soggetti all'interno del domicilio¹¹⁶. Tale opinione si basa su una duplicità di ragioni. La prima si fonda sull'irragionevolezza della presunzione, prevista dalla nuova disposizione, che non troverebbe alcun riscontro sulla base di regole di esperienza caratterizzate da ripetibilità nel tempo ed affidabilità, secondo l'*id quod plerumque accidit*. In altre parole, le intrusioni aggravate nel domicilio non richiederebbero sempre e comunque l'uso della forza potenzialmente lesivo della vita o dell'integrità fisica dell'aggressore, potendosi apprestare misure preventive di protezione ovvero reazioni difensive caratterizzate dall'uso di mezzi non letali. La seconda attiene, invece, all'obbligo di protezione della vita, che rappresenta un diritto fondamentale di particolare valore di ciascuna persona, che può essere leso o messo a repentaglio nei in cui sia assolutamente necessario per difendere persone da violenze illegittime, nella formulazione dell'art. 2, par. 2, lett. a) C.E.D.U. A noi sembra che una presunzione di necessità di una reazione difensiva nei confronti di diritti patrimoniali (beni),

¹¹⁵ Cfr. MACRÌ, *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55, co. 2, c.p.*, cit., 26 ss.; RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 13 ss.

¹¹⁶ Si vedano le considerazioni di GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit.

in mancanza di una contestuale messa in pericolo attuale e seria nei confronti dell'incolumità personale, sia non soltanto irragionevole, e quindi contraria al principio di uguaglianza, ma anche profondamente contraria all'obbligo di protezione del diritto alla vita, così come delineato dalla Corte di Strasburgo, sulla base del combinato disposto degli artt. 1 e 2, par. 2, lett. a), C.E.D.U. Non ci sembra, infatti, che colga nel segno quell'orientamento della dottrina, secondo il quale non sarebbero rinvenibili obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte EDU con riguardo all'art. 2, par. 2, lett. a), potendosi semmai ravvisare solo obblighi negativi, di astensione dal cagionare la morte, che potrebbero riferirsi, pertanto, solo ad agenti dello Stato, ed all'uso della forza pubblica, con la conseguenza che l'art. 2, par. 2, lett. a), b) e c), farebbe riferimento esclusivamente a queste ipotesi, non ammettendo, neanche con riguardo alla lett. a), un ampliamento a forme di autotutela privata, come sarebbe dimostrato dalla mancanza di pronunce della Corte EDU relative all'art. 2, concernenti forme di autotutela privata¹⁷.

Non pare di potersi condividere, altresì, un diverso orientamento, che potremmo definire sincretico, che, pur muovendo dal riconoscimento della sussistenza di obblighi positivi di tutela penale, discendenti dall'art. 2, par. 2, C.E.D.U., li ritiene limitati, allo stato attuale, con riguardo alla richiesta dei requisiti di necessità e proporzione elaborati dalla Corte di Strasburgo, tenendo conto dei predetti documenti delle Nazioni Unite in materia, ai soli agenti statali, ovvero all'uso letale della forza pubblica, in mancanza di una presa di posizione esplicita da parte della Corte EDU in relazione all'estendibilità di tali obblighi anche ai rapporti intersoggettivi tra privati.

Tale impostazione, infatti, pur ritenendo che «la considerazione dell'oggetto e delle finalità dell'art. 2, par. 2, lett. a), C.E.D.U. costituisce la conferma definitiva dell'estendibilità del divieto anche alla sfera privata, nel quadro di un'affermazione di valore che subirebbe un gravissimo *vulnus* in termini di effettività e di credibilità, se fosse circoscritta solo al rapporto tra autorità pubblica e cittadini», correndosi l'ulteriore rischio di un'indiscriminata «privatizzazione» della difesa armata di beni patrimoniali, strumentale alla possibilità di beneficiare dell'immunizzazione da conseguenze penali, derivante dall'inapplicabilità della disciplina convenzionale a tutela della vita umana, conclude, tuttavia, nel senso 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

¹⁷ Cfr. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico rapporto con l'art. 2 CEDU*, cit., 9 ss.

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»¹¹⁸.

Tali posizioni non tengono conto di alcune importanti prese di posizione della Corte EDU nella sua giurisprudenza ormai consolidata in materia di obblighi positivi di tutela (anche penale) del diritto alla vita, discendenti dalla Convenzione, secondo le quali, come avremo modo di precisare meglio in seguito, questi ultimi derivano in capo allo Stato non solo da condotte dolose, che ledono o mettono in pericolo la vita, tenute da agenti dello Stato, ma anche da terzi privati, quando lo Stato non abbia apprestato un quadro normativo idoneo a prevenire la lesione o le gravi messe in pericolo della vita, in particolare nei in cui si tratti dello svolgimento di attività potenzialmente pericolose, come può certamente considerarsi l'uso di armi da parte di soggetti privati (cfr. § 4.3.2.)¹¹⁹. Si tratta quindi di obblighi di impedimento di condotte lesive poste in essere da terzi, che non sono *direttamente* rapportabili allo Stato, in quanto poste in essere da suoi agenti, ma lo sono *in via mediata* (c.d. effetto orizzontale), in quanto non adeguatamente prevenute. Ciò emerge chiaramente sin dalla prima pronuncia in materia di obblighi positivi di tutela penale, citata in precedenza, che in effetti non riguardava neppure il diritto alla vita, ma il diritto alla libertà ed all'integrità sessuale (protetti dall'art. 8 C.E.D.U.), lesi dalla condotta di un terzo privato, nella quale la violazione dei diritti predetti venne riconosciuta proprio sul presupposto della mancata predisposizione di un quadro normativo in materia penale idoneo a prevenire lesioni del tipo di quelle verificatesi alla vittima. Tale impostazione ermeneutica è stata poi largamente confermata da parte della Corte in relazione ad altri diritti, ed in particolare con riguardo a quei *core rights*, tra i quali rientra in primo luogo appunto il diritto alla vita, che la stessa Corte definisce come valori basilari, fondanti del sistema democratico, in relazione ai quali gli Stati hanno un obbligo di protezione rafforzata, come emerge in tutta la giurisprudenza riportata in particolare nel § 4.3.2. con riguardo agli obblighi positivi di tutela concernenti attività potenzialmente pericolose in relazione a condotte gravemente colpose. Che la formulazione della lett. a) del par. 2 dell'art. 2

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ Cfr. Corte EDU, 17 settembre 2020, *Kotilainen ed altri c. Finlandia*, ricorso n. 62439/12, par. 66 e par. 75.

C.E.D.U. non faccia riferimento esclusivamente agli agenti statali emerge, quindi, non solo dal dato letterale *neutro* che la caratterizza, ma dalla stessa logica che ispira tutta la giurisprudenza della Corte in materia di obblighi positivi di tutela del diritto alla vita. 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 nei casi in 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?

Si tratta di una posizione recentemente affermata dalla stessa Corte di Cassazione, anche se non con specifico riguardo al co. 4 dell'art. 52 c.p., che non veniva in considerazione nel caso sottoposto al giudizio della Corte¹²⁰.

Va ulteriormente sottolineato, inoltre, come, sulla base della giurisprudenza più recente della Corte EDU, l'uso di armi da parte di soggetti privati vada considerata un'attività pericolosa, che comporta l'obbligo positivo dello Stato di apprestare un quadro normativo che abbia la capacità di dissuadere dall'arrecare lesioni al diritto alla vita, e di monitorare che esso venga compiutamente ed efficacemente applicato.

Ci sembra quindi che il *corpus* interpretativo elaborato dalla Corte EDU con riguardo all'art. 2, par. 2, possa essere senz'altro esteso anche ai rapporti tra privati.

Ancora il medesimo ordine considerazioni vale con specifico riguardo alle cause di giustificazione, in particolare in un caso concernente l'esercizio del c.d. *ius corrigendi* da parte di un padre nei confronti del figlio minore, nel quale la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dello Stato, proprio in relazione alla formulazione di una disposizione che disciplinava l'esimente relativa all'esercizio dello *ius corrigendi* nei confronti di soggetti minori, in quanto, a giudizio della Corte, non operava un adeguato bi-

¹²⁰ Cfr. Cass., 10 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019), n. 49883, cit., par. 3.2.2 del *Considerato in diritto*, che osserva come «Benchè, nella casistica della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, detta previsione sia stata di regola analizzata in vicende in cui il ricorso alla forza lesivo del diritto alla vita era stato attuato da organi pubblici, specialmente da forze di polizia [...] non v'è ragione di non utilizzare analogo parametro allorquando la lesione si determini in un contesto di autodifesa tra privati [...]» (corsivo aggiunto).

lanciamento degli interessi in conflitto, così intervenendo eccessivamente a sacrificare il diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti della vittima¹²¹. Si tratta, quindi, senz'altro di un'applicazione orizzontale, ovvero tra privati, basata proprio sull'operare della protezione scaturente dall'obbligo positivo di tutela discendente dall'art. 3 C.E.D.U. *Mutatis mutandis* lo stesso ragionamento trova applicazione in relazione all'obbligo positivo di tutela promanante dall'art. 2 C.E.D.U., come verrà ampiamente discusso nei paragrafi successivi.

Poste tali premesse, in relazione alla disciplina prevista dal co. 4 dell'art. 52 c.p., un'interpretazione convenzionalmente conforme rispetto all'obbligo positivo scaturente dall'art. 2 C.E.D.U., in termini di assoluta necessità dell'intervento difensivo, anche armato, per la salvaguardia della vita e dell'integrità fisica, anche in presenza dei presupposti della violenza o minaccia di uso di armi, tenendo conto delle circostanze presenti nel caso concreto, che non si può ritenere presunta, avrebbe come conseguenza di restringere l'ambito di operatività della disposizione, con effetti espansivi del penalmente rilevante¹²², ma anche di privare di efficacia applicativa tale disposizione, consistendo in una sorta di *interpretatio abrogans* (tenuto conto dell'interpretazione che la Corte di Cassazione ha recentemente fornito con riguardo al primo capoverso dell'art. 52 c.p. e del secondo capoverso dell'art. 55 c.p.¹²³), che ne comporterebbe una disapplicazione di fatto, che si porrebbe in contrasto con il principio di conservazione degli atti giuridici e con la stessa *ratio* sostanziale del principio di legalità¹²⁴.

Si potrebbe allora percorrere da parte dei giudici nazionali la strada della questione di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della violazione del canone dell'eguaglianza/ragionevolezza, ma anche con l'art. 117, co. 1, Cost., in combinato disposto con l'art. 2 C.E.D.U.¹²⁵, co-

¹²¹ Cfr. Corte EDU, 22 settembre 1998, *A c. Regno Unito*, ricorso n. 25599/94.

¹²² Cfr. per l'ammissibilità di una tale soluzione VIGANÒ, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 214 ss.

¹²³ Si veda Cass., 10 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019), n. 49883, cit., in particolare, i passaggi citati nelle note 107 e 120.

¹²⁴ Cfr. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, *passim*. Ma anche l'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018.

¹²⁵ Cfr. di recente sul punto la sentenza n. 37/2019. Si vedano altresì le osservazioni sul punto di NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., che pur essendo critico e manifestando preoccupazioni su operazioni di surrettizio ripristino di obblighi di tutela penale attraverso il sindacato di legittimità costituzionale sulla base di parametri interposti di fonte sovranazionale, in particolare C.E.D.U. (p. 537), conclude nel senso che «nel caso di "inattuazione sopravvenuta" la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge che

stituente parametro interposto¹²⁶, che potrebbe non incontrare una dichiarazione d'inammissibilità, stante lo sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto. In questo caso i profili di contrasto con la Costituzione si manifesterebbero oltre che sul piano della frizione con il principio di uguaglianza, nella declinazione della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, anche con riguardo alla violazione dell'obbligo positivo di protezione del diritto alla vita scaturente dall'art. 2 CEDU, che, come abbiamo più volte ribadito, richiede che l'uso della forza letale, o potenzialmente letale, per contrastare una violenza illegittima contro la persona sia contraddistinto dal carattere assolutamente necessario, così come la Corte europea ha sottolineato in numerose pronunce concernenti l'applicazione di tale disposizione.

La questione di legittimità costituzionale, con riguardo a quest'ultimo profilo (violazione dell'obbligo positivo di tutela della vita, scaturente dall'art. 2 C.E.D.U.), individuerebbe il parametro interposto in un obbligo che ci sembra sufficientemente preciso ed incondizionato, sulla base della giurisprudenza precedentemente citata, che fa riferimento anche a diverse pronunce della Grande Camera. D'altro canto, le limitazioni, che la stessa Corte costituzionale ha individuato nella sentenza n. 49/2015 con riguardo alla vincolatività interpretativa delle sentenze della Corte EDU, non sempre hanno trovato puntuale applicazione nella giurisprudenza successiva della stessa Corte, che in qualche pronuncia ha sottolineato come «il giudice ha il dovere di evitare violazioni della C.E.D.U. e di applicarne le disposizioni sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima», senza fare riferimento a particolari caratteristiche di tali precedenti (come, ad esempio, il carattere consolidato o la specificità del riferimento al caso di specie)¹²⁷.

Con riguardo al sindacato della Corte costituzionale sulle “norme penali di favore”, con ricadute in *malam partem*, che rappresenta, nell'ottica della stessa Consulta, un'eccezione rispetto alla regola dell'ostacolo alle sentenze ablativo *in malam partem* frapposto dal principio di legalità, ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost., nella sentenza n. 148/1983 la stessa Corte afferma che quest'ultimo principio le impedisce di configurare nuove norme penali, ma

modifica in senso contrastante con l'obbligo sovranazionale, la Corte non effettuerebbe alcuna scelta tra un ventaglio di possibili alternative, ma si limiterebbe a ripristinare la norma manipolata *contra Constitutionem*, lasciando pertanto libero il legislatore di introdurre una nuova disposizione nel rispetto dei vincoli sovranazionali (pp. 545-546).

¹²⁶ Cfr. sul punto le sentenze della Corte costituzionale 348 e 349 del 2007 (c.d. “sentenze gemelle”); 80 e 113 del 2011 (c.d. “seconde gemelle”); 39/2008; 311 e 317 del 2009; 93, 138 e 187 del 2010; 1/2011.

¹²⁷ Cfr. ad esempio le sentenze della Corte costituzionale 36 e 276 del 2016; 68 e 109 del 2017.

non le impedisce di ricondurre il regime penale di determinate fattispecie nell'ambito delle norme di diritto comune, mediante una pura e semplice dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'intera disposizione impugnata, anche qualora si producano effetti svantaggiosi per il reo, trattandosi, nel caso deciso dalla stessa Corte costituzionale, di una causa di non punibilità. In tal modo, la Corte ha inteso evitare che potessero crearsi "zone franche" all'interno dell'ordinamento¹²⁸, in quanto di fatto sottratte al sindacato di legittimità costituzionale dal limite segnato dalla rilevanza delle relative questioni nei giudizi *a quibus*, distinguendo, nella giurisprudenza più recente, «il controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se correttamente attivato secondo le norme vigenti, e gli effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente», precisando ancora, successivamente¹²⁹, che «quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica»¹³⁰.

Con la sentenza 394/2006¹³¹, la Corte costituzionale ha proceduto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di "norme penali di favore", definite come quelle disposizioni che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo, a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite), ribadendo come, in siffatti casi, l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte (quindi da un intervento creativo o additivo della Corte costituzionale in materia penale), che si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali, ma dall'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, che tornereb-

¹²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 148/1983.

¹²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2014.

¹³⁰ È stato sottolineato come tale nuovo corso seguito dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, che ambisce a trasformare l'eccezione in regola, abbia determinato una sorta di mutamento della "classica funzione" di "custode negativo" della Costituzione, assegnato alla stessa Corte, conferendole una funzione sempre più dinamica, quale "custode attivo" della democrazia, ed anzitutto della sua fondamentale istanza di eguaglianza, cfr. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 44 ss.

¹³¹ Corte costituzionale, sentenza n. 394/2006.

be ad essere applicabile anche al caso precedentemente sottratto al suo ambito di operatività dalla legge dichiarata illegittima¹³².

Di contro, tale soluzione non sarebbe percorribile rispetto a previsioni normative che delimitano l'area dell'intervento punitivo, che rappresenterebbero invece espressione di valutazioni del legislatore in termini di meritevolezza e bisogno di pena, caratterizzanti precise scelte di politica criminale, non sindacabili da parte della Corte costituzionale, senza incorrere nella violazione del principio di legalità¹³³.

La linea distintiva tra queste due situazioni correrebbe pertanto lungo le direttrici della compresenza delle due norme all'interno dell'ordinamento in un dato momento e del rapporto di specialità tra le stesse, che va inteso tuttavia in senso piuttosto lato, in quanto comprensivo del rapporto norma derogatoria-norma comune.

Occorre, a questo punto, valutare se tali presupposti, relativi alla compresenza nell'ordinamento giuridico e al carattere speciale/derogatorio, sussistono rispetto alla disposizione dell'art. 52, co. 4, c.p. A noi sembra di poter rispondere affermativamente a tale quesito, in quanto quest'ultima previsione ha una portata derogatoria rispetto alla disciplina generale prevista dal co. 1, dell'art. 52 c.p., ma anche rispetto a quella delineata nei co. 2 e 3, proprio perché introduce una presunzione dei requisiti della necessità e della proporzionalità, che risulta del tutto estranea alla logica propria della causa di giustificazione della legittima difesa, come abbiamo già avuto modo di sottolineare.

Potrebbe attribuirsi, poi, al giudice comune il governo degli effetti intertemporali della decisione di accoglimento sui processi in corso, affidandogli l'applicazione delle relative garanzie penalistiche.

4.3. Obblighi positivi di tutela del diritto alla vita rispetto a condotte tenute da privati

Con riguardo all'obbligo di prevenzione statale di comportamenti tenuti da soggetti privati lesivi della, o potenzialmente pregiudizievoli (per la), vita di altri individui, nella pronuncia sul caso *Osman* una delle questioni interpreta-

¹³² Si veda, da ultimo, la sentenza n. 37/2019. Riconosce questa possibilità con riguardo all'eventuale questione di legittimità per violazione degli obblighi di protezione del diritto alla vita, discendenti dall'art. 2 C.E.D.U., in relazione alla nuova formulazione dell'art. 52, co. 4, c.p., in seguito all'entrata in vigore della legge n. 36/2019, RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., p. 8, che mette in evidenza anche le ricadute sul piano interpretativo derivanti dall'osservanza dei vincoli imposti dallo stesso art. 2 CEDU (p. 9 ss.).

¹³³ Corte costituzionale, sentenza n. 161/2004.

tive maggiormente complesse sottoposte alla Corte concerneva la individuazione degli esatti parametri attraverso cui valutare la sussistenza della responsabilità dello Stato per la mancata predisposizione di misure preventive di protezione della vita. In altre parole, la questione sottoposta alla Corte può essere riassunta nei seguenti termini: fino a che punto deve estendersi l'azione preventiva dello Stato per considerare assolto tale obbligo di previsione/prevenzione?

Tale questione, in effetti, riguarda sia gli obblighi che abbiamo elencato *sub a)*, sia quelli che abbiamo descritto *sub a₃)* (cfr. *supra*, § 4.1).

4.3.1 *Obblighi positivi di tutela sub a₂)*

L'obbligo positivo richiede, anche in questi casi, in prima battuta, che lo Stato predisponga un quadro normativo idoneo a prevenire e reprimere lesioni o messe in pericolo volontarie del diritto alla vita. A tale obbligo si accompagna, inoltre, il vincolo di adottare ulteriori misure specifiche in presenza di alcuni presupposti.

Il caso *Osman* delinea gli obblighi di protezione, *sub specie* di obblighi di prevenzione di condotte dolose lesive del diritto alla vita¹³⁴, discendenti dall'art. 2 C.E.D.U., relativi a soggetti individuabili, nei confronti dei quali la minaccia incombente sulla loro vita o sulla loro integrità fisica fosse nota alle autorità statali, o avrebbe dovuto esserlo, usando l'ordinaria diligenza.

I problemi concernenti il grado di diligenza richiesto alle autorità statali emerge da alcuni passaggi della pronuncia in esame, che vale la pena riportare.

Si contendevano il campo, infatti, due possibili impostazioni (l'una sostenuta dai ricorrenti, l'altra dal Governo britannico). Da una parte (ricorrenti) si riteneva, infatti, che un tale obbligo determinasse in capo alle autorità statali competenti il dovere di predisporre tutte le misure necessarie a prevenire qualsiasi lesione del diritto alla vita, in presenza di ogni presunta minaccia contro quest'ultimo. Dall'altra (Governo), viceversa, si affermava che un obbligo di prevenzione potesse sorgere soltanto in presenza di circostanze particolari, nelle quali le autorità statali fossero a conoscenza di una minaccia reale, diretta ed immediata per la vita dell'interessato e nella misura in cui ci fosse stata, da parte dello stesso Stato, una previa assunzione dell'impegno ad

¹³⁴ Corte EDU, Grande Camera, 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, in *Reports*, 1998-VIII; in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, p. 424. Si veda altresì Corte EDU, 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, ricorso n. 14/1997/798/1001, in particolare, par. 36.

assicurare la sicurezza. Si sottolineava inoltre la necessità di dimostrare che l'assenza di misure preventive fosse stata determinata da un grave errore o da una mancanza deliberata delle autorità stesse all'obbligo di protezione. Infine, si precisava come fosse necessario verificare la sussistenza, sulla base di argomenti fondati e convincenti, che esistesse un nesso di causalità tra l'inazione preventiva contestata alle autorità e il fatto che tale azione, valutata in modo equo e realistico, avrebbe potuto impedire l'avvenimento in oggetto¹³⁵.

La Corte, prendendo le distanze da entrambe le impostazioni proposte, è intervenuta a stabilire che lo Stato potrà essere ritenuto responsabile della violazione dell'obbligo positivo discendente dall'art. 2 C.E.D.U., quando, tenuto conto di ogni aspetto della situazione considerata, risulti provato che le autorità non abbiano fatto tutto ciò che avrebbero dovuto fare per eliminare un pericolo concreto ed immediato per la vita di una persona, di cui esse sono state o avrebbero dovuto essere a conoscenza (una sorta, dunque, di condotta negligente dello Stato sotto un duplice profilo: in relazione al dovere di informazione e con riguardo alla predisposizione di misure adeguate alla effettiva protezione del diritto alla vita dei soggetti a rischio)¹³⁶.

L'istanza giurisdizionale europea espone altresì, alla luce delle suddette considerazioni, le ragioni che l'hanno indotta a non accogliere le soluzioni inter-

¹³⁵ Il Governo britannico configura, in quest'ipotesi (parr. 107-110), la possibilità di ricostruire una responsabilità statale sulla base di presupposti analoghi a quelli previsti ed individuati nell'ambito del nostro ordinamento, dalla dottrina più accorta, per la configurabilità della responsabilità penale personale nei reati omissivi impropri. Si fa riferimento, infatti, ad ipotesi eccezionali che in cui sussiste una specifica posizione di garanzia in capo alle autorità statali, concretamente assunta da queste ultime, volta all'impedimento dell'agire illecito di terzi, in considerazione del particolare potere giuridico che, secondo le argomentazioni del Governo britannico, le forze di sicurezza statali avrebbero, rispetto a singoli individui, nell'apprestare idonee misure preventive di protezione del diritto alla vita, una volta accertata la sussistenza del nesso di causalità tra l'omissione e la verifica dell'evento lesivo. In realtà, se si parte dal presupposto che ciascun cittadino è responsabile delle condotte poste in essere ed è in grado di comprendere, per ciò stesso, il significato delle norme penali che l'ordinamento pone per prevenire la commissione di reati, non può ritenersi che gli appartenenti alle forze dell'ordine siano garanti di tutti i beni di tutti i cittadini e che gravi, quindi, su essi una posizione di garanzia volta in generale a proteggerli. Ciò posto si ritiene che sia configurabile una posizione di garanzia in capo agli appartenenti alle forze dell'ordine solo in presenza di determinate condizioni che rendano maggiormente determinata e specifica la posizione di garanzia a loro carico, cfr. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 291 ss., 334, 419; ID., *Art. 110*, in ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 188-189; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 196; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 282; BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1390.

¹³⁶ Corte EDU, Grande Camera, 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, cit., parr. 115-116. Cfr. anche Corte EDU, 31 gennaio 2007, *Kontrová c. Slovacchia*, ricorso n. 7510/04.

pretative delineate dalle parti in causa. Essa, infatti, da una parte, ritiene di non poter imporre alle autorità statali un fardello insopportabile o eccessivo, prevedendo un obbligo di attivarsi in capo agli Stati, mediante la predisposizione di misure concrete di prevenzione, in presenza di ogni presunta minaccia contro la vita, in considerazione, inoltre, dell'esigenza che le autorità statali tutelino anche altre libertà e garanzie, previste a favore dei cittadini dalla Convenzione. La Corte, d'altro canto, non accoglie nemmeno la tesi del Governo, in quanto essa sottolinea che prevedere la responsabilità dello Stato soltanto nelle ipotesi in cui la violazione del diritto di cui all'art. 2 consegua ad un grave errore o ad una deliberata inadempienza dell'obbligo di proteggere la vita significherebbe adottare un criterio troppo rigoroso, incompatibile con i presupposti dell'art. 1 C.E.D.U. e con l'obbligo di assicurare una protezione concreta ed effettiva dei diritti e delle libertà sanciti dalla stessa Convenzione. Conclusivamente, quindi, sarà sufficiente che il ricorrente dimostri che le autorità non abbiano apprestato tutto ciò che si poteva ragionevolmente attendere da esse per impedire la materializzazione di un rischio reale ed immediato, di cui esse avevano o avrebbero dovuto avere conoscenza, usando l'ordinaria diligenza. Occorre, tuttavia, sottolineare che la Corte di Strasburgo stabilisce che, per poter verificare la sussistenza delle suddette circostanze e, dunque, della violazione dell'obbligo positivo da parte delle autorità statali, sia necessario analizzare e valutare di volta in volta le circostanze del caso concreto.

Nel caso *Osman*, invero la conclusione della Corte è stata nel senso di escludere la responsabilità dello Stato convenuto, in quanto la polizia britannica non poteva essere criticata per avere ragionevolmente attribuito peso alla presunzione d'innocenza o per non aver usato il suo potere di arrestare, perquisire e sequestrare nei confronti di una persona dalla quale non era plausibile attendersi comportamenti criminali così efferati, pur in presenza di alcuni segnali e avvertimenti¹³⁷, che, valutati in modo ragionevole, non lasciavano presagire la verifica del risultato lesivo prodottosi. Occorre precisare che, ove fossero stati ritenuti presenti, nel caso di specie, i presupposti indicati dalla giurisprudenza di Strasburgo ai fini della sussistenza dell'obbligo positivo di protezione del diritto alla vita, lo Stato convenuto sarebbe stato responsabile

¹³⁷ Era emerso, infatti, che l'autore della violazione non aveva altri precedenti penali, che era stato sottoposto a colloqui psicologici, in seguito ai quali era stato sospeso dall'insegnamento, in modo tale da evitare che potesse avere contatti con gli alunni, ma tali circostanze non furono ritenute idonee a fondare il ragionevole convincimento che il comportamento potesse degenerare fino al compimento di gravi lesioni del diritto alla vita di altri individui.

del verificarsi della lesione al detto diritto, nonostante quest'ultima fosse stata di fatto causata dalla condotta di un privato.

Sulla base di tali premesse, fuori dai casi nei quali l'obbligo di impedimento assuma carattere specifico, nel senso di riferirsi ad uno o più soggetti ragionevolmente esposti ad un rischio concreto ed imminente per la loro vita o incolumità, nei confronti dei quali lo Stato è vincolato ad apprestare misure idonee a neutralizzare o minimizzare un tale rischio, la previsione di un obbligo generico di impedimento di condotte minacciose per la vita o l'incolumità è stata tendenzialmente subordinata dalla Corte alla circostanza che tali condotte fossero ascrivibili a soggetti sottoposti alla custodia delle autorità o nei confronti dei quali lo Stato risulti comunque responsabile (ad esempio, detenuti o ricoverati in strutture psichiatriche), potendo esercitare nei loro confronti forme di protezione individuale¹³⁸.

In un recente caso deciso dalla Corte, non rientrante in queste ultime ipotesi, tuttavia, la soglia viene, per così dire, arretrata, sulla base del presupposto dell'attività potenzialmente pericolosa svolta dal privato, consistente nell'uso delle armi, configurandosi, secondo la Corte, un obbligo positivo, che presenta alcune caratteristiche comuni alle ipotesi di gestione del rischio, analizzate nel paragrafo successivo¹³⁹.

La Corte ha riconosciuto la responsabilità dello Stato per la mancata osservanza dell'obbligo di protezione in questione, con riguardo ad ipotesi in cui le condotte lesive del diritto alla vita erano avvenute in situazioni politico-sociali particolarmente compromesse nello Stato convenuto.

In relazione a tali ipotesi la giurisprudenza di Strasburgo – dopo aver ribadito

¹³⁸ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, cit., e le considerazioni svolte nella nota 74.

¹³⁹ Nell'opinione dissidente del giudice Eicke (Corte EDU, 17 settembre 2020, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, cit.), che si chiede come potranno le autorità statali assolvere a tale obbligo, in mancanza di parametri certi ai quali fare riferimento, paventando, in sostanza, il rischio di lasciare le stesse autorità in una "true lose-lose situation", nella quale o si è costretti ad optare per un'impossibile sorveglianza totalizzante di soggetti che svolgono attività anche solo potenzialmente pericolose, con immancabili questioni di compatibilità con la presunzione d'innocenza e i diritti di riservatezza e di *privacy* di questi ultimi, oppure lo Stato è esposto al serio pericolo di essere condannato per violazione dell'obbligo di protezione dinanzi alla Corte EDU, si elencano le caratteristiche che differenziano tale caso da quelli nei quali la Corte ritiene di solito sussistere un obbligo di protezione del diritto alla vita a carico dello Stato, sottolineando come non si trattasse di soggetto sottoposto al controllo dello Stato; che il bisogno di protezione non fosse in alcun modo noto prima della verifica della strage; che la stessa Corte aveva escluso che le autorità sapessero o avrebbero potuto ragionevolmente sapere che sussistesse un rischio concreto ed immediato per la vita posto dall'agente nei confronti di specifici individui o più generalmente; che sussistessero avvisaglie serie sulla particolare pericolosità del soggetto agente (par. 15).

che l'obbligo di predisporre meccanismi adeguati di protezione preventiva del diritto alla vita si articola sia nell'esigenza di adottare provvedimenti di carattere generale nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati, sia nel vincolo di prevedere misure specifiche a tutela dei singoli individui che siano particolarmente esposti, sulla base di un'accurata valutazione delle circostanze concrete, a subire una violazione del loro diritto alla vita, ha riscontrato spesso la sussistenza di disposizioni legislative, anche di natura penale, in astratto idonee a prevenire violazioni del diritto alla vita, ma ha, altresì, accertato la mancanza di strumenti di applicazione in concreto adeguati a prevenire, reprimere e sanzionare le predette violazioni¹⁴⁰.

Nel caso *Mahmut Kaya c. Turchia*, che concerneva la scomparsa e successiva uccisione di un medico turco, sospettato dalle forze dell'ordine di prestare la propria assistenza professionale ai membri di un'organizzazione politica ritenuta sovversiva e di matrice terroristica, e, a causa di tale presunta attività, soggetto a diversi atti intimidatori, il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 2 C.E.D.U., sotto il profilo della mancata predisposizione di misure idonee a prevenire una tale violazione, nonostante fosse nota alle autorità statali la situazione pericolosa nella quale il soggetto versava e dell'assenza di indagini effettive, serie ed adeguate, volte ad accertare le responsabilità in ordine alla morte della vittima. La Corte, nonostante avesse riconosciuto la sussistenza di un quadro normativo nel complesso adeguato alla protezione della vita¹⁴¹, ritenne che la legislazione non fosse accompagnata da un meccanismo di applicazione in concreto delle predette norme e quindi non apprestasse al diritto alla vita la protezione necessaria a ritenere soddisfatto l'obbligo positivo discendente dall'art. 2 C.E.D.U.¹⁴². Tali insufficienze (*defects*), a cui la giurisprudenza europea fa riferimento, concernevano, in particolare, la riscontrata assenza di indipendenza degli organi giudiziari e il fenomeno, dai risvolti invero poco chiari, del c.d. *unknown perpetrator killing* e l'inerzia delle autorità

¹⁴⁰ Cfr. Corte EDU, 28 marzo 2000, *Kiliç c. Turchia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-III; Corte EDU, 10 ottobre 2000, *Akkoç c. Turchia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-X; Corte EDU, 28 marzo 2000, *Mahmut Kaya c. Turchia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-III.

¹⁴¹ Corte EDU, 28 marzo 2000, *Mahmut Kaya c. Turchia*, cit., par. 93: «There was a framework of law in place with the aim of protecting life. The Turkish Criminal Code prohibited murder and there were police and gendarmerie forces with the functions of preventing and investigating crime, under the supervision of the judicial branch of public prosecutors. There were also courts applying the provisions of the criminal law in trying, convicting and sentencing offenders».

¹⁴² Corte EDU, 28 marzo 2000, *Mahmut Kaya c. Turchia*, cit., par. 98: «These defects undermined the effectiveness of the protection afforded by criminal law in the south-east region during the period relevant to this case. It considers that this permitted or fostered a lack of accountability of members of the security forces for their actions».

statali - accertata dalla stessa Corte nella sua ampia giurisprudenza relativa ai c.d. casi curdi - dinanzi alle numerose denunce¹⁴³.

La Corte ha fatto applicazione di tali principi in un nutrito filone interpretativo, sviluppatosi con riguardo alla c.d. violenza di genere e alla violenza domestica, in particolare nelle ipotesi nelle quali si fossero verificate la morte o gravi lesioni dell'integrità fisica a danno di soggetti, nei confronti dei quali esisteva un pericolo reale ed immediato, conosciuto o ragionevolmente conoscibile da parte delle autorità statali.

Muovendo, pur sempre, dal duplice assunto che gli obblighi positivi che gravano sulle autorità statali possano comportare un dovere di predisporre ed applicare un quadro normativo adeguato che offra una protezione contro gli atti di violenza che possono essere commessi da privati¹⁴⁴, e che, in alcune circostanze ben definite, l'articolo 2 può porre a carico delle autorità l'obbligo positivo di adottare, in via preliminare, le misure di ordine pratico per proteggere l'individuo la cui vita sia minacciata dagli atti criminali altrui, la Corte riconosce la sussistenza della violazione dell'obbligo positivo di tutela nei casi nei quali le autorità statali, benchè ripetutamente avvertite delle violenze subite dalle vittime, non abbiano adottato le misure appropriate per proteggere la vita delle stesse, ove il pericolo fosse reale e conosciuto o ragionevolmente conoscibile dalle autorità statali, sulla base delle circostanze del caso concreto, e come tale evitabile apprestando misure adeguate a tale scopo.

Nella pronuncia *Talpis c. Italia*¹⁴⁵, esemplificativamente, la Corte ritiene sussistente una violazione dell'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita incombenente sulle autorità statali, sulla base di una serie di circostanze, ed in particolare: della presenza di una denuncia presentata dalla vittima per le violenze subite, corredata da rapporto medico redatto dopo l'aggressione, che descriveva le contusioni visibili sul corpo, con contestuale espressione di timori per la vita della stessa vittima e della prole e richiesta di misure di protezione; dell'avvenuta apertura di un'indagine da parte dell'autorità giudiziaria con delega urgente di indagine, alla quale non era tuttavia seguita né l'adozione di misure di protezione, né l'effettivo e tempestivo svolgimento delle indagini (iniziate di fatto dopo sette mesi); della complessiva sottovalutazione del rischio corso dalla ricorrente e dalla prole, in presenza di interventi delle forze

¹⁴³ Ancora Corte EDU, 28 marzo 2000, *Mahmut Kaya c. Turchia*, cit., par. 95-97.

¹⁴⁴ Corte EDU, 12 giugno 2008, *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, ricorso n. 71127/01, par. 65; Corte EDU, 5 marzo 2009, *Sandra Janković c. Croazia*, ricorso n. 38478/05, par. 45; Corte EDU, 14 ottobre 2010, *A. c. Croazia*, ricorso n. 55164/08, par. 60. Corte EDU, *Đorđević c. Croazia*, ricorso n. 41526/10, par. 141-143; Corte EDU, *M. e M. c. Croazia*, ricorso n. 10161/13, par. 136.

¹⁴⁵ Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ricorso n. 41237/14.

dell'ordine presso l'abitazione della vittima, in seguito ai quali venivano constatati danneggiamenti alle cose, e di alcuni precedenti penali dell'interessato. Alla luce di tali circostanze, la Corte ritiene che la minaccia per l'integrità e per la vita della ricorrente fosse reale, non potendosi escludere una realizzazione imminente (con una formulazione che sembra abbassare il livello di immediatezza della concretizzazione del pericolo richiesto in questi casi¹⁴⁶), e che essa fosse conoscibile da parte delle autorità competenti, la condotta delle quali risulta, secondo la Corte, negligente per non aver adottato, nell'ambito delle loro attribuzioni, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero attenuato, se non addirittura impedito, il concretizzarsi di un rischio reale per la vita della ricorrente¹⁴⁷.

Va rilevato come, nel caso analizzato, la violazione dell'obbligo positivo discendente dall'art. 2 non derivava tanto dall'assenza di un quadro normativo adeguato, ma piuttosto all'effettiva attuazione di tale quadro normativo da parte della autorità di *law-enforcement*¹⁴⁸.

Trova quindi riscontro in questa pronuncia, ma anche in altre analoghe sulla materia, quel paradigma, al quale abbiamo già fatto riferimento, della valorizzazione dell'effettività¹⁴⁹, quale parametro di valutazione adoperato dalla Corte

¹⁴⁶ Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, cit., par. 122.

¹⁴⁷ Nello stesso senso, cfr. Corte EDU, 09 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, ricorso n. 33401/02.

¹⁴⁸ Si veda, di recente, con riguardo tuttavia alla violazione degli obblighi positivi discendenti dagli artt. 3 e 8 CEDU, ma pur sempre in relazione ad un caso di violenza domestica, *Buturugă c. Romania*, 11 febbraio 2020, ricorso n. 56867/15, par. 67, nella quale la Corte ha rinvenuto l'inadempienza delle autorità statali nell'incapacità di operare una corretta qualificazione giuridica dei fatti occorsi alla ricorrente nella fattispecie di violenza domestica, che le avrebbe consentito di giovare di una tutela penale più ampia e maggiormente proporzionata rispetto alla gravità dei fatti accaduti. Si sottolinea, infatti, come «La Cour insiste sur la diligence particulière que requiert le traitement des plaintes pour violences domestiques et estime que les spécificités des faits de violences domestiques telles que reconnues dans la Convention d'Istanbul [...] doivent être prises en compte dans le cadre des procédures internes. En l'espèce, elle constate que l'enquête interne menée par les autorités nationales n'a pas pris en compte ces spécificités». Di particolare interesse risulta altresì la previsione relativa alla sussumibilità delle forme di sorveglianza digitale, nelle sue possibili diverse manifestazioni, nella nozione di violenza domestica, che potrebbe tuttavia porre, in base alla formulazione della normativa nazionale, qualche problema sul piano del rispetto del principio di legalità, anche se il ragionamento svolto dalla Corte sembra fare maggiormente riferimento all'operato degli inquirenti: «[...] la cyberviolence est actuellement reconnue comme un aspect de la violence à l'encontre de femmes et des filles et peut se présenter sous diverses formes dont les violations informatiques de la vie privée, l'intrusion dans l'ordinateur de la victime et la prise, le partage, et la manipulation des données et des images, y compris des données intimes. Dans le contexte de la violence domestique, la cybersurveillance est souvent le fait des partenaires intimes. La Cour accepte donc l'argument de la requérante selon lequel des actes tels que surveiller, accéder à ou sauvegarder sans droit la correspondance du conjoint peuvent être pris en compte lorsque les autorités nationales enquêtent sur des faits de violence domestique» (par. 74).

¹⁴⁹ Cfr. Corte EDU, 26 marzo 2013, *Valiulienė c. Lituania*, ricorso n. 33234/07, par. 79: «La Cour recherchera ensuite si les règles et pratiques litigieuses – en particulier le respect par les autorités natio-

per verificare l'adempimento degli obblighi positivi di tutela da parte degli Stati¹⁵⁰. Effettività che risulta condizione imprescindibile dell'efficacia delle norme penali esistenti di apprestare una effettiva tutela ai beni giuridici, a protezione dei quali esse sono poste, e che assume rilevanza anche sul piano degli obblighi *sostanziali*¹⁵¹.

4.3.2 *Obblighi positivi di tutela penale sub a)*

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, l'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita, nella sua declinazione di obbligo di prevenzione e repressione, non sempre richiede il ricorso al diritto penale, in un'ottica di sussidiarietà, che ci sembra caratterizzare l'approccio della Corte alla teorica degli obblighi positivi di tutela penale.

In relazione alle condotte non volontarie, infatti, il vincolo positivo di protezione non esige obbligatoriamente il ricorso al diritto penale, purchè sussistano nell'ambito degli ordinamenti nazionali rimedi di natura extra-penale efficaci ed accessibili in concreto¹⁵².

In relazione a tali ipotesi, la portata orizzontale degli obblighi positivi di tutela si è particolarmente sviluppata nel settore sanitario ed in quello ambientale e della tutela del territorio.

α) *Obblighi positivi di tutela e medical malpractice*

Con particolare riguardo al settore sanitario, ed alla sussistenza di obblighi positivi di tutela in capo allo Stato nei casi di negligenza medica, la giurisprudenza di Strasburgo ha sempre assunto una posizione piuttosto cauta, ritenendo tendenzialmente sufficienti rimedi di carattere extra-penale (civilistico-

nales des règles procédurales pertinentes et la manière dont les mécanismes de droit pénal ont été mis en œuvre en l'espèce - ont été défailtantes au point d'emporter violation des obligations positives s'imposant à l'Etat défendeur en vertu de la Convention».

¹⁵⁰ Corte EDU, 23 maggio 2017, *Bălaşan c. Romania*, ricorso n. 49645/09, par. 64-69; Corte EDU, 30 ottobre 2012, *E.M. c. Romania*, ricorso n. 43994/05.

¹⁵¹ Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 452 ss.; TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1 giugno 2016, 208 ss., che evidenzia la necessità di evitare un uso promiscuo, in ambito giuridico, dei termini effettività, efficacia ed efficienza, per scongiurare confusioni e fraintendimenti.

¹⁵² Corte EDU, 17 gennaio 2002 - 8 luglio 2004, *Calvelli e Ciglio c. Italia*; Corte EDU, 8 luglio 2004, *Vo c. Francia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2004-VIII e in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 1178; Corte EDU, 24 ottobre 2004, *Mastromatteo c. Italia*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2002-VIII e in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, p. 585.

disciplinare o amministrativistico), nelle ipotesi di isolati errori diagnostici o circoscritte inefficienze delle strutture sanitarie.

La recente pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sul caso *Lopes de Sousa c. Portogallo* delinea le coordinate fondamentali della precedente giurisprudenza della Corte sul punto¹⁵³, contenendo altresì la ricca ed argomentata opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, che merita una pur breve ricognizione, per l'arguzia del quadro complessivo ricostruito proprio con riguardo alla portata degli obblighi positivi di tutela dei diritto alla vita ed alla non sempre coerente posizione assunta dalla Corte in materia, in base al settore ed ai soggetti coinvolti.

Muovendo dall'analisi della pronuncia della Corte nel predetto caso, essa si concentra, in particolare, sulle presunte negligenze occorse in strutture sanitarie ospedaliere (pubbliche o private), operando una preliminare distinzione tra le ipotesi nelle quali i trattamenti sanitari siano stati prestati nei confronti di soggetti vulnerabili sottoposti alle cure dello Stato (ad es. soggetti disabili o minori) o di persone private della libertà personale, ove lo Stato avrebbe una responsabilità diretta, nel caso in cui fosse a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza del rischio imminente e grave per la vita o l'integrità fisica e morale della vittima¹⁵⁴, e quelle, invero più frequenti, di applicazione pret-

¹⁵³ Corte EDU, Grande Camera, 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa c. Portogallo*, ricorso n. 56080/13, nella quale la Corte non riscontra tuttavia una violazione dell'obbligo positivo di tutela in capo allo Stato, sul versante sostanziale, proprio perché ritiene che non si siano materializzate quelle circostanze eccezionali, che saranno meglio illustrate più avanti, che avrebbero comportato la responsabilità statale per la mancata predisposizione di un adeguato quadro di regolamentazione. Su tale pronuncia, cfr. 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 *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, 2, p. 683 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17 luglio 2014, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, ricorso n. 47848/08, par. 131 ss. e parr. 140-143, ove viene riscontrata una mancanza delle autorità statali di dare attuazione alle garanzie legali previste a favore della vittima (soggetto mentalmente disabile e affetto da HIV da sempre affidato alle cure dello Stato), un a volta divenuto maggiorenne, così privandolo della possibilità di prestare un consenso consapevole al ricovero presso le strutture prestabilite. Il profilo, per così dire, soggettivo, relativo alla consapevolezza dello Stato, con riguardo al rischio a cui la vittima era stata destinata, viene ricavato dalla presenza di diversi rapporti di organizzazioni internazionali, che segnalavano, già al tempo in cui si erano verificati i fatti, le pessime condizioni di vita all'interno della struttura, che avevano portato alla morte di numerosi soggetti ricoverati presso la stessa, in particolare nel periodo invernale. La Corte ha ritenuto pertanto sussistente la piena consapevolezza delle autorità statali in merito a tali deficienze strutturali e sistemiche della struttura coinvolta e, pertanto, anche al rischio immediato e reale che vittima correva ad essere trasferita presso quel luogo; Corte EDU, Grande Camera, *Z e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 29392/95, par. 73. Si veda altresì, di recente, Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, cit.

tamente orizzontale, nelle quali le vittime sono soggetti, nei confronti dei quali lo Stato non abbia assunto una responsabilità *diretta* in relazione alla loro cura.

In via generale ed in circostanze ordinarie, l'obbligo positivo di tutela impone, innanzitutto, agli Stati di apprestare misure appropriate per la protezione delle vite dei pazienti, garantendo che le prestazioni sanitarie siano svolte da personale altamente qualificato¹⁵⁵. Nell'opinione della Corte, pertanto, ove tale obbligo possa ritenersi assolto, un isolato errore di valutazione da parte del personale medico o un coordinamento negligente dello stesso personale non sono sufficienti, di per sè, a fondare una responsabilità dello Stato per mancata osservanza dell'obbligo positivo di protezione della vita¹⁵⁶. La Corte sottolinea come siano stati rari i casi nei quali abbia riscontrato insufficienze nel quadro normativo come tale e che il suo ruolo non consista nel sindacare la correttezza delle conclusioni rassegnate dagli esperti in campo medico, sulle quali le pronunce dei giudici nazionali sono basate, in quanto un'eventuale violazione dell'obbligo positivo scaturente dall'art. 2 C.E.D.U. potrà ritenersi sussistente solo ove le autorità statali abbiano messo a repentaglio la vita degli individui, negando loro illegittimamente ed arbitrariamente servizi e prestazioni sanitari riconosciuti in via generale a tutta la popolazione¹⁵⁷.

In ogni caso, la Corte ha cura di precisare come la valutazione del quadro di regolamentazione presente nello Stato convenuto vada effettuata in concreto, ovvero tenendo conto del suo impatto sulla violazione, sottoposta a giudizio, dei diritti della vittima, ed abbia ad oggetto una nozione ampia di quadro di regolamentazione, che ricomprende anche l'effettiva attuazione di esso, nonché gli strumenti di supervisione e controllo apprestati. Accogliendo una tale ampia nozione dell'obbligo dello Stato di apprestare un quadro di regolamen-

¹⁵⁵ La stessa Corte richiama i suoi precedenti nei casi *Oyal c. Turchia*, 23 marzo 2010, ricorso n. 4864/05, par. 54, e *Lambert e altri c. Francia* (Grande Camera), ricorso n. 46043/14, par. 140.

¹⁵⁶ Corte EDU, Grande Camera, 17 luglio 2014, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeneanu c. Romania*, cit., par. 164.

¹⁵⁷ Si fa riferimento, in particolare, ad alcuni casi di mancata prestazione di cure emergenziali nelle fasi di pre-parto e post-parto. Ad esempio, vengono richiamate le pronunce *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turchia*, 09 aprile 2013, ricorso n. 13423/09, nella quale la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 2, in quanto la morte della vittima era da ricondursi al cattivo funzionamento del reparto ospedaliero competente, che non le aveva consentito di avere accesso alle cure mediche (parr. 96-97); *Asiye Genç c. Turchia*, 27 gennaio 2015, ricorso n. 24109/07, parr. 80-82; *Elena Cojocaru c. Romania*, 22 marzo 2016, ricorso n. 74114/12, parr. 125 e 111 (quest'ultimo più attinente tuttavia ad una disfunzione sistemica); *Aydoğdu c. Turchia*, 30 agosto 2016, ricorso n. 40448/06, nella quale la mancata prestazione delle cure emergenziali (riguardanti neonati prematuramente nati), dalla quale era derivata la morte del figlio della ricorrente, causalmente commessa, poteva essere considerata la diretta conseguenza di un malfunzionamento sistemico relativo alle strutture ospedaliere di quella specifica regione turca (par. 88).

tazione, soltanto in circostanze eccezionali, secondo la Corte, potrà sussistere una responsabilità statale per azioni o omissioni poste in essere dal personale medico.

Ciò potrà accadere:

i) in situazioni nelle quali si va oltre il singolo errore diagnostico o la mera negligenza medica, potendosi, di contro, ravvisare un rifiuto del personale medico di prestare cure emergenziali salva-vita, necessarie per i pazienti, con la piena consapevolezza di mettere gravemente a rischio la vita di questi ultimi. Ipotesi che non si estendono a casi nei quali i pazienti abbiano ricevuto singoli trattamenti ritardati, o, in qualche modo, manchevoli;

ii) quando un malfunzionamento sistemico o strutturale nei servizi o nelle strutture ospedaliere (che deve essere oggettivamente verificabile) comporti il mancato accesso del paziente a trattamenti emergenziali salva-vita e le autorità statali conoscevano o avrebbero dovuto conoscere il rischio, ma abbiano omesso di apprestare le misure necessarie per impedire che tale rischio si materializzasse, cos' mettendo in pericolo la vita dei pazienti¹⁵⁸;

iii) quando possa dimostrarsi la sussistenza di un nesso eziologico tra il malfunzionamento lamentato ed il danno patito dal paziente;

iv) ove il malfunzionamento sistemico o strutturale sia addebitabile allo Stato, che non abbia rispettato il suo obbligo positivo di apprestare un adeguato quadro di regolamentazione (nel senso ampio predetto).

Si tratta di elementi che, secondo la Corte, debbono intervenire cumulativamente.

Solo in presenza di tali circostanze eccezionali, pertanto, secondo la Corte, si potrà configurare un obbligo per lo Stato di apprestare un quadro regolamentare, che contempra rimedi di carattere penalistico, nel caso in cui si verifichi la perdita della vita ovvero una lesione dell'integrità fisica o morale a causa di una condotta gravemente colposa¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Sul piano nazionale, cfr. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali ed organizzativi in ambito sanitario*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 795 ss., che osserva come «la sempre maggiore preponderanza della componente organizzativa induce a riconsiderare l'intera attività sanitaria attraverso il prisma della responsabilità da *deficit* organizzativo, sia perché, come ormai si afferma da tempo, dietro la maggior parte degli eventi infausti sembrano esistere carenze riconducibili alla struttura, sia perché se si adotta una visione più ampia delle vicende, capace di estendersi al contesto in cui l'attività viene svolta, ci si rende conto che le strutture sanitarie, pur presentando indubbe peculiarità in ragione della particolare attività svolta, costituiscono in definitiva vere e proprie imprese». Sulle misure esistenti sul piano civilistico e su quello preventivo, in termini di individuazione del rischio clinico, si veda in particolare il par. 3.

¹⁵⁹ Corte EDU, Grande Camera, 19 dicembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, cit., par.

Come accennato, risulta di particolare interesse l'opinione del giudice Pinto de Albuquerque, nella quale si lamenta la profonda incertezza che governa i presupposti per la sussistenza della responsabilità statale nel settore sanitario (in particolare, in relazione al profilo soggettivo), che presenta talvolta incoerenze rispetto ad altri settori, nei quali viene anche in considerazione la protezione del diritto alla vita, e con riguardo a certe categorie di soggetti (ad esempio, i detenuti).

Sotto il profilo soggettivo, nello specifico, viene rilevato come il grado di *colpevolezza* richiesto possa variare anche significativamente in base alle situazioni, andandosi da un coefficiente pienamente doloso ad uno colposo, rimproverando al ragionamento della Corte una eccessiva semplificazione ed un insufficiente approfondimento dei presupposti, anche in relazione ad altre situazioni analoghe. L'opinione in esame muove dal pregevole assunto che il diritto alla tutela della salute sia garantito dalla Convenzione, imponendo, come altri diritti fondamentali, protetti dalla stessa Convenzione, obblighi negativi e positivi in capo agli Stati. Il nucleo essenziale di tale diritto include la garanzia delle cure primarie ed urgenti e dei farmaci essenziali per le persone che ne hanno bisogno, come precipitato dell'imperativo di rispettare la vita. Data l'essenzialità di tale nucleo fondamentale del diritto alla salute, inscindibilmente legato alla stessa protezione del diritto della vita dei pazienti, dovrebbe essere garantita una interpretazione coerente ed univoca di esso.

La Corte, in effetti, individua il nucleo essenziale del diritto alla salute che deve essere garantito, lasciando, tuttavia, agli Stati un margine di discrezionalità nel prevedere livelli superiori di tutela, che può essere sindacato dalla stessa Corte sotto il profilo della proporzionalità, potendo portare a risultati sproporzionati per difetto (anche qualora raggiunga il livello minimo, ma le circostanze avrebbero richiesto un innalzamento di quest'ultimo - *Untermaßverbot*) ovvero sproporzionati per eccesso, rispetto ad interessi potenzialmente concorrenti (*Übermaßverbot*).

Oltre alla mancanza di un approccio sempre coerente alla tutela del diritto alla salute, che potrebbe comportare una frammentazione della protezione, con conseguente abbassamento delle garanzie per gli individui, l'opinione del giudice Pinto de Albuquerque critica duramente la scelta della Corte, invero abbastanza consolidata, di limitare l'obbligo di tutela alle sole ipotesi definite quali "circostanze davvero eccezionali", ritenendo sufficienti rimedi di carattere extra-penale per i casi isolati di errore diagnostico o di mancanza di coor-

215; Corte EDU, 4 ottobre 2016, *Cevrioğlu c. Turchia*, ricorso n. 69546/12, par. 54.

dinamento, intravedendo in un tale approccio interpretativo una privatizzazione della protezione del diritto alla salute, particolarmente pericolosa per categorie di soggetti vulnerabili, nei confronti delle quali verrebbero predilette esigenze economiche, rispetto a quelle di protezione della salute, strettamente correlate allo stesso nucleo della dignità umana. Invero, ci sembra di poter condividere in pieno alcune osservazioni formulate nella predetta opinione, in particolare con riguardo alla necessità di un'applicazione coerente ed univoca dei presupposti elaborati dalla Corte per ritenere sussistente la violazione dell'obbligo positivo di tutela in capo agli Stati ed in relazione al bisogno di approfondimento delle questioni relative al profilo soggettivo, che spesso hanno visto soluzioni poco coerenti. Si può allora certamente concordare con l'affermazione che il diritto alla tutela della salute, nel suo nucleo essenziale, vada ritenuto protetto dalla Convenzione alla stessa stregua del diritto alla vita, come declinazione del rispetto della dignità umana, ma proprio tale accostamento al diritto alla vita ci porta a considerare necessario una protezione, sotto il profilo della previsione di obblighi positivi di tutela penale, quanto meno analoga a quella elaborata dalla Corte in relazione all'art. 2, che come accennato, per le condotte colpose prevede la sussistenza dell'obbligo positivo di tutela penale in circostanze, che abbiamo definito particolari, caratterizzate da una particolare gravità delle omissioni addebitabili allo Stato, quando le autorità di quest'ultimo sapevano o avrebbero dovuto sapere del rischio grave ed immediato per la vita o l'integrità fisica o morale incombente su determinati soggetti (c.d. *Osman test*), ritenendo altrimenti sufficienti rimedi di carattere extra-penale¹⁶⁰.

Ci sembra allora che il problema interpretativo più significativo riguardi i presupposti di tale test, che, in effetti, non risulta applicato dalla Corte sempre con coerenza, sia con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità, sia in relazione al grado di colpevolezza richiesto, tenendo conto in ogni caso del fatto che tali presupposti siano da riferire alla responsabilità dello Stato e non a quelle dei singoli individui, che, come la Corte ribadisce di frequente, vanno accertate a livello nazionale, non rappresentando la Corte EDU un giudice di quarta istanza. Tornando, pertanto, alle ipotesi qualificate dalla Corte come "circostanze eccezionali", nei casi di diniego volontario da parte del personale sanitario di trattamenti o prestazioni urgenti salva-vita, l'obbligo positivo di tutela penale sembra ricalcare gli obblighi previsti *sub a2*), dovendosi ritenere, pertanto, applicabile l'*Osman test*, come in tutti gli altri casi, in quanto si tratta

¹⁶⁰ Ci pare condividere il medesimo orientamento CASTRONOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica*, cit., par. 3.

di condotte dolose che mettono in grave pericolo la vita dei soggetti coinvolti, con la conseguenza che il requisito del malfunzionamento sistemico dovrebbe assumere, a nostro avviso, una dimensione sufficiente a considerare integrato il requisito richiesto dal predetto test con riguardo alla consapevolezza (effettiva o potenziale) da parte delle autorità statali di difetti o prassi illegittime reiterate all'interno di quelle strutture sanitarie (che potrebbe anche non necessariamente attingere il livello del carattere sistematico o strutturale).

Nei casi di malfunzionamento sistemico o strutturale oggettivamente identificabile (ad esempio, sulla base di rapporti delle autorità nazionali o di organizzazioni internazionali) con riguardo ad uno specifico territorio (una regione, un distretto) o a determinati prestazioni o servizi nell'ambito di una certa area territoriale ovvero a specifiche categorie di soggetti (affetti da determinate patologie), qualora la morte o la grave lesione dell'integrità fisica della vittima si sia verificata in quel territorio o riguardi quelle prestazioni o quei servizi, ovvero la vittima appartenga a quella specifica categoria di pazienti, ci sembra che gli accertamenti relativi al *rischio specifico* corso dall'individuo (nel caso concreto) potrebbero assumere un grado meno rigoroso o tale rischio potrebbe addirittura darsi per presunto, ove la gravità della disfunzione lasci supporre che le autorità statali ne fossero pienamente consapevoli, così concordando sul punto con le conclusioni del giudice Pinto de Albuquerque, sempre che le autorità statali avessero la possibilità di fare fronte a tali situazioni.

Con riguardo alla giurisprudenza successiva alla sentenza della Grande Camera, le osservazioni critiche formulate nell'opinione precedentemente analizzata sembrano aver avuto un certo effetto, in quanto la Corte ha ritenuto sussistente la prima ipotesi (definita come particolarmente rara da verificarsi da parte della stessa Corte nella pronuncia precedentemente esaminata), non inquadrabile, invero, nei casi di malfunzionamento strutturale o sistemico, ma idonea a fondare la sussistenza di una violazione dell'obbligo positivo sostanziale di tutela del diritto alla vita, sulla base della mancanza di un quadro di regolamentazione sufficiente, che assicurasse un alto standard di professionalità e competenza del personale sanitario coinvolto, che risultava privo delle licenze e dei titoli necessari per svolgere gli interventi terapeutici sul paziente, che tuttavia non richiedeva, nell'opinione della Corte, necessariamente un rimedio di carattere penale, in presenza di rimedi extra-penali efficaci ed effettivi, così reiterando, sul punto, il suo tradizionale orientamento¹⁶¹.

¹⁶¹ Cfr. Corte EDU, 19 luglio 2018, *Sarishvili-Bolkvadze c. Georgia*, ricorso n. 58240/08, par. 74-77 e 82 ss.

β) Obblighi positivi di tutela e protezione dell'ambiente

Considerazioni per molti versi analoghe, anche se le questioni problematiche presentano profili in parte diversi, possono essere svolte con riguardo alle ipotesi nelle quali i rischi per la protezione del diritto alla vita, anche nella declinazione del diritto alla salute ed al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 C.E.D.U.), si verificano con riguardo ad attività (umane o naturali) incidenti sull'ambiente e sulla tutela del territorio.

In effetti, il testo convenzionale non fa menzione espressamente di un diritto ad un ambiente salubre, come d'altro canto accade con riguardo, ad esempio, alla libertà sessuale o morale, che pure trovano protezione, secondo un orientamento ormai consolidato della Corte di Strasburgo, all'interno dell'ampia disposizione dell'art. 8 C.E.D.U., interpretato in modo dinamico ed evolutivo (una sorta di organo respiratore d'eccellenza del testo della C.E.D.U.).

Un procedimento ermeneutico analogo ha portato la Corte EDU ad elaborare una tutela del diritto ad un ambiente salubre proprio sulla base degli artt. 2 e 8 C.E.D.U. (con profili che interessano più marginalmente in questa sede anche in relazione agli artt. 6 e 10 C.E.D.U., nonché all'art. 1, Prot. n. 1, C.E.D.U.)¹⁶².

Secondo il *Manual on Human Rights and Environment* redatto dal Consiglio d'Europa, infatti, i fattori ambientali possono incidere sui diritti individuali protetti dalla Convenzione in tre diversi modi. In primo luogo, tali diritti possono essere direttamente intaccati da fattori ambientali negativi, come avviene, ad esempio, nel caso di emissioni tossiche da una fabbrica o da una discarica, che potrebbero avere un impatto negativo sulla salute degli individui. In queste situazioni, la Corte può riconoscere un obbligo positivo in capo alle autorità statali di apprestare misure che assicurino che i diritti umani dei soggetti coinvolti non siano lesi gravemente da tali fattori ambientali negativi. In secondo luogo, la presenza di fattori ambientali negativi può far emergere

¹⁶² Come la stessa Corte ha avuto modo di chiarire «severe environmental pollution may affect individual's [...] private and family life [...]. Yet the crucial element which must be present in determining whether, in the circumstances of the case, environmental pollution has adversely affected one of the rights safeguarded by paragraph 1 of Article 8 is the existence of a harmful effect on a person's private or family sphere and not simply the general deterioration of the environment. *Neither Article 8 nor any of the other Articles of the Convention are specifically designed to provide general protection to the environment as such; to that effect, other international instruments and domestic legislation are more pertinent in dealing with this particular aspect*». Si veda Corte EDU, 22 maggio 2003, *Kyrtatos c. Grecia*, ricorso n. 41666/98, par. 52.

specifici obblighi procedurali in capo alle autorità statali, con riguardo alle garanzie di informazione, comunicazione, partecipazione ai processi decisionali e di accesso alla giustizia per i soggetti interessati. In terzo luogo, la protezione dell'ambiente può rappresentare un limite legittimo al godimento di certi diritti individuali, nel rispetto dei principi di legalità e di proporzionalità, che caratterizza il bilanciamento tra interessi eventualmente concorrenti¹⁶³.

Ci limiteremo, in questa sede, ad una breve ricostruzione degli obblighi positivi di tutela delineati dalla Corte EDU in questo campo, con particolare riguardo alla protezione del diritto alla vita (art. 2 C.E.D.U.), che presentano alcune note distintive rispetto agli obblighi positivi che discendono dal solo art. 8 C.E.D.U., in particolare, in relazione al ricorso al diritto penale da parte delle autorità statali.

Nel contesto ambientale e della tutela del territorio, in particolare, la Corte EDU ha fatto applicazione dell'art. 2 C.E.D.U. quando il potenziale grado di pericolosità per l'ambiente o per la tutela del territorio di alcune attività umane (o di prevedibili catastrofi naturali interconnesse ad interventi umani) raggiungesse un livello tanto alto da comportare la stessa messa in pericolo dei beni della salute e della vita degli individui. Si tratta in sostanza di situazioni di gestione del rischio scaturente da tali attività.

In casi concernenti attività pericolose (a rischio lecito), quali test nucleari, emissioni di industrie o siti di raccolta di rifiuti, svolte sia da autorità statali o

¹⁶³ Cfr. Council of Europe, *Manual on Human Rights and Environment*, reperibile nella sezione *Publications* nel sito <http://www.coe.int>; MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2004, 385 ss.; *Law of the European Convention on Human Rights*, a cura di Harris et al., Oxford, 2009, 390 ss.; SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, a cura di Cataldi, Calogiuri, Napoletano, Padova, 2010, 493 ss.; OSOFSKY, *Learning from Environmental Justice: A New Model for International Environmental Rights*, in *Human Rights and the Environment*, a cura di Shelton, Cheltenham-Northampton, 2011, vol. I, 71 ss.; ATAPATTU, *The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted. The Emergence of a Human Rights to a Healthy Environment Under International Law*, ivi, 57 ss. (in particolare, p. 90 ss.); BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, ivi, 132 ss.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 47; PITTEA, *Art. 8*, ivi, 349 ss.; HILSON, *Risk and the European Convention on Human Rights: Toward a New Approach*, reperibile nel sito <http://www.reading.ac.uk>; SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, cit., 131-132; GERARDS, *Chapter 6 - Right to Life*, in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, cit., 371 ss.; MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in *Crimine organizzato e criminalità economica. Tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione europea*, a cura di Maugeri, Scalia, Vagliasindi, Pisa, 2019, 423 ss.; ZIRULLA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Iva*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2019, 3, 152 ss., sulla recente sentenza resa nella causa *Cordella c. Italia*, 24 gennaio 2019, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15; ESPOSITO, *Danno ambientale e diritti umani*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2012.

da società pubbliche, sia da privati, la portata dell'obbligo positivo scaturente dall'art. 2 C.E.D.U. (spesso, come accennato, in combinato disposto con l'art. 8 C.E.D.U.) dipende appunto dal grado di pericolosità (e pertanto di potenziale dannosità) delle attività svolte e dalla prevedibilità (anche in termini di concretezza e immediatezza) del rischio posto da queste ultime per la vita degli individui, nonché, con specifico riguardo all'art. 2, dalla sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta statale negligente e l'evento dannoso verificatosi.

Di particolare interesse, sul punto, risulta la pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Önerildiz c. Turchia*¹⁶⁴, nella quale la Corte, in primo luogo, rinviene la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta inattiva negligente delle autorità statali e l'evento dannoso verificatosi¹⁶⁵, dal momento che le stesse autorità statali sapevano o avrebbero dovuto sapere (sulla base di rapporti stilati da esperti) della minaccia seria per la vita e la salute degli individui, residenti nei pressi del sito ove era avvenuta l'esplosione, che risultava pertanto prevedibile sulla base delle circostanze del caso concreto, e dunque evitabile, ponendo in essere le misure ragionevolmente adeguate ad impedire che l'evento dannoso, concretizzazione di quello specifico rischio individuato, si verificasse (interventi che venivano segnalati negli stessi rapporti tecnico-scientifici), che invece non erano state tempestivamente predisposte. Tale pronuncia dimostra ulteriormente l'approccio della Corte EDU al ricorso in via di *extrema ratio* al diritto penale, con particolare riguardo agli obbli-

¹⁶⁴ Corte EDU, Grande Camera, 30 novembre 2004, ricorso n. 48939/99, concernente il caso di un ricorrente che viveva nei pressi di una discarica di Istanbul, che, sulla base di un rapporto di esperti diversi anni prima dell'accadimento dei fatti, risultava non conforme al quadro di regolamentazione esistente, ponendo, pertanto, un grave rischio per la salute e la vita degli individui, in particolare con riguardo al pericolo di esplosioni da metano. Le autorità statali erano rimaste di fatto inattive, in seguito a tale rapporto. E, dopo qualche anno, si verificava in effetti una violenta esplosione da metano nella discarica che portava alla morte di nove parenti del ricorrente, nonché alla distruzione di molte abitazioni, che si trovavano nelle vicinanze della stessa discarica. Le sanzioni inflitte agli amministratori ritenuti responsabili, commutate in pecuniarie, non vennero mai rese concretamente esecutive. La Corte di Strasburgo ha ritenuto pertanto che le autorità turche avessero violato l'obbligo positivo di tutela penale, nella declinazione dell'obbligo di prevenzione, discendente dall'art. 2 CEDU, in quanto sapevano o avrebbero dovuto sapere, sin dalla pubblicazione del rapporto del comitato di esperti, del rischio grave e concreto di una esplosione da metano e non avevano predisposto misure adeguate e sufficienti a neutralizzare o minimizzare il rischio di concretizzazione del danno al diritto alla vita degli individui coinvolti.

¹⁶⁵ Diversamente, in precedenza, nella pronuncia sul caso *L.C.B. c. Regno Unito*, 9 giugno 1998, ricorso n. 14/1997/798/1001, la Corte non aveva ritenuto sussistente il nesso di causalità con riguardo ad un caso di esposizione alle radiazioni in relazione allo sviluppo della leucemia, sulla base del presupposto che negli anni nei quali l'esposizione si era verificata lo stato di avanzamento degli studi scientifici non consentisse alle autorità statali di prevedere il rischio concreto e serio derivante da tale esposizione.

ghi positivi di tutela incombenti sugli Stati in relazione a condotte non volontarie di lesione o messa in pericolo del diritto alla vita. Essa, infatti, ritiene sussistente un tale obbligo nel caso concreto sulla scorta di una serie di ragioni. La valutazione della Corte tiene conto di una serie di parametri: i) la rilevanza del settore di attività pubbliche che viene in considerazione; ii) il numero elevato e lo *status* delle autorità statali che si ritiene abbiano violato il dovere di attivazione; iii) il grado di consapevolezza del rischio da parte delle autorità statali coinvolte (spesso dipendente da fattori variabili, come la disponibilità e l'affidabilità di studi scientifici ovvero il grado di certezza di questi ultimi); iv) il numero di individui potenzialmente coinvolto dal rischio paventato (sulla base di una valutazione *ex ante* ed in concreto); v) la gravità del danno effettivamente prodottosi, sulla base di una valutazione *ex post*.

In sostanza, quindi, secondo tale orientamento della Corte, che ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva¹⁶⁶, anche per violazioni colpose del diritto alla vita può sorgere un obbligo positivo di tutela penale, se si tratta di una violazione grave (*serious*), sulla base dei parametri precedentemente individuati, e si possa affermare la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta negligente dello Stato e la verificazione dell'evento lesivo, accertamento che, come abbiamo avuto modo di rilevare in precedenza, non sempre risulta ancorato a parametri certi nella giurisprudenza europea.

Un ragionamento logico-giuridico analogo ha caratterizzato alcune pronunce della Corte EDU in casi di lesione del diritto alla vita derivanti da catastrofi naturali¹⁶⁷, interconnesse tuttavia ad interventi ed attività umani.

¹⁶⁶ Corte EDU, 28 febbraio 2012, *Kolyadenko ed altri c. Russia*, ricorsi nn. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 e 35673/05, relativa alla violazione del diritto alla vita di alcuni soggetti residenti nelle vicinanze di una riserva d'acqua, dalla quale le autorità statali avevano iniziato a far trascinare flussi di acqua verso il greto di un fiume che non era stato sufficientemente ripulito, così comportando l'allagamento delle zone limitrofe, senza informare previamente ed adeguatamente i soggetti residenti in quelle zone, mettendo così a repentaglio le loro vite.

¹⁶⁷ Cfr. Corte EDU, 22 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, ricorsi nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, nella quale i ricorrenti, cittadini russi, residenti in un paese interessato da numerose slavine nel luglio 2000, lamentavano la violazione del loro diritto alla vita, a causa della mancata predisposizione di misure adeguate da parte delle autorità statali, consapevoli, in seguito ai primi episodi verificatisi, del rischio serio e grave corso dagli abitanti di quelle aree, che aveva consentito un aggravamento delle condizioni di rischio per la vita degli stessi soggetti. La Corte EDU ha riconosciuto la sussistenza di un obbligo positivo di tutela penale in capo alle autorità statali, che avrebbero richiesto alle stesse, in presenza di un rischio serio e imminente per le vite dei ricorrenti, ragionevolmente riconoscibile in quanto derivante dal verificarsi in un primo precedente smottamento, di predisporre misure adeguate a minimizzare tale rischio, informando le popolazioni residenti in quelle aree e approntando piani di evacuazione per i soggetti esposti a maggiore rischio. La Corte ha ritenuto altresì sussistente il nesso di causalità tra la condotta negligente delle autorità statali e la verificazione dei gravi eventi dannosi effettivamente occorsi.

In questi casi, la portata dell'obbligo positivo di tutela, come abbiamo già visto nei casi precedentemente enunciati, si estende, in primo luogo, alla necessità che l'ordinamento predisponga un quadro normativo, che possa spiegare un effetto di deterrenza, con riguardo a condotte caratterizzate da speciale gravità, che deve includere:

- a) la regolamentazione delle specifiche caratteristiche dell'attività pericolosa che viene in considerazione, in particolare con riguardo al livello di rischio consentito per le vite umane. Essa, pertanto, dovrà disciplinare la concessione di licenze, l'organizzazione, lo svolgimento e la supervisione delle misure operative idonee ad assicurare la protezione degli individui, le vite dei quali potrebbero essere esposte al rischio sotteso allo svolgimento di quelle attività;
- b) un obbligo di informazione del pubblico dei rischi connessi alle attività considerate;
- c) procedure di supervisione e controllo, che assicurino un monitoraggio degli aspetti tecnici relativi allo svolgimento delle attività pericolose, che siano idonei a segnalare eventuali difetti o problemi di funzionamento, ma che riescano ad identificare anche eventuali errori o negligenze dei responsabili di tali attività¹⁶⁸.

La Corte sembra riconoscere, tuttavia, un più ampio margine di apprezzamento agli Stati, nel caso di catastrofi naturali, proprio a causa del loro carattere spesso imprevedibile. In questi casi, peraltro, l'obbligo positivo può cionondimeno mantenere la sua natura più stringente, ove la Corte rilevi che il pericolo imminente di una catastrofe fosse oggettivamente e chiaramente identificabile ovvero quando la catastrofe sia da correlare ad altri episodi ricorrenti in aree diverse, caratterizzate da insediamenti umani, che presentino caratteristiche analoghe a quelle in relazioni alle quali si è manifestato l'episodio catastrofico.

Anche in questi casi la Corte ribadisce l'importanza dell'effettiva applicazione del quadro normativo, così delineato da parte delle autorità statali, ai fini dell'adempimento del loro obbligo positivo di tutela, in un modo tale che siano garantiti il perseguimento e la condanna dei soggetti resisi responsabili delle violazioni del diritto alla vita¹⁶⁹.

5. Considerazioni conclusive provvisorie. Qualche punto fermo e molte prospettive in action

¹⁶⁸ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turchia*, cit., par. 91; Corte EDU, 22 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, cit., par. 138.

¹⁶⁹ Cfr. ancora Corte EDU, 22 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, cit., parr. 134-135 e 137.

Rimandando alla seconda parte del presente lavoro qualche considerazione maggiormente approfondita, alla luce dell'analisi complessiva degli obblighi positivi di tutela ricostruiti dalla Corte EDU, e tenendo conto della natura non particolarmente sistematica della giurisprudenza della stessa Corte, le considerazioni precedentemente svolte possono essere utili ad indagare ulteriormente l'influenza della giurisprudenza di Strasburgo in materia di obblighi positivi di tutela penale sui sistemi penali degli Stati-Parte della Convenzione. Come abbiamo già avuto modo di precisare in precedenza, ci sembra, in prima approssimazione, che tale influenza si possa spiegare in diverse direzioni:

a) la previsione nelle pronunce della Corte di un obbligo positivo di tutela penale in relazione a talune condotte lesive di beni giuridici *fondamentissimi* incide *immediatamente* sul sistema penale dello Stato convenuto, che dovrà conformarsi al dettato della sentenza, per non incorrere nella procedura d'infrazione prevista dall'art. 46 C.E.D.U., richiedendo, tuttavia, pur sempre, l'intervento del legislatore nazionale, quando si tratti di modificare o introdurre fattispecie incriminatrici, che possano aggravare o fondare la responsabilità penale, nel rispetto del principio di legalità, ai sensi dell'art. 25 Cost., ed eventualmente della Corte costituzionale, nelle ipotesi in cui disposizioni di diritto penale siano insanabilmente in contrasto con i diritti della Convenzione, così come interpretati dalla Corte EDU;

b) l'obbligo dei giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla stessa Convenzione ed alle pronunce della Corte EDU, che può spiegare anche effetti dirimpenti sugli ordinamenti nazionali, innescando processi virtuosi di innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali¹⁷⁰;

c) le previsioni della C.E.D.U., così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, hanno anche un effetto *mediato* sui sistemi penali degli altri Stati-Parte della Convenzione, con riguardo all'interpretazione della stessa Convenzione da parte della Corte EDU, spiegando in tal senso un'efficacia *erga omnes sui generis* (cfr. § 1), che può comportare un processo di armonizzazione dei sistemi penali nazionali, sulla base di standard - che la stessa Corte

¹⁷⁰ Cfr. tuttavia i limiti che la Corte costituzionale ha tracciato nella sentenza n. 49/2015, tenendo conto dell'atteggiamento non sempre coerente mantenuto dalla stessa sul punto nella sua giurisprudenza successiva (si veda nota 127).

indica in chiave funzionalistica - volti a garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali in essa protetti;

d) la frequente previsione di procedure standardizzate di prevenzione del rischio di lesione o messa in pericolo della salute e della vita degli individui (ad esempio, nell'ambito sanitario e nel settore dell'ambiente e della tutela del territorio) ovvero di obblighi di informazione e comunicazione, quali misure ragionevolmente idonee, da adottare da parte degli Stati per evitare la violazione dell'obbligo positivo di tutela scaturente dall'art. 2 C.E.D.U., può avere un'efficacia di armonizzazione anche con riguardo alle caratteristiche ed ai presupposti dei modelli organizzativi degli enti collettivi per prevenire il rischio reato, a prescindere dal ruolo svolto da questi ultimi con riguardo alla responsabilità degli stessi enti nei diversi ordinamenti degli Stati-Parte.