

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

di *Marcello Stellin*

NE BIS IN IDEM, DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

(Corte edu, 16 aprile 2019, *Ármansson* c. Islanda)

La pronuncia in commento s'incunea in quel solco giurisprudenziale – oggetto di rimodulazione attraverso la recente sentenza *A. e B. c. Norvegia* (Corte edu, Grande Camera, 16 novembre 2016) – che concerne la compatibilità del c.d. doppio binario sanzionatorio (amministrativo/penale) rispetto al canone del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla Cedu. Detta norma vieta, infatti, che taluno possa essere perseguito penalmente o condannato per il medesimo fatto con riferimento al quale sia già intervenuta una sentenza definitiva.

Si volga un rapido sguardo alla vicenda. In data 30 luglio 2009, l'autorità tributaria islandese dava inizio ad un'ispezione: il procedimento era finalizzato ad accertare se il ricorrente – un cittadino danese, già amministratore delegato di una delle più importanti banche dello stato convenuto – avesse correttamente dichiarato i guadagni ottenuti dalla vendita delle azioni acquisite dopo essersi dimesso dalla dirigenza dell'istituto di credito. L'accertamento si concludeva il 5 ottobre 2010 (§ 5). Gli esiti venivano comunicati il giorno successivo: il ricorrente apprendeva, da un lato, che l'agenzia delle entrate avrebbe esaminato il suo caso, in vista di un possibile ricalcolo delle imposte dovute e, dall'altro, che la propria condotta avrebbe potuto avere una rilevanza di carattere penale (§ 6).

Su richiesta del Sig. *Ármansson*, l'autorità tributaria decideva, tuttavia, di rimandare l'eventuale denuncia al pubblico ministero all'indomani della rideterminazione delle imposte da parte dell'agenzia delle entrate (§§ 7,52): tale calcolo, comunicato il 2 maggio 2011 – avente ad oggetto le imposte dovute con riferimento alle dichiarazioni dei redditi presentare tra gli anni 2007 e 2009 –, veniva, tuttavia, contestato dal ricorrente (§ 8).

In data 12 gennaio 2012, l'agenzia delle entrate inviava, dunque, un nuovo accertamento, relativo alla suddetta parentesi temporale, cancellando la rivalutazione afferente ai guadagni ottenuti mediante la cessione del pacchetto azionario (§ 9).

In data 2 marzo 2012 l'autorità tributaria trasmetteva gli atti al pubblico ministero, denunciando anche il possibile occultamento dei profitti relativi alla suddetta vendita delle azioni (§ 12): nel replicare alle cesure mosse dal ricorrente – il quale aveva, tra l'altro, eccettuato la mancata scadenza del termine per impugnare il nuovo calcolo (§ 13) – l'autorità tributaria affermava che il pubblico ministero avrebbe compiuto un'indagine *ex novo*, valutando le prove a carico in maniera indipendente. Per tali ragioni, un'eventuale accusa sarebbe stata elevata solamente in caso di fondatezza della notizia di reato (§ 14).

Con provvedimento datato 15 maggio 2012, l'autorità tributaria, avuto riguardo al contraddittorio cartolare già intercorso, statuiva che il ricorrente aveva occultato una quota significativa dei guadagni incamerati tra il 2006 ed il 2008: rivalutate, pertanto, le imposte dovute a seguito delle dichiarazioni dei redditi presentate tra il 2007 ed il 2009, veniva applicata, altresì, una sovrattassa pari al 25% degli importi delle stesse (§ 10).

Il ricorrente provvedeva a pagare tanto le tasse quanto la sanzione, decidendo di non impugnare il provvedimento, che diventava definitivo nell'agosto del 2012 (§ 11).

Il 26 settembre 2012 il ricorrente veniva interrogato dal pubblico ministero, che gli contestava i fatti addebitati: alcuni degli addebiti oggetto di denuncia da parte dell'autorità tributaria erano già stati archiviati (§ 15).

Il 17 dicembre 2012 il Sig. *Ármansson* veniva accusato di avere commesso reati tributari, omettendo d'indicare nelle dichiarazioni dei redditi presentate tra gli anni 2007 e 2009 taluni guadagni incamerati nel periodo compreso tra il 2006 ed il 2008 (§ 16).

Con sentenza del 28 giugno 2013, il Tribunale distrettuale – dopo aver rigettato l'eccezione di *ne bis in idem* proposta dal ricorrente (§ 17) – condannava il Sig. *Ármansson* ad una pena detentiva sospesa di sei mesi, oltre ad una sanzione pecuniaria pari all'incirca a 241.000 euro: il computo della pena inflit-

ta teneva conto della sovrattassa già applicata; il giudice penale aveva, tuttavia, ommesso di esplicitare il relativo calcolo (§ 18).

La Suprema Corte non ravvisava, a sua volta, alcuna violazione dell'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla CEDU: con sentenza datata 14 maggio 2014, veniva, dunque, confermata la pronuncia di condanna inflitta in primo grado, con un innalzamento ad otto mesi la pena detentiva (§ 20).

Adita la Corte edu, il ricorrente lamentava di essere stato giudicato e punito due volte per il medesimo fatto: la stessa condotta aveva, infatti, determinato tanto l'applicazione di una sovrattassa (avente una *ratio* ed una portata sanzionatoria di carattere sostanzialmente penale), quanto l'instaurazione dell'*iter* giudiziario conclusosi con la declaratoria di colpevolezza. Del tutto imprevedibile appariva, poi, la circostanza che al magistrato penale venisse interamente devoluta la cognizione di quella medesima re-giudicanda in larga parte già archiviata in sede amministrativo/tributaria (§§ 23-30).

Al fine di pronunciarsi sulla violazione dell'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla Cedu, la Corte europea è tenuta a svolgere un quadruplice accertamento, avente ad oggetto la natura penale dell'*iter* finalizzato ad imporre la sovrattassa, l'identità del fatto, la sussistenza di una pronuncia definitiva, oltre alla duplicazione dei procedimenti (§ 39).

I Giudici alsaziani ravvisano, innanzitutto, l'intrinseca natura penale del procedimento amministrativo-tributario. A tale scopo, chiosa la Corte, occorre avere riguardo ai criteri enucleati in seno al precedente Corte edu, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*: vengono, dunque, in rilievo la tassonomia legislativa, la natura della violazione, nonché l'afflittività della pena comminata (§§ 40-41).

La natura intrinsecamente penale della sovrattassa, benché formalmente amministrativa, appare incontrovertibile.

Quanto all'identità del reato – che secondo i parametri invasi sussiste qualora le due regiudicande concernano fatti (anche solo sostanzialmente) identici – la Corte di Strasburgo pone l'accento sull'analogia delle condotte accertate nel corso del procedimento tributario ed in quello penale: entrambe le fattispecie avevano, invero, ad oggetto l'omessa dichiarazione dei medesimi importi, relativi allo stesso periodo di tempo (§§ 42-44).

Per quel che attiene, invece, alla sussistenza di una pronuncia definitiva, l'autonomia di tale criterio parrebbe entrata in crisi a seguito del noto precedente *A. e B. c. Norvegia*: in quella sede, i Giudici europei hanno, infatti, sancito la sostanziale irrilevanza di tale fattore, il quale, un tempo, era invece potenzialmente in grado di paralizzare il procedimento ancora pendente.

Il vero nodo gordiano – chiosano i Giudici strasburghesi – concerne, oggigiorno, il *discrimen* tra la «duplicazione» dei due procedimenti (tuttora preclusa dall'art. 4 del settimo Protocollo addizionale) e la «combinazione» tra gli stessi in quanto singole componenti del medesimo *iter* giudiziario (§ 45).

Quest'ultima opzione legislativa appare legittima solamente qualora i due procedimenti appaiano «sufficientemente connessi a livello sostanziale e temporale»: a tale scopo occorre, *in primis*, che i due giudizi – configurati quali strumenti normativi protesi al raggiungimento del medesimo scopo – appaiano sostanzialmente complementari e temporalmente collegati.

Ferma, dunque, la possibilità per l'ordinamento di organizzare in tal guisa la propria reazione a determinate condotte criminose, le conseguenze di una scelta siffatta devono risultare, in ogni caso, «prevedibili» e «proporzionate» (§ 46 che richiama il già citato precedente *A. e B. c. Norvegia*).

Affinché la sanzione complessivamente irrogata soddisfi tale duplice requisito (§§ 48-49) – chiosa la Corte edu richiamando il noto arresto *A. e B.* – occorre avere, appunto, riguardo alla connessione sostanziale e temporale intercorrente tra il procedimento amministrativo e quello penale, «*for them to be regarded as forming part of an overall scheme of sanctions under [...] law*»; qualora il predetto collegamento risulti carente, si dovrà ravvisare, viceversa, un'indebita duplicazione tra procedimenti caratterizzati da una natura sostanzialmente penale (Corte edu, 17 maggio 2017, *Johannesson ed altri c. Islanda*).

Con riferimento al caso di specie, la Corte ritiene che i procedimenti amministrativi e penali (e le relative sanzioni) vengano contemplati dal legislatore islandese quali elementi complementari di un complessivo strumento normativo finalizzato a prevenire l'evasione fiscale. Donde il soddisfacimento del requisito di prevedibilità, essendo i consociati posti nelle condizioni di conoscere anticipatamente le conseguenze delle loro condotte (§ 53).

Lo stesso dicasi con riferimento alla proporzionalità tra le sanzioni irrogate: nonostante la motivazione carente, ad opera delle corti interne, i Giudici europei ritengono che la giurisdizione penale, al momento d'irrogare la pena, abbia avuto sufficientemente riguardo alla sovrattassa già applicata dall'autorità amministrativa (§ 54).

Diverso è, invece, il giudizio della Corte con riferimento alla connessione tra i due procedimenti.

Nonostante l'autorità giudiziaria penale avesse avuto accesso agli atti del procedimento amministrativo, gli inquirenti hanno condotto un'indagine autonoma, che ha costituito la premessa per la condanna successivamente inflitta al ricorrente. La condotta del Sig. Ármannsson è stata, quindi, «esaminata – quanto ai [diversi] profili di responsabilità amministrativa e penale – da autorità e giudici tra loro indipendenti, nel corso di due procedimenti in larga parte autonomi l'uno dall'altro» (§ 55).

Sotto il profilo temporale, a fronte di una durata complessiva dell'intera vertenza, pari a 4 anni e 10 mesi – computata dall'inizio dell'accertamento tributario (30 luglio 2009), sino al termine di quello penale (corrispondente alla pronuncia della Suprema Corte del 14 maggio 2014) –, si registra un parallelismo tra i due giudizi per un periodo di tempo piuttosto esiguo, pari a soli cinque mesi, vale a dire dalla trasmissione della *notitia criminis* all'autorità penale (1° marzo 2012) sino alla conclusione dell'*iter* amministrativo, sopraggiunta nell'agosto del 2012.

Successivamente, il procedimento penale aveva continuato a progredire in maniera autonoma: quattro mesi dopo la conclusione della fase amministrativa il ricorrente era stato, infatti, rinviato a giudizio (dicembre 2012); la condanna di primo grado era stata pronunciata il 28 giugno 2013 e la sentenza della Suprema Corte era intervenuta a distanza di circa un anno (§ 56).

Alla luce di tali circostanze, avuto in particolare modo riguardo alla mancata sovrapposizione tra i due giudizi, all'indipendenza tanto delle rispettive istruttorie quanto della valutazione probatoria, la Corte ritiene che la connessione sostanziale e temporale tra l'*iter* amministrativo e quello penale non sia sufficientemente compatibile con il canone del *ne bis in idem*.

Tale conclusione non appare minimamente inficiata dalla circostanza che l'autorità amministrativa abbia atteso di riferire la *notitia criminis* su istanza del ricorrente: è, infatti, onere dell'ordinamento interno organizzare il procedimento penale in omaggio al precetto in questa sede vulnerato.

VIOLENZA DI GENERE, DIVIETO DI TORTURA, OBBLIGHI POSITIVI DI TUTELA

(Corte edu, 19 marzo 2019, *E.B. c. Romania*)

Nella pronuncia in esame, la Corte europea ha censurato lo scarso impegno profuso dalle autorità rumene nell'accertare un episodio di violenza sessuale denunciato da una donna affetta da disabilità psichica.

La ricorrente, cittadina rumena, aveva, infatti, lamentato di essere stata avvicinata per strada, in data 20 maggio 2008, da un soggetto a lei sconosciuto: costei avrebbe cominciato a seguirla, tentando d'intavolare una conversazione ed offrendole, quindi, regalie in cambio di un rapporto sessuale. Posto innanzi ad un secco rifiuto, l'aggressore avrebbe afferrato la vittima per un braccio e per il collo: trascinatola in un cimitero vicino, dietro minaccia di usare il coltello che aveva con sé, l'avrebbe costretta a spogliarsi e a subire l'amplesso (§§ 8-10).

Dopo essersi allontanata, la donna si recava immediatamente presso la stazione di polizia: lungo la strada incontrava tale I.S., cui riferiva l'accaduto: costei le consigliava di non sporgere denuncia, attesa la mancanza di testimoni. Trovata la stazione di polizia chiusa, la vittima tornava a casa e raccontava l'accaduto alla propria madre e ad un'amica.

Confidatasi la mattina seguente con il marito, che era stato lontano per lavoro, la ricorrente si recava nuovamente presso l'autorità, cui denunciava l'aggressione subita (§§ 11-12).

Lo stesso giorno gli inquirenti ascoltavano I.L., un avventore che aveva scorto la persona offesa camminare accanto all'indagato (identificato come T.F.S.) immediatamente prima dello stupro: il soggetto riferiva, pertanto, di non avere notato alcunché d'insolito nel di lei comportamento (§ 13).

Veniva, dunque, interrogato anche lo stesso T.F.S., il quale ammetteva di avere avuto un rapporto sessuale con il consenso della ricorrente. La polizia apprendeva che l'indagato aveva già riportato una condanna per reati sessuali (§§ 14-15).

Sottoposta la persona offesa ad una visita medico-legale, i sanitari riscontravano, da un lato, un'ecchimosi sul di lei braccio destro (lo stesso tramite cui ella aveva riferito di essere stata trascinata durante l'aggressione) e, dall'altro, l'assenza di lesioni genitali indici di violenza (§ 16).

In data 3 giugno 2008, la ricorrente rendeva nuove dichiarazioni alla polizia giudiziaria: ella aggiungeva ulteriori dettagli relativi al fatto, riferendo, altresì, le conseguenze che l'aggressione subita aveva sortito sul di lei equilibrio psicofisico (§ 17).

Il 9 luglio 2008 veniva, inoltre, ascoltata I.L., la quale confermava di avere incontrato la ricorrente in data 20 maggio 2008 mentre era intenta a recarsi a denunciare lo stupro, ma di averla vista allontanarsi dopo, avendo trovato la stazione di polizia chiusa (§ 18). I pubblici agenti tentavano invano di rintracciare l'indagato, resosi nel frattempo irreperibile, allo scopo di escuterlo nuovamente (§§ 18-19).

Con decisione del 21 gennaio 2009, il pubblico ministero decideva di archiviare la denuncia: l'assenza di lesioni specifiche, la mancata datazione di quelle riscontrate, il fatto che l'unico teste oculare non avesse visto nulla, oltre alla circostanza che la ricorrente non avesse chiesto aiuto (pur essendo transitata innanzi ad un benzinaio), avevano indotto il *dominus* dell'accusa a propendere per l'infondatezza della notizia di reato (§ 20).

In data 22 febbraio 2009, la ricorrente si rivolgeva ai vertici della Procura, censurando la decisione del pubblico ministero: ella asseriva, da un lato, che i pubblici agenti le avrebbero consigliato di ritirare la denuncia, attesa l'assenza di testimoni, e, dall'altro, di non essere stata resa edotta circa i diritti a lei spettanti in quanto persona offesa, al punto da doversi rivolgere al pronto intervento per scoprire la necessità di sottoporsi ad accertamenti medico-legali.

La vittima chiedeva, pertanto, lo svolgimento di approfondimenti circa la datazione delle lesioni riportate, oltre ad una consulenza tecnica psichiatrica, tesa a confermare il proprio stato di oligofrenia e sindrome depressiva. Domandava, inoltre, che la teste I.L. fosse nuovamente escussa e che l'aggressore fosse sottoposto al c.d. poligrafo: veniva, infine, prodotto un certificato attestante le predette patologie psichiatriche, oltre ad un ritardo mentale di grado lieve (§ 21).

Richiamate le risultanze istruttorie, il capo della Procura riteneva che non vi fossero prove dell'avvenuta violenza (§ 22).

In data 20 marzo 2009, la ricorrente, rappresentata dal marito, si rivolgeva alla corte distrettuale, lamentando, tra i vari aspetti, l'assenza d'indagini in ordine alle lesioni da lei riportate (§ 23): accolte le doglianze della vittima, i giudici restituivano gli atti al pubblico ministero affinché colmasse le predette lacune investigative. I giudici ordinavano, quindi, l'espletamento di una consulenza psichiatrica, al fine di accertare se la vittima – attese le patologie da cui era affetta – fosse stata in grado di reagire e di resistere all'impeto; si sarebbe, inoltre, dovuto escutere nuovamente il teste oculare I.S., affinché riferisse in ordine allo stato d'animo della persona offesa poco prima dei fatti; sarebbe stato, altresì, necessario procedere ad un confronto tra la persona offesa e l'indagato, allo scopo di chiarire le discrasie tra le rispettive prospettazioni fattuali. L'autorità avrebbe dovuto, infine, procedere ad una indagine «socio-morale sulla ricorrente per accertare il di lei comportamento all'interno della società e la di lei credibilità nella comunità d'appartenenza» (§ 25).

In data 15 ottobre 2009, il pubblico ministero proponeva ricorso avverso la decisione della corte distrettuale, ponendo, in particolare modo, l'accento sulla superfluità degli accertamenti disposti, attesa la distanza cronologica dai fatti. La persona offesa veniva assistita da un avvocato d'ufficio. La corte della contea accoglieva la doglianza del pubblico ministero in data 11 febbraio 2010 (§§ 26-29).

Adita la Corte edu, la ricorrente lamentava che le autorità nazionali, omettendo d'indagare adeguatamente sui fatti da lei denunciati, fossero venute meno all'obbligo di fornire una tutela effettiva alle vittime di violenza; oltre a ciò, ella riteneva di non essere stata resa edotta circa le prerogative a lei spettanti in quanto persona offesa, di non avere beneficiato di assistenza legale gratuita (per quanto prevista dall'ordinamento nazionale) e di non avere potuto partecipare effettivamente alle indagini, con conseguente vittimizzazione secondaria (§§ 43,46-47).

Le autorità interne non avevano, inoltre, attribuito alcun peso alla particolare vulnerabilità che caratterizzava la persona offesa in quanto «vittima di stupro psicologicamente compromessa» (§ 47).

I Giudici europei, dal canto loro, rammentano che l'art. 3 della Convenzione impone agli Stati membri di tutelare i consociati concretamente esposti al rischio di subire violenze, anche da parte di privati (§ 53).

Tale obbligo assume particolare pregnanza in presenza di soggetti vulnerabili, quali sono appunto le persone affette da disabilità: costoro devono, infatti, beneficiare di una tutela rafforzata da parte dell'ordinamento, atteso che la loro capacità (o comunque il loro intento) di presentare denuncia potrebbero essere compromessi (cfr. Corte edu, 24 maggio 2016, I.C. c. Romania).

Sulla scorta di tali premesse, la Corte ritiene che dall'art. 3 della Carta discenda, altresì, in capo agli Stati membri, da un lato, l'obbligo di predisporre un esaustivo compendio di norme incriminatrici allo scopo di prevenire e reprimere adeguatamente il fenomeno della violenza sessuale e, dall'altro, l'esigenza di garantire che tali fattispecie astratte ricevano una concreta applicazione pratica, sulla scorta d'indagini effettive, finalizzate all'esercizio dell'azione penale (§ 54).

Analoghi doveri scaturiscono dall'art. 8, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare: si tratta di un bene giuridico parimenti vulnerato dalle condotte in esame (§§ 53-54).

Sulla scorta di tali premesse, la Corte rammenta come un rigido approccio al tema della violenza sessuale, che inderogabilmente subordini la punizione della condotta – o comunque l'esercizio dell'azione penale – alla prova della resistenza della persona offesa, rischi di lasciare impunte determinate tipologie di aggressione, compromettendo l'effettiva tutela della libertà sessuale dell'individuo.

Il combinato disposto tra il portato sostanziale e quello procedurale degli articoli 3 ed 8 della Convenzione implica, dunque, l'obbligo per gli Stati membri di proibire e perseguire effettivamente qualsivoglia tipologia di atto sessuale non consensuale, anche qualora manchi la prova della resistenza da parte della vittima (§ 166).

Il principio – già stato affermato, *apertis verbis*, in seno al noto precedente Corte edu, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria* (citato nella presente pronuncia) – appare potenzialmente collusivo rispetto a quegli ordinamenti, come quello nostrano, che tuttora imperniano la fattispecie della violenza sessuale sui requisiti della violenza, della minaccia o dell'abuso di autorità (si veda, al contrario, l'impostazione dell'ordinamento inglese, quale emerge dal *Sexual Offences Act 2003*).

Nel caso di specie, il *punctum pruriens* che le corti territoriali erano state chiamate ad affrontare concerneva il consenso della ricorrente al *coitus*: in merito a tale circostanza, vittima ed indagato avevano prospettato due versioni radicalmente opposte. In siffatte ipotesi, chiosano i Giudici europei, occorre procedere ad un'attenta analisi della credibilità delle rispettive dichiarazioni, avendo riguardo a tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie concreta e che potrebbero attribuire maggiore attendibilità all'uno od all'altro dichiarante (utile appare l'ascolto dei rispettivi conoscenti, così come l'indagine, anche psicologica, sui motivi che avrebbero potuto indurre la vittima ad accusare falsamente l'imputato). Nessuno dei predetti accertamenti era stato compiuto nel caso di specie (§ 58).

Particolare rilevanza assume, poi, il fatto che la vittima fosse stata affetta da una disabilità psichica: tale dato impone una maggiore diligenza da parte dell'autorità giudiziaria, che è tenuta, da un lato, ad accertare la validità del consenso all'atto sessuale eventualmente prestato dalla vittima (§ 60) e, dall'altro, a predisporre strumenti processuali finalizzati ad agevolare la denuncia e la testimonianza da parte di costei (§ 59). Diversamente opinando, le fattispecie di diritto sostanziale sarebbero destinate a rimanere un mero *flatus vocis*, specialmente in presenza di soggetti vulnerabili (cfr., anche, Corte edu, 24 agosto 2016, *I.C. c. Romania* § 55).

Nel caso di specie, i giudici nazionali avrebbero dovuto porre l'accento, da un lato, sullo stato psicofisico in cui versava la persona offesa e, dall'altro, sulle condizioni di tempo e di luogo in cui si erano svolti i fatti (la sera ed in prossimità di un cimitero): l'autorità giudiziaria, dal canto suo, si era focalizzata unicamente sull'assenza di lesioni specifiche e sul fatto che la vittima non avesse chiesto aiuto (§ 60).

Posta tale premessa la Corte europea procede, altresì, ad un'analisi delle fattispecie di diritto sostanziale invalse nel diritto nazionale e della loro prassi applicativa: quantunque l'ordinamento rumeno non addossi alla vittima di un delitto sessuale l'onere di resistere all'impeto dell'aggressore (*vis grata puellae*), in assenza di specifiche lesioni o di testimonianze oculari, i giudici nazionali sono soliti ravvivare raramente la sussistenza del delitto in oggetto (§ 61).

A parere dei Giudici europei, le autorità rumene, fossilizzatesi sulla mancata prova di una resistenza attiva da parte della ricorrente, sono venute meno all'obbligo di esaminare compiutamente il contesto in cui si sono svolti i fatti: particolarmente grave è stata la mancata consulenza di carattere psichiatrico, finalizzata a valutare il comportamento della persona offesa alla luce delle di lei condizioni psicofisiche (§ 63).

Lo stesso dicasi con riferimento alla mancata attuazione delle previsioni normative finalizzate a garantire l'inclusione della persona offesa nell'*iter* giudiziario penale e a prevenire forme di vittimizzazione secondaria (§§ 64-67).

L'autorità rumena è, pertanto, venuta meno all'obbligo di garantire una effettiva applicazione delle norme penali finalizzate a reprimere tutte le forme di violenza sessuale, omettendo, conseguentemente, di garantire una tutela adeguata alla ricorrente: donde la violazione degli artt. 3 ed 8 della Cedu (§ 68).

CONTRADDITTORIO, PARITA' DELLE ARMI, SOLE OR DECISIVE RULE, IMMEDIATEZZA

(Corte edu, 16 aprile 2019, *Bondar c. Ucraina*)

La pronuncia in commento si colloca in quel filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Unterpertinger c. Austria* (Corte edu, 24 novembre 1986) la cui criteriologia si è nettamente evoluta nel corso degli ultimi trent'anni, sino a trovare un'organizzazione sistematica grazie ai recenti arresti, a firma della Grande Camera, *Al-Khawaja and Tahery c. Regno Unito* (Corte edu, 15 novembre 2011) e *Schatschaschwili c. Germania* (Corte edu, 15 dicembre 2015).

Dette pronunce hanno progressivamente cristallizzato il diritto dell'imputato di esaminare il testimone a carico innanzi al giudice di merito. Tale prerogativa, che promana dall'art. 6 § 3, lett. d), della Convenzione, può essere sottoposta a deroghe solamente in presenza di un giustificato motivo (*good reason*), comunque non imputabile alla negligenza del pubblico apparato: qualora la sentenza di condanna si fondi, poi, in maniera decisiva sulle dichiarazioni di un teste c.d. assente, il procedimento potrà essere considerato equo solamente nell'ipotesi in cui vi siano fattori suscettibili di controbilanciare il deficit difensivo (*strong counterbalancing factors*), tanto di carattere processuale, quanto di tipo indiziario, suscettibili di consentire *a fair and proper assessment of the evidence*.

La fattispecie in oggetto concerne, poi, uno specifico risvolto del diritto al controesame, che si configura laddove il testimone a carico ritratti le dichiarazioni precedentemente rese (cfr. per una delle pronunce più risalenti, Corte edu, 16 marzo 2000, *Camilleri c. Malta*).

Nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato per omicidio sulla scorta di una testimonianza più volte ritrattata nel corso del procedimento penale a suo carico.

Arrestato inizialmente con un pretesto (§ 10), l'indagato veniva, infatti, trattenuto dopo che un soggetto (I) aveva riferito agli inquirenti di averlo visto aggirarsi, la sera dell'omicidio, nel cortile dell'abitazione della vittima: lo stesso ricorrente, più tardi, si sarebbe recato dal teste, con le mani sporche di sangue, confessandogli di avere colpito la persona offesa (§ 12).

Dopo essere stato sottoposto a torture (§ 11), il ricorrente rendeva una confessione in assenza del proprio legale (§ 13). Formalmente incriminato per omicidio, l'indagato ritrattava la propria confessione in presenza di un avvocato, rendendo note le circostanze in cui questa era stata estorta (§ 15): in data 15 agosto 2003, il giudice ordinava, quindi, la di lui scarcerazione, attesa la carenza di elementi di prova a suo carico (§ 17).

In data 5 febbraio 2004, tre testimoni (G., K., N.) rendevano agli inquirenti una dichiarazione videoregistrata, asserendo che, nell'ottobre del 2003, il ricorrente, nella stessa circostanza, aveva loro confessato l'omicidio (§ 21).

Le indagini preliminari venivano comunque sospese, giacché gli inquirenti continuavano a ritenere che non vi fossero elementi per individuare l'autore del reato (§ 22).

In data 1 febbraio 2007, una nuova teste (O.) riferiva alle autorità del carcere in cui era detenuta, che il ricorrente, nel luglio del 2004, le aveva confessato l'omicidio, descrivendole, altresì, le circostanze in cui lo aveva commesso (§ 23). Le dichiarazioni venivano confermate innanzi agli inquirenti e videoregistrate (§ 24).

Riaperte le indagini, il ricorrente veniva nuovamente arrestato e rinviato a giudizio per omicidio (§§ 25-27).

La testimone O. veniva esaminata in udienza, nel contraddittorio tra le parti, confermando la propria versione accusatoria. Poco tempo dopo, costei faceva pervenire una lettera al tribunale, nella quale ritrattava le proprie dichiarazioni – asserendo di averle rese sotto pressione degli inquirenti – e chiedeva di essere riesaminata.

La difesa dell'imputato si associava a tale istanza. Il tribunale, dal canto suo, ordinava alla procura d'indagare su quanto affermato dalla teste O., subordinando la nuova escussione all'esito di tali accertamenti (§ 29). La teste, tuttavia, mutava nuovamente versione, riferendo agli inquirenti di avere inviato la lettera solamente in quanto suggestionata da uno degli avvocati della difesa, il quale le aveva rammentato le responsabilità che discendevano dalla falsa testimonianza (§ 30): ella inviava, quindi, una nuova lettera al tribunale, smentendo il contenuto di quella precedente.

Escluso, quindi, il riascolto della testimone, il tribunale condannava l'imputato per il reato lui ascritto: la pronuncia si fondava, in particolar modo, sulle dichiarazioni di tutti i testi ascoltati durante le indagini, i quali avevano confermato le loro accuse, nel corso del dibattimento, in contraddittorio con il ricorrente (§§ 32-33).

Per quel che attiene alla testimonianza resa dalla dichiarante O., il tribunale riteneva superato il problema della ritrattazione, essendo stato accertato ch'ella non aveva accusato il ricorrente a causa delle pressioni ricevute dai pubblici ufficiali: il di lei contributo era peraltro significativo in quanto taluni dettagli, riscontrati ispezionando il *locus commissi delicti*, coincidevano con quelli forniti dal teste I.

Tutte le impugnazioni proposte venivano rigettate, ivi compresa una richiesta di revisione processuale (§§ 36-38).

Adita la Corte edu, il ricorrente, tra le varie censure, lamentava anche la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), Cedu, determinata dall'impossibilità di controesaminare la teste O. nella fase successiva alla di lei ritrattazione (§ 72).

I Giudici di Strasburgo rammentano che la norme in commento potrebbero essere vulnerate qualora all'imputato venga negata la possibilità di riesaminare un dichiarante dopo che costui ha ritrattato le circostanze oggetto della testimonianza assunta in dibattimento (cfr. Corte edu, 23 marzo 2010, *Orhan Çağan c. Turchia*).

Passando in rassegna il proprio *case law* (§§ 75-76), la Corte europea nota come la violazione in esame sia stata esclusa solamente nelle ipotesi in cui le circostanze oggetto di ritrattazione fossero state irrilevanti ai fini della decisione sul merito della regiudicanda (Corte edu, 1° marzo 2011, *Nevruz Bozkurt*) ovvero qualora il teste si fosse reso irreperibile dopo la *variatio* (Corte edu, Grande Camera, *Bykov c. Russia*, 10 maggio 2009).

Tali eccezionali circostanze non si erano certamente verificate nel caso di specie: la testimone O. si trovava, infatti, reclusa in carcere ed avrebbe potuto essere riascoltata in qualsiasi momento.

Quel che occorre, tuttavia, sondare è, ancora una volta, il "peso" della prova spuria sulla decisione dei giudici di merito. La testimonianza di O. non era, infatti, l'unica prova a carico del ricorrente: «un altro testimone l'aveva, infatti, scorto sulla scena del crimine, con le mani coperte di sangue, attorno all'ora del delitto»; l'imputato aveva, peraltro ammesso l'omicidio innanzi ad altri tre testimoni, tutti controesaminati in dibattimento (§ 77).

Avendo riguardo alla motivazione delle corti territoriali, i Giudici europei notano, tuttavia, come la prospettazione fattuale resa dall'imputato fosse stata considerata smentita sulla scorta dei contributi di I., K., G. ed O.

L'autorità giudiziaria già disponeva, tuttavia, delle dichiarazioni di I., K. e G. all'epoca in cui aveva deciso di archiviare il procedimento, ritenendo che l'autore del reato fosse ancora ignoto: le indagini erano state, invece, riaperte proprio in virtù della testimonianza di O.

Va da sé che, pur non costituendo l'unica prova a carico dell'imputato, il contributo del teste assente assurge senz'altro al rango di prova decisiva, suscettibile d'incidere sull'esito del processo (§ 78).

V'è di più.

Il *modus operandi* con cui la corte di merito ha affrontato la problematica relativa alla ritrattazione ha consentito all'accusa di riesaminare il teste e di ottenere, così, una «ritrattazione della sua iniziale ritrattazione»; tale *chance*, al contrario, non era stata garantita all'imputato, il quale non ha, pertanto, avuto un'analoga opportunità di «chiarificare le dichiarazioni di O. in un modo a lui favorevole» (§ 79).

Si registra, quindi, un *vulnus* al principio della parità delle armi, con riferimento ad una prova decisiva, ed una conseguente *deminutio* dell'equità processuale complessiva (§ 80).

Tale assunto vale indipendentemente dal concreto atteggiarsi della testimonianza spuria quale prova a carico o a discarico. Tale contributo, nel caso di specie, assume, del resto, entrambe le valenze: da un lato, infatti, la versione iniziale (riaffermata al termine del giudizio) suffragava la tesi accusatoria; dall'altro lato, invece, il riesame del dichiarante dopo la ritrattazione avrebbe potuto consentire al ricorrente di confutare gli addebiti che gli erano stati mossi *ab origine* (§ 81).

(Corte edu, 2 maggio 2019 *Famulyak c. Ucraina*)

La pronuncia in esame esplora, invece, alcune tematiche complementari rispetto a quelle del contraddittorio nella formazione della prova: si tratta dei principi d'immediatezza e d'immutabilità del giudice chiamato a decidere sul merito della regiudicanda.

Si volga un breve sguardo ai fatti.

In data 5 luglio 2007, il ricorrente veniva tratto in arresto assieme al coindagato B. dopo che addosso a ciascuno di essi erano stati rinvenuti, rispettivamente, un telefono cellulare ed una catenina d'argento sottratti nel corso di una rapina.

In quell'occasione, l'indagato, reso edotto unicamente del proprio diritto a non autoincriminarsi, negava gli addebiti: egli affermava di avere trascorso la serata in compagnia della vittima e di B., e di avere scorto due soggetti stranieri accanto alla persona offesa, al momento del delitto (§§ 5, 6). Analoga versione veniva fornita, lo stesso giorno, dal coindagato, il quale esplicitamente accusava i suddetti stranieri del reato in oggetto (7).

Il giorno successivo, il ricorrente veniva informato, altresì, del diritto all'assistenza legale e di quello al silenzio: rinunciando ad entrambe le prerogative, egli ribadiva la propria tesi difensiva (§ 8). Detta prospettazione veniva riaffermata anche nel corso dell'interrogatorio, in presenza del proprio difensore (§ 10).

Gli inquirenti escutevano, quindi, la fidanzata del coindagato B., la quale riferiva che la collana asseritamente sottratta alla vittima era stata da lei regalata al proprio partner: ella falliva, tuttavia, nel riconoscimento del monile (§ 13).

Nel corso del giudizio, in contraddittorio tra le parti, la persona offesa descriveva le modalità con cui era stata derubata dai due imputati (§ 15); sua moglie, allo stesso modo, confermava l'appartenenza del cellulare e del monile sottratti (§ 14). Venivano escussi anche i pubblici agenti che avevano svolto le indagini: costoro descrivevano le perquisizioni ed il sequestro del *corpus delicti* (§ 15). La fidanzata del coimputato B. ammetteva di essersi potuta sbagliare quanto all'appartenenza della collana al proprio partner (§ 16).

In data 28 dicembre 2017, gli imputati venivano ritenuti colpevoli del delitto di rapina aggravata e condannati a nove anni di reclusione: la pronuncia si basava, in particolare, sulle testimonianze assunte in giudizio, sul rinvenimento della refurtiva addosso agli imputati e sull'identificazione degli oggetti da parte della vittima, la quale era stata giudicata tramite perizia medica capace di rendere testimonianza nonostante il trauma cranico subito a seguito della rapina (§ 17).

In data 8 luglio 2008, la corte d'appello annullava con rinvio la sentenza di condanna, ritenendo che il giudice di primo grado non avesse illustrato compiutamente i motivi che rendevano la tesi accusatoria più attendibile di quella difensiva: nessuna prova era stata fornita in ordine all'ammontare della somma di denaro di cui la vittima era stata depredata; non era stata nemmeno valorizzata la circostanza (emersa in dibattimento) che il ricorrente avesse colpito la persona offesa con una bottiglia, dopo averle scagliato addosso un mattone; nulla era stato detto, infine, in ordine alla confisca delle cose sottratte (§ 18).

Veniva, quindi, celebrato un nuovo giudizio, innanzi ad un giudice diverso, il quale aveva a disposizione i verbali stenotipici delle testimonianze assunte in primo grado. La persona offesa, dopo numerosi tentativi di citazione, compariva e veniva esaminata dal giudice e dal pubblico ministero, confermando le statuizioni rese nel corso del processo *a quo*; a causa di un problema tecnico era, tuttavia, impossibile disporre la fonoregistrazione della testimonianza: il controesame della difesa veniva, quindi, rinviato ad altra data.

La persona offesa e gli agenti di polizia giudiziaria, nonostante la citazione, omettevano di presentarsi alle udienze successive (§ 21).

I due imputati venivano, pertanto, condannati nuovamente, alla stessa pena, in data 10 giugno 2009: la sentenza colmava le lacune motivazionali della pronuncia antecedente, poste in evidenza dalla corte d'appello (§ 22).

In aggiunta agli elementi di prova su cui si era basato il primo giudice, il tribunale utilizzava le dichiarazioni pre-dibattimentali rese dal ricorrente e dal coindagato, oltre all'identificazione della refurtiva da parte della moglie della vittima ed alla mancato riconoscimento della stessa ad opera della compagna del coimputato (§ 23).

Fallito ogni tentativo d'impugnazione (§§ 24-25), il ricorrente adiva la Corte edu, censurando l'iniquità del procedimento a suo carico con riferimento alla violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. c) e d) della Convenzione. Sotto il primo profilo, il ricorrente lamentava come durante le indagini preliminari non fosse stato osservato il proprio diritto di fruire dell'assistenza di un legale, oltre al fatto che i giudici avessero utilizzato, a fini decisionali, le statuizioni rese, in quello stesso segmento, dal coindagato, parimenti in assenza del difensore. Per quel che attiene, invece, alla ritenuta violazione del principio del contraddittorio, il ricorrente si doleva di non avere potuto controesaminare né la vittima, né i pubblici agenti nel corso del giudizio di rinvio (§ 28).

L'analisi della Corte europea muove proprio da quest'ultima doglianza. I Giudici strasburghesi pongono l'accento sull'esigenza di rispettare il principio d'immediatezza: la circostanza che il giudice di merito sia posto nelle condizioni di «osservare il comportamento e la credibilità di un teste potrebbe, infatti, avere conseguenze notevoli per l'accusato» (§ 34). Conseguentemente, una modifica della composizione dell'organo giurisdizionale, successiva all'esame di un teste «importante», postula, di regola,

la rinnovazione dell'esperimento istruttorio (cfr. Corte edu, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*).

Tale principio non implica, tuttavia, che nel corso del processo il giudice debba rimanere necessariamente immutato: possono, infatti, sopravvenire esigenze anche di carattere amministrativo, tali da rendere necessaria la *variatio*. In tale evenienza occorre predisporre misure suscettibili di assicurare al giudice un'adeguata valutazione delle prove: tali presidi possono essere, ad esempio, la trascrizione dei verbali (purché non sia in discussione la credibilità del dichiarante), ovvero il riascolto di testimoni «importanti» innanzi al nuovo giudice (Corte edu, 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*).

Nella fattispecie in oggetto, chiosa la Corte, il principio d'immediatezza si salda, peraltro, con il diritto dell'imputato di controesaminare i testi a carico. Richiamati, pertanto, i canoni enucleati in materia di testi c.d. assenti, i Giudici europei rammentano il già citato precedente *Schatschaschwili c. Germania*, in seno al quale la Corte ha rilevato come la possibilità di controesaminare il dichiarante nel corso della fase investigativa costituisca un fattore potenzialmente in grado di compensare i *deficit* difensivi che derivano dall'acquisizione di una testimonianza *hearsay* (§ 39).

Posta tale premessa, la Corte rileva come l'imputato abbia potuto fruire di una *chance* siffatta nel corso del giudizio iniziale: «le ragioni per cui la corte d'appello ha annullato il processo originale erano puramente tecniche e non involgevano la questione centrale, relativa alla colpevolezza del ricorrente». Secondo il giudice d'appello, appariva provato il fatto che il ricorrente avesse colpito la persona offesa: quel che mancava era un apparato giustificativo che aderisse maggiormente alle prove acquisite.

Nel caso di specie, non si poneva, dunque, l'esigenza di riesaminare i testi nel corso del nuovo giudizio, avuto, appunto, riguardo alle ragioni sottese all'annullamento con rinvio: la corte d'appello non aveva, infatti, censurato la sentenza di primo grado con riferimento alla valutazione dell'attendibilità dei dichiaranti (§ 42).

Il ricorrente, d'altro canto, aveva avuto la possibilità di controesaminare i testi a carico nel corso del primo giudizio (§ 43); il *vulnus* arrecato al principio d'immediatezza non presentava, del resto, una entità tale da rendere il procedimento complessivamente iniquo (§ 44).

La vittima, testimone sicuramente fondamentale, era stata, peraltro, esaminata nel corso del nuovo processo (§ 45): quantunque non si fosse proceduto al controesame, il nuovo giudice aveva potuto osservare direttamente il comportamento del dichiarante, oltre a consultare il verbale delle testimonianze assunte in contraddittorio nel giudizio *a quo* (§ 46).

Tale *modus procedendi* appare, dunque, sufficiente ai fini della salvaguardia dell'equità processuale.

Parimenti infondata risulta, altresì, la questione afferente all'asserito *vulnus* dell'art. 6 § 3, lett. c), Cedu. Le dichiarazioni rese dal ricorrente in data 5 luglio 2007 erano state assunte senza che l'indagato fosse stato reso edotto del diritto di fruire dell'assistenza legale: ciononostante, il contributo assunto in quella sede appare scevro di una portata autoindiziante; il mancato rispetto delle garanzie non ha, dunque, influito sulla posizione sostanziale dell'indagato (§§ 51-55).

In data 6 luglio 2007, il ricorrente accettava, invece, di rispondere, rinunciando alla difesa tecnica, dopo avere ricevuto gli avvertimenti di rito. L'abdicazione difensiva appare valida: l'imputato aveva, peraltro, ribadito la tesi prospettata in quella sede, anche nel prosieguo del giudizio (§ 57).

I Giudici europei propendono, dunque, per la complessiva equità del procedimento, anche alla luce della norma invocata (§ 57): il ricorrente non era, infatti, un soggetto vulnerabile, aveva avuto la possibilità di confutare le evidenze a suo carico (comunque valutate da giudici professionisti) e nessuno dei suoi diritti convenzionali era stato violato; oltre a ciò (*in cauda venenum*), sussisteva un interesse pubblico assai intenso alla repressione dei delitti a lui ascritti (Corte edu, Grande Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*).

Analoghe conclusioni devono essere tratte con riferimento alle dichiarazioni rese dal coimputato B., in data 5 luglio 2007.

L'equità procedimentale può essere, certamente, compromessa anche a seguito di dichiarazioni rese da terzi in violazione dei diritti a costoro garantiti dalla Carta (nel caso di specie, lo *ius tacendi* ed il c.d. *privilege against self incrimination*): nel caso di specie, tuttavia, il coimputato non aveva mai sollevato alcuna doglianza, a tale proposito, nemmeno innanzi alle giurisdizioni nazionali; a ciò si aggiunga che le dichiarazioni in oggetto non avevano una portata strettamente eteroaccusatoria; le corti di merito, nel pronunciare la sentenza di condanna, non avevano, del resto, fatto riferimento a tali contributi; il ricorrente avrebbe, peraltro, potuto controesaminare il coimputato innanzi al giudice di merito; nel corso del giudizio, entrambi gli accusati avevano comunque avuto l'occasione di contestare tutte le dichiarazioni precedentemente rese (60).

Attesa la manifesta infondatezza delle doglianze proposte, la Corte dichiara il ricorso irricevibile.