

Andreana Esposito

***Modelli sanzionatori alla luce della giurisprudenza
della Corte europea dei diritti dell'uomo****

0. Introduzione 1.Divieto di tortura e di trattamenti o pene disumani e degradanti 1.1. Principi generali 1.2. Obblighi positivi 1.3. Condotte vietate 2. Le pene vietate 2.1. Pene corporali di carattere giudiziario e punizioni corporali 2.2.La pena dell'ergastolo 2.3. La pena di morte 2.3.1. Conseguenze in tema di estradizione ed espulsioni 2.3.3.Applicazioni giurisprudenziali in tema di ergastolo 2.3.2. Applicazioni giurisprudenziali in tema di esecuzione di pene capitali.

1.Come è noto, la Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali (da ora Convenzione) individua taluni diritti fondamentali e istituisce un meccanismo giurisdizionale di controllo sulla convenzionalità delle legislazioni e delle pratiche degli Stati aderenti¹. Principale strumento di controllo è la Corte europea dei diritti dell'uomo (da ora la Corte) la cui giurisprudenza ha, invero, creato un patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso diritto della libertà.

Il sistema di protezione della Convenzione è ispirato al principio di sussidiarietà assegnando a ciascuno Stato contraente il mandato di assicurare, in prima battuta, il rispetto dei diritti garantiti². L'applicazione della Convenzione e del suo diritto spetta, quindi, in primo luogo alle giurisdizioni nazionali, ed anche agli organi del potere legislativo e di quello esecutivo che, ciascuno per le proprie competenze, devono prendere le misure necessarie per adeguare la legislazione e le prassi amministrative ai principi convenzionali. La Corte esercita un ruolo di supplenza intervenendo solo

* Questo contributo è destinato ad essere pubblicato sulla rivista *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2 del 2012.

¹ La ratifica della Convenzione è stata autorizzata con legge 4 agosto 1955 n. 848. Il Trattato è divenuto dunque parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano e pertanto le norme in esso contenute sono fonti di diritti e di obblighi per gli organi statali e per tutti i soggetti pubblici e privati che operano all'interno dello Stato. Ciò significa che i cittadini italiani possono fondare un ricorso davanti ai tribunali nazionali sulle disposizioni della Convenzione e che i giudici nazionali sono tenuti ad applicarle. Sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno, per uno sguardo al solo ordinamento italiano cfr. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilanci*, in Studi in onore di Francesco Capotorti, Milano, Giuffrè 1999, I pp 55 e ss; CHIAVARI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in Rivista italiana di diritto internazionale, 1974, p.464; DEL TUFO, *Il diritto italiano al vaglio della Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in Critica del diritto, 2000 I; ESPOSITO V., *Il ruolo del giudice nazionale nella tutela dei diritti dell'uomo*, in Giurisprudenza italiana, 2001, pp. 1075 e ss; MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in Rivista italiana dei diritti dell'uomo, 1989, p. 55; PITTARO, *L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Giurisprudenza italiana, 1987, IV, pp 432 e ss.; PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in Rivista italiana dei diritti dell'uomo, 1994, pp.23 e ss. Per uno sguardo alla situazione anche negli altri Paesi cfr. BLACKBURN – POLAKIEWICZ (a cura di), *Fundamental Rights in Europe* Oxford University Press, Oxford, 2001; CONFORTI – FRANCONI, (a cura di), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Dordrecht, Martinus Nijhof Publishers, 1997; DELMAS – MARTY, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Dordrecht, Martinus Nijhof, 1983; MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002.

² In materia cfr. POLAKIEWICZ e JACOB-FOLTZER, in *The European Human Rights Convention in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case-Law in States where Direct Effect is given to the Convention*, in *Human Rights Law Journal*, 1991, pp 142 e ss.

dopo che il ricorrente abbia esperito le vie di ricorso interne e per controllare il modo di applicazione ad opera delle autorità nazionali dei diritti garantiti, indicando le eventuali lacune nelle disposizioni nazionali. In altri termini, solo se il diritto interno comporta delle lacune o se non è in grado di assicurare una tutela adeguata agli standard europei, potrà mettersi in moto il meccanismo di tutela elaborato dalla Convenzione.

Trattandosi di un sistema sussidiario, gli operatori del diritto interno possiedono – o quantomeno dovrebbero possedere – tutti gli strumenti per conformare il proprio diritto alle previsioni convenzionali, evitando in tal modo l'intervento della Corte europea³. La conformità

³ Non è questa la sede per affrontare il problema relativo all'individuazione della posizione, nella gerarchia delle fonti, della Convenzione e del rango che essa occupa nel nostro ordinamento (per un panorama sulla situazione europea, cfr. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Studi in onore di Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. I, pp. 55 e ss; e per una sintesi del dibattito in Italia tra dottrina e giurisprudenza cfr. ESPOSITO V. *Il ruolo del giudice nazionale cit. nota 49 e*). Si ritiene, comunque, che la comprensione dei rapporti tra il sistema europeo di diritti dell'uomo e l'ordinamento interno esiga il superamento della classica distinzione tra sistema monista/dualista e della tematica connessa dell'incorporazione, o non, del testo convenzionale in diritto interno. Come sostenuto da autorevole dottrina, "la thèse du pluralisme juridique est le seul modèle capable d'apprendre la complexité de rapports entre le niveau interne et le niveau européen des droits de l'homme.(...)l'idée de pluralisme... suppose l'existence dans un même cadre social de plusieurs ordres juridiques autonomes, entretenant des rapport de droit entre eux, ces ordres juridiques étant caractérisés ou non par la présence de l'Etat... Dans cette configuration, les ordres étatiques et le système européen se superposent dans un cadre social et temporel unique" (così LAMBERT E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pag. 44). La spiegazione dei rapporti tra sistema europeo dei diritti dell'uomo e sistema nazionale secondo la concezione pluralista, che parte dall'analisi dei concreti effetti delle sentenze della Corte negli ordinamenti nazionali, comporta l'idea di una sovranità nazionale controllata cui si contrappone una primazia europea relativa: così DELMAS MARTY in *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la logique du flou in Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, pag. 1033. Per un approccio tradizionale ai rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamenti nazionali cfr. CONFORTI- FRANCIONI, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1997.

Anche nella dottrina italiana si è cominciato a ripensare gli schemi classici circa i rapporti tra ordinamento e europeo ed sistema nazionale, in particolare dopo l'approvazione dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti*, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in *Ragion Pratica*, 2002, n. 18, pp. 63 e ss, che ritiene che i rapporti tra norme sopranazionali (in tema di diritti umani) e norme di diritto interno debbano essere letti non sulla base degli strumenti propri della teoria delle fonti ma anche su quelli della teoria dell'interpretazione. Sulla idoneità del diritto internazionale pattizio dei diritti dell'uomo ad influenzare le interpretazioni costituzionali, cfr. RUOTOLO, *La «Funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2, 2000 pp. 291 e ss; ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto*, oggi, in *Ragion Pratica*, 2004, n. 22, pp. 933 ss, seppure non riferendosi principalmente al diritto europeo dei diritti dell'uomo, nota, (p. 110), come si sia passati ad un nuovo scenario in cui l'interprete si trova di fatto a doversi scegliere la norma (e le fonti) appropriate... infatti fonti di diverso rango si combinano tra loro e fonti di ugual rango confliggono: tutto ciò costringe il giurista a reinterpretare la Costituzione e l'intero materiale normativo in modo orientato verso il diritto sopranazionale europeo e internazionale.

Incentrata sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è l'accurata analisi di MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002, che sottolinea l'importanza di uno studio che si ponga soprattutto in una prospettiva "assiologica – sostanziale" piuttosto che tecnico formale di indagine dei rapporti tra i diversi sistemi. In particolare, il reale funzionamento del sistema convenzionale europeo impone, secondo l'A., di svolgere uno studio in una duplice direzione: da un lato un'analisi "statica" tesa a definire la collocazione della Convenzione nella gerarchia della fonti dei singoli Paesi aderenti e dall'altro lato un'analisi "dinamica" attraverso lo studio delle prassi giurisprudenziali nazionali, alla cui luce valutare i risultati ottenuti con l'approccio meramente formale.

dovrebbe essere assicurata o dalla previsione di disposizioni in astratto già in armonia con il dettato convenzionale, o, quando ciò non avvenisse, da un'interpretazione del diritto interno condotta in base alle disposizioni convenzionali nella loro esatta portata, vale a dire utilizzando il diritto generale europeo, quale formatosi secondo la pratica giurisprudenziale europea⁴, come parametro interpretativo della norma interna. Si impone, in altri termini, la necessità – per il legislatore, il governo e i giudici nazionali – di tenere sempre presenti, in sede di riforma o di pratica applicazione di singoli istituti, le linee evolutive tracciate dagli organi di Strasburgo. Perché l'ordinamento (giudici, legislatore, autorità amministrative) possa adeguarsi realmente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è necessario avere la conoscenza della Convenzione e delle sentenze degli organi di tutela di Strasburgo.

Scopo di tale articolo, allora, è proprio quello di fornire un contributo in questo senso,

Sottolinea l'inadeguatezza degli strumenti concettuali del dualismo e del rango legislativo della Convenzione europea a spiegare il reale funzionamento della sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, BIN – G. BRUNELLI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007, pp. 7 e ss.

All'interno della letteratura penalistica, critico sulla utilità di continuare a “discutere sul rango della CEDU nel sistema delle fonti del diritto italiano” è VIGANÒ, “Sistema CEDU” e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte Costituzionale, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., pp. 265 e ss.

⁴ E' infatti importante sottolineare come i diritti garantiti dalla Convenzione devono essere letti alla luce della giurisprudenza della Corte: incaricata dell'applicazione e dell'interpretazione della Convenzione, tale giurisprudenza è parte integrante del testo della Convenzione. È la stessa Corte ad essersi riconosciuta la competenza di aggiornare e definire i diritti previsti dalla Convenzione elevando gli standard europei di protezione dei diritti umani, cfr. sentenze Corte, Tyrer c. Regno Unito del 25 aprile 1978, in Serie A n. 26, § 31; Soering c. Regno Unito, del 7 luglio 1989, in Serie A n. 161, § 102. In questo senso si è recentemente pronunciata in modo ancora più netto la Corte nella decisione sulla ricevibilità Scordino c. Italia del 27 marzo 2003.

Il diritto convenzionale è inoltre un diritto vivente, in grado di adeguarsi alle mutevoli esigenze di tutela dei diritti dell'uomo proprie di una società democratica, così come alle diverse circostanze dei casi concreti. Si tratta dunque di un'interpretazione in nessun modo statica, perché il suo corso risulta dall'evoluzione della coscienza e delle realtà di fatto. La Convenzione contiene norme di contenuto astratto la cui definizione si perfeziona solo in seguito all'interpretazione ed all'applicazione operate dalla Corte. È l'interpretazione giudiziaria a definire i contorni e la portata delle norme convenzionali alla luce delle fattispecie concrete. La variabilità del contenuto di tali norme, sfumate o vaghe, ben si presta a un'interpretazione dinamica ed evolutiva.

La dottrina usa i due termini, dinamica ed evolutiva, in riferimento all'interpretazione della Corte e della Commissione, sempre contemporaneamente, a voler indicare che l'uno non ha un significato autonomo dall'altro. Non condivido tale impostazione. Mi sembra, piuttosto, che sia possibile individuare significati autonomi ad ambiti di utilizzazione diversi. E ciò anche in ragione del loro differente significato letterale; se entrambe le espressioni danno, infatti, l'idea del movimento, è solo l'evoluzione ad indicare uno sviluppo progressivo che, nel caso della Convenzione, si traduce in un ampliamento o perfezionamento crescente della tutela dei diritti dell'uomo. È solo l'evoluzione che esprime il passaggio tra forme di tutela più semplici a forme di maggiore complessità. L'utilizzazione del termine dinamico implica il concetto di variazione, di un percorso (solo apparentemente) ondivago. Se i due termini rispondono allora a due concetti diversi, è ben possibile, poi, che l'attività interpretativa sia solo evolutiva o solo dinamica o anche, al tempo stesso dinamica ed evolutiva. Sulla nozione di interpretazione evolutiva e sui metodi interpretativi della Corte, cfr., tra gli altri, BERNHARDT, *Thoughts on the interpretation of human rights treaties*, in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélanges Wiarda, MATSCHER (a cura di), Carl Heymanns, Cologne, 1988, pp. 65-71; DE SCHUTTER, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: un essai en démolition*, in *Revue de droit international des sciences diplomatiques et économiques*, 1992, pp. 83- 127; MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE, (a cura di), Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 15 - 40.

informando sulla prassi costituitasi ad opera della giurisprudenza europea in materia dei diritti dei detenuti con specifico riguardo alla quadro delineatosi in tema di pene vietate in modo da consentire una consapevole applicazione del diritto convenzionale nell'ordinamento nazionale.

La Convenzione non annovera tra i suoi diritti quello a non subire particolari condizioni di detenzione. E' conseguenza dell'attività interpretativa della sua giurisprudenza (attraverso la cd. tecnica par ricochet) l'aver reso possibile l'applicazione delle previsioni convenzionali in taluni settori che inizialmente erano considerati situarsi al di fuori del diritto convenzionale, quale quello del trattamento dei detenuti. E' il caso *Soering*⁵ a segnare la consacrazione da parte della Corte di tale sistema di protezione. In questa sentenza, la Corte, ricordando la precedente giurisprudenza della Commissione⁶, ha affermato che l'esercizio di taluni poteri da parte degli Stati contraenti, pur concernendo materie non direttamente interessate dalla Convenzione, deve tuttavia svolgersi nel rispetto dei diritti garantiti dalla stessa, ed in particolare in osservanza dell'articolo 3 della Convenzione Edu. In sostanza, la giurisprudenza europea ha statuito che anche se le condizioni della detenzione non violano alcun diritto espressamente previsto dalla Convenzione, esse possono causare la violazione di alcuni diritti convenzionali.

Molti articoli della Convenzione sono stati invocati da persone detenute. Le disposizioni maggiormente utilizzate sono state la previsione dell'articolo 3 sul divieto di tortura e di pene o trattamenti disumani e degradanti e gli articoli 8 e 10, quest'ultimi, in particolare, adoperati per tutelare un'area di grande importanza per i detenuti quale è la possibilità di stabilire e mantenere contatti con il mondo esterno al carcere. Vi sono poi stati ricorsi fondati sulle garanzie procedurali previste dall'articolo 5, concernente il diritto alla libertà ed alla sicurezza, e dall'articolo 6, sul cd. equo processo, e sui diritti sostanziali previsti dall'articolo 9, sulla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, e dall'articolo 11, sulla libertà di riunione pacifica e sulla libertà di associazione.

In breve: tutti i diritti garantiti dalla Convenzione valgono anche per le persone legittimamente private della libertà. Come ha affermato la Corte la giustizia non può fermarsi davanti la porta delle

⁵ Corte, *Soering c. Regno Unito*, del 7 luglio 1989, in Serie A n. 161.

⁶ La Commissione aveva, invero, già in precedenza applicato in maniera estensiva la disposizione in esame, enunciando la cd. teoria delle libertà implicite, cfr. Commissione, *Rapporto X c. RFA*, n.6315/73, D. R. 1, p. 73, in cui la Commissione affermò che "se la materia dell'extradizione, dell'espulsione e del diritto di asilo non rientrano tra quelle espressamente previste dalla Convenzione, gli Stati contraenti hanno nondimeno accettato di restringere i poteri loro conferiti dal diritto internazionale generale ivi compreso quello di controllare l'ingresso e l'uscita degli stranieri, nella misura e nel limite degli obblighi che essi hanno assunto in virtù della Convenzione... Allora, l'espulsione o l'extradizione di un individuo può, in alcuni casi eccezionali, essere contrario alla Convenzione ed in particolare all'articolo 3, quando ci sono serie ragioni di credere che quello sarà sottoposto nello Stato di destinazione a trattamenti proibiti da questo articolo".

prigioni⁷.

In questo articolo, la mia analisi sarà limitata unicamente a quelle sentenze della Corte che hanno provato a tracciare un decalogo di tipologie sanzionatorie penali incompatibile con i principi convenzionali.

1. Divieto di tortura e di trattamenti o pene disumani e degradanti.

1.1. Principi generali.

L'articolo 3 della Convenzione vieta la tortura e le pene ed i trattamenti disumani o degradanti. Si tratta di un divieto avente portata assoluta⁸: esso non consente né eccezioni né limitazioni ai diritti garantiti⁹.

L'articolo 3, invero, non impiega alcun termine da cui possa farsi derivare l'assolutezza della proibizione in esso contenuta. Che si tratti di un diritto intangibile lo si ricava, piuttosto, dall'articolo 15 della Convenzione, dai lavori preparatori e dalla giurisprudenza della Corte e della Commissione. L'articolo 15 prevede la possibilità di derogare al rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione nei cd. casi di "stato d'emergenza", quando ricorra la duplice condizione della esistenza di un pericolo pubblico minacciante la vita della nazione e della necessità della misura derogativa. Il secondo comma di tale articolo non autorizza, però, alcuna deroga ai diritti previsti dagli articoli 2, 3, 4 primo comma e 7 della Convenzione, neanche in presenza delle condizioni "emergenziali" di cui al primo comma dello stesso articolo. L'intangibilità del diritto garantito dall'articolo 3 si deduce anche dai lavori preparatori. In questi si legge, infatti, che il delegato del Regno Unito in seno alla Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, M. Cocks, esortava i relatori della Convenzione a vietare ogni forma di tortura da chiunque e per qualunque motivo posta in essere: (L'Assemblea Parlamentare) ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato. La portata assoluta dell'articolo in esame è stata più volte affermata, infine, nella

⁷ Corte, sentenza Campbell e Fell c. RU del 28 giugno 1984, § 69.

⁸ Sulla ricostruzione del diritto in esame come diritto assoluto, v. ADDO, GRIEF, Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights? In European journal of international law, 1998, 9 n. 3 pp. 510 ss.

⁹ Per un'analisi sull'articolo 3 della Convenzione, mi sia consentito rinviare al mio Articolo 3, Proibizione della tortura, in BARTOLE- CONFORTI – RAIMONDI, Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, Cedam, 2001 pp. 49 – 77; e anche, COLELLA C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2009, pp. 1801 e ss.; PUSTORINO, Articolo 3, in commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Padova, Cedam, 2012, pp. 63 e ss.

giurisprudenza degli organi di tutela della Convenzione: Anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti... Il divieto di tortura o delle pene o trattamenti disumani o degradanti è assoluto, quale che sia la condotta della vittima¹⁰.

La secca formulazione dell'articolo 3 (Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti) ha reso possibile un'ampia interpretazione della sua portata e del suo contenuto da parte della giurisprudenza convenzionale, tanto da divenire norma individuante un genus entro il quale ricondurre diverse specie di violazioni.

E' proprio nell'applicazione di questa disposizione che la giurisprudenza di Strasburgo ha creato la tecnica di protezione cd. par ricochet, vale a dire quella tecnica che le ha consentito di valutare la conformità alla Convenzione anche di istituti o di pratiche che non rientravano direttamente nel suo campo di applicazione. In sostanza, come già ricordato, la giurisprudenza europea ha statuito che anche se le condizioni della detenzione o una decisione di espulsione di uno straniero non violano alcun diritto espressamente previsto dalla Convenzione (questa non annovera tra i diritti tutelati quello a non subire particolari condizioni di detenzione o quello a non essere espulso e estradato), esse possono causare la violazione di alcuni diritti convenzionali e segnatamente dell'articolo 3.

1.2. Obblighi positivi.

La necessità di rendere effettiva la tutela della dignità umana ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione ha portato gli organi di tutela di Strasburgo a far discendere anche dalla norma in esame obblighi positivi di garanzia "al fine di proteggere l'integrità fisica della persona privata della libertà"¹¹. Il contenuto di tali obblighi è oggetto di continua espansione da parte della giurisprudenza di Strasburgo che provvede ad ampliarne la portata includendovi misure di volta in volta diverse che tengano conto delle circostanze dei singoli casi concreti. Dalla giurisprudenza europea emerge che, in primo luogo, il contenuto degli obblighi positivi comprende - ma non si esaurisce in ciò - la necessità di un'indagine adeguata sui presunti maltrattamenti subiti. Con la sentenza Assenov¹², infatti, la Corte ha affermato che l'articolo 3, in combinato disposto con il dovere generale imposto agli Stati dall'articolo 1 della Convenzione di riconoscere ad ogni persona soggetta alla loro

¹⁰ Corte, sentenza Labita c. Italia, del 6 aprile 2000, § 119, in *Rivista italiana di diritto e procedure penale*, 2001 pp 189 e ss

¹¹ Cfr. Commissione, Rapporto dell' 8 luglio 1993, H. c. Svizzera, §79 in cui la Commissione ha qualificato come trattamenti disumani e degradanti l'assenza di adeguate cure mediche.

¹² Corte, sentenza Assenov ed altri c. Bulgaria, del 28 ottobre 1998, Raccolta 1998.

giurisdizione i diritti e le libertà definiti, richiede l'esistenza di una adeguata inchiesta ufficiale sui presunti maltrattamenti lamentati. Nella giurisprudenza della Corte, un'inchiesta è adeguata quando porta all'identificazione ed alla punizione dei responsabili¹³.

In tal modo, accanto ad un obbligo negativo di astensione, la Corte costruisce dall'articolo 3 un obbligo positivo procedurale di inchiesta approfondita ed effettiva. Si tratta di un obbligo imposto agli Stati membri ogni qual volta una persona lamenta di aver subito maltrattamenti. Tale obbligo è fonte di responsabilità internazionale distinta da una eventuale violazione sostanziale del divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti. Nella successiva giurisprudenza la Corte ha arricchito e precisato tale obbligo procedurale. Nel caso *Selmouni*¹⁴, riaffermando che il rispetto dell'articolo 3 implica anche la necessità di un'inchiesta imparziale ed efficace, tendente all'identificazione e punizione dei responsabili, la Corte vi aggiunse il requisito della rapidità. Il carattere effettivo di un'inchiesta impone che la stessa sia condotta in modo diligente e rapido. La mancanza di tali caratteri porta a ravvisare la violazione dell'obbligo procedurale anche nel caso in cui le autorità giudiziarie interne, pur avendo condannato i funzionari accusati di aver torturato il ricorrente, lo hanno fatto con enormi ritardi.

Più recente giurisprudenza ha, poi, ampliato il novero degli obblighi a carico degli Stati ravvisando - come già affermato nella sua giurisprudenza per le prestazioni derivanti dall'articolo 2 - il dovere delle Parti contraenti di adottare tutte le misure necessarie ad impedire che le persone sottoposte alla propria giurisdizione siano sottoposte a torture o trattamenti disumani o degradanti, anche quando tali atti provengano da privati. Tali disposizioni devono consentire, in particolare un'efficace protezione dei minori e di altre persone vulnerabili ed includere misure ragionevoli ad impedire maltrattamenti di cui le autorità avessero o avrebbero dovuto avere conoscenza¹⁵. Due, allora, le affermazioni di principio rilevanti contenute in tale passaggio. Primo: la natura assoluta del divieto previsto dall'articolo 3 e l'esigenza di assicurare una protezione effettiva della dignità e dell'integrità fisica - i beni che attraverso quel divieto si tende a proteggere - impongono agli Stati di impegnarsi, secondo le modalità richieste dai casi concreti, per evitare la lesione o messa in pericolo dei beni tutelati. Secondo: l'obbligo di assicurare l'effettività del diritto protetto deve essere adempiuto dallo Stato anche quando la lesione sia stata o possa essere realizzata da condotte

¹³ Corte Assenov § 102; Corte, sentenza *Askoy c. Turchia* del 26 novembre 1996, Raccolta 1996 - VI § 96.

¹⁴ Corte, sentenza *Selmouni c. Francia* del 28 luglio 1999, Raccolta 1999.

¹⁵ Corte, sentenza *Z e altri c. RU*, del 10 maggio 2001 § 73

di terzi¹⁶. E questo è invero uno degli aspetti nuovi della tutela internazionale dei diritti dell'uomo: la configurazione della responsabilità internazionale dello Stato, nei confronti della Convenzione, anche per condotte tenute dai privati.

Riferendosi a precedenti sentenze sull'articolo 8 della Convenzione, nel caso A. c. Regno Unito la Corte ha ricordato che lo Stato è tenuto a realizzare una prevenzione efficace che metta al riparo le persone rilevanti della sua giurisdizione da gravi forme di lesione all'integrità fisica. La responsabilità dello Stato ai sensi dell'articolo 3 anche nell'ipotesi di lesioni o pericolo di lesioni provenienti da privati è stata chiaramente affermata anche nella sentenza HRL c. Francia¹⁷ concernente l'espulsione di un cittadino colombiano verso il suo Paese d'origine, in cui lo stesso correva pericolo di vita da parte di cartelli colombiani di droga. In tale decisione, la Corte ha ritenuto espressione del carattere assoluto del diritto in esame l'accordare adeguata protezione anche in caso di pericolo proveniente da persone o gruppi di persone che non sono pubblici ufficiali¹⁸. In sostanza, lo Stato assume ai sensi dell'articolo 3 un obbligo di garantire che atti di tortura e trattamenti disumani o degradanti non abbiano luogo. Poco importa l'origine di tali trattamenti: agenti pubblici o persone private¹⁹.

Nell'ambito degli obblighi positivi, si collocano senz'altro anche le misure generali a carattere legislativo, aventi principalmente la funzione di prevenire eventuali violazioni del divieto di cui all'articolo in esame²⁰. La Corte ha quindi indicato la necessità che gli ordinamenti nazionali contengano adeguate prescrizioni volte a consentire alle autorità nazionali di perseguire, e condannare, gli autori di fatti rientranti nell'ambito di operatività della norma di cui all'articolo 3²¹

1.3. Condotte vietate.

Quanto al contenuto della disposizione in esame, essa proibisce distinte condotte: la tortura, la pena o il trattamento inumano e la pena o il trattamento degradante. La nozione di tortura comprende delle condotte, in grado di causare intense sofferenze, tenute o in seguito ad una condanna penale o per estorcere confessioni. Le condotte vietate, quindi, possono essere distinte in

¹⁶ Si tratta, in questo caso, di un'affermazione che la Corte aveva già fatto nell'applicazione dell'articolo 3 nel caso A. c. Regno Unito, del 22 settembre 1998, Raccolta 1998, in cui fu ravvisata la responsabilità dello Stato per una condotta di maltrattamenti, tenuta da un privato, incompatibile con la previsione convenzionale.

¹⁷ Corte, sentenza HRL c. Francia del 29 aprile 1997.

¹⁸ Corte sentenza HRL § 40.

¹⁹ Sulla importanza della sentenza HRL nell'ampliare la sfera di applicabilità dell'articolo 3 cfr. CHAUVIN, L'interprétation de l'article 3 CEDH: réelle avancée ou restriction déguisée?, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1997, v. 9 n. 9-12 pp. 347 - 352.

²⁰ Così, PUSTORINO, *Articolo 3* cit. p. 73.

²¹ Corte, sentenza del 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* § 117; *Beganović c. Croazia* del 25 giugno 2009, §§ 69- 72 e *Opuz c. Turchia*, del 9 giugno 2009 § 168.

due gruppi: nel primo sono incluse le pene, nel secondo i trattamenti. I comportamenti vietati possono poi essere qualificati, a seconda del tipo di intervento nei confronti dell'individuo e delle sue conseguenze, come tortura, come trattamento inumano, come trattamento degradante.

Dalla giurisprudenza della Corte emerge che la nozione di pena è stata ristretta, essenzialmente, all'ambito dell'esecuzione della pena, avendo riguardo alle modalità dell'esecuzione o al contesto della sua esecuzione. Pur essendo individuabili distinte nozioni di pena e di trattamento, i criteri interpretativi e applicativi usati dagli organi di tutela di Strasburgo sono stati gli stessi sia che un fatto rientrasse nel novero delle pene sia che rientrasse in quello dei trattamenti.

Il divieto espresso dall'articolo 3 si riferisce a tre distinte condotte: la tortura, il trattamento inumano ed il trattamento degradante. L'appartenenza di un trattamento ad una delle tre condotte dipende dal livello di gravità che esso ha raggiunto. La Corte ha utilizzato il criterio cd. della soglia minima di gravità sia per stabilire quando una condotta rientri tra quelle vietate sia per distinguere tra di loro la tortura e gli altri trattamenti: perché una condotta incorra nel divieto in esame deve raggiungere un livello minimo di gravità; raggiunto tale livello, e stabilita quindi l'applicabilità dell'articolo 3, la maggiore o minore intensità delle sofferenze inflitte determina la configurazione di una delle tre condotte vietate²². E ciò vale quale che sia il tipo di condotta in esame. Da ricercare avendo riguardo alle sofferenze o alle umiliazioni inflitte alla vittima, la soglia di gravità indica, dunque, da un lato, il limite esterno dell'articolo 3 - individuando gli atti che raggiungono o oltrepassano detta soglia - e, dell'altro, i paletti che consentono di distinguere la tortura dalle altre condotte vietate²³. Da ciò deriva che "ogni tortura non può non essere anche trattamento disumano e degradante e che ogni trattamento disumano non può non essere anche un trattamento degradante"²⁴. L'accertamento del superamento di tale soglia è il risultato di una valutazione relativa, operata caso per caso, che tenga conto sia delle circostanze oggettive del fatto materiale sia delle qualità soggettive dell'individuo interessato. E' la posizione della soglia a non essere determinata in modo fisso, in quanto essa dipende "dall'insieme dei dati della causa, e in particolare, dalla durata del trattamento, dalle conseguenze fisiche e/o mentali così come talvolta dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima". Da ciò deriva che il divieto contenuto in questo articolo non è statico, ma riceve una interpretazione in movimento, vivente, che è effettuata alla luce della condizioni caratterizzanti il singolo caso concreto. Gli organi di Strasburgo, in definitiva, hanno

²² I leading cases sul punto sono Corte, sentenza Irlanda c. Regno Unito, del 18 gennaio 1978, in Serie A n. 25 e Corte, sentenza Tyrer c. Regno Unito del 25 aprile 1978, in Serie A n. 26

²³ cfr. SUDRE in PETTITI (a cura di), *La Convention européenne*, op. cit., p. 158

²⁴ Commissione, Rapporto del 18 novembre 1969, cd. *Affaire grecque*, in *Annuario* n. 12..

sempre relativizzato la costruzione delle condotte vietate da questa norma, rifiutandosi di fare considerazioni teoriche e preferendo lasciarsi guidare dalle circostanze di fatto di ogni singolo caso²⁵. Nel valutare se un trattamento è inumano, diversi sono i fattori considerati dalla Corte, quali la premeditazione, la durata del trattamento, l'intensità delle sofferenze mentali e fisiche, la presenza di disturbi di carattere psichiatrico. E' qualificato inumano quel trattamento che "provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità". Nel descrivere il trattamento degradante, la Corte usa termini quali sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità; capacità di umiliare ed avvilito; rottura di resistenza fisica e mentale. E', quindi, degradante quel trattamento, meno grave del trattamento inumano, che "umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire anche contro la sua volontà o coscienza". Dalle definizioni individuate, emerge come, nel considerare un trattamento o una pena disumana, la Corte abbia focalizzato la propria attenzione maggiormente sulle sofferenze fisiche inflitte, laddove nel valutare se una condotta rivesta gli estremi del trattamento o della pena degradante, si sia soffermata più su elementi di tipo emotivo e morale; il trattamento o la pena degradante si distinguono dal trattamento o pena disumana soprattutto perché essi implicano il sentimento dell'umiliazione. La tortura, infine, non sembra trovare, in queste pronunce della Corte, un significato autonomo rispetto alle altre due categorie esaminate. La tortura è "un trattamento disumano o degradante che causa sofferenze più intense". La tortura deve causare "sofferenze gravi e crudeli" allo scopo di ottenere informazioni, confessioni o altro. Il richiamo allo scopo di estorcere informazioni, confessione o altro non è sempre presente nel linguaggio della Corte, dal che deriva che perché un comportamento possa essere qualificato tortura, non deve necessariamente tendere alla realizzazione di tale fine. Per la Corte la distinzione tra tortura e trattamenti disumani e degradanti deriva principalmente dalla "differenza dell'intensità delle sofferenze inflitte". Le condotte elencate dall'articolo 3 sono dunque distinte dalla Corte in base alla diversa gravità dei comportamenti, considerandosi la tortura una forma aggravata di trattamento disumano e questo, a sua volta, come una forma aggravata di trattamento degradante.

Il divieto espresso dall'articolo 3 in tema di sanzione penale opera in due direzioni. Da un lato, esso vieta talune tipologie di pene, e dall'altro impone che l'esecuzione di una determinata sanzione, di per sé non incompatibile con la previsione convenzionale, avvenga nel rispetto della dignità umana e non presenti, pertanto, caratteri di umiliazione e di afflizione ulteriori rispetto a

²⁵ cfr. ADDO, GRIEF, *Is there a policy behind the decision and judgment relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights?*, in *European law review*, 1995, p. 178; e GAETA, *Cancellazione dal ruolo e trattamenti inumani o degradanti: l'affare Hurtado dinanzi alla Corte europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996 p. 152.

quelli insiti in ogni pena.

In tale contributo, mi soffermerò, come detto, sulla giurisprudenza elaborata dalla Corte in tema di pene vietate.

2. Le pene vietate.

La Corte ha valutato il grado di compatibilità con la Convenzione delle pene corporali, della pena dell'ergastolo e, sia pure indirettamente della pena di morte.

2.1. Pene corporali di carattere giudiziario e punizioni corporali.

Le pene corporali sono scomparse da molto tempo dal novero delle pene previste dai codici penali europei. Tuttavia, diversi ricorsi fondati sulla violazione dell'articolo 3 per inflizione di una pena corporale sono stati presentati innanzi le istanze di Strasburgo. Una situazione di questo genere è stata esaminata in riferimento al sistema esistente nell'isola britannica di Man, isola situata fra l'Inghilterra e l'Irlanda, ma dotata di un parlamento proprio e di un sistema giuridico particolare. Nel caso *Tyrer*²⁶ la Corte ha ritenuto la pena della frusta comminata nei confronti di un minorenne ritenuto colpevole di aggressione incompatibile con l'art.3 perché violenza istituzionale lesiva sia della dignità sia dell'integrità fisica del ricorrente in grado di produrre sentimenti di angoscia e, quindi, trattamento degradante.

Numerosi ricorsi hanno, poi, posto il problema delle punizioni corporali in uso nelle scuole inglesi e scozzesi. La maggior parte dei ricorsi non è sfociata in sentenze delle Corte, perché vi sono stati regolamenti amichevoli, con i quali il governo convenuto ed i ricorrenti sono pervenuti ad un accordo concernente una riparazione di carattere pecuniario. Nel caso *Campbell e Cosans*²⁷, la Corte è intervenuta sulla pratica del cd. "tawse", frustate sul palmo delle mani, in uso nelle scuole inglesi e scozzesi come sanzioni disciplinari. I ricorrenti erano i genitori di studenti, nessuno dei quali aveva subito la detta pratica (anche se uno dei due ragazzi era stato sospeso perché i genitori non avevano accettato la punizione corporale). Nessuna violazione è stata riscontrata, perché la Corte ha considerato che, il semplice rischio di una condotta contraria all'articolo 3 potesse porsi esso stesso in contrasto con tale disposizione solo nel caso di sua immediata e reale verifica. Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che non fossero state fornite sufficienti prove attestanti che il rischio di subire la punizione corporale avesse prodotto effetti nefasti di ordine psicologico o di

²⁶ Corte, *Tyrer c. Regno Unito* cit.

²⁷ Corte, sentenza *Campbell e Cosans c. Regno Unito* del 25 febbraio 1982, in Serie A n. 48.

altro ordine negli studenti.

Un altro caso merita di essere segnalato. Si tratta della sentenza Costello – Roberts²⁸ in cui la Corte, non ritenendo la punizione corporale inflitta sufficientemente grave, non ravvisò la violazione dell'articolo in esame. La rilevanza di questo caso è dovuta, in realtà, a due importanti affermazioni di principio contenute nelle decisioni della Commissione e della Corte. Nel suo rapporto²⁹, la Commissione elevò l'articolo 8 a rango di norma sostitutiva dell'articolo 3 che accorda, talvolta, una protezione più ampia. Affermando che la nozione di vita privata, ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, si estende anche alla integrità fisica della persona e che “la protezione accordata dall'articolo 8 all'integrità fisica della persona può essere più ampia di quella prevista dall'articolo 3”³⁰, la Commissione ha ritenuto che una punizione corporale è un'ingerenza nella vita privata che, non trovando “alcuna giustificazione di ordine sociale, pedagogico, sanitario o morale”³¹, costituisce una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. La successiva sentenza della Corte contiene, poi, un'altra importante affermazione di principio: la possibilità, sia pure indiretta, di applicare le previsioni convenzionali anche in maniera orizzontale, vale a dire anche quando la condotta violativa è materialmente realizzata da un privato³². Afferma, difatti la Corte “il trattamento incriminato, pur inflitto dal direttore di un istituto scolastico privato, è di natura tale da comportare la responsabilità del Regno Unito ai sensi della Convenzione, se si dimostra incompatibile con l'articolo 3, con l'articolo 8 o con entrambi”³³. Dall'analisi della giurisprudenza di Strasburgo appare, quindi, che, poiché i diritti dell'uomo sono esposti alla violazione anche da parte di poteri diversi dallo Stato, si pone l'esigenza di tutelare gli individui anche da tale pericolo. E pertanto, in presenza di lesioni agli altrui diritti causati dai privati “...pur non essendo autore di tali interferenze, lo Stato ne è comunque responsabile ed ha l'obbligo di intervenire e prevenirle.”³⁴. Si configura in tal modo una responsabilità degli Stati - una sorta di “ecological liability” -, per ogni atto di violazione dei diritti dell'uomo commesso sul suo territorio. Il che significa, evidentemente, riconoscere una indiretta applicazione della Convenzioni nei rapporti privati, fermo restando che

²⁸Corte, sentenza Costello – Roberts c. Regno Unito del 25 marzo 1993, in Serie A n. 247-C.

²⁹ Commissione, Rapporto dell' 8 ottobre 1991, ricorso n. 13134/87

³⁰Rapporto cit. § 4

³¹Rapporto cit. § 53.

³² La possibilità di applicare la Convenzione anche tra privati è oggetto di approfondita analisi in CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1993; cfr., anche, ALKEMA, *The Third - party Applicability or Drittwirkung of the European Convention on Human Rights*, in Matscher, Petzold (a cura di), *Protecting Human Rights: the European Dimension (Studies in Honour of Gérard J. Wiarda)*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 1988, p. 33.

³³Sentenza Costello c. RU cit. §28.

³⁴Così EVRINGENIS in *Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Journal*, 1982 p. 121.

unico responsabile sul piano internazionale è lo Stato contraente.

2.2. La pena dell'ergastolo.

Sulla compatibilità dell'ergastolo con la Convenzione, la Corte si è pronunciata più volte, non giungendo mai ad affermare pienamente l'incompatibilità della stessa con il divieto di cui all'articolo 3. Fino alla sentenza resa nel caso *Léger c. Francia*³⁵, i giudici europei avevano sempre arrestato i casi in tema di ergastolo alla fase della ricevibilità e nelle decisioni di irricevibilità emesse, pur non riscontrando nei casi concreti sottoposti alla loro attenzione la violazione dell'articolo 3, gli stessi sembravano non escludere che, in astratto, l'imposizione della pena a vita senza possibilità di benefici potesse porre dei problemi di compatibilità con i principi della Convenzione³⁶. Le sentenze successive, da quella nel caso *Léger* in avanti, sembrano smentire tale asserzione³⁷.

Nel caso *Einhorn*, la decisione di irricevibilità della Corte era stata motivata in base alla considerazione che pur se estradato nello Stato della Pennsylvania, il ricorrente poteva essere sì condannato all'ergastolo, ma che, comunque, in quel Paese vi era la possibilità, seppure remota, di una commutazione di tale pena.

Nel caso *Izquierdo Medina*, dopo aver ricordato la precedente giurisprudenza in tema di ergastolo secondo cui la condanna di una persona alla pena perpetua non suscettibile di riduzioni può porre dei problemi di compatibilità con l'articolo 3 della Convenzione, la Corte ha, poi, affermato che non è neanche da escludere che in casi particolari l'esecuzione di una pena detentiva di lunga durata possa egualmente porre problemi, in particolare se non esiste alcuna speranza di poter beneficiare di misure quali, ad esempio, la libertà condizionale³⁸.

³⁵Corte europea sentenza *Léger c. Francia* dell'11 aprile 2006. Il caso è attualmente pendente dinanzi la Grande Camera. La decisione sulla ricevibilità, del 21 settembre 2004, lasciava credere che la Corte volesse superare, anche in considerazione della lunga pena espiata dal ricorrente, la precedente giurisprudenza. In questo senso cfr. TULKENS, *Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, aggiornamento al maggio 2003 del contributo pubblicato in O. DE SCHUTTER e D. KAMINSKY (a cura di), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles-Paris, 2002, pp. 249-285.

³⁶Si tratta delle decisioni: *Nivette c. France* del 14 dicembre 2000; *Einhorn c. France*, del 16 ottobre 2001; *Izquierdo Medina c. Spagna* del 14 gennaio 2003, *Partington c. RU* del 26 giugno 2003.

³⁷Corte, *Vinter e a. c. Regno Unito*, sentenza del 17 gennaio 2012; *Harkins e Edward c. Regno Unito*, del 17 gennaio 2012; *Babar Ahmad e a. c. Regno Unito*, sentenza del 10 aprile 2012. Per tutte queste decisioni, è pendente, alla data attuale, il ricorso alla Grande Camera.

³⁸Commissione, decisione *Izquierdo Medina c. Spagna* cit. pag. 10. Nel ricorso, Medina riteneva che la lunga pena sino ad allora espiata (entrato in prigione una prima volta nel febbraio del 1974 ed evaso nell'aprile del 1979, il ricorrente fu, definitivamente, arrestato il 18 marzo 1982 e al momento della sentenza, egli aveva scontato una detenzione di quasi ventiquattro anni senza mai godere di benefici o permessi) costituiva violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Nel ritenere il ricorso infondato la Corte ha verificato l'esistenza nel diritto spagnolo della possibilità per le persone condannate ad una pena detentiva di chiedere la misura della liberazione condizionale, una volta eseguita parte della

Da tale pronunce derivava che la compatibilità della pena dell'ergastolo con la previsione convenzionale era subordinata alla concreta non espiazione della stessa: la possibilità (la speranza) di poter beneficiare di misure volte a ridare, seppure temporaneamente, la libertà al detenuto rende sopportabile ciò che diversamente costituirebbe una limitazione della libertà lesiva della dignità umana. Ciò che non era indicato, in quelle decisioni, era il lasso temporale trascorso il quale la speranza svanisce e l'esecuzione della pena diventa inumana.

Il caso *Léger*, prima comunicato al governo francese e poi dichiarato ricevibile, sembrava, per la particolarità della situazione concreta, poter portare la Corte ad una dichiarazione di incompatibilità della lunga detenzione sofferta dal ricorrente con il rispetto della dignità umana imposto dall'articolo 3 della Convenzione. A fondamento del ricorso alla Corte, infatti, vi era una detenzione prolungatasi per circa quarantadue anni, espia dal ricorrente senza mai poter accedere, pur avendone fatto richiesta, alla liberazione condizionale né ad alcun altro beneficio³⁹ previsto dalla legislazione francese.

La motivazione della Corte a sostegno della non violazione è estremamente concisa. Si snoda in tre paragrafi.

Dopo aver ricordato quanto già detto in precedenti decisioni secondo cui «l'esecuzione di pene detentive a vita che non siano flessibili può porre problemi di compatibilità con la Convenzione allorquando non esista alcuna speranza di potere beneficiare di misure quali la libertà condizionale»⁴⁰, i giudici europei sembrano scomporre la pena detentiva in frazioni funzionalmente e temporalmente scandite. Così, riconoscendo implicitamente uno scopo di retribuzione alla stessa, si ammette una assoluta rigidità dell'esecuzione della pena nella sua fase iniziale, volta a soddisfare l'elemento punitivo della sentenza. Solo successivamente (secondo segmento temporale), la detenzione svolge un ruolo di difesa sociale e la sua esecuzione deve essere improntata ad una maggiore flessibilità e, quindi, potersi trasformare in libertà⁴¹. Quale siano gli scopi attribuiti alla sanzione penale dalla Corte è forse detto più chiaramente in un precedente passaggio della sentenza *Léger*, quando i giudici europei hanno verificato la legittimità della lunga detenzione sofferta dal

pena inflitta. Nel caso in esame, non risulta che il ricorrente abbia fatto uso di tale possibilità né che una sua eventuale richiesta si sia stata rigettata.

³⁹ Arrestato il 5 luglio 1964, il ricorrente fu condannato, il 7 maggio 1966, all'ergastolo per il sequestro e la morte di un minore. Pur avendo presentato, dal 1979, diverse richieste di liberazione condizionale, questa non gli era mai stata accordata dalle autorità giudiziarie francesi. Solo in seguito alla decisione di ricevibilità della Corte, del 21 settembre 2004, con decisione del 1° luglio 2005, confermata dalla *Chambre de l'application des peines* della Corte di Appello di Douai del 31 agosto 2005, il ricorrente fu ammesso ai benefici della liberazione condizionale sotto sorveglianza e scarcerato la notte tra il 2 e il 3 ottobre 2005.

⁴⁰ Corte europea, sentenza *Léger* cit. § 90.

⁴¹ *Idem* § 91.

ricorrente ai sensi dell'articolo 5 § 1 lett. a) della Convenzione⁴². A tal proposito, la Corte individua il fondamento giustificativo della pena nella repressione, nel rischio e nella pericolosità⁴³. La pena, nelle parole dei giudici di Strasburgo ha, in primo luogo, un elemento punitivo che porta necessariamente a guardare al passato, alla gravità del fatto quale accertato in sentenza. Gli altri elementi individuati attengono ad esigenze, oggettive e soggettive, di difesa sociale. Da un punto di vista oggettivo, la giustificazione della pena è connessa con la probabilità di realizzazione di fatti di reato (il fattore "rischio"); sotto il profilo soggettivo, la sanzione penale (e l'eventuale sospensione della sua esecuzione) deve, poi, tenere in conto la probabilità di recidiva di un soggetto (il fattore "pericolosità"). Mentre, il fattore rischio è dalla Corte ancorato, al pari dell'elemento punitivo, alla gravità del reato quale accertato in sentenza, il fattore pericolosità richiede un continuo scrutinio giudiziario. La sua valutazione impone un esame che partendo dal passato (dalla gravità, oggettiva e soggettiva, del reato) sia in grado di operare una previsione, alla luce del percorso compiuto dal detenuto, sulla probabilità di futura recidiva. Nell'elaborazione di tale fattore, allora, dovrà tenersi conto degli elementi dai quali si evince la capacità a delinquere del detenuto, che, visti in un'ottica prognostica, e dopo che una parte necessaria di pena sia stata eseguita, ben possono presentare un significato diverso da quello assunto al momento dell'accertamento della responsabilità penale⁴⁴. Pur non indicando la Corte quale sia il rapporto tra il rischio e la pericolosità, sembra agevole argomentare che il primo (vale a dire la probabilità di verificazione di reati) dipenda, oltre che dalla gravità e dal tipo di reato commesso, anche dal livello di pericolosità attuale di un detenuto e che

⁴² L'articolo 5 della Convenzione specifica che non vi può essere privazione della libertà – espressione che ricomprende ogni forma di arresto o detenzione, - se non nel rispetto delle vie legali e unicamente nelle ipotesi tassative elencate nel primo paragrafo. Due le condizioni, quindi: compatibilità con le previsioni del proprio diritto interno e necessità che queste previsioni rientrino tra quelle indicate dalle lettere a – f del § 1 dell'art. 5. E' inoltre garantito un continuo scrutinio sulla legittimità della detenzione (anche di quella che trova ai sensi della lett. a) la propria motivazione in una sentenza di condanna).Così, il controllo sulla legalità di una privazione della libertà non deve bloccarsi al momento iniziale della detenzione; esso deve aversi fintanto che dura la detenzione, in modo da garantire che le ragioni che inizialmente giustificavano l'inflizione della sanzione penale siano sempre rilevanti e sufficienti a giustificare la prosecuzione della detenzione.

Nella giurisprudenza della Corte in applicazione dei comma 1 e 4 dell'articolo 5 è possibile individuare delle tracce di teorica della pena che portano ad una distinzione tra un periodo punitivo e periodo di sicurezza, cfr. Corte, Stafford c. Regno Unito, sentenza del 28 maggio 2002, Waite c.Regno Unito, sentenza del 10 dicembre 2002; Bübow, c. Regno Unito, sentenza del 7 ottobre 2003, Whyne c. Regno Unito, sentenza del 17 ottobre 2003. Sull'evoluzione della giurisprudenza europea in merito alla necessità di un continuo scrutinio sulla legalità e regolarità della detenzione cfr. PADFIELD *Beyond the Tariff. Human Rights and the release of life sentence prisoners*. Devon, Willan Publishing, 2002 pp. 30 e sss; e PONCELA, *La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?* CARTUYVELS, DUMONT, OST, VAN DE KERCHOVE, VAN DROOGHENBROECK (a cura di), Bruxelles, Bruylant, 2007 pp. 366–367.

⁴³ Idem § 74.

⁴⁴ Nelle parole della Corte, al § 75 della sentenza Léger: la Corte ha giudicato in effetti, a proposito di una pena all'ergastolo, che «nel momento in cui è stato soddisfatto l'elemento punitivo della sentenza, qualsiasi mantenimento della detenzione debba essere motivato da considerazioni di rischio e pericolosità » (§ 80) le quali sono tuttavia legate «agli obiettivi della sentenza inflitta originariamente per omicidio » (§ 87). Inoltre, l'elemento della pericolosità può, per sua natura, evolversi nel corso del tempo (decisione Weeks citata in precedenza, § 16).

pertanto la valutazione del rischio deve necessariamente passare anche per la determinazione del grado di minaccia rappresentato in un dato momento da un dato soggetto. La diminuzione del fattore pericolosità (con conseguente diminuzione del fattore rischio) determina un aumento della speranza del detenuto (che può essere vista come la possibilità normativa di vedere trasformata la detenzione in qualcos'altro): è la sua capacità di evolvere a rendere in definitiva auspicabile una certa flessibilità dell'esecuzione della pena. Il segmento finale della pena, quello che tende principalmente a valutare il grado di pericolosità del soggetto, può così per i giudici europei subire una metamorfosi, trasformandosi in libertà⁴⁵.

Da quanto visto, il venire meno o l'affievolimento del rischio e della pericolosità di un detenuto cui non segua la sua libertà rende la detenzione sicuramente incompatibile con la Convenzione sotto il profilo della sua legalità ai sensi dell'articolo 5 § 1 lett a)⁴⁶. Sebbene non sia espressamente affermato dai giudici europei, l'immutabilità di una pena che abbia soddisfatto sia le esigenze repressive che quelle di difesa sociale pone problemi anche sotto il profilo della sua umanità ai sensi dell'articolo 3⁴⁷.

Nel caso *Léger*, la Corte, verificato che dal 1979 “ e cioè dopo quindici anni [di detenzione, il ricorrente], ha avuto la possibilità di presentare richiesta di liberazione condizionale ad intervalli regolari e con il rispetto delle garanzie processuali” ha concluso che “il ricorrente non può affermare di essere stato privato di tutte le speranze di ottenere una trasformazione della sua pena, che non era rigida né de iure né de facto”⁴⁸. Da qui, la affermazione di non violazione dell'articolo 3 della Convenzione in quanto l'esecuzione della pena non ha integrato gli estremi del trattamento disumano e degradante.

La sentenza della Corte non è esente da rilievi critici. In primo luogo, desta perplessità la sbrigativa motivazione data per spiegare la non violazione di una così lunga detenzione con la previsione convenzionale. La motivazione della Corte può così sintetizzarsi: il ricorrente non è mai stato privato della speranza, quindi la pena non è diventata disumana.

Inoltre, è palese la contraddizione in cui sono incorsi i giudici tra la ricostruzione di una teorica della pena e la sua applicazione al caso di specie. Infatti, dalle precedenti decisioni (sia pure

⁴⁵ Il richiamo alla una flessibilità dell'esecuzione della pena nella suo momento finale è ripreso dalla Corte nel caso *Gardel c. Francia*, sentenza del 17 dicembre 2009, in cui si sottolinea come (§ 64) le politiche criminali in Europa (...) accordano, accanto alla repressione, una importanza crescente alla finalità del reinserimento, in particolare nel periodo finale di una lunga pena detentiva. Una positiva risocializzazione presume, in particolare, la prevenzione della recidiva.

⁴⁶ Corte europea, sentenza *Léger* § 71 – 77, e § 91.

⁴⁷

⁴⁸ Corte europea, sentenza *Léger* § 92.

tutte di irricevibilità, e tutte richiamate nel caso in esame) sembrava delinearci, attraverso il richiamo del criterio della speranza, una politica orientata verso un sistema di pena flessibile nella fase esecutiva. La speranza poteva leggersi come la possibilità normativa concessa al detenuto di agire per costruire la propria libertà, attraverso, evidentemente, una riduzione del fattore pericolosità. La detenzione sembrava quindi concepita come tendente verso obiettivi sia di retribuzione sia di “rieducazione”. Per la Corte, quindi, la pena della detenzione a vita ben può essere “in astratto” prevista purché il sistema preveda la sua possibile modificazione.

Tale assunto si pone, d’altra parte, in armonia con la preferenza accordata in sede europea⁴⁹ alla liberazione condizionale proprio per la sua capacità, in presenza di date condizioni e dopo l’espiazione di determinati periodi, di incidere sul giudicato quoad poenam, trasformando la detenzione in libertà.

Nella sentenza Lèger sembra assistersi ad un cambiamento di prospettiva, in cui le finalità “rieducative” continuano ad avere un senso, non perché finalizzate alla trasformazione della detenzione in libertà, ma perché rendono più umana la pena da scontare, continuando ad alimentare quella speranza di libertà. Le esigenze di difesa sociale, di cui il reinserimento del reo è un aspetto, diventano in tal modo fini secondari della pena. Alla pena è allora riconosciuto, principalmente una funzione di retribuzione cui si affianca una funzione di neutralizzazione del reo. Sarebbe stato senz’altro preferibile, come ha scritto il giudice Fura Sandström nella sua opinione dissenziente, che la Corte avesse fatto un passo in avanti e, forte del consenso esistente nella maggior parte dei Paesi europei in tema di liberazione condizionale⁵⁰, avesse effettivamente assegnato a tale strumento il compito di dare attuazione a quella speranza che nelle parole della Corte rende la pena detentiva di

⁴⁹Si pensi alla Risoluzione 76 (2) del Comitato dei Ministri sul trattamento dei detenuti in detenzione di lunga durata, in cui si legge, tra l’altro, che gli si raccomanda agli Stati:

“9. di assicurarsi che i casi di tutti i detenuti saranno esaminati non appena possibile per verificare se una liberazione condizionale può essere loro accordata; 10. di accordare al detenuto la liberazione condizionale, con riserva delle esigenze legali concernenti il rispetto dei termini, dal momento in cui un esito favorevole può essere formulato, poiché la sola considerazione di prevenzione generale non può giustificare il rifiuto della liberazione condizionale; 11. di adattare all’ergastolo gli stessi principi che reggono le pene di lunga durata; 12. di assicurarsi che per le pene all’ergastolo l’esame previsto al n. 9 abbia luogo, ove non già effettuato, al più tardi dopo otto o quattordici anni di detenzione e sia ripetuto periodicamente;”

Nel rapporto generale, il sottocomitato che redasse tale raccomandazione, ritenne:(...) che è inumano imprigionare una persona per tutta la vita senza lasciarle alcuna speranza di liberazione. Una politica di prevenzione della criminalità che accetti di mantenere in prigione un condannato per sempre, allorché non è più un pericolo per la società, non sarebbe compatibile né con i principi attuali di trattamento dei prigionieri durante l’esecuzione della loro pena, né con l’idea di reintegrazione dei delinquenti nella società. Nessuno dovrebbe essere privato della possibilità di una eventuale liberazione; la misura in cui questa possibilità si realizza deve dipendere da un esame prognostico individuale.

Ancora da ricordare sono le Raccomandazione Rec (2003) 22 sulla liberazione condizionale e Rec (2003) 23 sul trattamento dei condannati all’ergastolo e a detenzione di lunga durata del Comitato dei Ministri, ispirate ad una forte esigenza di prevenzione speciale positiva.

⁵⁰ Cfr. sul punto Corte, sentenza Lèger § 46.

lunga durata tollerabile e quindi umana.

La Corte – o meglio la maggioranza dei giudici – non ha cambiato orientamento né metodologia argomentativa nelle successive pronunce.

Così, riprendendo l'argomentazione secondo cui la pena dell'ergastolo non è incompatibile con la previsione di cui all'art. 3 nei limiti in cui l'ordinamento lasci vivere la speranza nel condannato, de iure o de facto, di sua mutazione in libertà, nel caso *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, la Grande camera concludeva, ancora una volta, per la non violazione dell'articolo in esame, in considerazione del previsto potere del Presidente della repubblica, su proposta del Procuratore generale di, sospendere, graziare o sostituire le pene inflitte da un tribunale⁵¹. Ancora una volta, quindi, l'esistenza di una fiammella, non importa quanto flebile, è stata considerata sufficiente ad alimentare una speranza di libertà⁵²

In alcune sentenze del 2012, in cui nessuna violazione è stata riscontrata, la Corte è tornata ad occuparsi del problema della compatibilità dell'ergastolo con l'art. 3 della Convenzione, sviluppando ulteriormente le proprie argomentazioni in materia.

In particolare, nel caso *Vinter e altri c. RU*, dopo aver operato una suddivisione tra le tipologie di ergastolo riscontrabili negli ordinamenti europei⁵³, la Corte, riprendendo le argomentazioni già sostenute nel caso *Lèger*, riafferma che è l'immutabilità della pena a poter essere lesiva della dignità umana e che, quindi, la violazione del divieto di pena disumana e degradante di cui alla disposizione in esame può ravvisarsi quando: a) la detenzione continui anche quando siano state soddisfatte le funzioni della pena (indicate in punizione, prevenzione, tutela della collettività e risocializzazione) e b) non sia possibile, de iure e de facto, la trasformazione dell'ergastolo in libertà. Non essendo stata soddisfatta, per nessuno dei ricorrenti, la prima delle tre condizioni⁵⁴, i giudici europei non si sono interrogati sulla effettiva possibilità di diminuzione o commutazione dell'ergastolo nell'ordinamento inglese.

⁵¹ Corte, *Kafkaris* cit. § 102.

⁵² Sul punto, i giudici notano come, dalle osservazioni delle parti, risulti che a seguito di intervento del Presidente della Repubblica sono stati liberati nove detenuti nel 1993 e due nel 1997 e nel 2005 (§ 103).

⁵³ Corte, *Vinter* cit. § 91 in cui i giudici distinguono: la reclusione a vita con possibilità di liberazione dopo un periodo minimo di detenzione; la detenzione a vita con possibilità di valutazione discrezionale sulla liberazione condizionale e la detenzione a vita obbligatoria senza possibilità di liberazione condizionale. Il discrimine tra queste due ultime tipologie di ergastolo è ravvisato nella possibilità (o meno) del giudice di valutare la rimessione anticipata in libertà in presenza di determinate circostanze.

⁵⁴ I giudici notano in proposito come: il primo ricorrente avesse scontato solo tre anni di reclusione per un omicidio particolarmente efferato, commesso, tra l'altro, mentre si trovava in stato di liberazione condizionale; e gli altri ricorrenti, sebbene avessero già scontata rispettivamente 26 e 16 anni di reclusione, avevano visto la propria posizione valutata dalla High Court di recente con constatazione che le finalità (punitiva e repressiva) della pena non potevano ancora dirsi soddisfatte.

In sintesi, dall'analisi della giurisprudenza, sembra persistere una certa ambiguità nelle argomentazioni della Corte che pur non escludendo che in talune circostanze la detenzione a vita possa porre problemi di compatibilità con l'art. 3 non riesce poi, nella sua prassi, dare concreta applicazione a quei principi pur in presenza di periodo di detenzione oggettivamente lunghi.

Sul punto, è interessante notare come l'orientamento del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) sia sicuramente di maggiore chiarezza. In un recente Rapporto relativo alla visita effettuata in Svizzera⁵⁵, il Comitato - sebbene nel diverso contesto dell'internamento psichiatrico - ha sottolineato come, in caso di condanne a vita, sia fondamentale il permanere della speranza di essere liberati. Al contrario, nella parole del Comitato, detenere una persona a vita senza una concreta speranza di liberazione costituisce trattamento disumano e degradante⁵⁶.

2.3. La pena di morte.

All'articolo 2, la Convenzione espressamente ammette la pena di morte limitandosi a circondarla di garanzie giurisdizionali⁵⁷. Una scelta abolizionista, in seno al Consiglio d'Europa è stata effettuata apertamente, in un primo momento, con il Sesto protocollo addizionale alla Convenzione del 28 aprile 1983, concernente l'abolizione, in tempo di pace, della pena di morte. E, quindi, con l'adozione del tredicesimo Protocollo addizionale alla Convenzione del 3 maggio 2002⁵⁸, che abolisce la pena di morte, senza possibilità di deroghe o riserve da parte degli Stati aderenti⁵⁹.

⁵⁵ CPT/Inf (2012) 26, Rapporto sulla visita effettuata in Svizzera dal 10 al 20 ottobre 2011.

⁵⁶ A sostegno della propria argomentazione il CPT rinvia sia alla Raccomandazione Rec (2006) 2 del Comitato dei ministri, dell'11 gennaio 2006, sulle Regole penitenziarie minime che alla Raccomandazione Rec (2003)22 del Comitato dei ministri del 24 settembre 2003, sulla liberazione condizionale. Tali atti indicano chiaramente che le legislazioni nazionali devono prevedere *la possibilità per tutti i detenuti, compresi quelli condannati all'ergastolo, di beneficiare della liberazione condizionale*. Il Comitato sottolinea, quindi, come a sostegno di tali raccomandazioni ci sia proprio l'esigenza di garantire *la speranza* di essere liberati.

⁵⁷ Discende dal combinato disposto degli articoli 2, 6 e 7 della Convenzione che la pena capitale, quando ammessa, doveva rispettare le garanzie imposte dal principio di legalità dei reati e delle pene e quelle contemplate in tema di cd. giusto processo. Cfr. in questo senso, Corte, sentenza Ócalan c. Turchia del 12 maggio 2005. Su tale sentenza si rinvia a CARRELLO – SALCEDO, *La peine de mort peut-elle être considérée, en soi, en l'absence d'autres éléments comme une peine inhumaine et dégradante* in AMSELEK (a cura di), *Mélanges en hommages* cit. pp. 385 e ss.

⁵⁸ Il Protocollo è entrato in vigore il 1° luglio 2003, al raggiungimento della decima ratifica. Alla data del 22 aprile 2007, pur avendolo firmato il 2 maggio 2002, l'Italia non l'ha ancora ratificato.

⁵⁹ In realtà, come è espressamente detto nel rapporto esplicativo al tredicesimo Protocollo, in seguito all'adozione del Protocollo n. 6, l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha sempre chiesto agli Stati che presentavano richiesta di adesione all'organizzazione europea di impegnarsi ad adottare una moratoria dell'esecuzione delle eventuali condanne a morte pronunciate dai tribunali nazionali. E nel 1994 con la risoluzione n. 1044, ha espressamente invitato tutti gli Stati che non l'avessero ancora fatto a ratificare il protocollo n. 6 relativo all'abolizione della pena di morte.

Non si riscontrano per il momento, decisione della Corte di applicazione delle disposizioni contenuti in tali Protocolli. Tutte le decisioni che hanno avuto ad oggetto questioni relative alla pena di morte sono fondate ancora su articoli della sola Convenzione.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata, per la prima volta, sulla pena capitale nel 1989 con la sentenza *Soering*⁶⁰ in cui si è soffermata, in particolare, sui rapporti tra tale sanzione penale e l'articolo 3 della Convenzione⁶¹.

Una rapida sintesi dello svolgimento della vicenda, certamente assai nota, è necessaria per illustrare il modo in cui la Corte ha, inizialmente, affrontato il problema della pena di morte⁶².

Soering, giovane cittadino della Repubblica federale di Germania, commette, con la complicità della ragazza, un duplice omicidio, uccidendo, con numerose coltellate, i genitori di questa. Fuggiti in Inghilterra, vengono qui arrestati per reati contro il patrimonio. Tanto gli Stati Uniti quanto la Repubblica federale di Germania chiedono al Regno Unito l'extradizione di *Soering*. Trattandosi di reato per cui, senza dubbio, *Soering* rischia la pena capitale, il governo britannico chiede alle autorità statunitensi, a norma del trattato anglo - americano di estradizione del 1972, che nel caso di irrogazione della pena capitale, questa non venga eseguita. Quale assicurazione, il procuratore competente si impegna a segnalare al giudice, al momento della determinazione della pena, che il Regno Unito si augura che la pena di morte non sarà inflitta. Il Ministro dell'Interno inglese - ritenendo evidentemente sufficienti le garanzie ricevute - dispone il provvedimento di concessione dell'extradizione verso gli Stati Uniti. *Soering* aveva, nel frattempo, presentato ricorso agli organi di Strasburgo lamentando la violazione degli articoli 3, 6 e 13 della Convenzione.

⁶⁰ Corte, *Soering*, cit.

⁶¹ La Commissione si era confrontata con la pena di morte nel caso *Kirkwood*, Commissione, *Kirkwood c. Regno Unito*, 1985 DR 158 p.184, dove, per la prima volta, considerò la possibilità che la pena capitale, sebbene consentita dall'articolo 2 § 1 della Convenzione, potesse porsi in contrasto con le previsioni dell'articolo 3. Sull'influenza esercitata dalla sentenza *Soering* sulla giurisprudenza di altri organismi giudiziari o quasi giudiziari internazionali, cfr., tra gli altri, LILICH, *Harmonizing Human Rights Law Nationally and Internationally: the Death Row Phenomenon as a Case Study*, in *Saint Louis University Law Journal*, 1996, p.701 e ss.

⁶² La letteratura sul caso *Soering* è vasta. cfr. MAROTTA, *Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione. Considerazioni sulla sentenza Soering* in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 439 e ss; DAMATO, *Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ibidem, 1991, p. 648; DEWITT, *Extradition Enigma: Italy and Human Rights vs America and the Death Penalty*, in *Catholic University Law Review*, 1998, pp. 535 e ss; ROECKS, *Extradition, Human Rights, and the Death Penalty: when Nations Must Refuse to Extradite a Person Charged with a Capital Crime*, in *California Western international law Journal*, 1994, v. 25 p. 189 e ss; SHEA, *Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases after Soering*, in *Yale Journal International Law*, 1992, v. 87 pp. 85 e ss; BREIRENMOSER, WILMS, *Human Rights v. Extradition: the Soering Case* in *Michigan Journal International Law*, v. 11 Spring 1990, pp. 845 e ss; DONNELLY, *Soering v. United Kingdom: Whether the Continued Use of the Death Penalty in the Unites States Contradicts International Thinking?*, in *New England Journal On Criminal and Civil Confinement*, 1990, 2, pp.340 e ss.; PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 367 e ss; VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, October 1990, pp. 757 e ss.

La Corte, cui il caso era stato sottoposto dalla Commissione, pur rifiutando di affermare che la pena di morte per se integrasse una violazione dell'articolo 3 della Convenzione, ha stabilito che l'extradizione di Soering verso gli Stati Uniti, comportando il serio rischio di trattamenti disumani e degradanti per le sofferenze che il ricorrente avrebbe subito durante la permanenza nel cd. corridoio della morte, era incompatibile con le previsioni dell'articolo 3.

Alla base di tale affermazione si ponevano tre principi concernenti: la responsabilità dello Stato richiesto; la valutazione del rischio di condotta incompatibile con l'articolo 3; e il superamento della soglia di gravità.

Quanto al primo punto, la Corte ha riaffermato, in primo luogo, la responsabilità, ai sensi dell'articolo 3, degli Stati membri in ordine alle prevedibili conseguenze di un'extradizione⁶³ e la necessità di assicurare una tutela concreta ed effettiva dei diritti garantiti dalla Convenzione⁶⁴. La novità della pronuncia è data dall'estensione dell'assunto di cui sopra anche ai casi in cui lo Stato richiedente l'extradizione non sia Parte della Convenzione: lo spirito dell'articolo 3 impone un obbligo implicito per gli Stati contraenti di non estradare verso Paesi in cui vi sia il rischio, per l'estradando, di subire pene o trattamenti disumani o degradanti, indipendentemente dall'essere il Paese di destinazione vincolato o meno ai dettami convenzionali⁶⁵. Immaginando tale responsabilità, non si realizza, per la Corte, un'efficacia extraterritoriale delle previsioni convenzionali. Non si pone alcuna questione di stabilire la responsabilità di uno Stato che non sia parte della Convenzione (nel caso che ci interessa, gli Stati Uniti). La Corte puntualmente ha osservato che non era sua intenzione estendere la propria giurisdizione a comportamenti tenuti dallo Stato richiedente, non membro della Convenzione. L'unica responsabilità in gioco era quella dello Stato parte concedente l'extradizione pur nella consapevolezza del pericolo di violazioni di diritti fondamentali al di fuori della propria giurisdizione⁶⁶. Si trattava, in definitiva, di riaffermare un obbligo a carico dei Paesi membri.

Quanto alla valutazione del rischio, ulteriore dato nuovo, risultato dell'interpretazione evolutiva della Corte, è la presenza di una allegata violazione potenziale e non reale dei diritti garantiti. Si discuteva, cioè, della possibilità che un comportamento non ancora verificatosi potesse risultare

⁶³Tale principio era già stato affermato dalla Commissione in *Kirkwood c. Regno Unito*, 1984, DR 37, p.198 e in *Altun c. Repubblica Federale di Germania*, 1983, DR n. 36.

⁶⁴Corte Soering cit. § 87.

⁶⁵Si ipotizza, in tal modo una responsabilità di tipo concorsuale a carico di uno Stato parte che, consapevolmente, concorre, con altro Stato, alla violazione di diritti fondamentali dell'individuo (Per la correttezza dell'uso di istituti di diritto penale cfr. *VAN DEN WYNGAERT*, Applying cit. p. 761).

⁶⁶Corte Soering § 33 – 34.

incompatibile con i dettami convenzionali.

Prima di verificare se le circostanze connesse all'esecuzione della pena capitale nello Stato della Virginia fossero tali da causare il superamento della soglia di gravità necessario per la configurazione di una delle condotte vietate dall'articolo 3, la Corte si è confrontata, infatti, con la questione dell'esistenza del concreto pericolo per Soering, tornato in Virginia, di condanna alla pena capitale con conseguente permanenza nel cd. corridoio della morte (death row)⁶⁷. Pur nel rispetto del tradizionale ermetismo delle sue decisioni, in Soering la Corte, operando un giudizio sul rischio di violazione, ha provato a compiere un'opera di generalizzazione e ha stabilito che un'extradizione contravveniva all'articolo 3 “quando vi sono consistenti motivi (nella versione francese seri ed accertati motivi) di credere che, se estradato, l'interessato incontrerebbe un reale rischio di essere sottoposto ad un trattamento disumano e degradante nello Stato richiedente”⁶⁸. Il pericolo che una estradizione si traduca nella violazione dell'articolo 3 si accerta, nelle parole della Corte, sulla base della presenza di consistenti motivi. Gli elementi su cui la Corte ha fondato il proprio giudizio sono stati, da una parte, la dichiarazione resa all'udienza dal governo britannico che vi era un rilevante rischio che Soering sarebbe stato condannato e qualche rischio che la pena di morte sarebbe stata comminata e, dall'altra, l'inadeguatezza delle assicurazioni date dalle autorità statunitensi che si erano impegnate a informare il giudice al momento della irrogazione della pena che la Gran Bretagna si opponeva alla imposizione della pena di morte. Nel ritenere che tali elementi avessero un peso maggiore dell'eventuale riconoscimento, da parte delle autorità giudiziarie della Virginia, a Soering delle attenuanti legate alla giovane età ed al suo stato di salute mentale, la Corte ha concluso che vi erano “consistenti motivi di credere che Soering correva un reale rischio di essere condannato a morte e dunque di subire la sindrome del braccio della morte”⁶⁹. La misura rilevante del rischio di subire un trattamento vietato sembra, allora, essere, per la Corte quello della probabilità, con relativo obbligo a carico dello Stato richiesto di dimostrare che la violazione della Convenzione nello Stato richiedente è altamente improbabile⁷⁰.

La Corte ha riaffermato, infine, che la sindrome del braccio della morte costituiva trattamento o pena disumana e degradante ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. Nella sua statuizione,

⁶⁷ Già nel caso Campbell, la Corte aveva ritenuto che il timore di una condotta vietata potesse violare l'articolo 3 solo nel caso di sua immediata e reale verifica, senza però fornire indicazioni circa i criteri di valutazione da utilizzare per apprezzare la sussistenza del rischio di violazione della Convenzione

⁶⁸ Corte, Soering cit. § 90.

⁶⁹ Corte Soering cit. § 98

⁷⁰ Sul grado di probabilità del rischio cfr. anche SHEA, Expanding cit. p.108; LILLICH The Soering Case in The American Journal of International Law 1991, v. 85 p. 140 e QUINGLEY, SHANK Death Row as a Violation of Human Rights: Is It Illegal to Extradite to Virginia? In Virginia Journal of International Law, 1989, v. 30 p.255.

l'organo di controllo ha ritenuto che la pena capitale in sè fosse compatibile con il divieto di tortura di cui all'articolo 3 e ciò perché una diversa conclusione avrebbe comportato un contrasto tra tale previsione e la lettera dell'articolo 2 par. 1 della Convenzione, laddove i principi interpretativi della Convenzione "esigono che questa sia letto come un unico e quindi, che l'articolo 3 sia interpretato in armonia con l'articolo 2"⁷¹. Rimase pertanto, assolutamente, minoritaria la concorrente opinione del giudice De Mayer, per il quale la legittimità della pena di morte quale eccezione al diritto alla vita stabilita dall'articolo 2 par. 1 della Convenzione doveva essere considerata incompatibile con la coscienza e la pratica legale dei Paesi dell'Europa moderna.

"L'atteggiamento attuale degli Stati contraenti nei confronti della pena di morte" non è stato dalla Corte considerato come fattore per giungere alla qualificazione della pena di morte come tipo di sanzione inumano, ma è stato valutato, insieme al modo in cui la condanna capitale è pronunciata o eseguita, alla personalità del condannato, ad una sproporzione in relazione alla gravità del reato e alle condizioni della detenzione in attesa dell'esecuzione, come elementi per accertare il superamento della soglia tollerabile di sofferenza ed avvilitamento.

La Corte, allora, ha preso in esame dati quali lo stato di salute del Soering, la sua età, le condizioni del regime di sorveglianza nel corridoio della morte, la durata della sua permanenza e la possibilità di estradare Soering verso la Germania per concludere che ciascuno di questi elementi considerati nell'insieme cui danno luogo determina il superamento della soglia di gravità e, quindi, la integrazione di trattamenti e pene disumane e degradanti.

2.3.1. Conseguenze in tema di estradizione ed espulsioni.

I principi affermati nella sentenza Soering, pur riferendosi ad ipotesi di estradizione, sono applicabili anche alle espulsioni ed, in genere, a ogni caso di allontanamento forzato dalla propria giurisdizione operato da uno Stato membro: anche se l'espulsione, al pari dell'extradizione e del diritto di asilo, non è direttamente contemplata dalla Convenzione, la giurisprudenza europea ammette che una decisione di espulsione, di estradizione o di rifiuto di ingresso di uno straniero possono, in casi eccezionali, costituire violazione dell'articolo 3⁷². Anche in tale contesto, il

⁷¹Corte, Soering cit. §103.

⁷² Nella sentenza del 17 gennaio 2012, Harkins e Edwards c. Regno Unito, la Corte – dialogando a distanza con i giudici inglesi che nel caso Wellington v. Secretary of State [2008] UKHL 72 avevano derivato dalla giurisprudenza europea un diverso standard di tutela accordato dall'art. 3 nelle procedure di estradizione e in quelle di espulsione – ha ribadito che la presenza di un reale rischio di trattamento disumano e degradante preclude qualsiasi ipotesi di allontanamento della persona dal territorio dello Stato, quale che sia la forma giuridica data alla misura in questione (extradizione, espulsione o altro) (§ 120). Su questa decisione v. VIGANÒ Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo, in www.penalecontemporaneo.it.

principio affermato in sede europea è la responsabilità dello Stato contraente che espelle un individuo pur in presenza di fondati e seri motivi di credere che quello possa essere sottoposto, nel Paese di destinazione, alla tortura o a trattamenti disumani o degradanti. Sottolineando il carattere assoluto del divieto di tortura, la Corte limita, in tal modo, il diritto degli Stati membri di espellere, o in altro modo allontanare dal proprio territorio, uno straniero per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza nazionale o in seguito a condanna penale⁷³. I fondati e seri motivi di timore di maltrattamenti possono non riscontrarsi quando il Paese di destinazione dia sufficienti garanzie di una adeguata protezione da detti trattamenti. La nozione di adeguata protezione dal rischio di condotte contrarie all'articolo 3 è stata oggetto di un'interpretazione estensiva. Essa configura, in primo luogo, una protezione contro gli atti provenienti dalla autorità pubbliche, quali atti illegali di agenti di polizia, militari o anche atti posti in essere da aderenti a fazioni politiche. Ed implica, altresì, un dovere di protezione nei confronti di atti che possano provenire da individui privati. La Corte, però, perché si possa avere questa estensione di protezione da atti proveniente non soltanto da autorità pubbliche ma anche da privati, ha richiesto la sussistenza di due condizioni: la prova di un reale rischio per l'espulso – e questa prova non si deve confondere con la situazione generale di violenza in cui si trova il Paese di destinazione – e la prova dell'incapacità delle autorità del Paese di rinvio di assicurare una protezione adeguata – incapacità, dice la Corte, che non deve essere confusa con una generica inadeguatezza delle forze di polizia di mantenere l'ordine⁷⁴. Anche le condizioni di salute del soggetto destinatario della decisione di espulsione, o di estradizione, devono essere valutate dalle autorità competenti: i giudici europei hanno, infatti, ritenuto le espulsioni contrarie all'articolo 3 in caso di malattie che nel Paese di destinazione non riceverebbe le adeguate e necessarie cure⁷⁵.

2.3.3. Applicazioni giurisprudenziali in tema di ergastolo.

In alcune sentenze del 2012⁷⁶, infine, la Corte si è pronunciata sulla legittimità convenzionale dell'extradizione di talune persone che nello stato richiedente avrebbero potuto essere condannate alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata.

Nel caso *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, in particolare, i ricorrenti – accusati, tra l'altro, il primo di omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di altro (felony murder) reato e il secondo di omicidio volontario – erano sottoposti ad una richiesta di estradizione verso gli Stati

⁷³cfr., fra le altre, Corte, sentenza *Chahal c. Regno Unito* del 15 novembre 1996, Raccolta 1996, p. 1853 §73 – 74; Corte, sentenza *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, del 30 ottobre 1991, in Serie A 215, p. 34, §103.

⁷⁴cfr. Corte, sentenza *HRL c. Francia*, del 29 aprile 1997, Raccolta 1997, p. 745.

⁷⁵Corte, sentenza *D. c. Regno Unito* del 2 maggio 1997, Raccolta 1997, p.792, § 49.

⁷⁶ Si tratta delle già citate sentenze *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* e *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

Uniti. Analoghi i fatti nel caso Babar Ahmad c. Regno Unito, in cui i ricorrenti erano accusati negli Stati Uniti, di atti di coinvolgimento o di supporto ad attività di terrorismo internazionale.

In entrambe le sentenze, la motivazione in diritto dei giudici europei si snoda attraverso gli stessi passaggi argomentativi che, risentendo, in qualche modo, della (fragile) teorica della pena individuata in precedenti sentenze, operano una distinzione tra momento dell'inflizione e momento finale dell'esecuzione della pena.

In particolare, i giudici europei ancorano una eventuale disumanità dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata ad una sua manifesta non proporzionalità rispetto al reato di cui si è accusati. Nel caso in cui tale pena non possa ritenersi sproporzionata al momento della sua inflizione, una violazione dell'art. 3 potrebbe aversi solo nel caso in cui ricorressero due condizioni (la prova della cui esistenza sussistenza, tra l'altro, è dai giudici posta a carico dei ricorrenti). Così, per i giudici europei, scontato un primo periodo di detenzione – volto evidentemente a soddisfare l'elemento punitivo della sentenza – i ricorrenti devono dimostrare a) che l'ulteriore protrazione della detenzione non sia più funzionale al perseguimento di nessuno dei legittimi scopi della pena (retribuzione, deterrenza, protezione della collettività e risocializzazione), e b) che ciononostante non vi sia alcuna possibilità, de iure o de facto, di essere ammessi ad una liberazione anticipata.

In base a tale test, rilevando, da un lato che l'ergastolo non fosse, in astratto, sproporzionato ai fatti addebitati ai ricorrenti e dall'altro, come gli stessi non avessero fornito adeguata dimostrazione della impossibilità – una volta condannati ed eseguita parte della pena – di liberazione condizionale, i giudici di Strasburgo hanno giudicato che l'extradizione dei ricorrente non violasse l'art. 3 della Cedu⁷⁷.

Sembra, in definitiva, che, analogamente a quanto deciso nel caso Vinter, i giudici europei abbiano aderito ad una formale ricostruzione di speranza (di essere liberati), accontentandosi, ancora una volta, della esistenza normativa della possibilità di non scontare tutta la pena dell'ergastolo.

⁷⁷ Per i casi Harkins e Edward è attualmente pendente il ricorso davanti alla Grande Camera, e, in sentenza, i giudici hanno affermato la validità della misura cautelare accordata a tutti i ricorrenti (concernente, di fatto, il divieto di estradizione a carico delle autorità del Regno Unito) in attesa che le decisioni diventino definitive. Al contrario, pur essendo stato proposto ricorso alla Grande Camera, il caso Babar Ahmed è stato rigettato dal comitato di filtraggio il 24 settembre 2012, e quindi, agli inizi di ottobre del 2012, il ricorrente è stato estradato verso gli Stati Uniti.

2.3.2. Applicazioni giurisprudenziali in tema di esecuzione di pene capitali.

Nelle sentenze Poltoratsky, Kouznetsov, Dankevich, Nazareno, Aliev e Khoklitch⁷⁸ la Corte si è occupata delle condizioni della detenzione nella sezione relativa i condannati a morte ed in tutte le decisioni ha affermato che le condizioni di vita imposte ai ricorrenti nel cd. corridoio della morte costituivano violazione dell'articolo 3⁷⁹.

La Corte ha, in primo luogo, richiamato la propria giurisprudenza secondo cui le sofferenze e le umiliazioni inflitte non devono mai superare quell'inevitabile elemento di sofferenza e di umiliazione connessa ad ogni forma di legittimo trattamento punitivo. Da ciò deriva a carico degli Stati un triplice l'obbligo di assicurare che ogni persona sia detenuta in condizioni tali da rispettare la sua dignità, che le modalità di esecuzione della pena non gli causino angosce e afflizione di una intensità superiore l'inevitabile livello di sofferenze inerenti la detenzione e che, avuto riguardo alle esigenze pratiche della detenzione, salute ed il benessere dei detenuti sia garantito in modo adeguato⁸⁰. Ha poi ricordato che quando è imposta la pena di morte, le circostanze personali del condannato, le condizioni e la lunghezza della detenzione precedente l'esecuzione sono elementi in grado di far rientrare il trattamento e la pena ricevuta nell'ambito dell'articolo 3⁸¹. Nei casi sottoposti alla sua attenzione, la Corte ha constatato - avvalendosi sia del rapporto redatto dai membri della Commissione sia dei rapporti di visita del CPT⁸² - che le condizioni e la durata della detenzione in attesa dell'esecuzione potevano senz'altro rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3. In particolare, i giudici europei hanno sottolineato che per parte della loro detenzione, i ricorrenti avevano trascorso quasi tutte le giornate senza luce del giorno; non avevano beneficiato di nessuna ora d'aria né avevano avuto la possibilità di svolgere un'attività o di avere contatti umani. Per la Corte, tale situazione è stata sicuramente tale da causare sofferenze mentali considerevoli nei ricorrenti tanto da poter far qualificare il trattamento penitenziario inflitto come

⁷⁸ Corte, sentenza Poltoratsky, Kouznetsov, Dankevich, Aliev e Khoklitch c. Ucraina del 20 aprile 2003. Altro profilo di interesse di questa sentenza è l'uso fatto della Corte, soprattutto nella ricostruzione dei fatti, dei Rapporti del CPT concernenti le visite effettuate in Ucraina.

⁷⁹ I casi analizzati dalla Corte – tutti introdotti nel 1997 - riguardavano sentenze di condanna alla pena di morte emesse prima della sentenza della Corte costituzionale ucraina del 29 dicembre 1999 che dichiarava incostituzionale la pena capitale. In attuazione di tale sentenza la legge n. 1483-III del 22 febbraio 2000 stabiliva la commutazione delle condanne capitali in ergastoli.

⁸⁰ Corte, Kouznetsov § 112, Dankevich, § 123, Dankevich, §131, Poltoratsky, § 132, riprendendo, in tutte le decisioni, testualmente quanto detto in Kudla c. Polonia, Grande Camera del 26 ottobre 2000 § 92.

⁸¹ Corte, Kouznetsov § 113, Dankevich, § 124, Dankevich, §132, Poltoratsky, § 133, riferendosi sia alla sentenza Soering cit § 104, sia alle successive sentenze Dougoz c. Greece, del 6 marzo 2001 § 46, Raccolta 2001-II; e Kalashnikov c. Russia, del 15 luglio 2002, Raccolta 2002-VI § 95.

⁸² E' da notare altresì che i criteri di cui la Corte si è avvalsa per valutare le condizioni della detenzione sono gli stessi normalmente utilizzati dai membri del CPT: ampiezza, luminosità e riscaldamento delle celle, regime detentivo comprendente ore trascorre fuori delle celle, corrispondenza e visite familiari.

disumano e degradante.

In tali decisioni, in definitiva, analogamente alla decisione Soering, la violazione dell'articolo 3 è stata ravvisata perché le condizioni materiali della detenzione cui erano sottoposti i detenuti in attesa di esecuzione della pena capitale non erano compatibili con gli standard europei.