

La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)

SOMMARIO

1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 5 § 1 CEDU E DELL'ART. 2 PROT. N. 4 CEDU. IN PARTICOLARE LE NOZIONI CONVENZIONALI DI "PRIVAZIONE" E DI "RESTRIZIONE" DELLA LIBERTÀ PERSONALE. – 1.1. CASISTICA. – 1.2. LE MISURE DI PREVENZIONE ANTE DELICTM. IN PARTICOLARE I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DETENTIVE (ART. 5 § 1 CEDU). – 1.3. I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI PREVENZIONE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE (ART. 2 PROT. N. 4 CEDU). – 2. LA LEGITTIMITÀ DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE. IN PARTICOLARE LA BASE LEGALE. – 2.1. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE. – 3. DEROGA AL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE IN SITUAZIONI DI GUERRA O DI PERICOLO PER LA NAZIONE (ART. 15 CEDU). – 4. LA DETENZIONE A SEGUITO DI CONDANNA (ART. 5 § 1 LETT. A CEDU). – 4.1. LE PENE DETENTIVE. – 4.2. LE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IMPUTABILI. I PRESUPPOSTI DI LEGITTIMITÀ. – 4.2.1. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE RISPETTO ALLO SCOPO LEGITTIMO DI CONTROLLO E DI RIDUZIONE DELLA PERICOLOSITÀ. – 5. LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL FINE DI OTTENERE L'ADEMPIMENTO DI UN OBBLIGO GIURIDICO (ART. 5 § 1 LETT. B CEDU). – 6. LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE FUNZIONALE ALLA TRADUZIONE DINANZI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA (ART. 5 § 1 LETT. C). – 7. LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE NEI CONFRONTI DEI MINORI (ART. 5 § 1 LETT. D). – 8. LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE IN FUNZIONE DI DIFESA SOCIALE. IN PARTICOLARE LE MISURE DI SICUREZZA NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI NON IMPUTABILI (ART. 5 § 1 LETT. E CEDU). – 9. IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ESPULSIONE (ART. 5 § 1 LETT. F CEDU). – 9.1 IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ASILO. – 10. GLI OBBLIGHI DI TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE. – 11. GLI OBBLIGHI PROCEDURALI A FRONTE DELLA SCOMPARSA DI UNA PERSONA DURANTE LA DETENZIONE.

1

L'AMBITO DI APPLICAZIONE
DELL'ART. 5 § 1 CEDU E DELL'ART. 2
PROT. N. 4 CEDU.
IN PARTICOLARE LE NOZIONI
CONVENZIONALI DI "PRIVAZIONE"
E DI "RESTRIZIONE" DELLA
LIBERTÀ PERSONALE

L'art. 5 § 1 Cedu accorda al diritto alla libertà personale una *protezione condizionata*, sotto un duplice versante: da un lato, lo stesso art. 5 § 1 Cedu, dalla lett. a alla lett. f, enumera sei possibili ragioni che possono fondare la *legittima* privazione della libertà personale di un individuo¹; dall'altro, il diritto alla libertà personale è derogabile in situazioni di guerra o di pericolo per la nazione, come previsto dall'art. 15 Cedu².

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 5 § 1 Cedu viene in rilievo innanzitutto nelle ipotesi di privazione della libertà personale da parte delle *autorità statali*, come nel caso di arresto, fermo o detenzione a vario titolo. In alcune recenti pronunce³, peraltro, la Corte europea ha riconosciuto alla norma in parola anche un ambito di

1. Sulla natura esaustiva di tale elenco, cfr., da ultimo, sent. 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito* (ric. n. 13229/03), § 4, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 351.

2. Sulla deroga al diritto alla libertà personale in situazioni di emergenza di cui all'art. 15 Cedu, vedi *infra* § 3.

3. Cfr., sul punto, sent. 14 ottobre 1999, *Riera Blaume c. Spagna* (ric. n. 37680/97) e, in particolare, sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00) relativa al ricovero in una clinica psichiatrica, per volere dei genitori, di una ragazza maggiorenne. In quest'occasione, la Corte europea ha ritenuto la Germania responsabile, seppur indirettamente, della detenzione illegittimamente subita dalla ricorrente.

applicazione “orizzontale” in relazione a condotte poste in essere da parte di *privati cittadini*: per affermare la responsabilità dello Stato, dunque, non è necessario che la violazione dell’art. 5 § 1 Cedu sia stata posta in essere dalle autorità statali, ben potendo la privazione illegittima della libertà personale essere stata realizzata anche da un privato.

Trasponendo in riferimento all’art. 5 § 1 Cedu un principio che costituisce un orientamento ormai consolidato in tema di artt. 2, 3 e 8 Cedu, i giudici europei hanno, infatti, affermato che dalla norma convenzionale discendono in capo a ciascun Paese membro, non solo *obblighi negativi* di astensione, ma anche *obblighi positivi* di intervento: e in particolare, per quel che qui interessa, l’*obbligo di proteggere* l’individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale, tanto nel caso in cui le stesse siano realizzate dalle autorità statali, quanto nell’ipotesi in cui la vittima sia stata “detenuta” da cittadini privati (*private detention*), laddove le autorità competenti *fossero o avrebbero potuto essere a conoscenza di un pericolo effettivo ed immediato per la libertà personale*⁴.

Quanto al ruolo dell’art. 5 § 1 Cedu, la nozione di libertà personale fatta propria dalla Corte europea coincide, in via generale, con quella di *libertà fisica*⁵. Tuttavia, non tutte le condotte che incidono sulla libertà individuale integrano una violazione della norma convenzionale: l’art. 5 § 1 Cedu, infatti, fa espresso riferimento alle sole misure che comportano una “privazione” della libertà e non riguarda le semplici “restrizioni” della libertà di circolazione, che ricadono nell’ambito di applicazione dell’art. 2 Prot. n. 4 Cedu (secondo cui è consentita l’applicazione di misure limitative della libertà purché esse siano conformi alla legge e necessarie ad assicurare la tutela di uno dei controinteressi elencati dalla stessa norma convenzionale, al § 3).

Nella sentenza *Storck c. Germania*⁶ del 2005, la Corte europea ha affermato che una *privazione* della libertà personale si concreta, *sotto il profilo oggettivo*, nell’ipotesi di «*confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time*»⁷; mentre, *sotto il profilo soggettivo*, è necessario che l’internato *non* abbia *acconsentito* alla sua detenzione⁸. A quest’ultimo riguardo, i giudici europei hanno precisato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno qualora una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa in quanto il consenso alla detenzione è sempre revocabile e che tale eventualità non elimina il dovere degli organi statali di controllare la legittimità della privazione della libertà subita dalla vittima⁹.

Sotto il *profilo oggettivo*, invece, la qualificazione di una misura come “privativa della libertà” dipende dalla *situazione concreta* sottoposta all’esame della Corte e non dalla qualificazione giuridica di tale misura nell’ordinamento nazionale. Al fine di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali ed evitare gli effetti di una possibile “frode delle etichette”, infatti, la giurisprudenza europea ha da tempo fatto propria una *nozione autonoma* di “privazione” della libertà.

Nel diritto di Strasburgo *la differenza tra privazione e semplici limitazioni della libertà personale*, è semplicemente «una differenza di grado e d’intensità, non di natura o di contenuto»¹⁰. I criteri utilizzati dalla Corte europea – a partire dal *leading case Guzzardi*

4. Il principio è stato riconosciuto nel già citato caso *Storck*, § 102, in cui i giudici europei hanno affermato che lo Stato «*is obliged to take measures providing effective protection of vulnerable persons, including reasonable steps to prevent deprivation of liberty of which authorities have or ought to have knowledge*». Sugli obblighi positivi, cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, Torino, 2008, pp. 222-228 e, soprattutto, A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004. Sugli obblighi che derivano in particolare dall’art. 5 § 1 Cedu, cfr. ancora A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., pp. 68-79 e D.J. HARRIS-M. O’ BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 129 ss.

5. Sulla nozione di libertà personale, cfr. sent. 18 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ric. nn. 5100/71).

6. Sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00).

7. *Ibid.*, § 74.

8. *Ibid.*, § 74.

9. *Ibid.*, § 75.

10. Sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 93

*c. Italia*¹¹ del 1980 – per stabilire se ci si trovi di fronte ad una privazione (e non a una limitazione) della libertà, sono di tipo *quantitativo* e riguardano «il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta».

Una privazione della libertà si realizza senza dubbio ove la libertà fisica venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo (come nel caso di arresto, fermo e detenzione a vario titolo). La Corte europea, peraltro, potrebbe giungere a ritenere integrata una privazione della libertà anche nel caso in cui l'interessato fosse sottoposto a vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione e alla sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine.

Così nel già citato caso *Guzzardi*¹², i giudici europei hanno concluso che le restrizioni imposte alla libertà di circolazione del ricorrente, attraverso la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, avessero comportato una privazione della sua libertà personale. Essi hanno rilevato, in particolare, che il ricorrente era stato costretto a soggiornare in un piccolo villaggio dell'Asinara; era stato sottoposto alla vigilanza continua dell'autorità di polizia e aveva potuto avere contatti solo con la propria famiglia e con gli agenti di polizia addetti al servizio di sorveglianza. Al riguardo si sottolinea come i giudici europei, nel riconoscere che le misure di prevenzione applicata nei confronti del ricorrente aveva comportato una privazione della sua libertà, hanno tenuto in considerazione, non solo l'incidenza delle prescrizioni imposte sulla libertà fisica del medesimo, ma anche la condizione di emarginazione in cui questi si era venuto a trovare in seguito alla loro applicazione. In questo senso, si potrebbe osservare che, a mano a mano che la misura imposta risulta meno afflittiva della libertà fisica in senso stretto, la Corte tende a prendere in considerazione anche altri fattori che riguardano la libertà personale in senso lato.

Per contro, nel caso *Raimondo c. Italia*¹³ – in cui il ricorrente era stato anch'egli sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, con l'obbligo di non lasciare la propria abitazione prima delle 7 del mattino e di non rincarare più tardi delle 21 e di presentarsi alla polizia in certi giorni – la Corte europea ha ritenuto che le prescrizioni imposte fossero meno afflittive rispetto a quelle applicate nei confronti del ricorrente nel caso *Guzzardi* e, pertanto, ha concluso che la misura in questione avesse comportato una restrizione (e non una privazione della libertà personale).

1.1 CASISTICA

La giurisprudenza del triennio 2008-2010 offre un quadro interessante d'ipotesi in cui la Corte europea è stata chiamata a valutare se le misure applicate nei confronti dei ricorrenti integrassero una privazione della libertà personale, ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, oppure una semplice restrizione della libertà, rilevante ai sensi dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

Giova, innanzitutto, osservare che la Corte, nei casi in cui l'individuo sia stato sottoposto a coercizioni fisiche e al controllo diretto di terzi sui propri movimenti, è progressivamente giunta, attraverso una giurisprudenza evolutiva dell'art. 5 § 1 Cedu, a considerare non rilevante la durata delle prescrizioni imposte¹⁴.

Sotto questo profilo, presenta profili di interesse la sentenza *Gillan e Quinton c. Regno Unito*¹⁵, in cui la Corte ha qualificato come *privazione* della libertà personale il *fermo di breve durata* (una trentina di minuti) subito dai ricorrenti, che, durante una esposizione di armi a Londra nel settembre 2003, erano stati bloccati e perquisiti sul posto da

11. Ibid., §§ 92-93

12. Sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*.

13. Sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* (ric. n. 12954/87). Sul punto, v. nota 41.

14. Il principio è stato affermato per la prima volta nella dec. 7 ottobre 1976 (Commissione), *X e Y c. Svezia*, relativa alla detenzione di uno straniero protrattasi per un'ora in vista dell'espulsione.

15. Sent. 12 gennaio 2010, *Gillan e Quinton c. Regno Unito* (ric. n. 4158/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 749. Sull'applicabilità dell'art. 5 § 1 Cedu in caso di fermo di breve durata, v. anche sent. 24 giugno 2008, *Foka c. Turchia* (ric. n. 28940/95).

alcuni agenti di polizia, in forza dei poteri previsti dagli artt. 44 e 45 del *Terrorism Act* del 2000 e dell'autorizzazione precedentemente rilasciata dall'autorità amministrativa, come previsto dall'art. 46 della stessa legge. I giudici di Strasburgo non hanno, infatti, ritenuto condivisibile la decisione della *House of Lords*, che aveva escluso un'interferenza nella libertà personale dei ricorrenti, in virtù della breve durata e della scarsa gravità dell'episodio. E in particolare, nel riconoscere che i ricorrenti avevano subito una privazione della libertà personale, essi hanno escluso che potesse essere attribuita qualsiasi tipo di rilevanza alla circostanza che la privazione della libertà dei ricorrenti si fosse protratta solo per pochi minuti e hanno sottolineato, invece, come un eventuale rifiuto da parte dei ricorrenti di rimanere sul posto e di subire la perquisizione avrebbe integrato un reato, per il quale è previsto l'arresto in flagranza. Peraltro, i giudici di Strasburgo, alla fine, hanno rinviato l'apprezzamento sulla violazione della Convenzione all'esame svolto sotto il profilo dell'art. 8 Cedu, anch'esso ritenuto applicabile¹⁶.

In termini anche la più recente sentenza *Iskandarov c. Russia*¹⁷ del settembre 2010 in materia di *extraordinary renditions*. In quest'occasione, la Corte ha affermato che il *trasporto coattivo* del ricorrente, dalla Russia al Tajikistan, da parte delle forze dell'ordine russe, a bordo di un *velivolo*, aveva comportato una vera e propria *privazione* della libertà personale, a nulla valendo l'obiezione del governo russo secondo cui il ricorrente era rimasto sotto il controllo dei militari russi solo per *poche ore*¹⁸.

Si segnala, poi, la sentenza della grande camera *Medvedev e altri c. Francia*¹⁹ del marzo 2010, relativa all'*abbordaggio e al successivo dirottamento* verso il porto francese di Brest da parte della marina francese di una *nave cargo*, battente bandiera cambogiana, sospettata di trasportare sostanze stupefacenti. La Corte, riconosciuta in via preliminare la propria competenza *ratione loci*²⁰, ha qui ritenuto che le condizioni dei membri dell'equipaggio fossero equivalse, di fatto, a una *privazione* della libertà personale, dal momento che essi erano stati sottoposti durante la traversata allo stretto controllo dei militari francesi ed erano stati costretti alla navigazione forzata.

La Corte europea, invece, ha ritenuto integrata una mera *restrizione* della libertà personale in due pronunce rese contro l'Italia in materia di misure di prevenzione e di misure di sicurezza. Nella decisione *Cipriani c. Italia*²¹, la Corte ha escluso che l'imposizione nei confronti del ricorrente della misura di prevenzione dell'*obbligo di presentarsi settimanalmente alla polizia giudiziaria e del divieto di allontanarsi dal comune di residenza* avesse comportato una *privazione* della sua libertà personale. A conclusioni simili la Corte è pervenuta nella successiva sentenza *Villa c. Italia*²², nella quale i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che l'applicazione nei confronti del ricorrente della misura di sicurezza della *libertà vigilata* – comportante il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso; l'obbligo di presentarsi al commissariato di polizia una volta al giorno e la sospensione della patente di guida e del passaporto – avesse integrato una semplice *restrizione* della sua libertà di circolazione.

16. Sul punto, cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-10 Cedu)*, in questa *Rivista*, § 5.2.

17. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1873. Per un esame approfondito della pronuncia, cfr. altresì A. COLELLA, *Dalla Corte di Strasburgo una severa condanna delle "extraordinary renditions"*, pubblicato su questa *Rivista* in data 6 novembre 2010. Sulla pratica delle *extraordinary renditions*, vedi anche la dec. 6 luglio 2010, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (ric. n. 24027/07, 11949/08 e 36742/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1815, relativa all'extradizione negli Usa di quattro ricorrenti, tre inglesi e uno egiziano, sospettati di aver compiuto atti preparatori di attentati terroristici contro obiettivi statunitensi.

18. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1873, § 140.

19. Sent. 29 marzo 2010 (grande camera), *Medvedev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 774, in cui la grande camera ha ribadito *sostanzialmente* le statuizioni assunte nella precedente sent. 10 luglio 2008, *Medvedev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1301.

20. Sul punto, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: l'ambito di applicazione dei diritti convenzionali (art. 1 Cedu)*.

21. Dec. 30 marzo 2010, *Cipriani c. Italia* (ric. n. 22142/07), § 3.

22. Sent. 20 aprile 2010, *Villa c. Italia* (ric. n. 19675/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1297.

1.2

LE MISURE DI PREVENZIONE ANTE DELICTUM. IN PARTICOLARE I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DETENTIVE (ART. 5 § 1 CEDU)

La distinzione tra misure privative e misure meramente restrittive della libertà personale è *cruciale* quando si tratta di misure di prevenzione *ante delictum*. Com'è noto, infatti, la Convenzione EDU consente la privazione della libertà personale in funzione di difesa sociale solo nei confronti di determinate categorie di soggetti²³: conseguentemente viola l'art. 5 § 1 Cedu l'imposizione di misure di prevenzione *ante delictum* nei confronti di soggetti diversi da quelli espressamente menzionati dalla norma convenzionale, qualora – in base alle circostanze del caso concreto – si debba ritenere che la misura ordinata comporti una vera e propria privazione della libertà del sottoposto.

Se il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso, l'obbligo di presentarsi al commissariato di polizia una volta al giorno e la sospensione della patente di guida e del passaporto nel diritto di Strasburgo vengono pacificamente ritenuti mere restrizioni della libertà di circolazione, il *problema* si pone, invece, con riferimento all'imposizione dell'*obbligo di soggiorno nella propria abitazione*.

Va, peraltro, rilevato come la Corte europea sia ormai costante nel ritenere che integri una *privazione* della libertà personale l'imposizione dell'*obbligo di restare a casa per l'intera giornata*, anche nel caso in cui la polizia non eserciti controlli rigorosi e il soggetto possa in qualsiasi momento allontanarsi impunemente dalla propria abitazione²⁴.

Problematica risulta, invece, la qualificazione dell'obbligo di soggiornare nella propria abitazione per un periodo *inferiore alle ventiquattro ore* al giorno.

Nella decisione *Trijonis c. Lituania*²⁵ del marzo 2005 – relativa all'imposizione dell'obbligo di soggiornare nella propria dimora – la Corte ha escluso che le restrizioni imposte al ricorrente integrassero una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu perché questi era stato obbligato a soggiornare nella propria dimora ed era stato autorizzato ad assentarsi durante i giorni feriali al fine di esercitare un'attività lavorativa.

Nel caso *Trijonis*²⁶, la Corte europea ha attribuito, ai fini della qualificazione dell'obbligo di soggiornare nella propria abitazione come misura meramente restrittiva della libertà, un peso determinate alla circostanza che all'interessato fosse stata riconosciuta la possibilità di risiedere nella propria abitazione insieme ai propri familiari e di svolgere un'attività lavorativa. Sembra, allora, condivisibile l'osservazione secondo cui dalla citata pronuncia potrebbe trarsi il principio per il quale non si può ritenere integrata una privazione della libertà personale laddove al sottoposto venga concesso di mantenere un normale equilibrio nella propria vita privata e lavorativa²⁷. Ci si può chiedere, tuttavia, se una tale conclusione possa essere messa in discussione alla luce della successiva sentenza *Storck c. Germania* del giugno 2005, nella quale, come si ricorderà, la Corte europea ha affermato che si configura una privazione della libertà nell'ipotesi in cui l'individuo venga costretto «*in particular restricted space for a not negligible length of time*»²⁸. Si è sostenuto²⁹, infatti, che laddove si dovesse riconoscere a tale principio validità generale, si dovrebbe concludere nel senso che anche l'imposizione dell'obbligo di restare nella propria abitazione integri una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, anche qualora tale obbligo venga imposto per un periodo inferiore alle 24 ore al giorno. In caso contrario, infatti, si finirebbe con l'attribuire una differenza nella

23. In particolare, la privazione della libertà personale per finalità di difesa sociale è consentita se si tratta di «una persona capace di diffondere una malattia contagiosa, di un pazzo, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo» (art. 5 § 1, lett. e); e se si tratta di impedire «a una persona di entrare nel territorio clandestinamente» o se si tratta di una persona «contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione» (art. 5 § 1, lett. f).

24. Cfr. sent. 30 marzo 2006, *Pekov c. Bulgaria* (ric. n. 50358/99), § 73, in cui la Corte ha rigettato l'eccezione del Governo bulgaro secondo cui il ricorrente non era stato privato della libertà personale in quanto non era sottoposto a controlli da parte della polizia e conseguentemente avrebbe potuto allontanarsi impunemente dalla propria abitazione.

25. Dec. 17 marzo 2005, *Trijonis c. Lituania* (ric. n. 2333/02).

26. *Trijonis*, cit.

27. In questo senso, v. anche D.J. HARRIS-M. O'BOYLE- C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 125.

28. Sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00), § 74.

29. Sul punto, cfr. D.J. HARRIS- M. O'BOYLE- C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 125.

valutazione del contenuto affittivo della misura ordinata in considerazione del solo fatto che il sottoposto sia stato costretto a soggiornare nella propria abitazione, anziché in un istituto pubblico (nel caso *Storck*, lo ricordiamo, la ricorrente era stata ricoverata in una clinica psichiatrica).

Dalla giurisprudenza sopra esaminata emerge come la questione della natura (privativa o restrittiva della libertà) delle misure che comportano l'obbligo di soggiorno nella propria abitazione sia estremamente controversa: dunque, una pronuncia chiarificatrice della Corte in merito ai criteri di valutazione del contenuto affittivo delle misure restrittive della libertà finalizzate alla prevenzione dei reati è fortemente auspicabile.

Quanto alle ripercussioni della giurisprudenza europea in tema di qualificazione di una misura come privativa (oppure restrittiva) della libertà personale sugli ordinamenti interni si segnalano due recenti pronunce della *House of Lords*³⁰ inglese che affrontano il problema della compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu dei c.d. *non derogating control orders*, delle misure di prevenzione personali applicabili nei confronti di soggetti sospettati di attività terroristica sulla base di prove confidenziali³¹. Nel primo caso³² i sei ricorrenti, cittadini iracheni, erano stati assoggettati all'obbligo di non allontanarsi dalla propria dimora (un appartamento composto di un'unica stanza fornito dall'autorità locale o dal *National Asylum Support Service*) per diciotto ore al giorno. Durante le ore del coprifuoco, era stato vietato loro di recarsi nelle parti comuni dell'edificio in cui si trovavano gli appartamenti nonché di avere visite senza l'autorizzazione del Ministero dell'Interno. Mentre, durante le sei ore (dalle dieci del mattino alle quattro del pomeriggio) in cui potevano lasciare la propria abitazione, essi erano stati obbligati a restare nell'ambito di un perimetro di 72 kmq; ad indossare il braccialetto elettronico e a comunicare alla polizia l'orario di uscita e di ritorno a casa. Infine, avevano ricevuto il divieto di utilizzare qualsiasi apparecchio di telecomunicazione, eccetto un telefono fisso sotto controllo della polizia, e gli era stato concesso di accedere in maniera limitata ai propri conti bancari. L'*House of Lords*, richiamando la pronuncia della Corte europea nel caso *Guzzardi*³³, ha concluso che le suddette restrizioni alla libertà di circolazione cumulate tra di loro nel caso concreto comportassero una vera e propria *privazione* della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu. Conseguentemente, i giudici inglesi hanno accolto il ricorso affermando che la privazione della libertà dei ricorrenti nel caso di specie non era stata giustificata da nessuno dei casi tassativi previsti dall'art. 5 § 1 Cedu.

Nel secondo caso³⁴, invece, i ricorrenti erano stati obbligati a restare a casa per un periodo di *quattordici ore* al giorno. La Corte, pertanto, questa volta, ha ritenuto integrata una mera *limitazione* della libertà personale, non valutabile alla stregua dell'art. 5 § 1 Cedu (e nemmeno dell'art. 2, Prot. n. 4 Cedu, che non è stato ratificato dalla Gran Bretagna) e, conseguentemente, ha rigettato il ricorso.

Del resto, il problema della qualificazione delle misure di prevenzione *ante delictum* come misure privative oppure restrittive della libertà personale ai fini dell'art. 5 § 1 Cedu rileva anche per il nostro ordinamento: basti pensare che l'art. 8 del recentemente approvato D.lgs. n. 159/2011 (*Codice delle leggi anti-mafia e delle misure di prevenzione*) prevede che con l'applicazione della sorveglianza speciale il magistrato "in ogni caso prescrive (...) di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una certa ora e senza comprovata necessità", ma non prescrive rispetto a tale obbligo di soggiorno nella propria abitazione un limite massimo di durata.

30. *House of Lords*, sent. 13 luglio 2007, *Secretary of State for the Home department c. JJ*, UKHL 45, in www.publications.parliament.uk. Per un'analisi approfondita della sentenza, cfr. A. TOMKINS, *Readings of A v Secretary of State for the Home Department*, in *Public Law*, 2005, p. 259.

31. I c.d. *non derogating control orders* sono stati introdotti dal *Prevention of Terrorism Act 2005*, in sostituzione al regime di detenzione preventiva previsto dal *Crime and Security Act 2001* e dichiarato incompatibile con l'art. 5 Cedu prima dall'*House of Lords* e, successivamente, anche dalla Corte europea nella sent. 19 febbraio 2009, *A. e altri c. Regno Unito* (ric. n. 3455/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 841-842. Sulla disciplina dei *control orders* e sul problema della loro compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu, cfr. L. ZEDNER, *Preventive justice or pre-punishment? The case of control orders*, in *Current Legal Problems*, 2007.

32. *House of Lords*, sent. 13 luglio 2007, cit., § 20.

33. Sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*.

34. *House of Lords*, sent. 31 ottobre 2007, *Secretary of State for the Home Department c. MB e FB*, UKHL 46.

1.3

I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI PREVENZIONE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLARE (ART. 2 PROT. N. 4 CEDU)

La garanzia di cui all'art. 5 § 1 Cedu non opera nei confronti delle misure che comportano una mera *restrizione* della libertà personale, la cui legittimità va pertanto vagliata alla stregua dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, posto a tutela della libertà di circolazione.

L'art. 2 Prot. n. 4 Cedu accorda alla libertà di circolazione una *protezione condizionata*, nel senso che consente alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni alla libertà stessa purché esse siano «*previste dalla legge*» e «*necessarie*» ad assicurare la tutela dei controinteressi elencati nello stesso art. 2 Prot. n. 4, al § 3 (e cioè: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale o protezione dei diritti e libertà altrui).

Quanto al requisito della *legittimità* dell'interferenza, la giurisprudenza di Strasburgo richiede che la legge posta a fondamento di qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà personale soddisfi i *requisiti qualitativi* di *accessibilità* e *prevedibilità*, ovvero che la legge definisca chiaramente i presupposti di applicazione delle misure restrittive della libertà in modo che ciascuno possa prevedere con un ragionevole grado di approssimazione le conseguenze delle proprie azioni³⁵.

Al riguardo, pare opportuno ricordare le pronunce *Landvreugd c. Paesi Bassi*³⁶ e *Olivieira c. Paesi Bassi*³⁷ del 2001, in cui i giudici europei hanno escluso una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu affermando che le norme interne che conferiscono al sindaco di Amsterdam il potere di adottare provvedimenti individuali restrittivi della libertà per prevenire ed eliminare gravi pericoli per la sicurezza urbana sono conformi ai principi convenzionali di accessibilità e prevedibilità della legge. Sul punto, presenta notevoli profili di interesse la *dissenting opinion* dei giudici Gaukur, Jörundsson, Türmen e Marüste, i quali non hanno condiviso la decisione della maggioranza, evidenziando come l'interferenza nella libertà di circolazione del ricorrente non fosse ragionevolmente prevedibile dal momento che la legge nazionale attribuisce al sindaco un ampio potere discrezionale nell'individuazione dei presupposti e del contenuto degli ordini in materia di sicurezza urbana.

Quanto alle ripercussioni sul nostro ordinamento, tuttavia, le pronunce poc'anzi esaminate sembrano superate dalla recente sentenza n. 115 del 2011, nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente illegittima la norma che, a partire dal 2008, consentiva al sindaco, quale ufficiale del Governo, di adottare ordinanze, anche non contingibili e urgenti, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli per la sicurezza urbana³⁸.

L'applicazione di misure restrittive della libertà di circolazione, è soggetta inoltre ai principi di *necessità* e *proporzione*: una volta riscontrata nel caso concreto un'interferenza con la sfera di tutela dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, la Corte è chiamata ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in parola, da un lato, e le esigenze della collettività, dall'altro.

Il principio di proporzione assume particolare importanza in relazione alle *misure restrittive della libertà di circolazione finalizzate a prevenire la commissione di reati*: secondo quanto affermato dalla grande camera nella sentenza *Labita c. Italia*³⁹ del 2000, infatti, l'interferenza nella libertà di circolazione del sottoposto può ritenersi *proporzionata* rispetto all'esigenza di prevenire la commissione di reati solo laddove sussista il «*real risk*» che il ricorrente commetta un reato.

Nel caso di specie, il ricorrente era stato sottoposto alla misura della sorveglianza

35. Cfr. sul principio di legalità sancito dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 737 ss.

36. Sent. 4 giugno 2002, *Landvreugd c. Paesi Bassi* (ric. n. 37331/97).

37. Sent. 4 giugno 2002, *Olivieira c. Paesi Bassi* (ric. n. 33129/96).

38. Per un esame approfondito della pronuncia si rinvia, alla nota di G. LEO, pubblicata su questa *Rivista* in data 8 aprile 2011.

39. Sent. 6 aprile 2000 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95).

speciale con obbligo di soggiorno, prevista dalla l. 1423 del 1956⁴⁰, sulla base della circostanza che sua moglie era la sorella di un capo mafia, nel frattempo deceduto, e del fatto che il medesimo non aveva dimostrato di aver cambiato stile di vita e di essersi pentito. Secondo i giudici europei, dunque, la misura in questione – che aveva comportato «*very severe restrictions on [the] freedom of movement, which undoubtedly amounted to an interference with [the] rights guaranteed by article 2 of Protocol No. 4*»⁴¹ – non poteva considerarsi *proporzionata* rispetto all'esigenza di prevenire la commissione di reati, in quanto nel caso concreto non sussisteva «*any concrete evidence to show that there was a real risk that he would offend*»⁴².

Il principio di *proporzione* viene, inoltre, in gioco con riferimento al diverso profilo della *durata delle restrizioni* imposte: secondo il diritto di Strasburgo, infatti, le autorità nazionali non sono legittimate a mantenere restrizioni sulla libertà di circolazione del ricorrente per un lungo periodo di tempo senza procedere ad accertamenti periodici circa la loro giustificazione⁴³.

In passato, la Corte europea si è dimostrata, invero, poco rigorosa nella valutazione del rispetto di tale requisito nel caso di misure finalizzate alla prevenzione dei reati oppure a garantire la presenza dell'imputato al processo. Così nella sentenza *Fedorov e Fedorova c. Russia*⁴⁴ del 2005 – relativa all'imposizione nei confronti del ricorrente, imputato in un procedimento penale, del divieto di allontanarsi dal comune di residenza per un periodo di sei anni – i giudici europei hanno escluso una violazione della suddetta norma convenzionale affermando che la durata della misura *non* poteva considerarsi *sproporzionata* rispetto allo scopo legittimo di assicurare la presenza dell'imputato al processo. Per contro, nelle sentenze *Luordo c. Italia*⁴⁵ e *Bottaro c. Italia*⁴⁶ del 2003 – relative al divieto imposto al fallito, per un periodo di tempo di oltre 10 anni, di lasciare il comune di residenza – essa ha riscontrato una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu sotto il profilo della durata manifestamente *sproporzionata* di tale divieto rispetto all'esigenza di assicurare gli interessi dei creditori.

I recenti approdi giurisprudenziali dimostrano, tuttavia, una maggiore attenzione della Corte europea per il profilo della proporzionalità della durata delle restrizioni imposte alla libertà di circolazione rispetto all'esigenza di assicurare la presenza dell'imputato del processo o di impedire la commissione di reati.

Al riguardo si segnala, anzitutto, la sentenza *Bessenyei c. Ungheria*⁴⁷, in cui la Corte europea ha ritenuto che il divieto imposto al ricorrente, imputato per il delitto di contraffazione, di lasciare il paese per tutta la durata del procedimento penale avesse costituito una interferenza ingiustificata e *sproporzionata* nella libertà di circolazione del medesimo in quanto tale divieto veniva mantenuto automaticamente per un periodo di più di due anni, senza procedere ad alcun accertamento successivo circa la sua giustificazione.

Nella successiva sentenza *Rosengren c. Romania*⁴⁸ – relativa all'imposizione nei confronti del ricorrente, imputato per bancarotta fraudolenta, per tutta la durata del

40. Tale misura, come è noto, oltre a pesanti limitazioni della libertà individuale (e cioè, ad esempio, l'obbligo di rincasare prima di una certa ora e il divieto di uscire dopo un'altra ora; l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza; l'obbligo di firma, etc.), comporta anche la perdita del diritto di voto (ai sensi dell'art. 2 d. P.R. 223 del 1967).

41. Sent. 6 aprile 2000 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95), §193.

42. Sent. 6 aprile 2000 (grande camera), *Labita c. Italia* (ric. n. 26772/95), § 196. Al contrario, nella sentenza Sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* (ric. n. 12954/87), i giudici europei hanno ritenuto proporzionata l'applicazione della sorveglianza speciale con l'obbligo di restare a casa dalle ventuno alle sette del mattino e con il divieto di lasciare l'abitazione senza avvertire la polizia nei confronti del ricorrente, perché in quel caso sussistevano seri indizi in merito alla sua appartenenza ad un'associazione mafiosa. La Corte ha, peraltro, riscontrato una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu in relazione alla mancata esecuzione tempestiva del decreto di revoca della suddetta misura.

43. Cfr., sul punto, sent. 21 dicembre 2006, *Bartik c. Russia* (ric. n. 55565/00).

44. Sent. 13 ottobre 2005, *Fedorov e Fedorova c. Russia* (ric. 31008/02).

45. Sent. 17 luglio 2003, *Luordo c. Italia* (ric. n. 32190/96).

46. Sent. 17 luglio 2003, *Bottaro c. Italia* (ric. 56298/00).

47. Sent. 21 ottobre 2008, *Bessenyei c. Ungheria* (ric. N. 37509/06).

48. Sent. 24 aprile 2008, *Rosengren c. Romania* (ric. n. 70786/01).

2 LA LEGITTIMITÀ DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE. IN PARTICOLARE, LA BASE LEGALE

procedimento penale (protrattosi per sei anni e tre mesi) del divieto di allontanarsi dal comune di residenza – i giudici europei, invece, non hanno ritenuto sufficiente a fondare una violazione della norma in parola il fatto che le autorità nazionali avessero protrato automaticamente la restrizione della libertà di circolazione del ricorrente per un lungo periodo di tempo. Essi, infatti, nel riconoscere una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, hanno sottolineato come la misura in questione fosse stata revocata con un ritardo di diciotto mesi a seguito del decorso del periodo massimo di durata della stessa (5 anni)⁴⁹.

Secondo il tenore letterale dell'art. 5 § 1 Cedu, nessuno può essere privato della libertà personale salvo che nei «casi» contemplati dalla stessa norma convenzionale e nei «modi» previsti dalla legge.

Per il diritto di Strasburgo, quindi, la privazione della libertà personale non può essere considerata legittima laddove sia stata disposta in esecuzione di un provvedimento delle autorità nazionali *contrario alle regole sostanziali e processuali dello Stato in cui viene emanato*.

Al riguardo, tra le sentenze del triennio in esame, riveste particolare importanza la già citata pronuncia *Iskandarov c. Russia*⁵⁰ del settembre 2010, in relazione ad un caso di *extraordinary rendition*. Come si ricorderà, il ricorrente, un *leader* dell'opposizione tagika, lamentava di essere stato prelevato e condotto in Tagikistan dalle forze dell'ordine russe contro la sua volontà, a dispetto del rischio di essere sottoposto nel Paese di destinazione a trattamenti inumani e degradanti in ragione della sua attività politica. La Corte europea ha riconosciuto in tale occasione una violazione dell'art. 3 Cedu e – per quel che qui interessa – dell'art. 5 § 1 Cedu affermando che la privazione della libertà personale⁵¹ del ricorrente era priva di una base legale nell'ordinamento interno perché non era stato emanato un provvedimento di arresto o di fermo in conformità delle leggi dello Stato e, inoltre, perché la sua detenzione non era stata documentata in nessun registro ufficiale (indicando la data, l'ora e il luogo di inizio della privazione della libertà, i motivi che la giustificavano e i nomi delle persone che ne erano responsabili)⁵².

Perché la detenzione possa considerarsi “legittima”, tuttavia, non è sufficiente che la privazione della libertà personale abbia una base legale nell'ordinamento interno (o internazionale): dalla espressa menzione da parte dell'art. 5 § 1 Cedu del requisito della *legittimità* della detenzione⁵³, la giurisprudenza europea ha ricavato, infatti, l'esigenza che tale base legale sia configurata in maniera da proteggere l'individuo da privazioni *arbitrarie* della libertà personale.

A tale proposito, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza europea per l'art. 7 Cedu e in generale per tutte le norme convenzionali che menzionano la parola legge, è necessario che la legge intervenuta a disciplinare la vicenda del ricorrente fosse adeguatamente *accessibile* e sufficientemente *precisa*, e che la sua applicazione fosse ragionevolmente *prevedibile* al momento in cui questi ha agito⁵⁴.

49. Con riferimento all'imposizione dell'obbligo di soggiorno, cfr. sent. 22 novembre 2005, *Antononkov e altri c. Ucraina* (ric. n. 14183/02); sent. 7 dicembre 2006, *Invanov c. Ucraina* (ric. n. 15007/02). Con riferimento al divieto di lasciare il territorio nazionale, cfr. sent. 23 maggio 2006, *Riener c. Bulgaria* (ric. 46343/99); sent. 31 ottobre 2006, *Földes e Földesné Hajlik c. Ungheria* (ric. n. 41463/02).

50. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1873.

51. Sulla qualificazione delle restrizioni subite dal ricorrente (che veniva prelevato dalle autorità russe e condotto, contro la sua volontà, a bordo di un velivolo dalla Russia in Tagikistan), vedi *infra* § 1.1. Per le ricadute delle pronuncia in esame sull'ordinamento nazionale, con particolare riferimento al processo per il sequestro dell'imam di viale Jenner, Abu Omar, sia consentito il rinvio alle osservazioni svolte da Angela Colella in *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti* (art. 3 Cedu), in questa *Rivista*, § 8.2.

52. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1873, § 151. Per la violazione dell'obbligo degli Stati membri di documentare adeguatamente l'arresto e la detenzione, vedi *infra* § 10.

53. Secondo il dettato dell'art. 5 § 1 Cedu, condizione necessaria per ritenere la privazione della libertà personale conforme alla Convenzione è che essa sia disposta «nei modi previsti dalla legge» e che essa sia «legittima». I due requisiti coincidono e in alcuni casi la Corte fa riferimento unicamente alla nozione di legittimità della detenzione (*lawfulness of detention*), cfr., sul punto, sent. 19 febbraio 2009 (grande camera), *A e altri* (ric. n. 3455/05), § 164.

54. Sul concetto di qualità della legge in materia di privazione della libertà personale vedi sent. 23 settembre 1998, *Steel c. Gran Bretagna*, (ric. n. 67/1997/851/1058), § 74. Sulla nozione di legalità della privazione della libertà personale, in dottrina, cfr., B. EMMERSON-A. ASCHWORTH-A. MACDONALD,

Tra le sentenze del triennio 2008 – 2010 in tema di *qualità della legge* posta alla base della privazione della libertà personale, si segnala, innanzitutto, la sentenza *Kolevi c. Bulgaria*⁵⁵ relativa al caso di un pubblico ministero che, dopo aver ricevuto l'ordine di dare le dimissioni per aver criticato pubblicamente il Procuratore generale, veniva arrestato e detenuto con l'accusa di traffico di sostanze stupefacenti, nonostante i magistrati godano, secondo la legge bulgara, di una immunità assoluta di diritto sostanziale e processuale, penale ed extra-penale. La Corte ha riscontrato in quest'occasione una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, ritenendo che l'arresto del ricorrente *non* fosse ragionevolmente *prevedibile* perché, né la legge bulgara, né la successiva elaborazione giurisprudenziale, stabilivano *chiaramente* se l'immunità assoluta prevista nei confronti dell'autorità inquirente cessasse automaticamente con l'ordine di rassegnare le proprie dimissioni oppure permanesse in pendenza del ricorso avverso tale ordine⁵⁶.

Assai significativa, inoltre, è la già citata sentenza *Medvedev e altri c. Francia*⁵⁷. Il caso, come accennato, riguarda un'operazione di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti condotta al largo delle isole di Capo Verde durante la quale la marina francese – previa autorizzazione da parte del Governo cambogiano con una *nota verbale* – prendeva possesso di una nave cargo, battente bandiera cambogiana, a bordo della quale veniva rinvenuto un ingente quantitativo di droga, e la dirottava presso il porto francese di Brest, tenendo sotto stretta sorveglianza i membri dell'equipaggio. La grande camera, ribadendo sostanzialmente le statuizioni assunte con la precedente sentenza del 2008 a sezioni semplici⁵⁸, ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, rilevando, da un lato, come la condizione dei ricorrenti dopo l'abbordaggio fosse equivalessa di fatto ad una privazione della libertà personale, e, dall'altro, come tale privazione non fosse regolare, per mancanza di una base legale avente i requisiti di *chiarezza* e *prevedibilità* richiesti dal diritto di Strasburgo per soddisfare i principi generali della certezza del diritto.

Pare, peraltro, opportuno soffermarsi brevemente sulle argomentazioni della Corte. I giudici europei, accogliendo sul punto le deduzioni dei ricorrenti, hanno innanzitutto constatato l'inapplicabilità al caso di specie della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 (che all'art. 111 riconosce allo stato costiero il diritto di inseguimento in alto mare di una nave straniera) e della Convenzione di Vienna sugli stupefacenti perché la Cambogia non aveva ratificato tali convenzioni. Inoltre, secondo la Corte, l'intervento francese di intercettazione di una nave cambogiana non poteva nemmeno considerarsi autorizzato sulla base di una consuetudine vigente tra i due Paesi. In assenza di convenzioni internazionali tra i due Paesi, quindi, i giudici europei hanno ritenuto che al caso dovesse applicarsi il principio della giurisdizione esclusiva della legge dello Stato di bandiera. La Corte europea ha rilevato, tuttavia, come la *nota verbale* con cui il governo cambogiano aveva autorizzato le autorità francesi a procedere all'intercettazione della nave suddetta non era sufficientemente precisa riguardo alla sorte dei ricorrenti, poiché non definiva con sufficiente chiarezza il potere delle autorità francesi di procedere al loro arresto. Tantomeno il governo francese era riuscito a dimostrare l'esistenza di una prassi di cooperazione continua con la Cambogia nella lotta al traffico di stupefacenti. Il ricorso a una nota *ad hoc* da parte delle autorità cambogiane confermava, quindi, secondo i giudici europei, il *carattere eccezionale* di tale cooperazione e rendeva *imprevedibile* la privazione della libertà personale da parte dei ricorrenti.

Human rights and criminal justice, Londra, 2007, pp. 237 ss.; D. J. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 138 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, pp. 97 ss.

55. Sent. 5 novembre 2009, *Kolevi c. Bulgaria* (ric. n. 11802/02), § 174-180.

56. Alle medesime conclusioni la Corte europea è pervenuta nella Sent. 4 novembre 2010, *Sultanov c. Russia* (ric. n. 15303/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 207, relativa alla detenzione di un cittadino uzbeko, che doveva essere estradato verso il paese di origine – la Corte, richiamando le proprie precedenti pronunce contro la Russia, ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu perché nell'ordinamento russo il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di estradizione non è disciplinato in maniera precisa e prevedibile.

57. Sent. 10 luglio 2008, *Medvedev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 1301-1302.

58. *Medvedev*, cit.

A quest'ultimo riguardo la Corte ha sostenuto la necessità di operare una distinzione tra la prevedibilità da parte dei ricorrenti di essere perseguiti per la commissione del reato di traffico di stupefacenti e la prevedibilità da parte dei medesimi della norma legale su cui si è fondato l'intervento dalle autorità francesi. In caso contrario, infatti, «any activity considered criminal under domestic law would release the States from their obligation to pass laws having the requisite qualities, particularly with regard to Article 5 § 1 of the Convention and, in so doing, deprive that provision of its substance»⁵⁹. Giova infine sottolineare come la Corte abbia colto l'occasione per invitare gli Stati membri a riconoscere la competenza di ognuno di loro ad intervenire per contrastare il traffico di stupefacenti, in deroga al principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera.

L'esigenza di proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale impone, inoltre, alle autorità nazionali di *interpretare restrittivamente le ipotesi di detenzione previste dalla normativa interna*. Al riguardo, nel triennio in esame, si segnala la pronuncia *Jusic c. Svizzera*⁶⁰ del dicembre 2010. Il ricorrente, cittadino della Bosnia-Erzegovina, che aveva chiesto senza successo asilo politico in Svizzera, lamentava di essere stato detenuto per ventidue giorni in attesa dell'esecuzione dell'ordine di espulsione. La Corte – muovendo dal presupposto che la legge svizzera consente «la mettre en détention lorsque des indices concrets permettent de supposer qu'elle entend se soustraire au refoulement» – ha riconosciuto in quell'occasione la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu perché le autorità svizzere non avevano valutato l'esistenza di un pericolo concreto di fuga e avevano ordinato il trattenimento del ricorrente sulla base dell'asserita volontà di quest'ultimo di non lasciare il territorio svizzero, prescindendo, quindi, da una interpretazione restrittiva del dato normativo nazionale, come imposto dallo scopo fondamentale dell'art. 5 § 1 Cedu.

2.1

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE

Secondo la giurisprudenza costante della Corte europea, la privazione della libertà personale può considerarsi legittima solo laddove essa sia *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo perseguito con la stessa nei casi tassativi di cui all'art. 5 § 1 Cedu⁶¹.

Così una misura che priva della libertà personale una persona, seppure inizialmente giustificata, può diventare *sproporzionata* e violare i diritti di questa se si *prolunga automaticamente oltre un certo periodo*: ciò che può avvenire, ad esempio, allorché le autorità statali ordinino la prosecuzione dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario di un soggetto nonostante sia venuto meno il disturbo psichico che ne aveva legittimato inizialmente il ricovero⁶²; oppure allorché le autorità, durante la detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, omettano di attivarsi con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendano possibile l'allontanamento⁶³. In tali ipotesi, dunque, la detenzione diviene *arbitraria* e deve *cessare immediatamente*.

Perché la privazione della libertà personale possa ritenersi *proporzionata*, è altresì necessario che sussista una *connessione adeguata tra il luogo e le modalità della detenzione e gli scopi della medesima*: tale principio, inizialmente affermato con riferimento alla detenzione degli infermi di mente⁶⁴, nella giurisprudenza europea più recente è stato esteso alle altre forme di privazione della libertà personale, e in particolare alla applicazione delle misure di sicurezza nei confronti dei soggetti imputabili⁶⁵ e al trat-

59. Sent. 10 luglio 2008, *Medvedev e altri c. Francia* (ric. n. 3394/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 1301-1302, § 100.

60. Sent. 2 dicembre 2010, *Jusic c. Svizzera* (ric. n. 4691/06).

61. Sul principio di proporzione della privazione della libertà personale rispetto allo scopo legittimo perseguito con la medesima, cfr. B. EMMERSON-A. ASHWORTH- A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, cit., pp. 243-244.

62. Il principio è stato affermato per la prima volta in sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73).

63. Sul punto, v. *infra* § 9.

64. sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi* (ric. n. 6301/73), § 39

65. Sul punto, v. *infra* § 4.2.

tenimento dello straniero nel corso del procedimento di espulsione e di estradizione⁶⁶.

Giova, da ultimo, ricordare che il diritto di Strasburgo richiede *ulteriori e più stringenti requisiti di legittimità*, rispetto a quelli fin'ora esaminati, con riferimento alle ipotesi di detenzione *sub art. 5 § 1 lett. b* (detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale competente ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge), *c* (detenzione nell'ambito di un procedimento penale), *d* (detenzione di un minore per esigenze educative o al fine di tradurlo davanti all'autorità competente) ed *e* (detenzione per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane e di un vagabondo) Cedu: in tali ipotesi, infatti, la detenzione deve essere *necessaria* rispetto al pericolo di commissione di reati ovvero rispetto a generali esigenze di difesa sociale, altrimenti viene ritenuta arbitraria.

Per contro, la privazione della libertà personale, non deve essere necessaria qualora essa consegua ad una sentenza di condanna (lett. *a*) oppure qualora essa sia funzionale ad impedire l'ingresso clandestino dello straniero nel territorio dello Stato oppure a facilitare l'espletamento delle procedure di estradizione o di espulsione (lett. *f*).

3

DEROGA AL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE IN SITUAZIONI DI GUERRA O DI PERICOLO PER LA NAZIONE (ART. 15 CEDU)

Nella sentenza *A. e altri c. Regno Unito*⁶⁷ del 2009 la grande camera ha effettuato un'importante precisazione di ordine generale relativamente alla derogabilità del diritto alla libertà personale in situazioni di emergenza: le misure introdotte dai legislatori nazionali, ai sensi dell'art. 15 Cedu⁶⁸, devono essere *proporzionate* rispetto alle esigenze di tutela della collettività⁶⁹.

Vediamo ora brevemente la vicenda che ha dato origine alla pronuncia. All'indomani dell'11 settembre 2001, sulla base dello stato di grave emergenza pubblica determinato dalla minaccia terroristica, il Regno Unito introduceva⁷⁰, in deroga all'art. 5 § 1 Cedu, una forma di *detenzione preventiva* di durata illimitata, applicabile nei confronti degli *stranieri sospettati di attività terroristica*, che non potevano essere espulsi verso il Paese d'origine, dove avrebbero corso il rischio di essere sottoposti a tortura⁷¹. Tale deroga, tuttavia, veniva ritenuta invalida dalla *House of Lords* che dichiarava la detenzione preventiva di stranieri presunti terroristi incompatibile con i diritti dell'uomo⁷². Conseguentemente, i ricorrenti, adivano la Corte europea lamentando la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu per essere stati detenuti in assenza di una valida deroga alla disciplina convenzionale. La grande camera, accogliendo sul punto le argomentazioni dell'*House of Lords*, ha escluso la validità della deroga operata dal governo inglese all'art. 5 § 1 Cedu, ai sensi dell'art. 15 Cedu, affermando che la detenzione preventiva non poteva considerarsi *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo di proteggere il Paese dalla minaccia terroristica in quanto comportava un'ingiusta disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, essendo applicabile solo nei confronti di questi ultimi. La Corte europea ha, quindi, condannato il Regno Unito per la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, poiché la detenzione preventiva dei ricorrenti non trovava giustificazione in nessuna delle ipotesi tassative di

66. Sul punto, v. *infra* § 9.

67. Sent. 19 febbraio 2009 (grande camera) *A e altri* (ric. n. 3455/05).

68. Come è noto, l'art. 15 Cedu consente la privazione della libertà personale in deroga all'art. 5 § 1 Cedu «in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (...) nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale».

69. Cfr. sul punto, B. EMERSON- A. ASHWORTH- A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, cit., pp. 244 ss.

70. Cfr. *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 2001, § 4.

71. Sul divieto di espulsione discendente dall'art. 3 Cedu nel caso di pericolo che lo straniero venga sottoposto a tortura nel Paese di origine, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu)*, in questa *Rivista*.

72. *House of Lords, A v Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 A. C. 68, § 48, 132-3, 189, 231. Nel 2005, il regime di detenzione preventiva veniva sostituito da un sistema di ordini preventivi (c.d. *control orders*) applicabili nei confronti di soggetti sospettati di attività terroristica, indipendentemente dalla nazionalità.

privazione della libertà previste dalla norma convenzionale⁷³.

4

LA DETENZIONE A SEGUITO DI CONDANNA (ART. 5 § 1 LETT. A CEDU). IN PARTICOLARE IL RAPPORTO TRA IL PRINCIPIO DI LEGITTIMITÀ DELLA DETENZIONE E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELLA PENA

L'art. 5 § 1 lett. a Cedu considera come privazione legittima della libertà personale la detenzione legale risultante da una condanna resa da un tribunale competente.

Per *condanna*, nel diritto di Strasburgo, deve intendersi «una pronuncia che contenga una dichiarazione di colpevolezza conseguente all'accertamento legale di un'infrazione e l'inflizione di una pena detentiva o altra misura di privazione della libertà personale»⁷⁴. Quando vi sia un provvedimento definibile come condanna nel senso sopradetto, perde rilevanza la funzione specifica (retributiva o specialpreventiva) della sanzione applicabile: secondo la giurisprudenza europea, infatti, rientrano nell'ambito dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu non solo le *pene*, ma anche le misure *di sicurezza nei confronti dei soggetti imputabili*, a condizione che tra la condanna e la privazione della libertà sussista un *nesso causale*, non bastando una mera successione cronologica tra la prima e la seconda⁷⁵.

Va rilevato, innanzitutto, come la Corte europea nella pronuncia *Stoichkov c. Bulgaria*⁷⁶ del 2005 abbia riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu in relazione all'internamento del ricorrente, il quale veniva mantenuto in stato di detenzione dalle autorità bulgare, nonostante la Corte europea avesse accertato che la condanna nei suoi confronti era stata pronunciata in violazione delle regole del giusto processo, sancite dall'art. 6 Cedu, e avesse riconosciuto il diritto del medesimo ad ottenere la rinnovazione del giudizio. In questo senso, l'esecuzione di una pena detentiva inflitta in esito ad un processo giudicato contrario all'art. 6 Cedu in sede europea diverrebbe illegittima, ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu, con conseguente obbligo per le autorità giudiziarie nazionali di far cessare immediatamente l'esecuzione della pena, in forza dell'art. 5 § 4 Cedu.

Dovrebbe essere esclusa, poi, la possibilità di comprendere nell'ambito dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu la pena detentiva che sia stata inflitta in violazione dell'art. 7 Cedu, non potendo considerarsi legittima, ai sensi dell'art. 5 § 1 Cedu, la privazione della libertà personale risultante da una condanna contraria al principio di legalità dei reati e delle pene.

Un caso emblematico nel triennio in esame nel quale si pone la questione del rapporto tra il principio di legittimità della detenzione (art. 5 § 1 lett. a Cedu) e il principio di legalità della pena (art. 7 Cedu) è la pronuncia *Kafkaris c. Cipro*⁷⁷.

Il ricorrente – condannato alla reclusione a vita per triplice omicidio premeditato, conformemente a quanto previsto dal codice penale cipriota – lamentava di non aver potuto usufruire del beneficio della liberazione condizionale, previsto dal regolamento penitenziario vigente al momento del fatto e della successiva condanna, ma dichiarato incostituzionale da una legge successiva che aveva escluso tale beneficio per gli ergastolani, impedendo la liberazione dei detenuti dopo venti anni di reclusione. La grande camera ha riconosciuto una violazione dell'art. 7 § 1 Cedu sotto il profilo del principio della qualità della legge affermando che il diritto cipriota vigente all'epoca dei fatti non permetteva di stabilire con certezza se la pena da espiare in concreto fosse la pena

73. Sent. 19 febbraio 2009 (grande camera) *A e altri* (ric. n. 3455/05), §§ 173-190. Sull'impossibilità di ricondurre la detenzione dei ricorrenti all'art. 5 comma 1 lett. f Cedu, che consente la privazione della libertà personale quando è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione, v. *infra* § 10. Sull'incompatibilità rispetto all'art. 5 § 1 Cedu della detenzione per finalità meramente preventive, cfr. sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, §§ 194-196 e sent. 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, §§ 13-14.

74. Cfr. sent. 24 giugno 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgio* (ric. n. 7906/77), § 35.

75. Cfr. *Van Droogenbroeck c. Belgio*, cit. Il principio è stato poi ribadito e precisato in alcune decisioni contro la Gran Bretagna riguardanti la compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu delle *discretionary sentences of life imprisonment*: cfr. sent. 2 marzo 1982, *Weeks c. Regno Unito* (ric. n. 9787/82), § 46-51 e sent. 28 maggio 2002 (grande camera), *Stafford c. Regno Unito* (ric. n. 46295/99), § 68. Cfr., sul punto, B. EMMERSON-A. ASCHWORTH-A. MACDONALD, *Human Rights*, cit., p. 677; R. VAN ZYL SMIT-A. ASHWORTH, *Disproportionate sentences as human rights violations*, in *Modern law review*, 2004, p. 541.

76. Sent. 3 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria* (ric. n. 9808/02).

77. Sent. 12 febbraio 2008 (grande camera), *Kafkaris c. Cipro*.

dell'ergastolo oppure la pena di venti anni di reclusione⁷⁸. Tuttavia, da tale conclusione essa non ha tratto alcuna conseguenza sulla legittimità della detenzione. I giudici, infatti, hanno escluso una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, affermando che la privazione della libertà personale del ricorrente fosse *conseguenza* di una condanna all'ergastolo pronunciata in applicazione di una *norma* del codice penale cipriota che per l'omicidio volontario commina proprio tale pena; non rilevando perché potessero dirsi rispettati i requisiti di legittimità fissati dall'art. 5 § 1 lett. a Cedu, che, sulla scorta della disciplina regolamentare vigente al momento della condanna, l'autorità penitenziaria avesse indicato al ricorrente la data prevista per il suo rilascio.

Particolarmente interessante, l'opinione dissenziente del giudice Borrego, il quale ha evidenziato la contraddittorietà di un simile orientamento, sostenendo che l'illegittimità della detenzione dovesse essere ritenuta una *logica conseguenza* dell'illegittimità della disciplina sanzionatoria per contrasto con l'art. 7 § 1 Cedu.

Il mancato riconoscimento in *Kafkaris*⁷⁹ da parte della maggioranza dei giudici dell'illegittimità della detenzione ai fini dell'art. 5 § 1 Cedu, non sembra, peraltro, poter essere invocato per negare l'esistenza di un stretto rapporto tra la norma in parola e l'art. 7 Cedu: nel caso di specie, infatti, la violazione dell'art. 7 Cedu non era poi così evidente (dal momento che al momento della condanna era "dubbio" che la pena dell'ergastolo dovesse considerarsi come pena di vent'anni di reclusione e non come pena detentiva a vita) e forse, proprio per tale ragione, i giudici di Strasburgo hanno, *eccezionalmente*, ritenuto di escludere la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu.

4.1

LE PENE DETENTIVE. IN PARTICOLARE L'ERGASTOLO E LE PENE DI LUNGA DURATA

È orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo quello per cui l'ergastolo non contrasta con l'art. 5 § 1 lett. a Cedu, sotto il profilo del principio di proporzionalità, ove siano previsti degli istituti che consentano la scarcerazione anticipata del condannato, che abbia già scontato numerosi anni di carcere, qualora sussistano elementi per ritenere le esigenze specialpreventive prevalenti rispetto a quelle retributive⁸⁰.

Sul particolare terreno dell'esecuzione delle pene detentive di lunga durata e della disciplina dell'accesso a istituti che consentono la scarcerazione anticipata, si segnala, tra le pronunce del triennio in esame, la sentenza *Clift c. Regno Unito*⁸¹ del luglio 2010, in cui la Corte europea si è pronunciata sulla compatibilità con la Convenzione della previsione nell'ordinamento inglese di *regimi di accesso ai benefici differenziati sulla base della sola durata della pena inflitta*.

La sentenza citata ha riguardato la disciplina inglese del *parole*, un istituto, tipico dell'ordinamento britannico, che consiste nella sospensione condizionale della parte finale dell'esecuzione della pena detentiva per decisione dell'autorità amministrativa. In particolare l'applicazione del *parole* nei confronti dei condannati a pene detentive di lunga durata (superiori a quindici anni), la legge inglese richiedeva il parere favorevole del *Parole Board* (un organo amministrativo composto da esperti) e l'autorizzazione del Segretario di Stato; mentre per i condannati a pene detentive brevi (inferiori a quindici anni) la misura era applicabile per effetto del solo parere favorevole del *Parole Board*⁸².

Il ricorrente, condannato a diciotto anni per gravi reati, non veniva ammesso ad

78. *Ibid.*, §§ 137-151. Sulla violazione dell'art. 7 comma 1 Cedu, cfr. G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in questa *Rivista*.

79. Sent. 12 febbraio 2008 (grande camera), *Kafkaris c. Cipro*.

80. Il principio è stato affermato, per la prima volta, nella sent. 11 aprile 2006, *Léger c. Francia* (ric. n. 19324/02), §§ 68 ss. Nella giurisprudenza europea non sembra, invece, aver fino ad ora trovato riscontri il principio secondo cui l'eccessiva sproporzionalità della pena detentiva rispetto alla gravità del reato potrebbe renderla illegittima per contrasto con l'art. 5 § 1: cfr., sul punto, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 128 ss.

81. Sent. 13 luglio 2010, *Clift c. Regno Unito* (ric. n. 7205/07), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1819.

82. Si segnala che, a seguito delle modifiche legislative avvenute nel 2005 e nel 2009, l'istituto del *parole* risulta oggi applicabile in via generale (a prescindere dalla durata della pena inflitta) sulla base del solo parere favorevole del *Parole Board*.

usufruire del *parole*, dopo aver trascorso in carcere otto anni, in ragione del rifiuto opposto dal Segretario di Stato all'applicazione della misura, nonostante il *Parole Board* avesse dato parere favorevole alla concessione della stessa. Si doleva, quindi, della violazione dell'art. 5 § 1 in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, per essere stato sottoposto ad una detenzione supplementare arbitraria, in ragione della diversità di trattamento che la disciplina inglese del *parole* prevedeva nei confronti dei condannati a pene detentive di lunga durata, rispetto ai condannati a pene brevi: la legge del tempo, infatti, come abbiamo detto poc'anzi, richiedeva solo nei confronti dei primi l'autorizzazione del Segretario di Stato. La Corte – pur riconoscendo in via generale la possibilità per gli Stati membri di prevedere regimi differenziati per l'esecuzione in forma extramuraria delle condanne a pene detentive – ha accolto il ricorso affermando che il prolungamento della detenzione del ricorrente doveva considerarsi *arbitrario*. Secondo i giudici europei, infatti, la previsione nell'ordinamento inglese di una disciplina differenziata del *parole* sulla sola base della durata della pena inflitta non poteva ritenersi né ragionevole né obiettivamente giustificata, in quanto il rischio per l'incolumità pubblica che può derivare dalla liberazione anticipata è il medesimo sia che si tratti di condannati a pene detentive lunghe oppure brevi.

4.2

LE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IMPUTABILI. IN PARTICOLARE I PRESUPPOSTI DI LEGITIMITÀ

Nel triennio 2008-2010, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi in almeno tre occasioni sulla compatibilità con la Convenzione di misure detentive di durata indeterminata, rivolte a delinquenti socialmente pericolosi che abbiano riportato una condanna, affrontando le questioni: a) dei presupposti di legittimità di tali misure; b) della proporzionalità della privazione della libertà rispetto allo scopo di controllo e riduzione della pericolosità sociale perseguito attraverso l'internamento.

In merito al primo profilo (cioè i *presupposti di legittimità delle misure di sicurezza*), è orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo quello per cui l'applicazione di misure di sicurezza *post delictum* nei confronti di soggetti imputabili socialmente pericolosi non contrasta con l'art. 5 § 1 lett. a Cedu ad una *duplice condizione*: innanzitutto, è necessario che l'internamento sia “conseguenza” di una condanna legittima, e, in secondo luogo, il giudizio di pericolosità del sottoposto deve essere ragionevole.

Nella sentenza *De Schepperd c. Belgio*⁸³, la Corte, in linea con la propria precedente giurisprudenza⁸⁴, ha riconosciuto la compatibilità con l'art. 5 § 1 lett. a Cedu delle *misure di sicurezza applicate dal giudice di cognizione con la sentenza di condanna ed eseguite discrezionalmente dall'autorità amministrativa* al termine della pena principale. Il ricorrente – condannato a sei anni di reclusione per violenza sessuale nei confronti di un minore e “messo a disposizione” del Ministro della Giustizia per un periodo di dieci anni – si doleva di essere stato sottoposto, dopo il suo rilascio, a una privazione della libertà personale in forza di una decisione arbitraria del Ministro, motivata dall'assenza in Belgio di strutture sanitarie specializzate nel trattamento dei pedofili e non dal pericolo di recidiva. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu affermando che tra la condanna del ricorrente e il suo internamento sussisteva un *nesso causale adeguato* dal momento che la decisione del Ministro riguardava le modalità di esecuzione della sanzione originariamente inflitta con la sentenza di condanna ed era stata presa nel rispetto dei limiti fissati dalla suddetta sentenza, oltre ad essere stata precisamente motivata in ordine alla pericolosità effettiva del ricorrente.

83. Sent. 13 ottobre 2009, *De Schepperd c. Belgio* (ric. n. 27428), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 299-300.

84. Cfr., sempre con riferimento proprio il problema della compatibilità con l'art. 5 § 1 Cedu lett. a dell'istituto, tipico dell'ordinamento belga, della messa a disposizione del condannato, sent. 24 giugno 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgio* (ric. n. 7906/77), § 35.

Nelle pronunce *M. c. Germania*⁸⁵ e *Grosskopf c. Germania*⁸⁶, invece, la Corte europea si è pronunciata sulla legittimità convenzionale della *Sicherungsverwahrung*⁸⁷ (una misura detentiva di durata indeterminata, rivolta ai delinquenti per tendenza, che può considerarsi sostanzialmente equivalente alle misure della colonia agricola e casa di lavoro previste nel nostro ordinamento dagli artt. 216 ss. del c.p.) nella ipotesi in cui essa è applicata *con la sentenza di condanna, congiuntamente alla pena*.

In particolare, nel caso *M. c. Germania*, la Corte ha valutato la conformità rispetto agli artt. 7 e 5 § 1 lett. a Cedu dell'*applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime di durata della Sicherungsverwahrung*. Il ricorrente – ancora internato al momento della pronuncia della Corte europea – era stato condannato nel 1986 a cinque anni di reclusione e alla *Sicherungsverwahrung*, da eseguire una volta scontata la pena. Secondo la legge vigente al momento dei fatti e della successiva condanna, la custodia di sicurezza non poteva avere una durata superiore a dieci anni. Tale limite massimo, tuttavia, era stato abolito con effetto retroattivo da una legge del 1998, che prevedeva la possibilità di protrarre la custodia di sicurezza fino a che permane il pericolo che un soggetto commetta in futuro altri reati. Così allo scadere del decimo anno d'internamento, il giudice aveva ordinato la prosecuzione della misura, avvalendosi del nuovo regime di durata previsto e motivando sulla base della persistente pericolosità del ricorrente.

La Corte europea, in tale occasione, ha riscontrato una violazione degli artt. 7 – considerando la custodia di sicurezza coperta dal principio di irretroattività in quanto vera e propria pena⁸⁸ – e 5 § 1 lett. a Cedu per le ragioni di seguito esaminate.

E in particolare, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la legittimità della custodia di sicurezza nel suo momento genetico, perché essa era conseguenza di una condanna legittima e perché era giustificata dalla pericolosità sociale dell'internato; tuttavia, essi hanno ritenuto illegittima la proroga della privazione della libertà personale subito dal ricorrente oltre il limite massimo di dieci anni previsto dalla legge in vigore al momento del fatto, affermando che *l'applicazione retroattiva della nuova e più severa disciplina temporale aveva comportato la rottura della connessione causale* tra la condanna e la privazione della libertà personale, connessione che, come dicevamo, è richiesta dalla norma convenzionale così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, ai fini della legittimità della privazione della libertà.

La Corte ha avuto, inoltre, cura di precisare come il mantenimento del ricorrente in stato di detenzione, non poteva ritenersi giustificato neanche sotto il profilo dell'art. 5 § 1 lett. c, che consente la privazione della libertà personale quando si tratti di prevenire la commissione di un reato specificamente individuato e non un generico rischio di recidiva, e tanto meno sotto il profilo dell'art. 5 § 1 lett. e Cedu, che invece autorizza la detenzione solo quando l'interessato sia infermo di mente.

Per quanto riguarda le ripercussioni nell'ordinamento tedesco della sentenza sopra esaminata, nonché delle altre pronunce rese dalla Corte europea in senso conforme nel 2011⁸⁹, si segnala che il *Bundesverfassungsgericht* con una sentenza del 4 maggio 2011⁹⁰ ha dichiarato, sotto diversi profili, l'illegittimità costituzionale della disciplina

85. Sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 326-328.

86. Sent. 21 ottobre 2010, *Grosskopf c. Germania* (ric. n. 24478/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 202.

87. Art. 66, primo comma, StGB.

88. Cfr., sulla violazione dell'art. 7 Cedu, G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, cit.

89. Per un esame di tali pronunce, che esulano dal periodo di trattazione della presente Rassegna, si rinvia a G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, nota alle sentenze 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania* (ric. n. 17792/07); 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania* (ric. n. 20008/07); 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07), pubblicato in questa *Rivista* in data 11 marzo 2011.

90. *Bundesverfassungsgericht*, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09. Per accedere al testo della sentenza cfr. http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html.

della custodia di sicurezza, indicando al legislatore come termine ultimo il 31 maggio 2013 per adeguare la disciplina interna ai principi convenzionali⁹¹.

Nel successivo caso *Grosskopf c. Germania*⁹², il ricorrente – anch'esso ancora internato al momento della pronuncia della Corte europea – veniva condannato nel 1995 a sette anni di reclusione e alla custodia di sicurezza. Nel 2002, dopo che erano trascorsi *solo quattro anni di internamento*, il giudice ordinava la continuazione della misura, motivando la decisione sulla base del pericolo attuale che il ricorrente tornasse a delinquere, visto tra l'altro che il medesimo, durante la detenzione, aveva rifiutato di intraprendere qualsiasi tipo di trattamento volto a ridurre la pericolosità e a favorirne il reinserimento nella società. Il ricorrente si doleva, quindi, dell'illegittimità della sua detenzione, sostenendo che l'applicazione della custodia di sicurezza nei suoi confronti non era giustificata da nessuno dei casi di cui all'art. 5 § 1 Cedu. Infatti, tale misura, secondo quanto asserito dal medesimo, non avrebbe potuto considerarsi inflitta a seguito di condanna (ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a) poiché essa ha lo scopo esclusivo di impedire la recidiva e non costituisce la sanzione per la commissione di un reato. Né essa avrebbe potuto essere giustificata dalla necessità di prevenire la commissione specifica di un reato (ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. c Cedu), e neppure dal fatto che il sottoposto fosse affetto da una infermità psichica (ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. e Cedu).

La Corte europea, richiamando la poc'anzi esaminata sentenza *M. c. Germania*⁹³, ha escluso, tuttavia, che nel caso di specie vi fosse stata alcuna violazione dell'art. 5 § 1 Cedu. Pur riconoscendo la natura (anche) specialpreventiva della custodia di sicurezza, i giudici europei hanno ritenuto, infatti, che la *privazione* della libertà personale del ricorrente fosse *conseguenza della sentenza di condanna* pronunciata nei suoi confronti perché il giudizio di pericolosità effettuato dalle autorità giurisdizionali competenti non era privo di ragionevolezza e, inoltre, perché non era stato superato il termine massimo di dieci anni previsto dalla legge in vigore all'epoca della condanna (diversamente da quanto era accaduto, appunto, nel caso *M.* in cui, lo ricordiamo, il ricorrente era stato mantenuto in custodia oltre il termine suddetto, conseguentemente all'abolizione, con effetto retroattivo, del limite massimo di durata della misura).

In altre parole, la *Sicherungsverwahrung*, applicata congiuntamente alla pena con la sentenza di condanna, *non* può considerarsi di per sé contraria all'art. 5 § 1 lett. a Cedu in quanto, secondo la giurisprudenza europea, *solo* l'applicazione retroattiva del nuovo e più sfavorevole regime di durata di tale misura comporta l'illegittimità convenzionale della privazione della libertà personale del sottoposto.

Secondo quanto recentemente affermato dalla Corte europea, presenta, invece, profili di frizione con l'art. 5 § 1 lett. a la disciplina tedesca dell'*ordine postumo di internamento in custodia di sicurezza*, secondo la quale il giudice dell'esecuzione può ordinare la custodia di sicurezza nei casi in cui la pericolosità sia emersa solo dopo la sentenza definitiva di condanna, durante l'esecuzione della pena. In tal caso, infatti, la privazione della libertà personale dell'interessato può in alcun modo ritenersi una conseguenza della sentenza di condanna⁹⁴.

91. Sulle logiche di prevenzione della pericolosità sociale nelle scelte di politica criminale del legislatore tedesco e degli altri stati membri ed il problema delle garanzie individuali dinanzi alla Corte europea, si rinvia all'ampio contributo di M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, pubblicato in questa *Rivista* in data 26 luglio 2011, il quale riproduce l'intervento al convegno "Pericolosità sociale e giustizia penale" organizzato dall'associazione Franco Bricola (25-26 marzo 2011) e in cui l'A. tiene conto anche della recente sentenza del Bundesverfassungsgericht. Per un'analisi dettagliata della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* e sulle specifiche ripercussioni della giurisprudenza europea sull'ordinamento tedesco, v. in particolare S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, pubblicata in questa *Rivista* in data 18 novembre 2011.

92. Sent. 21 ottobre 2010, *Grosskopf c. Germania* (ric. 24478/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 202.

93. Sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 326-328.

94. Cfr., sul punto, sent. 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania* (ric. n. 6587/04), la quale esula dal periodo di trattazione.

Quanto alle ripercussioni sul diritto penale sostanziale italiano, la giurisprudenza europea in materia di misure di sicurezza sopra esaminata appare particolarmente significativa perché evidenzia la possibile incompatibilità con l'art. 5 § 1 lett. a Cedu della disciplina di cui al combinato disposto degli articoli 205 comma 2 n. 3 e 109 comma 2 c.p., secondo cui la dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato e la conseguente applicazione della misura di sicurezza detentiva può avvenire in ogni tempo, anche dopo l'esecuzione della pena, in deroga al principio generale per il quale le misure di sicurezza si applicano dopo una sentenza di condanna.

4.2.1

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE RISPETTO ALLO SCOPO LEGITTIMO DI CONTROLLO E DI RIDUZIONE DELLA PERICOLOSITÀ

Giova, innanzitutto, ricordare come la giurisprudenza di Strasburgo consideri la privazione della libertà personale a seguito di sentenza di condanna in linea di principio ammissibile senza richiedere la dimostrazione della necessità della detenzione. Nondimeno, la privazione della libertà personale, come accennato, deve essere *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo perseguito con la stessa. Per quel che concerne le misure di sicurezza detentive, dunque, è necessario che sussista una *ragionevole connessione tra le modalità dell'internamento e lo scopo di controllo e riduzione della pericolosità* del medesimo.

Sotto questo profilo, merita di essere ricordata, innanzitutto, la sentenza *De Schepperd c. Belgio*⁹⁵, in cui la Corte europea ha escluso una violazione dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu sotto il profilo del principio di *proporzione*, affermando che le autorità belghe avevano intrapreso azioni adeguate ad assicurare al ricorrente *un trattamento adatto* al suo stato di delinquente sessuale e *diretto a ridurre la pericolosità*. I giudici europei hanno osservato come nel caso di specie le autorità penitenziarie avessero sottoposto il ricorrente a una pre-terapia psichiatrica in carcere e, inoltre, come esse avessero tentato ripetutamente di farlo ricoverare in una struttura psichiatrica privata, senza che ciò fosse possibile a causa della sua persistente pericolosità.

La sentenza citata presenta, inoltre, profili notevoli di interesse nella parte in cui la Corte – pur avendo escluso, come dicevamo, una violazione diretta dell'art. 5 § 1 Cedu sotto il profilo di una adeguata connessione tra modalità dell'internamento e scopo del medesimo – ha affermato che il Belgio doveva comunque considerarsi obbligato ad assumere nel prossimo futuro tutte le misure necessarie al fine di individuare delle strutture, pubbliche o private, in grado di prendersi carico degli autori di violenze sessuali contro i minori.

Nel caso *M. c. Germania*⁹⁶, invece, i giudici europei, nel riconoscere che la custodia di sicurezza deve considerarsi una pena sotto il profilo dell'art. 7 Cedu, hanno affermato, tra l'altro, come il trattamento offerto agli internati in custodia di sicurezza non sia caratterizzato in senso funzionale alla riduzione della pericolosità sociale e come esso non abbia contenuti specifici rispetto alla esecuzione della pena in senso formale⁹⁷.

Nella successiva sentenza *Grosskopf c. Germania*⁹⁸ – in cui il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu in relazione al principio di *proporzione*, affermando che il trattamento inflittogli non consentiva di distinguere la custodia di sicurezza da una pena in senso formale – la Corte ha, tuttavia, escluso una violazione della norma in parola rilevando come la privazione della libertà personale del ricorrente doveva ritenersi *proporzionata* rispetto alle finalità specialpreventive perseguite con la medesima, in quanto il ricorrente stesso aveva sempre rifiutato di essere sottoposto a qualsiasi tipo di terapia durante la detenzione.

Le pronunce sopra esaminate – che dimostrano una certa attenzione della Corte nei confronti del trattamento concretamente offerto ai sottoposti a misure di sicurezza

95. Sent. 13 ottobre 2009, *De Schepperd c. Belgio* (ric. n. 27428), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 299-300, § 48.

96. Sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 326-328.

97. Cfr. G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in questa *Rivista*.

98. Sent. 21 ottobre 2010, *Grosskopf c. Germania* (ric. 24478/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 202.

detentive – potrebbero andare verso un possibile riconoscimento da parte della giurisprudenza europea della necessità, sotto il profilo dell'art. 5 § 1 Cedu, di una differenziazione sul piano dei contenuti delle misure di sicurezza rispetto alla pena in senso formale, come da tempo sostenuto dalla dottrina italiana⁹⁹. Ciò attraverso una maggiore valorizzazione dell'esigenza di rispettare il principio di proporzione della detenzione assicurando una connessione adeguata tra lo scopo della misura e le modalità di esecuzione della stessa.

5

LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL FINE DI OTTENERE L'ADEMPIMENTO DI UN OBBLIGO GIURIDICO (ART. 5 § 1 LETT. B CEDU)

Secondo la giurisprudenza consolidata di Strasburgo¹⁰⁰, il ricorso a strumenti coercitivi al fine di ottenere l'adempimento di determinate prestazioni processuali (ad esempio, l'accompagnamento coattivo di testimoni o periti che omettano di presentarsi senza un legittimo impedimento) è ammesso ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. b Cedu, a condizione che (a) si tratti dell'esecuzione di un obbligo giuridico specifico e concreto; (b) la privazione della libertà personale sia necessaria e proporzionata rispetto all'esigenza di assicurare l'esecuzione dell'obbligo in questione.

Nella sentenza *Gatt c. Malta*¹⁰¹, del luglio 2010, la Corte ha fornito un'applicazione esemplare della sua consolidata giurisprudenza in tema di art. 5 § 1 lett. b Cedu in un caso di violazione degli obblighi derivanti dal provvedimento di concessione della libertà dietro cauzione. Il ricorrente, imputato in un procedimento per traffico di droga, veniva sottoposto a detenzione per un periodo di cinque anni e sei mesi per non aver pagato la somma di circa 23.000 euro, che gli era stato ordinato di versare a seguito della violazione degli obblighi derivanti dal provvedimento con cui in precedenza gli era stata concessa la libertà dietro cauzione. La Corte in quest'occasione ha riscontrato una violazione dell'art. 5 comma 1 lett. b Cedu, osservando come la *durata della detenzione* del ricorrente (5 anni e 6 mesi) fosse *manifestamente sproporzionata* rispetto all'obiettivo di assicurare il rispetto degli obblighi imposti con la liberazione su cauzione. In particolare, essa ha censurato la legge maltese nella parte in cui non distingue tra la violazione degli obblighi funzionali ad assicurare la presenza nel processo dell'imputato e quella degli altri obblighi (come ad es. il pagamento della cauzione), né prevede un limite massimo di durata per la detenzione applicabile nel caso in cui il condannato sia insolvente.

6

LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE FUNZIONALE ALLA TRADUZIONE DINANZI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA (ART. 5 § 1 LETT. C)

L'art. 5 § 1 lett. c Cedu consente di arrestare o porre in detenzione un individuo «per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o ci sono motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso».

Giova, peraltro, rilevare come tale norma non possa giustificare l'adozione di misure di prevenzione detentive: innanzitutto, in tal caso la privazione della libertà personale del proposto non può essere ritenuta funzionale rispetto alla traduzione dell'interessato davanti all'autorità giudiziaria e, in secondo luogo, essa non può considerarsi giustificata dalla sussistenza di ragioni plausibili per sospettare che l'internato abbia commesso un reato né dall'esistenza di motivi fondati per ritenere necessario impedirgli di commettere un reato dal momento che, in entrambi i casi, deve trattarsi, secondo il diritto di Strasburgo, di un reato specificamente individuato, non di un generico rischio di recidiva¹⁰².

99. Sul punto, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., 2009, pp. 623-624.

100. Cfr. sul punto D.J. HARRIS- M. O' BOYLE- C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 142-144.

101. Sent. 27 luglio 2010, *Gatt c. Malta* (ric. n. 28221/08).

102. Sent. 17 dicembre 2009, *M c. Germania* (ric. n. 9359/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 326-328, e precedenti ivi citati.

7

LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE NEI CONFRONTI DEI MINORI (ART. 5 § 1 LETT. D)

Quanto alla privazione della libertà personale nei confronti dei minori, si segnala la sentenza *Ichin e altri c. Ucraina*¹⁰³, relativa alla sottoposizione di alcuni ragazzini, che avevano rubato cibo e stoviglie alla mensa della scuola, alla custodia cautelare in un centro correzionale per minori per un periodo di trenta giorni. La Corte europea, conformemente alla propria giurisprudenza consolidata¹⁰⁴, ha in questa occasione escluso che la privazione della libertà dei ricorrenti potesse rientrare nell'alveo dell'art. 5 § 1 lett. d Cedu dal momento che nel centro in parola non veniva svolta alcuna attività educativa.

8

LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE IN FUNZIONE DI DIFESA SOCIALE. IN PARTICOLARE LE MISURE DI SICUREZZA NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI NON IMPUTABILI (ART. 5 § 1 LETT. E CEDU)

Nel diritto di Strasburgo¹⁰⁵ l'applicazione di misure di sicurezza detentive nei confronti dei soggetti non imputabili socialmente pericolosi è ammessa, ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. e Cedu¹⁰⁶, solo quando essa è *conforme* alla legge dello Stato e quando ricorrono i seguenti *presupposti*: (a) che l'internato sia stato riconosciuto infermo di mente in base ad una perizia psichica effettiva, salvi i casi di urgenza; (b) che il disturbo psichico abbia natura e grado tali da giustificare e rendere necessaria e proporzionata in concreto la privazione della libertà personale rispetto all'esigenza di tutelare la sicurezza dell'internato e della collettività; (c) che tale disturbo persista per tutta la durata dell'internamento.

Così nella sentenza *Stojanovsky c. Macedonia*¹⁰⁷ la Corte ha affermato che generiche *esigenze di difesa sociale* non possono giustificare l'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario, allorché non sussista un disturbo psichico effettivo¹⁰⁸ (nella specie era stata negata la revoca della misura disposta nei confronti del ricorrente, poiché da alcune informative di polizia risultava che alcuni suoi compaesani avevano manifestato il timore di essere aggrediti durante le sue visite al villaggio, in esecuzione di permessi premio).

Perché l'applicazione di una misura di sicurezza nei confronti di un soggetto non imputabile possa considerarsi *proporzionata*, è altresì necessario che sussista una *connessione adeguata tra il luogo e le modalità dell'internamento* e lo scopo terapeutico del medesimo: con conseguente tendenziale illegittimità dell'esecuzione in un istituto penitenziario della detenzione di un infermo di mente¹⁰⁹. Peraltro, nella sentenza *Grzegorz Jończyk c. Polonia*¹¹⁰ la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. e Cedu sotto questo profilo affermando che l'esecuzione del provvedimento di trasferimento del ricorrente, sospettato di maltrattamenti in famiglia e affetto da schizofrenia, da un istituto penitenziario ad un ospedale psichiatrico giudiziario, era stata ritardata a causa del procedimento giurisdizionale, instaurato su istanza del ricorrente stesso, e rivolto ad accertare la legittimità del suddetto provvedimento.

9

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ESPULSIONE (ART. 5 COMMA 1 LETT. F CEDU)

All'interno del sistema convenzionale, l'art. 5 § 1 lett. f Cedu prevede un'eccezione al diritto alla libertà personale «se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio o contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione», assicurando agli Stati membri il diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale.

La giurisprudenza di Strasburgo considera il trattenimento dello straniero nelle more

103. Sent. 21 dicembre 2010, *Ichin e altri c. Ucraina* (ric. n. 28189/04, 28192/04).

104. D.J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 151.

105. Sui presupposti della detenzione dei c.d. infermi di mente, cfr., per tutti, sent. 24 ottobre 1979, *Winterwerp c.*, Paesi Bassi, § 39 ss.

106. Non è ammessa l'applicazione di misure di sicurezza nei confronti di soggetti prosciolti per difetto di imputabilità ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu, in assenza del necessario presupposto di una sentenza di condanna.

107. Sent. 2 ottobre 2009, *Stojanovsky c. Macedonia* (ric. n. 1431/03), § 31.

108. Nello stesso senso, cfr. nel triennio in esame, sent. 18 novembre 2010, *Baudoin c. Francia* (ric. n. 35935/03).

109. Il principio è stato affermato per la prima volta nella sent. 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito* (ric. n. 8225/78).

110. Sent. 3 dicembre 2010, *Grzegorz Jończyk c. Polonia* (ric. n. 19789/08).

del procedimento di espulsione in linea di principio ammissibile sulla base dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu, senza richiedere la dimostrazione da parte dello Stato della *necessità* della detenzione rispetto ad un effettivo pericolo di fuga ovvero di commissione di reati da parte del medesimo¹¹¹.

Da vari precedenti in tema di art. 5 § 1 lett. f Cedu¹¹², tuttavia, si evince che la privazione della libertà dello straniero debba essere *proporzionata* rispetto allo scopo legittimo di eseguire l'espulsione o l'estradizione (oppure di impedire l'ingresso irregolare sul territorio). In questo senso, la giurisprudenza europea richiede che le autorità nazionali agiscano in buona fede; che la detenzione si protragga esclusivamente per il tempo strettamente necessario ad eseguire l'allontanamento e, infine, che sussista una connessione conveniente tra il luogo e le modalità della detenzione e lo scopo della medesima, con la conseguenza che dovrebbe considerarsi illegittima l'esecuzione in un istituto penitenziario di una detenzione finalizzata all'espulsione¹¹³.

Quello del trattenimento degli stranieri è uno dei settori in cui, nel triennio in esame, si sono registrati alcuni importanti mutamenti nella giurisprudenza di Strasburgo.

Nella sentenza *Tabesh c. Grecia*¹¹⁴ la Corte ha, innanzitutto, precisato che la detenzione dello straniero diviene *sproporzionata* rispetto allo scopo legittimo di eseguire l'allontanamento dello straniero allorché *lo Stato ometta di attivarsi con la doverosa diligenza* per creare le condizioni che rendono possibile l'espulsione.

Il ricorrente, un cittadino afgano, si doleva di essere stato trattenuto in un centro di permanenza temporanea per un periodo di tre mesi, durante i quali le autorità greche non avevano intrapreso alcun tipo di attività per ottenere da quelle afgane il rilascio dei documenti necessari per l'espatrio. La Corte ha riscontrato in quest'occasione una violazione dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu sotto il profilo del principio di proporzione, affermando che tre mesi di detenzione amministrativa rappresentavano un periodo eccessivo rispetto alle attività che il governo greco avrebbe dovuto intraprendere per accordarsi con il Paese di origine del ricorrente al fine di consentire il rimpatrio.

Secondo quanto affermato dalla grande camera nella già citata sentenza *A e altri c. Regno Unito*¹¹⁵, poi, la detenzione dello straniero deve considerarsi *sproporzionata* quando *non esiste alcuna prospettiva ragionevole di eseguire l'allontanamento*, per motivi di ordine giuridico o per altre ragioni.

In particolare, i giudici europei hanno escluso che la detenzione dei ricorrenti, cittadini stranieri sospettati di svolgere attività terroristica, potesse essere ricondotta all'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu, dal momento che essi non potevano essere allontanati dal territorio nazionale in forza del *divieto discendente dall'art. 3 Cedu* di eseguire l'espulsione dello straniero in presenza di un rischio concreto che questi possa essere sottoposto nel paese di destinazione a tortura, o a trattamenti inumani o degradanti¹¹⁶.

E ancora nella sentenza *Mikolenko c. Estonia*¹¹⁷, la Corte europea ha riconosciuto una violazione della norma in parola, in relazione al trattenimento del ricorrente nel corso della procedura di espulsione, per un periodo di tempo di quasi quattro anni, alla luce dell'*impossibilità per le autorità nazionali di procurarsi i documenti necessari per*

111. Sull'esclusione della necessità del trattenimento dello straniero rispetto ad un effettivo pericolo di fuga o al pericolo di recidiva, v., tra le molte, sent. 25 ottobre 1996 (grande camera), *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93), § 112.

112. In riferimento al principio di proporzione della privazione della libertà personale dello straniero nelle more del procedimento di espulsione rispetto allo scopo legittimo di eseguire rapidamente l'allontanamento del medesimo, v., tra le molte, sent. 25 ottobre 1996 (grande camera), *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93).

113. In questo senso si sono espressi L. MASERA-F. VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 567.

114. Sent. 26 novembre 2009, *Tadesch c. Grecia*, (ric. n. 8256/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 310.

115. Sent. 19 febbraio 2009 (grande camera), *A e altri* (ric. n. 3455/05).

116. Sui limiti all'esecuzione dell'espulsione derivanti dall'art. 3 Cedu, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu)*, in questa *Rivista*.

117. Sent. 8 ottobre 2009, *Mikolenko c. Estonia* (ric. n. 10664/05).

eseguire l'allontanamento: infatti, in assenza del consenso dell'interessato, il quale si rifiutava categoricamente di collaborare, le autorità russe non erano autorizzate a rilasciare tali documenti a quelle estoni. Secondo i giudici europei, poi, la privazione della libertà personale del ricorrente doveva considerarsi sproporzionata anche alla luce del fatto che le autorità estoni avrebbero potuto applicare nei confronti del ricorrente delle *misure coercitive meno afflittive* rispetto alla privazione della libertà personale, al fine di assicurare l'adempimento dell'obbligo di lasciare il territorio dello Stato. E in particolare essi hanno osservato come, dopo il suo rilascio nell'ottobre 2007, il ricorrente era stato efficacemente sottoposto all'obbligo di presentarsi ad intervalli di tempo ragionevoli ad un apposito organo di sorveglianza¹¹⁸.

Con tale precisazione, i giudici europei sembrano aver affermato, in termini peraltro fino ad ora mai così espliciti, il principio per cui il trattenimento dello straniero nel corso della procedura di espulsione possa considerarsi legittimo solo quando altre misure meno afflittive della libertà non siano altrettanto efficaci rispetto allo scopo di eseguire rapidamente l'allontanamento. Sotto quest'ultimo profilo, si segnala, tuttavia, la *dissenting opinion* del giudice Maruste, il quale ha ritenuto ammissibile il trattenimento del ricorrente sottolineando tra l'altro come il diritto di Strasburgo consideri legittima la detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, senza richiedere, a differenza di quanto vale nelle altre ipotesi di detenzione legittima contemplate dall'art. 5 § 1 Cedu, la dimostrazione da parte dello Stato membro della necessità della privazione della libertà personale. A tale osservazione pare, comunque, facilmente obiettabile che il trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione debba essere concepito come misura di *ultima ratio* alla luce del principio di proporzionalità che vale per tutti i casi di privazione della libertà previsti dall'art. 5 § 1 Cedu.

Sempre con riferimento all'impossibilità per le autorità di procurarsi i documenti necessari per eseguire l'espulsione, si segnala la sentenza *Raza c. Bulgaria*¹¹⁹, in cui la Corte ha effettuato un'importante precisazione in merito alla necessità di operare una distinzione tra i casi in cui il trattenimento dello straniero viene prorogato perché il suo allontanamento risulta impedito dai procedimenti giurisdizionali volti ad accertarne la legittimità¹²⁰ e i casi, come quello di specie, in cui l'unico ostacolo all'esecuzione è rappresentato dall'impossibilità di ottenere i documenti per eseguire l'espulsione ove il trattenimento dello straniero deve considerarsi sproporzionato rispetto allo scopo di eseguire l'espulsione e, quindi, illegittimo.

Peraltro, nel riconoscere l'illegittimità del trattenimento del ricorrente, la Corte, in aggiunta alla circostanza che le autorità nazionali non avevano posto in essere tutte le attività necessarie per ottenere dalle autorità pachistane i documenti necessari per l'espulsione, ha sottolineato anche il fatto che esse non avessero preso in considerazione la possibilità di espellere il ricorrente verso un altro paese, disposto ad accoglierlo, né quella di adottare altre misure coercitive meno afflittive del trattenimento ed altrettanto efficaci rispetto allo scopo di eseguire l'espulsione.

La giurisprudenza europea in materia di tutela della libertà personale dello straniero durante la procedura di rimpatrio ha un'importanza cruciale per il nostro Paese, alla luce del decreto legge n. 89 del 2011 "Disposizioni urgenti per la completa attuazione della Direttiva 2004/38/CE e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE", promulgato dal Capo dello Stato e quindi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 23 giugno 2011 ed entra in vigore a decorrere dal 24 giugno 2011, il quale apporta modifiche

118. Ibid., § 67.

119. Sent. 11 febbraio 2010, *Raza c. Bulgaria* (ric. n. 31465/08).

120. Si tratta del caso, sent. 25 ottobre 1996 (grande camera), *Chahal c. Regno Unito* (ric. n. 22414/93), in cui la Corte ha escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu in relazione al trattenimento del ricorrente per quasi cinque anni nel corso del procedimento di espulsione perché le autorità nazionali si erano attivate diligentemente per creare le condizioni che rendessero possibile l'esecuzione dell'espulsione, ma questa non era stata possibile stante la necessità di accertare in via giurisdizionale la legittimità del provvedimento di espulsione. Cfr., sul punto, D.J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 162-163.

significative alla disciplina amministrativa e penale in materia di espulsione degli extracomunitari dal territorio dello Stato, in risposta alla sentenza *El Dridi* resa della Corte di giustizia lo scorso aprile¹²¹. Tra le principali novità si segnalano, per quel che qui interessa, il prolungamento fino a diciotto mesi del termine massimo di trattenimento degli immigrati nei C.I.E.; in secondo luogo e la previsione di misure alternative al trattenimento nel C.I.E. per lo straniero irregolare che non sia pericoloso, quali la consegna del passaporto o altro documento equipollente, l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso gli uffici della forza pubblica. La violazione delle misure viene punita con la multa da 3.000 a 18.000 euro (il reato è attribuito alla competenza del giudice di pace).

Conviene, peraltro, precisare che la valutazione in merito all'*adeguatezza delle condizioni del trattenimento* dello straniero in appositi centri in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione o della definizione del procedimento per la concessione dell'asilo politico viene sempre più spesso effettuata nella giurisprudenza europea con riferimento all'art. 3 Cedu, e non con riferimento all'art. 5 § 1 Cedu¹²². Sotto questo profilo, meritano menzione le sentenze *S.D. c. Grecia*¹²³, *A.A. c. Grecia*¹²⁴ e *Tabesh c. Grecia*¹²⁵, l'ultima delle quali resa – a differenza delle altre – in relazione a una vicenda che vedeva protagonista non un richiedente asilo ma un migrante economico, entrato clandestinamente in Grecia.

9.1

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ASILO

Nella sentenza *Saadi c. Regno Unito* del 2008¹²⁶, la grande camera ha esaminato, per la prima volta, la questione della legittimità della privazione della libertà personale dello straniero nel corso del procedimento di asilo alla luce della prima parte dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu (che autorizza l'arresto e la detenzione dello straniero per impedire l'ingresso clandestino nel territorio nazionale).

Prima di esaminare le affermazioni di carattere generale rese dalla Corte nella pronuncia in commento, pare opportuno soffermarsi brevemente sulle vicende dalle quali essa è scaturita.

Il ricorrente – fuggito dal Kurdistan iracheno – giunto all'aeroporto londinese di Heathrow, si presentava spontaneamente alla polizia chiedendo asilo politico. Le autorità inglesi gli rilasciavano un permesso di soggiorno temporaneo, che veniva rinnovato per tre giorni consecutivi durante i quali ogni mattina il ricorrente si presentava volontariamente all'aeroporto per trattare la richiesta di asilo. Il terzo giorno, però, al fine di velocizzare il procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, egli veniva coattivamente trasferito in un centro di permanenza temporanea, dove restava per sette giorni.

Ad avviso della maggioranza dei giudici, come poc'anzi accennato, il trattenimento del ricorrente doveva considerarsi fondato *sull'esigenza di impedire l'ingresso irregolare del medesimo nel territorio inglese*, dal momento che il richiedente asilo politico – al pari di un immigrato ordinario – risulta in attesa di un'autorizzazione a fare ingresso e a permanere sul territorio dello Stato¹²⁷.

Ciò posto, la grande camera – confermando la precedente pronuncia della Corte a

121. Per un'analisi approfondita del d.l., cfr. A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE, il decreto legge di attuazione n. 89/2001, prime riflessioni a caldo*, pubblicato in questa rivista in data 24 giugno 2011.

122. Sul punto, approfonditamente cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu)*, cit.

123. Sent. 11 giugno 2009, *S.D. c. Grecia* (ric. n. 53541/07).

124. Sent. 22 luglio 2010, *A.A. c. Grecia* (ric. n. 12186/08).

125. Sent. 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia* (ric. n. 8256/07).

126. Sent. 29 gennaio 2008 (grande camera), *Saadi c. Regno Unito* (ric. n. 13229/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 351-352.

127. *Saadi*, cit., § 75 in cui si sottolinea come la richiesta di asilo e il permesso temporaneo di soggiorno non siano equiparabili all'autorizzazione dello Stato a entrare sul territorio.

sezioni semplici¹²⁸ – ha escluso, per undici voti contro sei, la violazione dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu. Nella valutazione della legittimità del trattenimento del ricorrente, i giudici hanno fatto riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di detenzione dello straniero nelle more del procedimento di espulsione: e in particolare, hanno ritenuto che le autorità inglesi avessero agito in buona fede, dato che il trattenimento del ricorrente nel centro di permanenza temporanea era, appunto, finalizzato ad assicurare una rapida trattazione della richiesta di asilo. Inoltre, essi hanno rilevato che le condizioni della detenzione (sotto il profilo ricreativo, religioso, medico e anche dell'assistenza legale) erano adeguate allo *status* di richiedente asilo politico del ricorrente, e, infine, che la durata della detenzione (sette giorni) non era stata irragionevole, tenuto conto delle grandi difficoltà incontrate dal Regno Unito nel fronteggiare il numero elevatissimo di richieste d'asilo.

Presenta, tuttavia, notevoli profili di interesse la *dissenting opinion* dei giudici Roza-kis, Tulkens, Kovler, Hayiyev, Spielmann e Hirvelä, i quali hanno obiettato, innanzitutto, che l'equiparazione tra immigrati ordinari e richiedenti asilo politico è contraria al principio fondamentale del diritto internazionale secondo cui la richiesta di asilo comporta immediatamente la legittimità del soggiorno nel territorio¹²⁹ e, in secondo luogo, hanno rilevato come la norma convenzionale autorizza esclusivamente la detenzione dello straniero quando è necessaria a prevenire l'ingresso clandestino nel territorio, e non quando essa sia funzionale a mere esigenze amministrative, come quella, perseguita dalle autorità inglesi nel caso di specie, di garantire una procedura più celere per la decisione sulla richiesta di asilo.

La questione della legittimità del trattenimento del richiedente asilo politico resta estremamente *problematica*: se, da un lato, le fonti internazionali sembrano escludere tale possibilità, dall'altro, la Corte europea sembra invece propensa a ritenere consentito il trattamento dello straniero nel corso del procedimento di asilo ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu¹³⁰.

La più recente giurisprudenza di Strasburgo ha enucleato in capo agli Stati membri una serie di obblighi positivi di tutela della libertà personale: in generale, si tratta di misure volte a prevenire una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, evitando che l'individuo venga illegittimamente privato della libertà¹³¹.

Sulle autorità statali incombe, innanzitutto, l'obbligo di proteggere l'individuo dall'arresto o dalla detenzione illegittime, documentando l'applicazione di qualsiasi provvedimento privativo della libertà con l'indicazione della data, dell'ora e del luogo di inizio della privazione della libertà, dei motivi che la giustificavano e dei nomi delle persone che ne sono responsabili. Si tratta di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo a partire dalla sentenza *Kurt c. Turchia* del 1998¹³², dove la Corte europea ha per la prima volta affermato che il mancato riconoscimento da parte delle autorità statali dell'avvenuta detenzione di una persona (*unacknowledged detention*) costituisce una totale negazione e perciò una violazione estremamente grave dell'art. 5 § 1 Cedu.

128. Sent. 11 luglio 2006, *Saadi c. Regno Unito* (ric. n. 13229/03).

129. Si vedano in particolare gli artt. da 31 a 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati.

130. Sul punto, si segnalano due sentenze del 2011 che esulano dal periodo di riferimento della presente *Rassegna*: e in particolare, nella sentenza *M.S.S. c. Grecia e Belgio* (ric. n. 30696/09), pubblicata in questa *Rivista* in data 9 maggio 2011, con nota di L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, la grande camera ha riconosciuto la compatibilità del trattenimento di un richiedente asilo politico afgano con l'art. 5 § 1 Cedu e ha riconosciuto, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu sotto il profilo delle condizioni del trattenimento; nella successiva sentenza 7 giugno, *R.U. c. Grecia* (ric. n. 2237/08) la Corte europea ha riconosciuto, invece, la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, affermando che il trattenimento del richiedente asilo politico era contrario alla legislazione internazionale e nazionale.

131. Sul punto, cfr. A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit. 68-79.

132. Cfr. sent. 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia* (ric. n. 24276/94).

Nel triennio 2008–2010, la Corte ha riconosciuto una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu in relazione alla mancata documentazione da parte delle autorità russe dell'arresto e della detenzione del ricorrente nella già citata sentenza *Iskandarov c. Russia*¹³³ del settembre 2010 in tema di *extraordinary renditions*. Nel caso di specie, come si ricorderà, il ricorrente, un leader dell'opposizione tagika, veniva prelevato e condotto in Tagikistan dalle forze dell'ordine russe, senza che la sua detenzione fosse documentata in alcuno registro ufficiale.

Sempre sul terreno degli obblighi di protezione a fronte di privazioni arbitrarie della libertà personale da parte delle autorità statali, si segnalano i numerosi casi di “*sparizioni*” di cittadini ceceni, prelevati di forza dalle loro abitazioni da parte dei militari russi per non farvi ma più ritorno, in cui i ricorrenti, oltre alla violazione dell'art. 5 § 1, lamentavano anche la violazione degli artt. 2 e 3 Cedu. I giudici di Strasburgo in tali occasioni hanno reputato integrata una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, ritenendo che lo Stato russo non avesse adottato misure efficaci a prevenire la scomparsa del detenuto durante la custodia cautelare in carcere, tra l'altro documentando adeguatamente l'arresto e la detenzione¹³⁴.

La giurisprudenza europea più recente¹³⁵ ha elaborato un'ulteriore categoria di obblighi positivi che riguarda la protezione dalla privazione illegittima della libertà personale da parte dei privati cittadini (*private detention*). In tal caso la verifica effettuata dal giudice europeo è se, al momento del fatto, le autorità statali *fossero o avrebbero potuto essere a conoscenza di un pericolo effettivo ed immediato per la libertà personale della vittima*: lo standard richiesto, dunque, è quello della semplice colpa.

Delle pronunce dell'ultimo triennio rientra in quest'ultima categoria la sentenza *Rantsev c. Cipro e Russia*¹³⁶ del gennaio 2010.

Il ricorrente, un cittadino russo, è il padre di una giovane ragazza deceduta in circostanze misteriose mentre si trovava a Cipro, con un permesso di soggiorno regolare per artisti. La ragazza, pochi giorni dopo la sua assunzione in un *cabaret*, aveva abbandonato il lavoro e annunciato al padre la sua volontà di fare ritorno a casa. Nottetempo, però, il suo datore di lavoro, l'aveva condotta presso una stazione di polizia per denunciare il suo stato di clandestinità e farne ordinare il rimpatrio obbligatorio. La polizia cipriota, rilevata la regolarità del permesso di soggiorno della ragazza, aveva nondimeno deciso di affidarla all'uomo e gli ordinava di ripresentarsi l'indomani per accertamenti più approfonditi. L'uomo conduceva quindi la ragazza presso la sua abitazione, ma poco dopo la giovane donna era stata ritrovata morta sulla strada sottostante l'abitazione in corrispondenza di una finestra dal quale era appeso un lenzuolo.

Preliminarmente, la Corte ha osservato come il trasferimento e il trattenimento della giovane donna presso l'abitazione privata di proprietà dell'uomo fosse equivalsa di fatto ad una privazione (seppur breve) della libertà personale della medesima. Nel valutare la responsabilità delle autorità statali in relazione alla privazione della libertà personale realizzata da un privato, la Corte ha poi rilevato come la polizia avesse fatto *contribuito* alla detenzione della donna, affidando la stessa al suo datore di lavoro. Ad avviso della Corte, poi, l'affidamento era stato arbitrario (poiché non giustificato da nessuno dei casi tassativi di cui all'art. 5 § 1 Cedu in quanto la donna era maggiorenne e perché essa era perfettamente in grado di provvedere a se stessa) e, comunque, illegittimo (perché privo di base legale nell'ordinamento interno dato che la donna era in possesso di un permesso di soggiorno regolare). Conseguentemente, i giudici europei hanno condannato Cipro per la violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, affermando che lo Stato era venuto meno all'obbligo positivo di tutela da privazioni arbitrarie della

133. Sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia* (ric. n. 17185/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1873. Sul punto *infra* § 3.

134. Cfr. ad esempio, *ex multis*, sent. 25 settembre 2008, *Akhmadova e Akhmadov c. Russia* (ric. n. 20755/04), § 95-98, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1701.

135. Cfr. sent. 14 ottobre 1999, *Riera Blaume c. Spagna* (ric. n. 37680/97); sent. 16 giugno 2005, *Storck c. Germania* (ric. n. 61603/00).

136. Sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 746.

libertà personale.

11

GLI OBBLIGHI PROCEDURALI A FRONTE DELLA SCOMPARS DI UNA PERSONA DURANTE LA DETTENZIONE

Laddove manchi la piena prova di una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu, è possibile che lo Stato convenuto venga chiamato a rispondere per la *violazione procedurale* di detta norma.

La Corte europea ha, infatti, ricavato dalla norma in parola (in particolare dal diritto alla sicurezza), una serie di obblighi procedurali, che si possono compendiare nell'obbligo di far luce su asserite violazioni dell'art. 5 § 1 Cedu¹³⁷.

A ben vedere, si tratta di un'elaborazione giurisprudenziale piuttosto recente che esporta nell'ambito di applicazione dell'art. 5 § 1 Cedu dei principi che costituiscono un orientamento ormai consolidato con riferimento agli artt. 2, 3 e 4 Cedu, senza tuttavia raggiungere il livello di approfondimento che caratterizza la giurisprudenza della Corte in materia di diritto alla vita e di divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti nonché di divieto di schiavitù. E in particolare, accade spesso che la Corte condanni gli Stati membri per la violazione degli obblighi procedurali promananti dall'art. 5 § 1 Cedu laddove abbia previamente ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu, limitandosi a richiamare *in toto* le argomentazioni sviluppate con riferimento a tale profilo¹³⁸.

In caso di *scomparsa di una persona durante la detenzione*, il diritto di Strasburgo impone alle autorità statali l'obbligo di avviare *prontamente* un'inchiesta che deve essere *efficace, indipendente e approfondita*.

Peraltro, tale obbligo sorge solo a seguito di una *denuncia adeguatamente motivata* circa l'arresto di una persona da parte delle autorità statali e la sua successiva scomparsa¹³⁹. In questo senso si è espressa nel triennio in esame anche la grande camera nella sentenza *Varnava e altri c. Turchia*¹⁴⁰. Nel caso di specie la Corte ha riconosciuto la violazione procedurale dell'art. 5 § 1 Cedu, perché le autorità turche omettevano di attivare un'inchiesta sulla scomparsa di nove cittadini ciprioti, arrestati e detenuti dall'esercito turco nell'estate del 1974, durante l'occupazione della parte settentrionale di Cipro da parte della Turchia, a seguito delle *molteplici denunce* presentate dai familiari delle vittime nell'arco di diversi anni.

Tra le numerose sentenze del triennio in esame in cui la Corte europea ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 5 § 1 Cedu, si segnala la pronuncia *Akhmadova e Akhamadov c. Russia*¹⁴¹, in cui i ricorrenti lamentavano che il loro figlio maggiore era stato arrestato da parte di un commando di soldati russi durante un'operazione di sicurezza in Cecenia e che, da allora, non avevano più avuto sue notizie. In quest'occasione la Corte ha riscontrato, oltre ad una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu sotto il profilo dell'assenza di una base legale nell'ordinamento interno dell'arresto e della successiva detenzione del giovane, anche una violazione procedurale della norma convenzionale per il difetto di diligenza nelle indagini svolte da parte delle autorità inquirenti a seguito della denuncia da parte dei ricorrenti della scomparsa del figlio, difetto di diligenza che aveva comportato l'archiviazione del procedimento per mancata identificazione dei responsabili dell'arresto.

137. Cfr. A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., pp. 68-79.

138. Tale percorso motivazionale viene, ad esempio, impiegato dalla Corte nei casi di "sparizioni" di cittadini ceceni, prelevati di forza dalle proprie abitazioni dai soldati russi per non farvi mai più ritorno, da ultimo cfr.: sent. 1 aprile 2010, *Mutsolgorva e altri c. Russia* (ric. n. 2952/06); sent. 8 aprile 2010, *Mudayevy c. Russia* (ric. n. 33105/05).

139. Cfr. sent. 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia* (ric. n. 24276/94), § 124; e sent. 8 luglio 1999, *Çakici c. Turchia*, (ric. n. 23657/94), § 105-107.

140. Sent. 18 settembre 2009 (grande camera), *Varnava e altri c. Turchia* (ric. n. 16064/90), §§ 208-209 in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, pp. 1958-1959, che conferma sent. 10 gennaio 2008 (ric. n. 16064/90).

141. Sent. 25 settembre 2008, *Akhmadova e Akhamadov c. Russia* (ric. n. 20755/04), § 95-98, in *Riv. it. proc. pen.*, 2008, pp. 1701-1702.