

La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il diritto alla libertà personale (art. 5 § 1 Cedu e art. 2 prot. n. 4 Cedu)

Sommario

0. RILIEVI INTRODUTTIVI. – 1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 5 § 1 CEDU E DELL'ART. 2 PROT. N. 4 CEDU. – 1.1. CASISTICA. – 1.2. I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DI MISURE DI PREVENZIONE DETENTIVE (ART. 5 § 1 CEDU). – 1.2-BIS. – LA DETENZIONE PREVENTIVA DI SOSPETTI TERRORISTI NELL'AMBITO DI OPERAZIONI MILITARI COMPIUTE ALL'ESTERO. – 1.3. I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DI MISURE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE FINALIZZATE ALLA PREVENZIONE DEI REATI (ART. 2 PROT. N. 4 CEDU). – 2. LA LEGITTIMITÀ DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE. IN PARTICOLARE LA BASE LEGALE. – 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. – 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 O DI ESTRADIZIONE (ART. 5 § 1 LETT. F CEDU). – 9.1. IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ASILO. – 9.1-BIS. IL TRATTENIMENTO DEL MINORE NON ACCOMPAGNATO. – 9.1-TER. – IL PROBLEMA DEL RISARCIMENTO PER L'INGIUSTA DETENZIONE SUBITA NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ESPULSIONE O DI ASILO. – 10. GLI OBBLIGHI DI TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE. – 11. GLI OBBLIGHI PROCEDURALI A FRONTE DELLA SCOMPARSA DI UNA PERSONA DURANTE LA DETENZIONE.

0 RILIEVI INTRODUTTIVI

Le pronunce della Corte europea dell'anno 2011 in tema di diritto alla libertà personale (art. 5 Cedu) e diritto alla libertà di circolazione (art. 2 Prot. n. 4 Cedu), significative per il diritto penale sostanziale, hanno riguardato anzitutto le *misure di prevenzione ante delictum*. In particolare, nelle sentenze adottate dai giudici di Strasburgo si possono registrare interessanti prese di posizione in merito alla compatibilità con l'art. 5 Cedu della *detenzione preventiva di soggetti socialmente pericolosi* (cfr. *infra* § 1.2), anche nel caso di *missioni militari all'estero* (cfr. *infra* § 1.3); mentre, per quel che concerne le misure di prevenzione restrittive della libertà di circolazione, la cui legittimità va vagliata con riferimento all'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, le sentenze rese hanno riguardato esclusivamente l'applicazione del *divieto di espatrio* in funzione di difesa sociale (cfr. *infra* § 3).

Inoltre, nel corso del 2011, la Corte europea è tornata a pronunciarsi sulle condizioni

di legittimità della custodia di sicurezza tedesca (*Sicherungsverwahrung*), prevista nell'ordinamento tedesco, fornendo significative puntualizzazioni in merito all'illegittimità dell'applicazione di *misure di sicurezza detentive* al termine dell'esecuzione della pena in ragione di fatti emersi solo dopo la sentenza di condanna (cfr. *infra* § 4).

Accanto alle pronunce in tema di privazione delle libertà personale al fine di ottenere l'adempimento di un obbligo giuridico (cfr. *infra* § 5), di trattenimento di minori al fine di sorvegliarne l'educazione (cfr. *infra* § 7) e di infermi di mente (cfr. *infra* § 8), si segnalano per importanza quelle in cui la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 5 § 1 lett. c Cedu (che consente privazioni della libertà personale per prevenire il pericolo di reati sufficientemente concreti, sempre che la persona arrestata o detenuta sia condotta al più presto davanti all'autorità giudiziaria) con riferimento all'applicazione di misure custodiali in funzione di difesa sociale (cfr. *infra* 6).

Particolarmente rilevante, infine, soprattutto per quel che riguarda le ripercussioni sul nostro ordinamento, è la giurisprudenza in tema di *trattenimento dello straniero* nel corso del procedimento di espulsione ed estradizione (cfr. *infra* § 9), con riferimento in particolare alle condizioni di ammissibilità della privazione della libertà del minore non accompagnato (cfr. *infra* 9.1-bis) e al diritto di risarcimento per l'ingiusta detenzione subita (cfr. *infra* § 9.1-ter).

1

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 5 § 1 CEDU E DELL'ART. 2 PROT. N. 4 CEDU

Prima di esaminare le pronunce rese dalla Corte europea nel 2011 in tema di artt. 5 § 1 Cedu e 2 prot. n. 4 Cedu, tuttavia, pare opportuna una precisazione: l'art. 5 § 1 Cedu si applica alle ipotesi in cui è ravvisabile una privazione della libertà personale, nel senso tradizionale di libertà fisica; mentre la legittimità delle misure che comportano semplici limitazioni della libertà di circolazione, secondo quanto affermato in più occasioni dai giudici europei, deve essere vagliata alla stregua dell'art. 2 prot. 4 Cedu¹. Peraltro, lo ricordiamo, nel diritto di Strasburgo 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). Tuttavia, se l'interessato fosse sottoposto a vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione e alla sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine, anche tali restrizioni potrebbero essere qualificate come una privazione della libertà ai fini della Convenzione². Infatti, secondo la giurisprudenza europea, la differenza tra privazione e restrizioni della libertà personale è semplicemente «una differenza di grado e di intensità, non di natura e di contenuto»³.

1.1

CASISTICA

Costituisce un principio ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo quello per cui deve essere considerata privazione della libertà personale riconducibile all'art. 5 § 1 Cedu anche il *fermo di breve durata*: così, nella sentenza *Schimolovos c. Russia*⁴ del giugno 2011 la Corte europea ha ritenuto che il trattenimento del ricorrente, presso il commissariato di polizia locale, per circa un'ora, avesse comportato una vera e propria privazione della libertà (sul punto cfr. *infra* § 1.2).

1. C. eur. dir. uomo, sent. 18 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ric. nn. 5100/71), § 58; cfr. altresì C. eur. dir. uomo, sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 92; C. eur. dir. uomo, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* (ric. n. 12954/87), § 39.

2. Per l'esame dei precedenti in materia, sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *Rassegna Ragionata delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 Cedu e art. 2 Prot. n. 4 Cedu*, in questa *Rivista*, n. unico, 2011, pp. 4-6.

3. C. eur. dir. uomo, sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 93.

4. Sent. 21 giugno 2011, *Schimolovos c. Russia* (ric. n. 30194/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1118.

1.2

I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DI MISURE DI PREVENZIONE DETTENTIVE (ART. 5 § 1 CEDU)

Assai significativa è la giurisprudenza della Corte europea del 2011 in tema di detenzione preventiva di sospetti criminali, la cui legittimità, secondo il diritto di Strasburgo, deve essere valutata, al pari delle pene detentive in senso formale, alla luce dell'art. 5 § 1 Cedu.

Tra le pronunce rese dalla Corte si segnala anzitutto la sentenza *Jendrowiak c. Germania*⁵, in tema di custodia di sicurezza (sul punto cfr. *infra* § 4.2), in cui i giudici di Strasburgo si sono soffermati sul rapporto tra esigenze di difesa sociale e garanzie individuali, precisando che l'obbligo discendente dall'art. 3 Cedu in capo agli Stati membri di adottare misure idonee a evitare che persone nella loro giurisdizione subiscano torture o trattamenti inumani o degradanti, anche da parte di privati (e non solo da parte delle autorità statali), deve essere contro bilanciato dalla necessità di assicurare il rispetto delle garanzie convenzionali e, in particolare, delle garanzie di cui agli artt. 5 e 7 Cedu (il quale peraltro non ammette deroghe neanche in caso di guerra o di altre emergenze, ai sensi dell'art. 15 Cedu). Ciò vuol dire, in altri termini, che gli Stati aderenti alla Convenzione non possono proteggere la collettività dai comportamenti criminali di una certa persona, violando i diritti convenzionali della medesima.

In applicazione di tale principio, nella sentenza *Schimolovos c. Russia* del giugno 2011⁶ la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu in relazione alla detenzione del ricorrente per ragioni di tutela della sicurezza collettiva.

Giova delineare brevemente la vicenda in esame. Il ricorrente, il capo di un'associazione per i diritti umani, veniva inserito per tale motivo in una lista governativa di soggetti ritenuti "potenzialmente estremisti", i cui movimenti sono sottoposti al controllo continuo dell'autorità di pubblica sicurezza. Nel maggio 2007, veniva identificato su di un treno diretto a Samara, dove era in programma un summit tra Unione europea e Russia, e, una volta giunto a destinazione, veniva arrestato sulla base di asserite esigenze di pubblica sicurezza e condotto alla stazione locale di polizia, nella quale veniva trattenuto per circa un'ora e mezza, con l'avvertenza che, in caso di resistenza, si sarebbe fatto uso della forza.

Ad avviso della Corte – che in questa occasione ha ribadito con forza posizioni che costituiscono ormai *ius receptum* in seno alla giurisprudenza di Strasburgo – la mera inclusione del ricorrente nella lista governativa di sospetti terroristi non valeva a giustificare la privazione della sua libertà personale, essendo piuttosto necessaria la sussistenza di elementi puntuali e concreti che facessero sospettare la futura commissione di reati da parte del medesimo: l'art. 5 § 1 Cedu, infatti, non consente allo Stato di detenere persone ritenute socialmente pericolose allorché non vi sia la volontà di formalizzare un'imputazione e di iniziare un processo penale né sussistano specifiche esigenze specialpreventive⁷.

Sostanzialmente in termini la più recente sentenza *Schwabe e M.G. c. Germania*⁸ del dicembre 2011, relativa ad un caso in cui i ricorrenti erano stati privati della libertà in funzione di prevenzione della pericolosità sociale addirittura per un periodo di cinque giorni.

In breve, i ricorrenti, due attivisti per i diritti umani, venivano fermati dalla polizia per un controllo mentre erano in viaggio verso Heillingendamm, sede del G8 del 2007, e la loro vettura veniva sottoposta a perquisizione dagli agenti di polizia, che ivi

5. Sent. 9 giugno 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n. 30060/04), con nota di G. ABBADESSA, *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette sacrificio alle garanzie convenzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2011.

6. Sent. 21 giugno 2011, *Schimolovos c. Russia* (ric. n. 30194/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1118.

7. Sul punto, cfr. sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*. Le uniche norme in grado di legittimare una misura custodiale applicata per ragioni di tutela della sicurezza pubblica, a prescindere da una precedente sentenza penale di condanna, sono costituite dall'art. 5 § 1 lett. d Cedu, che consente la privazione della libertà personale; nonché dall'art. 5 § 1 lett. e che consente, invece, di limitare la libertà personale. Ne consegue che viola l'art. 5 § 1 Cedu l'imposizione di misure privative della libertà *ante delictum* nei confronti di soggetti diversi da quelli espressamente menzionati dalle lett. d ed e della citata norma convenzionale.

8. Sent. 1 dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania* (ric. nn. 8080/08 e 8577/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 311.

rinvenivano alcuni striscioni inneggianti alla liberazione di alcuni detenuti. Venivano quindi arrestati e, il giorno successivo, il Tribunale distrettuale – sulla base di una normativa interna in materia di sicurezza e ordine pubblico – ne disponeva la custodia cautelare in carcere per i successivi cinque giorni. Il provvedimento veniva confermato dalla Corte d'appello sulla base dell'esigenza di *prevenire possibili attentati alla pubblica sicurezza* nell'ambito delle manifestazioni previste in occasione del *summit*. I ricorrenti presentavano quindi istanza alla Corte costituzionale ma il ricorso veniva dichiarato irricevibile, perché nelle more del procedimento i ricorrenti venivano rilasciati per decorso dei termini massimi della custodia cautelare.

Muovendo dal principio secondo cui l'applicazione di una misura custodiale non può essere giustificata in relazione al generico pericolo di commissione di reati (per quanto gravi essi possano essere), la Corte ha riconosciuto anche in questa occasione una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu. Precisamente, premesso che le autorità tedesche, durante la perquisizione, non avevano rinvenuto nella disponibilità dei ricorrenti alcun tipo di strumento finalizzato alla liberazione violenta dei detenuti (ma solo striscioni contenenti slogan incitanti alla violenza), essa ha ritenuto che la privazione della loro libertà personale non poteva ritenersi ragionevolmente necessaria a prevenire il pericolo attuale e concreto che questi commettessero un reato specificamente individuato né ad impedire che i medesimi incitassero altri alla violenza, ben potendo tali pericoli essere evitati disponendo il sequestro degli striscioni trovati in loro possesso.

1.2-bis

LA DETENZIONE PREVENTIVA DI SOSPETTI TERRORISTI NELL'AMBITO DI OPERAZIONI MILITARI COMPIUTE ALL'ESTERO

Sulla scia delle pronunce poc'anzi esaminate si colloca anche la sentenza *Al Jedda c. Regno Unito*⁹ del luglio 2011 in cui la Grande camera ha affrontato il problema specifico della compatibilità con le garanzie di cui all'art. 5 § 1 Cedu della *detenzione preventiva* di sospetti terroristi disposta *nell'ambito di operazioni belliche compiute all'estero*, rispetto alle quali lo Stato membro non abbia esercitato la facoltà di deroga – nei limiti in cui essa può essere considerata ammissibile – di cui all'art. 15 Cedu¹⁰.

Al riguardo, la Corte ha effettuato un'importante precisazione di ordine generale affermando che tali garanzie non vengono meno alla presenza di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che legittimino lo Stato membro della Convenzione ad adottare "tutte le misure necessarie" per il mantenimento della sicurezza nei territori in cui si svolgono operazioni militari su mandato o autorizzazione del Consiglio di Sicurezza medesimo¹¹.

Stante lo speciale rilievo delle questioni affrontate dalla Corte, prima di esaminare nel merito le statuizioni rese dai giudici europei, pare opportuno soffermarsi brevemente sulla vicenda che ha dato origine alla pronuncia.

Il ricorrente – un ex cittadino iracheno che aveva ottenuto asilo politico in Gran Bretagna e quindi la cittadinanza britannica – dopo la caduta del regime di Saddam Hussein faceva ritorno in Iraq con la propria famiglia e qui, nell'ottobre del 2004, veniva arrestato dalle forze armate statunitensi, perché *sospettato di attività terroristica* sulla base di informazioni segrete ricevute dall'*intelligence* britannica, e consegnato da queste ultime alle autorità britanniche, le quali lo *detenevano per oltre tre anni* in un centro

9. Sent. 7 luglio 2011 (Grande camera), *Al-Jedda c. Regno Unito* (ric. n. 27021/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1721. Cfr. altresì sent. 7 luglio 2011 (Grande camera), *Al-Skeni c. Regno Unito* (ric. n. 55721/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1722, in cui la Corte ha condannato il Regno Unito per violazione, in questo caso, dell'art. 2 Cedu commessa sempre in Iraq da parte dei militari britannici: sul punto, cfr. diffusamente F. VIGANÒ, *Tutela dei diritti fondamentali e operazioni militari all'estero: le sentenze Al-Skeini e Al-Jedda della Corte europea dei diritti umani*, in *AIC*, 2012. Cfr. altresì in sede di primo commento C. MELONI, *Una importante pronuncia della Corte di Strasburgo in materia di tutela dei diritti umani nell'ambito di missioni militari all'estero. Riflessioni attorno alla sentenza della Corte EDU nel caso Al-Skeini c. Regno Unito del 7 luglio 2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 novembre 2011.

10. 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».

11. Cfr. l'ampia analisi di F. VIGANÒ, *Tutela dei diritti fondamentali e operazioni militari all'estero: le sentenze Al-Skeni e Al-Jedda della Corte europea dei diritti umani*, cit.

di detenzione gestito dall'esercito britannico a Bassora, senza che venisse formalmente formulata nei suoi confronti alcuna accusa penale.

Nel 2005, il ricorrente presentava tramite i propri legali un ricorso avanti la *Divisional Court*, contestando la legittimità della sua detenzione per contrasto con l'art. 5 Cedu in quanto richiamato dallo *Human Rights Act* del 1998 (che recepisce la Convenzione europea all'interno dell'ordinamento inglese). La *Divisional Court*, con sentenza successivamente confermata dalla *Court of Appeal*, riteneva che la detenzione del ricorrente fosse imputabile allo Stato britannico ai sensi dell'art. 1 Cedu, tuttavia rigettava il ricorso affermando che la risoluzione n. 1546 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, adottata l'8 giugno 2004 (e dunque in vigore al momento dell'arresto del ricorrente, avvenuto quattro mesi dopo) autorizzava espressamente le forze della coalizione angloamericana ad «assumere tutte le misure necessarie per contribuire al mantenimento della sicurezza in Iraq» e, pertanto, anche l'arresto e la detenzione preventiva di persone pericolose per la sicurezza pubblica. Nel procedimento d'appello, la *House of Lords* respingeva la tesi, per la prima volta avanzata in questa sede dal Governo britannico, secondo la quale la responsabilità per la detenzione del ricorrente fosse ascrivibile, ai sensi della risoluzione del 2004 e della precedente risoluzione n. 1511 del 2003, all'ONU e non al Regno Unito. Nondimeno, i giudici britannici confermavano la decisione assunta nei gradi precedenti affermando che la citata risoluzione del 2004 imponeva di arrestare e detenere persone pericolose per la sicurezza pubblica e che tale potere doveva ritenersi prevalente, ai sensi dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, sul diritto alla libertà personale riconosciuto dall'art. 5 Cedu.

Contro la pronuncia ormai definitiva della *House of Lords*, il ricorrente proponeva ricorso alla Corte europea: la causa, considerato la particolare importanza delle questioni oggetto del ricorso, veniva devoluta alla Grande camera.

Due i *problemi specifici* affrontati dai giudici europei: innanzitutto, quello di individuare il soggetto responsabile, ai sensi dell'art. 1 Cedu, per la detenzione del ricorrente (e cioè lo Stato britannico oppure le Nazioni Unite); e in secondo luogo, quello di accertare se le sopra menzionate risoluzioni del Consiglio di Sicurezza riconoscessero, o meno, allo Stato inglese il potere-dovere di detenere persone pericolose per la sicurezza pubblica e se tale dovere dovesse ritenersi prevalente rispetto alle garanzie di cui all'art. 5 § 1 Cedu.

Quanto al *primo problema* (quello cioè della *giurisdizione dello Stato britannico* ai sensi dell'art. 1 Cedu), la Grande camera – accogliendo sul punto le argomentazioni della *House of Lords* – ha attribuito la responsabilità per la detenzione del ricorrente al Governo inglese e non alle Nazioni Unite, rilevando come queste ultime non avessero mai avuto il controllo sulle operazioni militari in Iraq, che erano gestite unicamente dalla coalizione militare¹².

Per quel che concerne invece il *problema cruciale* della *compatibilità della detenzione preventiva del ricorrente con l'art. 5 § 1 Cedu*, la Grande camera ha anzitutto rigettato l'argomento dello Stato britannico secondo il quale le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza sopra citate imponevano allo Stato britannico di procedere alla detenzione preventiva di sospetti terroristi allorché ciò fosse stato ritenuto necessario per assicurare la sicurezza pubblica, escludendo pertanto l'esistenza di un conflitto tra obblighi derivanti da fonte ONU e obblighi convenzionali.

I giudici europei, dunque – premesso che, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 5 § 1 Cedu non consente allo Stato di internare o detenere persone pericolose per un periodo indeterminato nel massimo, senza che nei loro confronti sia stata formulata un'accusa penale oppure aperta un'inchiesta – hanno rilevato, anzitutto, come la Gran Bretagna non avesse formalizzato alcuna dichiarazione di deroga a detta

12. Sul punto, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: l'ambito di applicazione dei diritti convenzionali (art. 1 Cedu)*, in questa *Rivista*, n. 3-4, 2012.

norma convenzionale, ai sensi dell'art. 15 Cedu con riferimento alla missione militare in Iraq (sul punto cfr. *postea* § 3). Essi hanno quindi ritenuto che né le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che entravano in rilievo nel caso di specie né altre norme del diritto internazionale umanitario potevano essere interpretate nel senso di autorizzare la detenzione preventiva indeterminata nel tempo e senza garanzie giurisdizionali di sospetti terroristi. Conseguentemente, la maggioranza dei giudici ha riconosciuto una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu, con la sola eccezione del giudice Polaelungi, che – conformemente a quanto affermato dalla *House of Lords* – ha ritenuto che la detenzione preventiva del ricorrente fosse autorizzata dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che consentivano l'adozione di tutte le misure necessarie per il mantenimento della sicurezza pubblica.

1.3

I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DI MISURE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE FINALIZZATE ALLA PREVENZIONE DEI REATI (ART. 2 PROT. N. 4 CEDU)

La giurisprudenza del 2011 in tema di art. 2 Prot. n. 4 Cedu ha riguardato essenzialmente l'istituto del *divieto di espatrio*, il quale, configurando un'ingerenza nel diritto alla libertà di circolazione sancito dalla citata norma convenzionale, deve soddisfare i due requisiti della sussistenza di un fondamento legale e del rispetto del principio di proporzionalità.

Le cinque pronunce rese dalla Corte in materia (tutte del febbraio 2011) presentano in effetti interesse con riferimento ad entrambi i profili.

Per quel che concerne anzitutto il requisito della *legalità* di misure incidenti sulla libertà di circolazione, particolarmente rilevante è la sentenza *Dzhaksybergenov c. Ucraina*¹³ in cui la Corte ha ritenuto illegittima, perché priva di un fondamento normativo nell'ordinamento interno, l'applicazione del divieto di espatrio nei confronti del ricorrente in attesa di estradizione, affermando che, in caso di lacuna legislativa *non è possibile applicare in via analogica* le disposizioni previste dal codice di procedura penale per l'imputato o l'indagato in un procedimento penale.

Quanto invece al profilo della *proporzionalità* delle misure restrittive della libertà di circolazione finalizzate alla prevenzione dei reati, oltre alle ipotesi di violazioni macroscopiche (quali quelle riscontrate nella sentenza *Potapenko c. Ungheria*¹⁴ in cui il ricorrente, indagato per il delitto di truffa aggravata, si doleva del fatto che nei suoi confronti fosse stato applicato il divieto di espatrio per un periodo di *sette anni* senza che le autorità ungheresi avessero effettuato *alcun accertamento in merito alla sua perdurante necessità*), si segnalano quelle in cui il ricorrente lamentava l'*assenza di motivazioni specifiche circa la necessità del provvedimento*.

Così nella sentenza *Nalbantski c. Bulgaria*¹⁵ la Corte europea ha riscontrato una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu in relazione al divieto di lasciare la Bulgaria, per un periodo complessivo di oltre *due anni*, imposto al ricorrente, indagato per il delitto di furto di documenti riservati, in quanto le autorità bulgare nel motivare la necessità di tale provvedimento si erano limitate a addurre l'esistenza di un procedimento penale pendente nei suoi confronti e la gravità del delitto per il quale questi era imputato.

Parimenti, la Corte ha concluso per una violazione dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, nella sentenza *Pfeifer c. Bulgaria*¹⁶, rilevando come le autorità nazionali non avevano motivato con precisione le esigenze che giustificavano il mantenimento del divieto di espatrio nei confronti del ricorrente, indagato per omicidio, limitandosi a riferirsi genericamente alla *gravità del reato contestato*.

Ancora più incisivo risulta il vaglio della Corte quando il divieto di espatrio venga imposto a *prescindere dalla precedente commissione di un reato* per generiche esigenze

13. Sent. 10 febbraio 2011, *Dzhaksybergenov c. Ucraina* (ric. n. 12343/10).

14. Sent. 1 febbraio 2011, *Potapenko c. Ungheria* (ric. n. 32318/05).

15. Sent. 10 febbraio 2011, *Nalbantski c. Bulgaria* (ric. n. 30943/04).

16. Sent. 17 febbraio 2011, *Pfeifer c. Bulgaria* (ric. n. 24733/04).

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

di difesa sociale.

Paradigmatica la sentenza *Soltysyak c. Russia*¹⁷ nella quale i giudici europei sono stati chiamati a valutare la compatibilità convenzionale dell'imposizione nei confronti di un militare in pensione, che aveva prestato servizio in una base di lancio spaziale, del divieto di lasciare la Russia perché non divulgasse informazioni riservate di cui era eventualmente a conoscenza.

La legge russa prevede infatti che le persone che prestano servizio militare o di polizia firmino un impegno a non lasciare il paese, per tutto il periodo di impiego e fino a cinque anni dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Tale obbligo, peraltro, è rimasto nell'ordinamento nazionale nonostante l'impegno del Governo ad abolirlo con effetto immediato nel 1996, come condizione per la sua adesione al Consiglio di Europa.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che, in assenza di una formulazione di riserva alla citata norma convenzionale da parte della Russia, l'imposizione del divieto di espatrio debba ritenersi giustificata solo sulla base di *ragioni di particolare gravità, non bastando la mera possibilità che il ricorrente all'estero possa essere contattato e quindi maggiormente esposto alla divulgazione di informazioni riservate*, considerato tra l'altro che nell'epoca moderna le modalità di diffondere informazioni sono molteplici. Per tale ragione, quindi, la Corte ha ritenuto sproporzionata e quindi contraria all'art. 2 Prot n. 4 Cedu la restrizione della libertà di circolazione del ricorrente.

Per quanto riguarda il profilo della legittimità della detenzione, numerose sono anche nel 2011 le pronunce rese dalla Corte europea in tema di *unacknowledged detention*: e cioè di ipotesi molto gravi di privazione della libertà personale, disposte in esecuzione di provvedimenti delle autorità nazionali contrari alle regole sostanziali e processuali dello Stato in cui vengono emanati, a seguito delle quali può anche verificarsi la sparizione del soggetto interessato.

Tra queste si segnalano le sentenze *Gisayev*¹⁸, *Murtazovy*¹⁹ e *Shokkarov*²⁰ in cui la Corte ha concluso per una violazione sostanziale dell'art. 5 § 1 Cedu in relazione ad ipotesi di *detenzione non registrata di cittadini ceceni*, prelevati di forza dalle loro abitazioni da parte dei miliani russi per non farvi mai più ritorno.

Secondo la giurisprudenza europea, le autorità nazionali hanno l'obbligo di documentare l'applicazione di qualsiasi provvedimento privativo della libertà (indicando la data, l'ora e il luogo di inizio della privazione della libertà, i motivi che la giustificano e i nomi delle persone che ne sono responsabili) e il mancato riconoscimento da parte delle autorità statali dell'avvenuta detenzione di una persona costituisce una totale negazione delle garanzie dell'art. 5 § 1 Cedu e perciò una violazione estremamente grave del diritto alla libertà e alla sicurezza riconosciuto dalla citata norma convenzionale.

Si tratta di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo a partire dalla sentenza *Kurt c. Turchia*²¹ del 1998, dove la Corte ha per la prima volta affermato che la pratica delle detenzioni segrete, comportando una totale negazione delle garanzie che devono essere riconosciute al detenuto si traduce in una violazione dei principi fondamentali dello Stato di diritto.

17. Sent. 10 febbraio 2011, *Soltysyak c. Russia* (ric. n. 4663/05).

18. Sent. 20 gennaio 2011, *Gisayev c. Russia* (ric. n. 14811/04).

19. Sent. 29 marzo 2011, *Murtazovy c. Russia* (ric. n. 11564/07).

20. Sent. 3 maggio 2011, *Shokkarov e altri c. Russia* (ric. n. 41009/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1098.

21. Sent. 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia* (ric. n. 24276/94).

3

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

Nel 2011, il problema della derogabilità del diritto alla libertà personale ai sensi dell'art. 15 Cedu in situazioni di emergenza²² è stato affrontato indirettamente dalla Grande camera nella già citata sentenza *Al-Jedda c. Regno Unito*²³, relativa a presunte violazioni della Convenzione commesse da militari britannici nell'ambito delle operazioni anti-terrorismo compiute in Iraq.

In quest'occasione i giudici di Strasburgo hanno riscontrato, come si è già avuto modo di precisare, una violazione dell'art. 5 Cedu in relazione alla detenzione preventiva del ricorrente, sospettato di terrorismo, protrattasi per oltre tre anni in una prigione inglese di Bassora, senza che nei suoi confronti fosse formulata alcuna accusa penale e senza garanzie giurisdizionali, sottolineando tra l'altro – ed è questo il profilo che qui interessa – che la Gran Bretagna non aveva formalizzato alcuna dichiarazione di deroga all'art. 5 Cedu, ai sensi del citato art. 15 Cedu in relazione alla propria missione militare in Iraq.

Ad avviso dei giudici europei, tale deroga avrebbe potuto essere estesa alla pratica di detenzioni preventive nell'ambito della missione militare in questione rendendole legittime, qualora essa fosse stata ritenuta giustificata e proporzionata rispetto alle specifiche esigenze di tutela della collettività ritenute sussistenti nel caso concreto; per contro, in sua assenza, la custodia preventiva di sospetti terroristi, deve ritenersi incompatibile con l'art. 5 § 1 Cedu.

4

LA DETENZIONE A SEGUITO DI CONDANNA (ART. 5 § 1 LETT. A CEDU)

Le pronunce della Corte europea in tema di art. 5 § 1 lett. a Cedu, riguardano essenzialmente le pene detentive e le misure di sicurezza custodiali. L'art. 5 § 1 lett. a Cedu, infatti, considera legittima privazione della libertà personale la detenzione legale «in seguito a condanna da parte di un tribunale competente»: in particolare, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, è necessario che tra i fatti oggetto della condanna e la misura privativa della libertà personale sussista un *nesso causale*, non bastando una mera successione cronologica tra la prima e la seconda.

4.1

LE PENE DETENTIVE

Tra le sentenze rese dalla Corte europea nel corso del 2011 non constano pronunce rilevanti in materia.

4.2

LE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IMPUTABILI

Nel corso dell'anno 2011, la Corte di Strasburgo è tornata a pronunciarsi sulla compatibilità convenzionale della custodia di sicurezza prevista nell'ordinamento tedesco (*Sicherungsverwahrung*): 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 codice penale.

Due le questioni affrontate dai giudici di Strasburgo.

Innanzitutto, nelle sentenze *Kallweit*²⁴, *Mautes*²⁵ e *Schummer*²⁶, *Jendrowiak*²⁷, *Sch-*

22. L'art. 15 Cedu consente agli Stati membri di derogare al diritto di cui art. 5 Cedu in situazioni di guerra o di pericolo per la nazione: nondimeno, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione 127 del 24 gennaio 2002 in materia di lotta al terrorismo e rispetto dei diritti umani, ha, in generale, invitato gli Stati membri a non adottare alcuna deroga alla Convenzione (§ 9) e, in particolare, a non utilizzare la facoltà riconosciuta dall'art. 15 Cedu, per limitare i diritti e le garanzie riconosciute dall'art. 5 Cedu (§ 12).

23. Sent. 7 luglio 2011 (Grande camera), *Al-Jedda c. Regno Unito* (ric. n. 27021/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1721.

24. Sent. 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania* (ric. n. 17792/07), con nota di G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza"* (*Sicherungsverwahrung*) e *sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 marzo 2011.

25. Sent. 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania* (ric. n. 20008/07).

26. Sent. 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07).

27. Sent. 9 giugno 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n. 30060/04).

*mitz*²⁸ e *Mork*²⁹, *O.H.*³⁰ e *Schönbrod*³¹ la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione – già oggetto della sentenza *M. c. Germania* del dicembre 2009³² – dell'applicazione retroattiva nei confronti di un soggetto internato in custodia di sicurezza del nuovo e più severo regime di durata di detta misura.

In tali pronunce, in effetti, i giudici europei hanno ritenuto di trovarsi di fronte a *follow-up cases* rispetto a quello oggetto della citata sentenza *M.*³³, in cui la Corte aveva riconosciuto una violazione degli artt. 7 e 5 Cedu proprio in un caso di applicazione retroattiva della legge di abolizione del limite massimo di durata della custodia di sicurezza. Essi, quindi, sono facilmente potuti pervenire alla condanna dello Stato convenuto per la violazione degli artt. 7 e 5 Cedu anche nelle sentenze in parola sulla base di *motivazioni identiche* a quelle rese nel caso *M.* del 2009.

In particolare, sotto il profilo dell'art. 5 § 1 Cedu, la Corte europea – dopo aver ribadito in termini generali la compatibilità convenzionale della custodia di sicurezza con il diritto alla libertà personale allorché tale provvedimento venga applicato contestualmente alla sentenza penale di condanna³⁴ – ha escluso che la privazione della libertà subita dal ricorrente oltre il limite massimo di dieci anni previsto dalla legge in vigore al momento della condanna potesse ritenersi consentita ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu, affermando che l'applicazione retroattiva della nuova e più severa disciplina temporale della misura aveva comportato la rottura della connessione causale tra la condanna e la privazione della libertà personale, connessione che, come si diceva poc'anzi, è richiesta dalla norma convenzionale, così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo, ai fini della legittimità della privazione della libertà.

Il *secondo profilo* trattato dalla Corte europea con riferimento alla custodia di sicurezza tedesca riguarda, invece, l'applicabilità di tale misura nei confronti di soggetti ritenuti *socialmente pericolosi* in ragione di elementi emersi *dopo la sentenza di condanna*: si tratta precisamente della misura della *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, prevista, dapprima, dalle leggi di alcuni *Länder* tedeschi e, a partire dal 2004, dal § 88n StGB.

Nella sentenza *Haidn c. Germania*³⁵, la Corte ha ritenuto che l'applicazione di tale misura non fosse sussumibile al disotto dell'art. 5 § 1 lett. a Cedu in quanto la privazione della libertà personale dell'interessato non può in alcun modo ritenersi conseguenza della sentenza di condanna pronunciata nei suoi confronti. In questo senso, come è stato condivisibilmente osservato, essa ha attribuito al *fatto di reato oggetto della sentenza di condanna* una fondamentale *funzione di garanzia* nella disciplina delle misure di sicurezza: e precisamente, «il *reato-presupposto* costituisce non solo *condizione di applicazione della misura* ma anche *limite alle istanze punitive dello Stato*»³⁶. Ne consegue che viola l'art. 5 § 1 lett. a Cedu qualsiasi misura di sicurezza applicata al termine dell'esecuzione della pena, in ragione di fatti emersi dopo la sentenza di condanna.

Per quanto riguarda le ripercussioni nell'ordinamento tedesco della sentenza sopra esaminata, si segnala che il *Bundesverfassungsgericht* con una sentenza del 4 maggio 2011³⁷ ha dichiarato, sotto diversi profili, l'illegittimità costituzionale della disciplina

28. Sent. 9 giugno 2011, *Schmits c. Germania* (ric. n. 30493/04).

29. Sent. 9 giugno 2011, *Mork c. Germania* (ric. n. 31047/04).

30. Sent. 26 novembre 2011, *O.H. c. Germania* (ric. n. 4646/08).

31. Sent. 26 novembre 2011, *Schönbrod c. Germania* (ric. n. 48038/06).

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

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

34. Si tratta di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, per i relativi precedenti giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *Rassegna ragionata delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 Cedu e art. 2 Prot. n. 4 Cedu*, cit., § 4.2.

35. Sent. 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania* (ric. n. 6587/04).

36. M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 luglio 2011, p. 25.

37. *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 convenzionali.

5

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

Nella sentenza *Sarigiannis c. Italia* dell'aprile 2011, la Corte europea ha escluso una violazione dell'art. 5 § 1 lett. b Cedu (che consente appunto l'arresto o la detenzione legittima per garantire l'esecuzione di un'obbligazione prescritta dalla legge) in relazione all'arresto e al successivo trattenimento (per un periodo di due ore e mezza) a fini identificativi di due cittadini francesi che, al loro arrivo all'aeroporto di Fiumicino, erano stati fermati per un controllo dalla Guardia di Finanza e si erano rifiutati di fornire un documento di identità.

In particolare, i giudici europei – rilevato anzitutto che i ricorrenti erano stati condotti nell'ufficio della polizia aeroportuale a causa del loro rifiuto a sottoporsi ad un controllo d'identità – hanno osservato che la legge italiana riconosce espressamente agli ufficiali e agli agenti di polizia la facoltà di accompagnare nei propri uffici chiunque, richiestone, rifiuti di dichiarare le proprie generalità e di ivi trattenerlo per il tempo necessario all'identificazione o comunque non oltre le ventiquattro ore (art. 11 d.lgs. n. 59 del 1978). Ciò posto, essi hanno sottolineato, da un lato, che l'obbligo di dichiarare la propria identità agli ufficiali di polizia (anche qualora non sussistano sufficienti indizi per ritenere che la persona richiesta abbia commesso un reato) deve essere considerato un obbligo sufficientemente specifico e concreto (secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nel *leading case Vasileva c. Danimarca* del 2003); e, dall'altro, che nel caso di specie la privazione della libertà dei ricorrenti era stata necessaria e proporzionata rispetto all'esigenza di eseguirne l'identificazione, in considerazione della breve durata del loro trattenimento (due ore e mezza). Conseguentemente, secondo l'orientamento consolidato del diritto di Strasburgo³⁸, la Corte ha ritenuto che la privazione della libertà personale dei ricorrenti doveva ritenersi giustificata ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. b Cedu.

6

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

Nel corso del 2011, la Corte europea ha avuto modo in diverse occasioni di ribadire il principio secondo cui l'art. 5 § 1 lett. c non vale a giustificare l'applicazione di misure detentive finalizzate alla prevenzione del generico pericolo di commissione di reati.

In particolare, nella sentenza *Schimolovos c. Russia*³⁹, essa ha ritenuto che il fermo del ricorrente, il capo di un'associazione per i diritti umani, per circa un'ora e mezza, non poteva ritenersi giustificato alla luce dell'art. 5 § 1 lett. c Cedu perché detto provvedimento era motivato da *generiche esigenze di difesa sociale* e non poteva ritenersi funzionale a formalizzare un'imputazione né necessario ad impedire la commissione di un reato specificamente individuato (cfr. *supra* § 1.2).

A conclusioni simili, lo ricordiamo, la Corte è giunta anche nella sentenza *Schwabe e M.G. c. Germania*⁴⁰ del dicembre 2011, relativa ad un caso in cui i ricorrenti, due attivisti per i diritti umani, erano stati fermati dalla polizia e trattenuti in custodia cautelare per un periodo di cinque giorni al fine di *prevenire possibili attentati alla pubblica sicurezza* in occasione delle manifestazioni previste al G8 di Hellingendamm: ad avviso dei giudici europei, la misura in questione non poteva ritenersi giustificata ex art. 5 § 1 lett. c Cedu, che consente privazioni della libertà personale esclusivamente per prevenire il pericolo di reati sufficientemente concreti, in relazione al tempo di commissioni ed alle vittime potenziali (sempreché l'arrestato sia condotto nel più breve tempo possibile davanti ad un giudice) (cfr. *supra* § 1.2).

38. Per I precedent rilevanti in material, cfr. D.J. HARRIS-M. O' BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 142-144.

39. Sent. 21 giugno 2011, *Schimolovos c. Russia* (ric. n. 30194/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.

40. Sent. 1 dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania* (ric. nn. 8080/08 e 8577/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 311.

Infine, nelle sentenze *Schummer*⁴¹, *Jendrowiak*⁴², *Schmitz*⁴³ e *Mork*⁴⁴, *O.H.*⁴⁵ e *Schönbrod*⁴⁶ e *Haidn*⁴⁷ poc'anzi esaminate, i giudici europei – conformemente a quanto affermato nel *leading case M. c. Germania*⁴⁸ – hanno ritenuto che l'applicazione della misura di sicurezza *post delictum* della *Sicherungsverwahrung*, prevista nell'ordinamento tedesco, nei confronti di soggetti imputabili ritenuti socialmente pericolosi non potesse essere legittimata ex art. 5 § 1 lett. c Cedu, in quanto tale misura è finalizzata a *prevenire un generico rischio di recidiva* e non la commissione di un reato specificamente individuato (cfr. *supra* § 4.2).

7

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

Con riferimento all'ipotesi di detenzione del minorenne al fine di sorvegliarne l'educazione, presenta profili di interesse la sentenza *A e altri c. Bulgaria*⁴⁹ nella quale la Corte ha escluso una violazione della norma in parola in un caso di *internamento in un centro correzionale*, per un periodo di oltre un anno, di alcuni ragazzini che avevano posto in essere ripetute condotte anti-sociali. Essa ha ritenuto infatti necessaria e proporzionata la privazione della libertà personale dei ricorrenti, osservando, da un lato, che altre misure meno afflittive erano state giudicate inefficaci nel caso concreto (come ad es. l'obbligo di non uscire la mattina prima di una certa ora e di non rincasare la sera più tardi di una certa ora) e, dall'altro, che nel centro suddetto veniva svolta una effettiva attività educativa finalizzata al reinserimento dei minori nella società.

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)

In tema di detenzione di soggetti non imputabili autori di reati, va anzitutto ricordata la già citata sentenza *Haidn c. Germania*⁵⁰ – relativa ad un caso di applicazione della custodia di sicurezza al termine dell'esecuzione della pena nei confronti di un soggetto ritenuto socialmente pericoloso in ragione di elementi emersi dopo la sentenza di condanna – in cui la Corte europea ha escluso che la detenzione del ricorrente potesse essere legittimata ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. e Cedu in assenza di un *effettivo disturbo mentale*: disturbo che, secondo il diritto di Strasburgo, deve essere riconosciuto in base ad una perizia psichica effettiva e che deve avere natura e grado tali da giustificare e rendere necessaria e proporzionata la privazione della libertà personale.

Profili di interesse riveste inoltre la sentenza *Hazdic e Suljic c. Bosnia Herzegovina*⁵¹, in cui la Corte ha affrontato il diverso problema delle *condizioni della detenzione* di soggetti non imputabili socialmente pericolosi. Al riguardo giova ricordare che, secondo il diritto di Strasburgo, per essere legittimo l'internamento dell'infermo di mente deve necessariamente essere effettuato in un ospedale, in una clinica o in un'altra istituzione⁵².

Nel caso di specie la Corte europea ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu sotto il profilo del principio di proporzione in relazione all'internamento dei ricorrenti nell'*ala psichiatrica del carcere* di Zenica, precisando che la carenza di strutture adeguate al ricovero degli autori di reato affetti da disturbi psichici non può in alcun modo

41. Sent. 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. nn. 27360/04 e 42225/07).

42. Sent. 9 giugno 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n. 30060/04).

43. Sent. 9 giugno 2011, *Schmits c. Germania* (ric. n. 30493/04).

44. Sent. 9 giugno 2011, *Mork c. Germania* (ric. n. 31047/04).

45. Sent. 26 novembre 2011, *O.H. c. Germania* (ric. n. 4646/08).

46. Sent. 26 novembre 2011, *Schönbrod c. Germania* (ric. n. 48038/06).

47. Sent. 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania* (ric. n. 6587/04).

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

49. Sent. 29 novembre 2011, *A. e altri c. Bulgaria* (ric. n. 51776/08).

50. Sent. 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania* (ric. n. 6587/04).

51. Sent. 7 giugno 2011, *Hazdic e Suljic c. Bosnia Herzegovina* (ric. nn. 39446/06-33849/08).

52. Sul punto, cfr. M. GIALUZ, sub art. 5, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario Breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, p. 133.

giustificare il loro internamento in carcere come soluzione permanente.

Un'altra pronuncia significativa sotto il profilo delle *condizioni della detenzione* è la sentenza *Nelissen c. Paesi Bassi*⁵³, in cui la Corte – pur riconoscendo che secondo il diritto di Strasburgo il collocamento in un centro clinico dell'autore non imputabile socialmente pericoloso può anche non essere immediato⁵⁴ – ha riscontrato una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu in relazione al *ritardo* di più di *sei mesi* con cui le autorità nazionali avevano eseguito l'ordine di *trasferimento* del ricorrente, condannato per omicidio e affetto da schizofrenia, dall'istituto penitenziario nel quale era detenuto, a un ospedale psichiatrico.

9

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

Interessanti le pronunce rese dalla Corte di Strasburgo in relazione al trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione e di estradizione: trattenimento che, per essere giustificato *ex art. 5 § 1 lett. f Cedu*, deve soddisfare i due requisiti della sussistenza di un fondamento legale e del rispetto del canone della proporzione.

Per ciò che concerne il requisito della *base legale* di misure incidenti sulla libertà personale dello straniero, viene anzitutto in rilievo la *Seferovic c. Italia*⁵⁵ in cui la Corte europea ha condannato il nostro paese per la violazione dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu affermando che il trattenimento nel centro di permanenza temporanea di Ponte Galeria di una donna di etnia rom, originaria della Bosnia Erzegovina, che aveva partorito da soli due mesi, era palesemente illegittimo poiché l'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 vieta l'espulsione della donna nei sei mesi successivi al parto e le autorità nazionali erano a conoscenza del fatto che la donna avesse appena partorito.

In particolare, essa ha richiamato *a contrario* la sentenza *Hokic e Hrustic c. Italia*⁵⁶ in cui i giudici europei avevano escluso la violazione dell'art. 5 § 1 Cedu in relazione al trattenimento di due cittadini bosniaci nelle more del procedimento di espulsione, osservando come in quell'occasione i provvedimenti di espulsione erano stati adottati dal prefetto nell'ambito delle sue attribuzioni e in conformità con il diritto interno, mentre erano stati successivamente annullati dal giudice di pace nel corso del procedimento di convalida perché questi aveva accertato che i ricorrenti erano titolari di un regolare permesso di soggiorno.

Una seconda pronuncia significativa sotto il profilo della *legalità* del trattenimento dello straniero è la sentenza *Mokallal c. Ucraina*⁵⁷, relativa alla detenzione del ricorrente in attesa della sua estradizione verso l'Iran. Anche in questa occasione la Corte ha dichiarato violato l'art. 5 Cedu per insussistenza di una *base legale* della detenzione, osservando che la possibilità di disporre la privazione della libertà personale dello straniero nel corso del procedimento di estradizione veniva espressamente consentita nell'ordinamento ucraino successivamente all'inizio della detenzione del ricorrente.

Sempre in tema di *legalità* della detenzione, merita di essere ricordata la sentenza *Elmuratov c. Russia*⁵⁸, in cui i giudici europei – confermando un orientamento ormai

53. Sent. 5 aprile 2011, *Nelissen c. Paesi Bassi* (ric. n. 6051/07). Si tratta di un caso piuttosto singolare: il ricorrente, infatti, era stato condannato alla pena di sette mesi di reclusione e all'internamento in un ospedale psichiatrico da eseguirsi al termine della pena, per furto aggravato, per aver sottratto ad una donna, dopo averla colpita al volto, il manifesto del necrologio della sorella, appena deceduta.

54. In questo senso, sent. 11 maggio 2004, *Brand c. Paesi Bassi* (ric. n. 49902/99) e sent. 3 dicembre 2010, *Grzegorz Jończyk c. Polonia* (ric. n. 19789/08), in cui la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 5 § 1 lett. e Cedu in relazione al ritardo nell'esecuzione del provvedimento di trasferimento del ricorrente, sospetto di maltrattamenti e infermo di mente, da un istituto penitenziario ad un ospedale psichiatrico giudiziario, affermando che tale ritardo era stato determinato dal procedimento giurisdizionale, instaurato su istanza del ricorrente stesso, e rivolto ad accertare la legittimità del suddetto provvedimento.

55. Sent. 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia* (ric. n. 12921/04), in *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2011, con nota di L. BEDUSCHI, *Condannata l'Italia per il trattenimento di una donna Rom in un centro di permanenza temporanea*.

56. Sent. 1 dicembre 2009, *Hokic e Hrustic c. Italia* (ric. n. 3449/05).

57. Sent. 10 novembre 2011, *Mokallal c. Ucraina* (ric. n. 19246/10).

58. Sent. 3 marzo 2011, *Elmuratov c. Russia* (n. 66317/09).

consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo⁵⁹ – hanno ritenuto che le previsioni del diritto russo in materia di trattenimento dello straniero in pendenza del procedimento di estradizione non sono precise, né è ragionevolmente prevedibile la loro concreta applicazione e hanno, pertanto, concluso per una violazione dell'art. 5 § 1 lett. f Cedu.

Venendo al profilo della *proporzione* delle misure privative della libertà dello straniero, costituisce un orientamento ormai consolidato nel diritto di Strasburgo quello per cui l'internamento dallo straniero può ritenersi giustificato soltanto nel corso del procedimento di espulsione o di estradizione, che deve essere pertanto condotto dalle autorità nazionali con la dovuta diligenza.

Significativa a questo proposito è la sentenza *M. e altri c. Bulgaria*⁶⁰, in cui la Corte ha concluso per una violazione dell'art. 5 § 1 Cedu per il solo fatto del *ritardo* delle autorità governative nel tentare di ottenere i documenti necessari all'espulsione del ricorrente (in particolare nel caso di specie le autorità nazionali si adoperavano per ottenere i documenti necessari per l'espatrio, per la prima volta, dopo quattro mesi dall'inizio dell'internamento)⁶¹.

Come si aveva già avuto modo di segnalare con riferimento alla giurisprudenza del triennio 2008-2010, la Corte europea tende, invece, ad analizzare sempre più frequentemente le condizioni del trattenimento dello straniero sotto l'angolo visuale dell'art. 3 Cedu (che sancisce il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti).

A questo proposito, paradigmatica è la sentenza *Rahimi c. Grecia*⁶², in cui i giudici europei hanno riconosciuto una violazione dell'art. 3 Cedu *sub specie* di trattamenti degradanti, in relazione al trattenimento nel centro di detenzione di Pagani, per due giorni, di un cittadino afgano minorenni, entrato irregolarmente sul territorio greco, affermando che le condizioni obiettive della detenzione (sovraffollamento, precarie condizioni igieniche, mancata aerazione, etc.) avevano comportato un livello di umiliazione superiore rispetto a quello proprio di qualsiasi privazione della libertà personale, in considerazione del particolare stato di debolezza connaturato alla sua minore età, nonostante il trattenimento si fosse protratto solo per due giorni.

9.1

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ASILO

In relazione al distinto (ma collegato) profilo del trattenimento di stranieri in attesa della definizione del procedimento per la concessione dell'asilo politico, giova ricordare la sentenza *R.U. c. Grecia*⁶³, in cui la Corte ha riscontrato una violazione della suddetta norma convenzionale, non ritenendo operante nel caso di specie la deroga di cui alla lett. f della norma in parola (la quale, come è noto, consente secondo il diritto di Strasburgo la detenzione dello straniero anche nel corso del procedimento di asilo) in quanto il diritto greco non autorizza la detenzione del richiedente asilo politico fino alla decisione definitiva della suddetta domanda e, pertanto, la privazione della libertà personale del ricorrente era priva di una *base legale* nell'ordinamento interno⁶⁴.

9.1-bis

IL TRATTENIMENTO DEL MINORE NON ACCOMPAGNATO

Per quel che concerne il trattenimento di minori non accompagnati riveste particolari profili di interesse la già menzionata sentenza *Rahimi c. Grecia*⁶⁵ in cui la Corte ha

59. Per i precedenti rilevanti in materia, cfr. M. GIALUZ, sub art. 5, cit., p. 137.

60. Sent. 26 luglio 2011, *M. e altri c. Bulgaria* (ric. n. 41416/08), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1729.

61. Sul punto, cfr. altresì sent. 20 settembre 2011, *Lokpo e Tourè c. Ungheria* (ric. n. 10816/10), in cui la Corte ha ritenuto sproporzionata la detenzione del ricorrente (protrattasi per un periodo di circa *cinque mesi*) in considerazione dell'inerzia delle autorità che, nell'arco di quel periodo, non si erano attivate per ottenere i documenti di viaggio necessari.

62. Sent. 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia* (ric. n. 8687/08), con nota di F.A. BUBULA, *L' "importanza di essere un minore accompagnato" ...oppure no?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2011.

63. Sent. 7 giugno 2011, *R.U. c. Grecia* (ric. n. 2237/08).

64. In senso analogo, cfr. altresì sent. 15 novembre 2011, *Longa Yonkeu c. Lettonia* (ric. n. 57229/09).

65. Sent. 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia* (ric. n. 8687/08), con nota di F.A. BUBULA, *L' "importanza di essere un minore accompagnato" ...oppure no?*, cit.

ravvisato una violazione (oltre che dell'art. 3 Cedu, cfr. *supra* § 9), anche dell'art. 5 Cedu in relazione all'arresto e al collocamento nel centro di detenzione di Lesbo, per due giorni, di un cittadino afghano minorenne, entrato irregolarmente in Grecia.

Sotto l'angolo visuale dell'art. 5 Cedu, la Corte ha concluso che il trattenimento del ricorrente – pur avendo una base legale nel diritto interno e pur essendo finalizzato all'esecuzione del suo allontanamento dal territorio nazionale – doveva considerarsi *arbitrario* perché le autorità nazionali, nel disporre che il ricorrente fosse collocato in un apposito centro nel corso della procedura di espulsione, non avevano perseguito l'interesse superiore dello stesso, come previsto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989; dalla direttiva europea 2003/9/CE in materia accoglienza dei richiedenti asilo politico negli Stati membri; nonché dalla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di art. 8 Cedu, in quanto non avevano tenuto in considerazione la gradualità di soluzioni che tali normative postulano prima di arrivare al trattenimento del minore.

Sebbene si tratti di un caso di detenzione del minore non accompagnato, dalla sentenza in parola pare comunque evincersi una significativa apertura della Corte europea verso il riconoscimento del principio secondo cui la detenzione dello straniero in attesa del procedimento di espulsione debba essere disposta solo se *necessaria*, ossia soltanto nel caso in cui le misure meno afflittive risultino insufficienti.

A questo proposito, si segnala che l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato due importanti raccomandazioni con le quali ha espresso la propria preoccupazione in relazione all'impiego della detenzione come misura deterrente, affermando il principio secondo cui la privazione della libertà personale dello straniero debba essere disposta esclusivamente nel caso in cui misure meno afflittive risultino insufficienti⁶⁶.

9.1-ter

IL PROBLEMA DEL RISARCIMENTO PER L'INGIUSTA DETENZIONE SUBITA NELLE MORE DEL PROCEDIMENTO DI ESPULSIONE O DI ASILO

Nella sentenza *Seferovic c. Italia*⁶⁷ del febbraio 2011, sopra esaminata, relativa, lo ricordiamo, al trattenimento illegittimo della ricorrente, una donna di etnia rom che aveva appena partorito, la Corte europea ha riconosciuto una violazione dell'art. 5 § 5 Cedu (che riconosce il diritto ad un'equa riparazione per la privazione della libertà personale illegittimamente subita) condannando l'Italia al pagamento di 7.500 euro a titolo di risarcimento del danno morale subito dalla ricorrente.

La sentenza riveste particolare importanza nella parte in cui la Corte ha constatato l'assenza nell'ordinamento italiano di una disposizione che permettesse alla ricorrente di proporre una domanda di riparazione per essere stata ingiustamente trattenuta nel centro di permanenza temporanea, dal momento che: i) l'art. 314 c.p.p. riconosce il diritto alla riparazione esclusivamente per il caso di *custodia cautelare* (ad esempio, la custodia in carcere o l'arresto domiciliare) subita ingiustamente. E in particolare, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato come la stessa Corte di cassazione italiana ha escluso l'applicabilità del principio di equa riparazione nel caso di detenzione illegittima disposta con riferimento all'istituto "limitrofo" dell'estradizione⁶⁸; ii) la l. n. 117 del 1988, che disciplina la responsabilità civile dei magistrati, all'art. 2 comma 3 lett. *d* limita la responsabilità dei magistrati per l'applicazione illegittima di una misura privativa della libertà personale ai casi di dolo o colpa grave; iii) e infine, le autorità giurisdizionali

66. Per quanto riguarda il problema del ricorso automatico da parte degli Stati membri della detenzione degli immigrati irregolari, si segnala che l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato due importanti strumenti, con i quali ha espresso preoccupazioni per l'impiego della detenzione come misura deterrente, affermando il principio secondo cui la privazione della libertà personale dello straniero debba essere disposta esclusivamente nel caso in cui misure meno afflittive risultino insufficienti (cfr. Ass.Parl., Racc. 1900(2010)28.1.2010, sulla detenzione dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari; Ass.Parl., Ris. 1707(2010), 28.1.20120, sulla detenzione dei richiedenti asilo politico e dei migranti irregolari).

67. Sent. 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia* (ric. n. 12921/04) in *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2011.

68. Cfr. C. cass., sez. VI, 22 aprile 1997, n. 1648.

italiane negano l'applicabilità diretta dell'art. 5 § 5 Cedu, che riconosce, appunto, il diritto ad una riparazione ad ogni persona che sia stata vittima di un arresto o di una detenzione in violazione dell'art. 5 Cedu⁶⁹.

La pronuncia in esame rende necessaria una riflessione sulla possibilità per il giudice italiano di riconoscere allo straniero, che sia stato illegittimamente trattenuto nel corso del procedimento di espulsione (o di estradizione), il *diritto ad un'equa riparazione* –in assenza di una previsione espressa nella normativa interna vigente – dando *diretta applicazione all'art. 5 § 5 Cedu*.

Giova sottolineare come la diretta applicazione della norma convenzionale interverrebbe in questo caso a *colmare una lacuna* della normativa italiana che, come dicevamo, non riconosce allo straniero il diritto all'equa riparazione per il caso di trattenimento illegittimo. In altre parole, si tratterebbe di dedurre dall'art. 5 § 5 Cedu l'ammissibilità di un rimedio giuridico non previsto nel nostro ordinamento, senza tuttavia disapplicare contestualmente una norma italiana incompatibile con la disciplina convenzionale: impedendo così che lo Stato italiano possa violare i propri obblighi convenzionali. Le implicazioni pratiche della questione, del resto, risultano particolarmente evidenti: il mancato riconoscimento da parte dei giudici interni della diretta applicabilità dell'art. 5 § 5 Cedu nel caso in cui lo straniero sia stato illegittimamente trattenuto nel corso del procedimento di espulsione (o di estradizione), infatti, esporrebbe l'Italia ad una serie potenzialmente infinita di condanne per la violazione di detta norma⁷⁰.

10

GLI OBBLIGHI DI TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE

11

GLI OBBLIGHI PROCEDURALI A FRONTE DELLA SCOMPARSA DI UNA PERSONA DURANTE LA DETENZIONE

Tra le sentenze rese dalla Corte europea nel corso del 2011 non si ravvisano pronunce rilevanti in materia.

La giurisprudenza del 2011 in materia ha riguardato in particolare la pratica delle c.d. detenzioni segrete, sul punto cfr. *supra* § 2.

69. Cfr. C. cass. II sez., sent. 20 maggio 1991, n. 2823, citata nella pronuncia in esame

70. Sul punto, sia consentito il rinvio a Sent. 8 febbraio 2011, Seferovic c. Italia (ric. n. 12921/04), cit., con nota di L. BEDUSCHI, *Condannata l'Italia per il trattenimento di una donna Rom in un centro di permanenza temporanea*.