

prof. ANDREW ASHWORTH

Università di Oxford

L'EMERSIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO
NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.
L'AFFIEVOLIMENTO DELLA TUTELA IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. Struttura della Convenzione. – 2. Approccio generale all'art. 6. – 3. La resurrezione degli argomenti di 'pubblico interesse'? – 4. Interpretazione dell'art. 3. – 5. Relazione tra l'art. 3 e l'art. 6. – 6. Relazione tra l'art. 8 e l'art. 6. – 7. Conclusione: l'emersione di argomenti di 'interesse pubblico'.

In queste pagine¹ mostrerò come la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo si stia allontanando dalle teorie classiche in materia di diritti umani e come alcune delle sue recenti pronunce in materia penale sollevino interrogativi riguardo all'originale struttura della Convenzione, specialmente in relazione all'art. 6. Due particolari aspetti di questo articolo sono controversi. Innanzitutto ci si chiede: quanto pesa l'interesse pubblico al fine di determinare se c'è stata una violazione del diritto all'equo processo? In secondo luogo: in quali circostanze l'uso di prove ottenute tramite la violazione di un altro diritto della Convenzione rende un processo iniquo ai sensi dell'art. 6? Le oscillazioni sulle quali mi soffermerò non emergono in tutte le sentenze emesse in materia penale, ma ci sono sufficienti indizi che la Corte stia mutando impostazione. Da qui l'importanza di un attento esame delle sue linee argomentative.

Il primo paragrafo di questo studio si soffermerà sulla struttura della Convenzione; il paragrafo 2 riguarderà la giurisprudenza sull'art. 6 sviluppatasi sul finire degli anni Novanta; il paragrafo 3 analizzerà il modo in cui la Corte ha iniziato recentemente a citare l'interesse pubblico in processi per gravi reati, come pretesto per adottare un orientamento diverso; nel paragrafo 4 si esaminerà l'approccio della Corte all'art. 3 e nel paragrafo 5 l'orientamento della Corte circa l'interazione tra l'art. 3 e l'art. 6; infine, il paragrafo 6 si soffermerà sulla questione dell'interazione tra l'art. 8 e l'art. 6 e analizzerà la misura

¹ Questo contributo è basato su una relazione presentata alla "Oxford-Munich Conference", svoltasi presso il St. Hilda College, Oxford, il 30-31 maggio 2009. La traduzione dall'inglese è della dott.ssa Novella Spadolini.

entro cui essa è compatibile con le altre pronunce della Corte e con la Convenzione stessa.

1. *Struttura della Convenzione*

La struttura dei diritti all'interno della Convenzione può essere esaminata avendo di mira anzitutto l'art. 15, che dispone:

“1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli artt. 3, 4 (paragrafo 1) e 7...”

Ai sensi dell'art. 15, gli Stati possono derogare a vari diritti della Convenzione ove siano soddisfatte le condizioni previste, ma per quattro di questi diritti non è ammessa alcuna deroga. Da ciò emerge immediatamente un ordine di priorità, perché questi quattro diritti vengono collocati in una categoria particolarmente protetta. Sono inderogabili:

- il diritto alla vita (art. 2);
- il diritto a non essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 3);
- il diritto a non essere sottoposto a lavoro forzato (art. 4.1); e
- il diritto a non essere sottoposto all'applicazione retroattiva della legge penale o della pena (art. 7).

Il fatto che questi diritti non siano derogabili significa che essi costituiscono, nell'ambito dei diritti fondamentali della Convenzione, i più essenziali. Certamente il significato e la portata di tali diritti sono suscettibili di interpretazione e in questo senso si può dire che essi non costituiscono diritti assoluti, almeno finché non venga determinato una volta per tutte il loro ambito di applicazione. Certo è che essi non lasciano spazio a considerazioni fondate sull'‘interesse pubblico’: la metafora del ‘bilanciamento’ non può applicarsi ad essi.

Altri diritti della Convenzione possono definirsi invece come qualificati: in questi casi il diritto viene affermato, ma, per determinati motivi, si consente di interferire sul suo ambito di operatività, seppure nella minore misura possibi-

le. Si pensi, per esempio, ai diritti concernenti il rispetto della vita familiare (art. 8), la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10) e la libertà di riunione e di associazione (art. 11). Nella Convenzione l'affermazione di questi diritti qualificati si caratterizza per la precisazione (contenuta nel secondo paragrafo degli articoli che li contemplano) che ciascuno di essi può essere soggetto ad interferenza, nel caso in cui ciò sia 'necessario in una società democratica' per una determinata ragione. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo interpreta il secondo paragrafo di tali articoli in modo tale da imporre significative limitazioni all'interferenza con tali diritti, essenzialmente attraverso il canone della proporzione.

Tra i diritti inderogabili ed i diritti qualificati c'è una categoria intermedia, meno facile da etichettare e da circoscrivere. Nella Convenzione europea questa categoria include il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona (art. 5) e quello ad un equo processo (art. 6). I diritti di questa categoria intermedia si potrebbero chiamare 'forti', per indicare che essi godono di una forza che non è qualificata nella stessa misura in cui lo è quella dei diritti di cui agli artt. 8 e 11. Anzi, i diritti di cui agli artt. 5 e 6 non sono affatto qualificati nella Convenzione. Nella logica interna della Convenzione, questa è una distinzione fondamentale. Essa suggerisce che, nonostante i diritti forti siano meno fondamentali dei diritti inderogabili, per limitare un diritto forte è necessario un argomento più pregnante di quello basato sulle 'necessità in una società democratica', idoneo a interferire con l'operatività dei diritti qualificati.

Ove si accetti tale analisi, sorgono dubbi su alcune delle più creative statuizioni della Corte di Strasburgo, contenute in alcune delle seguenti sentenze. Si consideri, ad esempio, la più volte citata affermazione della Corte, nel giudizio *Sporrong e Lonroth c. Svezia*:

"... la Corte deve determinare se sia stato effettuato un equo bilanciamento tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le necessità di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. La ricerca di tale equilibrio è inerente all'intera Convenzione e si riflette anche nella struttura dell' art. 1"².

La prima parte della sentenza è senza dubbio stravagante: non si può seriamente ipotizzare che, per stabilire se ci sia stata una violazione dell'art. 2 o dell'art. 3, si debba bilanciare l'interesse pubblico con il diritto dell'individuo. Questo rilievo non è mai comparso nelle decisioni riguardanti l'art. 2 e, come

² *Ibid.* par. 69.

si avrà modo di vedere, esso sarebbe alquanto inusuale anche in relazione all'art. 3. Pertanto, la prima parte della sentenza non può evidentemente considerarsi come autorevole espressione del corretto approccio a tutte le questioni della Convenzione, malgrado gli incauti termini utilizzati. La seconda parte della sentenza, invece, è più accurata, e si incentra specificatamente sull'interpretazione dell'art. 1 del primo Protocollo (il diritto al godimento pacifico del proprio patrimonio), che era il vero nocciolo del caso in esame. Si potrebbe dire che le due affermazioni, nel senso in cui esse sono generalmente citate, siano state estrapolate dal contesto, dato che le parole immediatamente precedenti il passaggio riportato sono 'ai fini della presente disposizione', che costituisce un rinvio diretto all'art. 1 del primo Protocollo. Quanto affermato nella sentenza *Sporrong e Lonroth c. Svezia* non dovrebbe essere avulso dal contesto ed utilizzato per sostenere che, in qualsiasi caso relativo alla Convenzione dovesse insorgere, le corti siano tenute a bilanciare il diritto individuale con l'interesse generale della comunità.

2. *Approccio generale all'art. 6*

Si sono considerate sopra la struttura della Convenzione e le sue implicazioni logiche, con riferimento all'argomento dell'«interesse pubblico», sul quale spesso i governi cercano di fare leva. Occorre analizzare adesso come la Corte di Strasburgo ha reagito all'argomento dell'«interesse pubblico», allorché esso sia stato utilizzato per giustificare limitazioni ad aspetti del più generale diritto all'equo processo nei procedimenti penali, affermato all'art. 6. Si possono citare tre esempi dell'approccio della Corte risalenti alla fine degli anni Novanta.

1) Nella causa *Saunders c. Regno Unito*³ si trattava di stabilire se il diritto a non auto-incriminarsi fosse implicito nel più generale diritto all'equo processo ai sensi dell'art. 6; se detto principio si applicasse al caso di specie e, nell'ipotesi di risposta affermativa, se esso mantenesse la sua rigidità anche a fronte della pressante esigenza sociale di combattere il perpetrarsi di gravi frodi. Dopo aver risposto ai primi due interrogativi in senso affermativo, la Corte ha considerato la terza questione statuendo:

«[La Corte] non accetta le argomentazioni avanzate dal Governo secondo le quali la

³ 1996-VI.

*complessità della frode aziendale ed il fondamentale interesse pubblico nelle indagini su tale frode e nella punizione dei responsabili possano giustificare l'allontanamento da uno dei principi base dell'equo processo come quello avvenuto nel presente caso (...) i criteri generali di equità contenuti nell'art. 6, compreso il diritto alla non auto-incriminazione, si applicano nei procedimenti penali riguardo ad ogni tipo di reato senza distinzioni, dal più semplice al più complesso. L'interesse pubblico non può essere invocato per giustificare l'uso di risposte ottenute forzosamente nell'ambito di una indagine illegale al fine di incriminare l'imputato nel corso di procedimenti penali"*⁴.

Si tratta di un'ampia statuizione di principio. Essa non è del tutto priva di ambiguità, dato che la Corte non ha espresso un parere conclusivo sulla questione 'se il diritto alla non auto-incriminazione sia assoluto o se, in particolari circostanze, possa essere giustificata una violazione dello stesso'⁵. Nondimeno i termini con cui vengono rigettati gli argomenti basati sul 'pubblico interesse', avanzati dal governo, sono forti.

2) Due anni dopo la Corte ebbe a che fare con il suo primo caso di arresto nel tentativo di assicurare dei trafficanti di droga alla giustizia. Nella causa *Teixeira de Castro c. Portogallo* (1998)⁶ la Corte reputò che il ricorrente era stato arrestato dagli agenti di polizia mentre commetteva il reato di cessione di stupefacenti. Una delle argomentazioni del governo fu che metodi forti di applicazione del diritto fossero essenziali per combattere il traffico di droga. La Corte replicò così:

*"L'uso di agenti infiltrati deve essere limitato e si devono adottare mezzi di tutela anche nei casi riguardanti la lotta ai trafficanti di droga. Sebbene la crescita della criminalità organizzata richieda indubbiamente l'adozione di misure appropriate, il diritto all'equa amministrazione della giustizia occupa tuttavia uno spazio talmente importante da non poter essere sacrificato in nome della convenienza. I requisiti generali di equità sanciti nell'art. 6 si applicano ai procedimenti che riguardano ogni tipo di reato penale, dal più semplice al più complesso. L'interesse pubblico non può giustificare l'uso di prove ottenute tramite l'istigazione della polizia"*⁷.

Questa costituisce una chiara e assoluta affermazione della relazione esistente tra l'art. 6 e le argomentazioni di 'pubblico interesse'.

⁴ *Ibid.* par. 74.

⁵ *Ibid.*

⁶ Ricorso n° 25829/94, sentenza del 9 giugno 1998.

⁷ *Ibid.* par. 36.

3) Probabilmente il culmine di tale approccio è stato raggiunto nella causa *Heaney e McGuinness c. Irlanda* (2000)⁸. Qui la Corte ha affermato che le condanne dei due ricorrenti per il reato di omissione di resoconto sui propri movimenti finanziari in un determinato momento violavano il diritto a non auto-incriminarsi.

I reati di cui erano accusati i ricorrenti erano previsti nella legge anti-terrorismo irlandese, e il governo faceva affidamento su questa forte argomentazione di ‘pubblico interesse’, sostenendo che qualsiasi restrizione del diritto all’auto-incriminazione fosse giustificata al fine di combattere il terrorismo. La risposta della Corte fu inflessibile:

*“La Corte (...) ritiene che ragioni di sicurezza e di ordine pubblico dello Stato non possano giustificare un provvedimento che oscuri la reale essenza del diritto dei ricorrenti al silenzio ed il loro diritto a non rendere dichiarazioni auto indizianti tutelato dall’art. 6.1 della Convenzione”*⁹.

Ancora una volta, la Corte riafferma la priorità delle garanzie dell’equo processo contenute nell’art. 6 su argomenti basati sul presunto pubblico interesse¹⁰.

3. La resurrezione degli argomenti di ‘pubblico interesse’?

Negli ultimi anni la Corte ha avuto a che fare con una serie di situazioni in relazione alle quali gli Stati sono tornati a far leva sull’‘interesse pubblico’. Talvolta si è ragionato in termini di proporzione, un concetto, questo, molto sfaccettato nella giurisprudenza della Convenzione.

Il criterio della proporzione, invero, viene utilizzato principalmente al fine di giustificare le interferenze con diritti qualificati come quelli di cui agli artt. 8-11, e sono davvero poche le sentenze relative agli artt. 5 o 6 che lo considerano rilevante. Quando il concetto di proporzione viene utilizzato a proposito

⁸ Ricorso n° 34720/97, sentenza del 21 dicembre 2000.

⁹ *Ibid.* par. 58.

¹⁰ La parola ‘presunto’ qui è interposta, per evidenziare che ogni argomento precedente al titolo ‘interesse pubblico’ deve essere esaminato con cura, e non semplicemente accettato. Per esempio, la Corte dovrebbe richiedere la prova che l’esistenza di una legge particolare promuova la ‘lotta al terrorismo’, piuttosto che semplicemente accettare l’affermazione degli Stati che essa sia necessaria? L’importanza di prevenire l’uso arbitrario del potere da parte di pubblici ufficiali nei confronti dei cittadini costituisce anch’essa parte ‘dell’interesse pubblico’?

dei limiti dei diritti di cui all'art. 6, lo scopo è quello di introdurre nell'impostazione della questione argomentazioni di 'pubblico interesse'. Sono questi i veri argomenti esclusi nelle tre sentenze citate nel paragrafo precedente; tuttavia avremo modo di vedere che attualmente, in determinate situazioni, la Corte li considera rilevanti.

Nella causa *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* (2007)¹¹, il quesito riguardava la compatibilità tra un particolare reato del diritto inglese – quello commesso dal proprietario di un motoveicolo che si rifiuti di rispondere alle richieste della polizia in ordine a chi guidasse il mezzo in un particolare momento – e il privilegio contro l'auto-incriminazione. La Grande Camera ha affermato l'esistenza di una compatibilità, concludendo:

*“Alla luce di tutte le circostanze del caso, inclusa la particolare natura della regolamentazione in questione e il carattere delimitato delle informazioni ricercate ai sensi della sezione 172 del Road Traffic Act del 1988, la Corte ritiene che non sia stata violata l'essenza del diritto dei ricorrenti di rimanere in silenzio e del loro diritto a non rendere dichiarazioni auto indizianti”*¹².

Tale conclusione ha segnato un passo nuovo nel processo decisionale della Corte. Nei precedenti in cui era emerso un elemento di coercizione, la Corte aveva ritenuto che ci fosse stata una violazione del diritto a non auto-incriminarsi. La Corte ha ritenuto di concludere che nel caso di specie esistevano altri fattori che, unitamente al livello relativamente basso di coercizione, non erano sufficienti a 'distruggere la reale essenza' del diritto a non auto-incriminarsi. Così la Corte ha affermato che deve tenersi conto del fatto (i) che la coercizione è parte di una regolamentazione che impone in modo equo obblighi in capo ai proprietari di veicoli e ai conducenti al fine di promuovere la sicurezza stradale, (ii) che le informazioni richieste costituiscono il semplice, specifico e ristretto dato di fatto concernente l'identità di chi stava guidando, piuttosto che un generale resoconto di movimenti o risposte a domande più ampie, e (iii) che il particolare reato prevede una tutela consistente nella possibilità di dimostrare al giudice di non aver conosciuto e di non aver potuto conoscere con ragionevole diligenza l'identità del conducente del veicolo, che permette al proprietario coscienzioso di evitare la responsabilità penale. Tali

¹¹ Ricorso n° 15809/02 e n° 25624/02, sentenza del 29 giugno 2007.

¹² *Ibid.* par. 62.

fattori suggeriscono un giudizio di proporzione; ed infatti la Corte ha citato diffusamente il precedente del Regno Unito sul punto, che enfatizza l'importanza di impostare la questione ricercando un punto di equilibrio e di proporzione¹³. La Corte non ha espressamente affermato che la questione della compatibilità con l'art. 6 debba essere risolta attraverso un giudizio di proporzione; nondimeno la conclusione cui perviene, secondo cui le particolari caratteristiche del reato anzidetto non distruggono l'essenza del diritto del ricorrente, sembra implicare proprio una valutazione di quel tipo.

Più esplicita è un'altra recente sentenza della Grande Camera, quella nella causa *Jalloh c. Germania* (2006)¹⁴. In questo caso la polizia aveva tenuto sotto osservazione uno spacciatore di droga che operava sulla strada, il quale, mentre veniva arrestato, inghiottiva l'ovulo di droga che aveva in bocca. La polizia gli chiese di assumere un emetico in modo da recuperare l'ovulo, ma questi si rifiutò di farlo. Alla centrale di polizia quattro poliziotti lo trattennero mentre un medico somministrava l'emetico, a seguito del quale lo spacciatore rigurgitò un ovulo di cocaina. La Grande Camera analizzò il caso ai sensi degli articoli 3 e 6. In questa sede interessa come la Corte ha affrontato la questione se la condotta della polizia costituisca una violazione del diritto a non auto-incriminarsi:

“Al fine di determinare se sia stato violato il diritto del ricorrente a non auto-incriminarsi la Corte analizzerà, rispettivamente, i seguenti fattori: la natura e il grado di coercizione utilizzati per ottenere la prova; il peso del pubblico interesse all'investigazione e la sanzione del reato in questione; l'uso che si fa del materiale ottenuto in tal modo (...).

Riguardo al peso del pubblico interesse nell'uso delle prove per assicurare la condanna del ricorrente, la Corte osserva che (...) la misura impugnata colpiva uno spacciatore che stava offrendo droghe su piccola scala e che ha ottenuto una condanna a sei mesi con sospensione condizionale e libertà vigilata. Nel caso di specie, tenuto conto delle sue concrete circostanze, l'interesse pubblico ad assicurare la condanna del ricorrente non può giustificare il ricorso ad una così grave interferenza con la sua integrità fisica e mentale”¹⁵.

Questo passaggio della sentenza è degno di nota perché la Grande Came-

¹³ La decisione è *Brown c. Stott* [2003] 1 A.C. 681, e il precedente di Lord Bingham è citato estensivamente dalla Corte in *O'Halloran*.

¹⁴ Ricorso n° 54810/00, sentenza dell'11 luglio 2006.

¹⁵ *Ibid.* par. 117 e 119.

ra ha chiaramente statuito che il peso dell'interesse pubblico nel perseguire tale reato ha una considerazione rilevante, senza alcun riferimento alla sentenza *Saunders c. Regno Unito* e a tutte le altre sentenze citate nel secondo paragrafo di questo scritto, le quali, invece, indicano che la serietà del reato non incide sull'esistenza o meno di una violazione del diritto a non auto-incriminarsi.

Sono chiare le implicazioni di questo passo della sentenza *Jallob*: nei casi in cui il reato è davvero grave (a differenza del piccolo spacciatore di droga), si potrebbe giungere alla conclusione che l'uso della coercizione sia permesso e potrebbe non riscontrarsi alcuna violazione del diritto alla non auto-incriminazione.

4. Interpretazione dell'art. 3

In merito all'art. 3, la Grande Camera nella causa *Jallob c. Germania* ha riconosciuto che le azioni della polizia hanno sottoposto il ricorrente ad un trattamento inumano e degradante.

Anche se la Corte ha concesso che ci possano essere dei casi di urgenza che richiedano un intervento medico forzoso, le attività di un piccolo spacciatore di droga non possono giustificare tali pratiche:

“Il ricorso a qualsiasi intervento medico forzoso al fine di ottenere prova di un reato deve essere sufficientemente giustificato dalle circostanze del caso particolare. Ciò è tanto più vero quanto più la procedura è tesa a recuperare dal corpo dell'individuo proprio la prova del reato di cui è sospettato. La natura particolarmente invasiva di un tale atto richiede uno scrutinio severo di tutte le altre circostanze sussistenti. In questo caso, si deve avere particolare riguardo alla gravità del reato in questione (...). La corte rimarca che il traffico di droga è un reato grave. È pienamente consapevole del problema che affrontano gli stati contraenti nei loro sforzi per combattere i danni causati alla società dallo spaccio di stupefacenti. Tuttavia, nel caso in oggetto era chiaro che, prima che fosse disposta la misura impugnata, lo spacciatore cui la stessa era stata imposta stava conservando la droga in bocca e non poteva, pertanto, venderla su larga scala (...).”¹⁶

In questo passaggio la Corte riconosce, come nella sentenza *Teixeira de*

¹⁶ *Ibid.* par. 71 e 77. Tuttavia, al par. 99 il riassunto della Corte sugli effetti dell'art. 3 afferma che 'la Convenzione proibisce senza mezzi termini la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dalla condotta delle vittime', formulazione che sembra incoerente con la precedente affermazione secondo la quale 'l'interesse pubblico' è rilevante.

*Castro c. Portogallo*¹⁷, che è difficile per gli Stati combattere il traffico di droga. Sebbene nella citata sentenza la Corte avesse fatto seguire a tale affermazione una statuizione sulla necessità di tutelare i diritti della Convenzione, in quest'ultimo caso la stessa sembra accettare che in gravi ipotesi di traffico di stupefacenti (a differenza dei fatti in questione) si possa giustificare l'uso di trattamenti che normalmente sarebbero considerati inumani o degradanti. Successive pronunce della Corte si sono distanziate dall'approccio della sentenza *Jallob*, pur richiamandola. Così nella causa *Saadi c. Italia* (2008)¹⁸, la Grande Camera ha rifiutato l'argomento in base al quale, nel valutare se una persona possa essere estradata in un paese dove rischi concretamente di essere sottoposta a trattamenti in violazione dell'art. 3, si debba dar peso all'interesse della comunità in cui questi attualmente risiede ed ai rischi prospettati. La Corte ha riconosciuto le 'immense difficoltà' degli Stati nel proteggere le proprie comunità dalla violenza dei terroristi, ma ha ritenuto che ciò non possa 'mettere in discussione la natura assoluta dell'art. 3'. La Corte ha proseguito osservando quanto segue:

*"Essendo assoluta la protezione contro i trattamenti proibiti dall'articolo 3, tale disposizione impone di non estradare o espellere una persona quando questa corre il rischio reale di essere sottoposta a tali trattamenti nel Paese di destinazione. Come affermato a più riprese dalla Corte, non esiste nessuna eccezione a questa norma (...) non si può mettere sul piatto della bilancia il rischio di maltrattamenti e i motivi invocati per l'espulsione, ciò per determinare se esista la responsabilità di uno Stato sotto il profilo dell'art. 3, anche nel caso in cui i maltrattamenti fossero perpetrati da uno Stato terzo. A tal riguardo, i comportamenti delle persone considerate, per quanto siano indesiderabili o pericolose, non devono essere presi in considerazione (...)"*¹⁹.

Quest'ultima sentenza va esattamente nella direzione opposta rispetto al passaggio della sentenza *Jallob* summenzionato, ed è conforme alla grande maggioranza delle statuizioni sull'art. 3.

Prova ulteriore del fatto che la sentenza *Jallob* fosse disallineata sul punto si rinviene in un'altra decisione della Grande Camera, nella causa *Gaefgen c. Germania* (2008)²⁰. Qui la questione rilevante emerge nel seguente passaggio:

¹⁷ *Supra*, nota 6.

¹⁸ Ricorso n° 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008.

¹⁹ *Ibid.* par. 138.

²⁰ Ricorso n° 22978/05, sentenza del 30 giugno 2008.

“La Corte, alla luce di tutte le circostanze dell’interrogatorio del ricorrente da parte di E., osserva che egli era sottoposto a minacce sufficientemente reali e immediate di maltrattamenti (...) eseguite allo scopo di ottenere una sua deposizione, il che deve essere interpretato quale elemento aggravante. A tal proposito la Corte vorrebbe sottolineare che nella prospettiva della proibizione assoluta di trattamenti contrari all’art. 3, indipendentemente dalla condotta della persona in questione e anche in caso di emergenza pubblica che minacci l’esistenza della nazione – o, a fortiori, di un individuo –, il divieto di maltrattamenti di una persona al fine di trarne informazioni si applica indipendentemente dalle ragioni per cui le autorità sperano di ottenere una deposizione, sia che ciò avvenga per salvare la vita di una persona, sia che ciò venga finalizzato allo svolgimento di ulteriori indagini penali”²¹.

L’affermazione finale di questo passaggio è indubbiamente sufficiente a mostrare quanto la sentenza *Jalloh* non fosse allineata, suggerendo che la gravità del reato per cui si indaga dovrebbe rilevare al fine di stabilire se ci sia stata o meno una violazione dell’art. 3. Come afferma l’ampia maggioranza delle sentenze sull’art. 3, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti si applica indipendentemente da quanto si ritenga pericoloso il ricorrente, o da quanto grave o detestabile sia stata la condotta tenuta dallo stesso.

5. Relazione tra l’art. 3 e l’art. 6

Ove l’accusa in giudizio si sia basata su una prova ottenuta attraverso una violazione dell’art. 3, deve tenersi conto di ciò per stabilire se il processo sia equo o meno (*ex art. 6*)? Solo negli ultimi anni la Corte ha affrontato tale questione, e la risposta rimane in un certo qual modo oscura. La Grande Camera nella causa *Jalloh c. Germania* ha adottato una forte, sebbene non equilibrata, posizione sul corretto approccio al problema. La sua affermazione di principio si limitava ai casi di tortura:

“La prova accusatoria, sia nella forma di confessione che di prova materiale, ottenuta attraverso atti di violenza o brutalità o altre forme di trattamento che possano essere qualificati come tortura, non dovrebbe mai essere considerata espressiva della colpevolezza, a prescindere dalla sua valenza probatoria.

Qualsiasi altra conclusione rischierebbe di legittimare indirettamente una sorta di

²¹ *Ibid.* par. 69.

*condotta moralmente repressibile che gli autori dell'art. 3 della Convenzione intendevano proibire o, come correttamente sostenuto nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso Rochin, di 'legittimare la brutalità con il pretesto della legge'*²².

Comunque, tale affermazione si è prudentemente differenziata dalla successiva statuizione della Corte sul corretto approccio da tenere laddove le violazioni riguardino solo trattamenti inumani e degradanti. Così:

*"Nonostante che il trattamento cui è stato sottoposto il ricorrente non presenti le caratteristiche peculiari degli atti di tortura, nel caso di specie esso ha raggiunto il livello minimo di gravità coperto dall'ambito del divieto dell'art. 3. Non può escludersi che in casi particolari l'uso di prove ottenute attraverso maltrattamenti intenzionali che non raggiungono il livello della tortura rendano iniquo il processo contro la vittima, indipendentemente dalla gravità del reato che si presume essere stato commesso, dal peso attribuito alle prove e dalle opportunità che aveva la vittima di modificare la propria ammissione ed usarla nel processo a suo carico"*²³.

Dopo l'inciso 'non può escludersi che (...)' la Corte ha proseguito con una chiara statuizione, affermando che la relazione tra gli artt. 3 e 6 è lasciata aperta quando il maltrattamento non raggiunge il livello della tortura. Chiaramente la Corte ha ritenuto che la logica adottata in caso di tortura – per cui permettere a una corte di giudicare sulla base della prova legittimerebbe indirettamente un comportamento moralmente repressibile – non si applica ai meri trattamenti inumani e degradanti, nonostante che queste forme di abuso siano tutte incluse in un unico articolo, cui spesso ci si riferisce come fondamentale e che sancisce 'uno dei valori essenziali delle società democratiche'²⁴. Non solo. La Corte ha affermato che la questione se un processo sia equo quando lo stesso si basi su prove ottenute in violazione dell'art. 3, dipende in certa misura dalla gravità del reato imputato. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che il diritto all'equo processo del ricorrente fosse stato violato, perché era stato assoggettato ad un trattamento inumano e degradante e non sussisteva un interesse pubblico sufficiente per questo, atteso che egli era un semplice spacciatore di droga. Ancora, tale ragionamento implica (in contrasto con le statuizioni citate sopra nel paragrafo 4 che, se al ricorrente fosse

²² *Supra*, nota 14, par. 105; il riferimento è a *Rochin c. California* (1952) 342 US 165.

²³ *Supra*, nota 15, par. 106.

²⁴ JALLOH, *supra*, nota 14, par. 99.

stato imputato un più grave reato, la Corte avrebbe potuto sostenere che ciò era giustificato dall'interesse pubblico, sorvolando la circostanza che la prova era stata ottenuta in violazione dell'art. 3.

Nella causa *Gaefgen c. Germania* la Corte ha semplicemente seguito la formulazione della sentenza *Jalloh*, senza addentrarsi nelle distinzioni tracciate in quel caso²⁵. Vi si riconoscono due peculiarità della decisione relativa al caso *Jalloh*: la prima è che essa si conforma alla speciale disciplina per la tortura che è esplicitata nell'art. 15 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti²⁶; la seconda è che la Corte non fornisce una chiara spiegazione del motivo per cui essa si applica alla tortura e non anche ai trattamenti inumani e degradanti. La conseguenza è che, sotto il profilo dell'equità del processo, le prove ottenute attraverso trattamenti inumani o degradanti vengono considerate come aventi la medesima rilevanza di quelle ottenute in violazione dell'art. 8.

6. Relazione tra l'art. 8 e l'art. 6

La Corte di Strasburgo afferma spesso che l'ammissibilità delle prove è 'primariamente una questione di regolamentazione a livello nazionale'²⁷. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, fondare il processo su prove ottenute attraverso la violazione dell'art. 8 non implica automaticamente l'iniquità del giudizio ai sensi dell'art. 6. Così nella causa *Khan c. Regno Unito*²⁸ la Corte ha ritenuto che si fosse verificata una violazione dell'art. 8, in quanto l'uso di apparecchi di rilevazione audio al tempo non era sufficientemente disciplinato dalla legge, ma ha proseguito affermando che l'uso delle prove ottenute tramite tali apparecchi d'ascolto, in quanto parte essenziale del procedimento in oggetto, non rendeva iniquo il processo ai sensi dell'art. 6.

Fin quando l'imputato ha la possibilità di contestare l'autenticità delle prove, e fintantoché il giudice ha la discrezionalità di escluderle, non sussistono violazioni dell'art. 6.

²⁵ *Supra*, nota 20, par. 99.

²⁶ Si veda, nello stesso senso, la sentenza di Lord Bingham in *A (FC) c. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, al par. 53.

²⁷ GAIEFGEN, *supra*, nota 20, par. 96, che cita il precedente in *Schenk c. Svizzera* A/140 la recente decisione in *Heglas c. Repubblica Ceca*, ricorso n° 5935/02, sentenza del 1° marzo 2007; in modo interessante, la Corte cita anche una sentenza che ha rigettato l'applicazione della sua affermazione di principio, *Teixeira de Castro c. Portogallo* (*supra*, nota 6).

²⁸ Ricorso n° 35394/97, sentenza del 12 maggio 2000.

Nella sua *'dissenting opinion'*, il giudice Loucaides ha affermato che un tale ragionamento si contrappone alla struttura della Convenzione:

“Questo è il primo caso che arriva dinanzi alla Corte in cui la sola prova contro un imputato in un procedimento penale che ha condotto alla sua condanna, è stata una prova ottenuta in modo contrario alle disposizioni dell'art. 8 della Convenzione (...) non posso accettare che un processo sia equo, come richiesto dall'art. 6, se la colpevolezza di una persona per qualsiasi reato è stabilita attraverso prove ottenute in violazione dei diritti umani garantiti dalla Convenzione”.

Tuttavia, la Corte ha continuato a mantenere il medesimo approccio. Si è ripetuta, infatti, nella causa *P.G. e J.H. c. Regno Unito*²⁹, sebbene nella sua *'dissenting opinion'* il giudice Tulkens abbia nuovamente richiamato l'attenzione su questioni più ampie attinenti alla struttura della Convenzione:

*“Non penso che un processo possa essere definito 'equo' quando nel corso del processo siano state ammesse prove ottenute in violazione di un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione. Come la Corte ha già avuto occasione di evidenziare, la Convenzione deve essere interpretata come un unicum coerente (v. *Klass c. Germania* 1978, par. 68-69) (...) Concludendo che non c'è stata violazione dell'art. 6, la Corte priva completamente l'art. 8 di efficacia. I diritti sanciti dalla Convenzione non possono rimanere puramente teorici o virtuali (...)”.*

Entrambi i giudici dissenzienti fanno leva sull'obbligo degli Stati membri (ai sensi dell'art. 1) di assicurare la tutela di tutti i diritti della Convenzione, e affermano che un processo condotto sulla base di prove ottenute attraverso la violazione di uno degli articoli della Convenzione mina la struttura della Convenzione stessa.

Tuttavia la posizione generale o maggioritaria della Corte sembra essere a favore di una separazione tra la violazione dell'art. 6 e la violazione dell'art. 8. In altri termini, la prospettiva della Corte sembra essere quella per cui il modo per ricomporre una violazione dell'art. 8 consisterebbe nel garantire un rimedio alla persona che ha sofferto a causa dell'abuso, rimedio che potrebbe essere rinvenuto in un indennizzo per i danni, o forse in una riduzione della condanna. Ma il processo penale è qualcosa di diverso, con i suoi criteri di equità, e la provenienza delle prove non lo riguarda.

²⁹ Ricorso n° 44787/98, sentenza del 25 settembre 2001.

Il problema di questa teoria della separazione tra l'art. 8 e l'art. 6 è che la Corte non è ad essa coerente. La Corte all'evidenza non sposa la teoria della separazione nelle ipotesi di tortura: essa considera qualsiasi prova ottenuta tramite atti di tortura sufficiente a rendere il processo iniquo. Abbiamo visto che la Corte non applica la stessa logica ai trattamenti inumani e degradanti, e ora vediamo che non la applica neanche alle prove ottenute violando l'art. 8. Per queste ipotesi la teoria della separazione è ritenuta appropriata. La violazione dell'art. 8 (o dell'art. 3, riguardo ai trattamenti inumani o degradanti) è vista come una questione diversa, che richiede un diverso rimedio, e che non inficia l'equità del processo penale su di essa basato.

Nella causa *Heglas c. Repubblica ceca*³⁰, la Corte ha riunito entrambe le teorie oggetto di questa trattazione. La Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 8 nella registrazione illegale di una conversazione tra il ricorrente ed un'altra persona, e di conseguenza doveva decidere se il processo per furto con violenza fondato su tale prova fosse iniquo. La Corte ha così sviluppato la giurisprudenza precedente:

*“I criteri generali di equità previsti nell'art. 6 si applicano a tutti i processi penali, qualunque sia il tipo di reato in oggetto. Ne deriva che, per determinare se i procedimenti sono equi nel complesso, si devono considerare e bilanciare il peso dell'interesse pubblico nell'esercizio dell'azione penale avverso un particolare reato e la condanna del suo autore con l'interesse dell'individuo all'eliminazione della prova incriminante. Tuttavia, le considerazioni di pubblico interesse non possono giustificare misure che svuotino i diritti di difesa del ricorrente della loro reale essenza, incluso quello di non contribuire alla propria incriminazione garantito dall'art. 6 della Convenzione”*³¹.

La Corte è andata avanti sostenendo che nel caso in oggetto la prova ottenuta in violazione dell'art. 8 non era fondamentale e ha aggiunto il seguente paragrafo, eloquente ai fini della nostra indagine:

*“Quanto al peso del pubblico interesse nell'uso di tale prova per dimostrare la colpevolezza del ricorrente, la Corte osserva che la misura era diretta all'autore di un grave reato che ha causato danni a terzi, il quale poi è stato condannato a nove anni”*³².

Questa affermazione svela chiaramente la posizione della Corte: si tratta

³⁰ Ricorso n° 5935/02, sentenza del 1° marzo 2007.

³¹ *Ibid* par. 87, con riferimento a *Heaney c. Irlanda*, *supra*, nota 8.

³² *Ibid*. par. 91.

del corollario della sentenza sul caso *Jallob*, e così ora sappiamo che i requisiti di un giudizio equo possono variare in base alla gravità del reato di cui è accusato l'imputato. Questo passaggio è stato recentemente ripetuto dalla Grande Camera nella causa *Bikov c. Russia*³³. La questione in questo caso era diversa e quindi la Corte non è stata chiamata ad interpretare o applicare il principio espresso nella causa *Heglas*, ma in ogni caso la Grande Camera ha richiamato il precedente senza esprimere alcun disaccordo³⁴.

7. Conclusione: l'emersione di argomenti di 'interesse pubblico'

L'obiettivo di questo lavoro è stato quello di evidenziare alcuni importanti cambiamenti nella interpretazione di disposizioni della Convenzione rilevanti nel processo penale. Non è detto che tali cambiamenti siano confermati o definitivi, ma nella prima decade del nuovo secolo le decisioni della Corte di Strasburgo hanno dato segnali sufficienti a gettare un'ombra di dubbio sulla struttura della Convenzione e su alcune delle teorie finora sostenute. L'art. 3 è stato sbandierato come 'uno dei più fondamentali valori delle società democratiche'³⁵, ma come fa ad essere fondamentale se (a) le corti iniziano a dividerlo in due parti di diversa intensità (il riferimento è alla proibizione della tortura, da un lato e dall'altro al divieto di trattamenti inumani o degradanti), o se (b) ci sono situazioni in cui l'applicazione dell'art. 3 dipende dalla gravità del reato che si presume sia stato commesso dall'imputato, o se (c) la Corte considera equo un giudizio penale in cui l'accusa usa prove ottenute in violazione dell'art. 3? L'ultimo punto ci riporta anche alla relazione tra l'art. 8 e l'art. 6: se l'accusa usa prove ottenute in violazione dell'art. 8 ci sono ricadute sull'equità del processo? È corretto trattare le due questioni separatamente o la Convenzione dovrebbe essere letta come un *unicum*? L'«interesse pubblico» dovrebbe rilevare al fine di rispondere a questi interrogativi nei procedimenti penali per gravi reati? In relazione allo stesso art. 6 il diritto a non auto-incriminarsi è un diritto implicito che si applica a tutti i procedimenti penali, dal più bagatellare al più grave, come sostenuto nelle sentenze degli anni Novanta, o è un diritto che può lasciar spazio all'«interesse pubblico», ad esempio in base alla gravità del reato indagato?

Le risposte a tali quesiti hanno enormi implicazioni per il futuro della tute-

³³ Ricorso n° 4378/02, sentenza del 21 gennaio 2009.

³⁴ *Ibid.* par. 100.

³⁵ JALLOH, *supra*, nota 14, par. 99.

la dei diritti umani nei procedimenti penali. Nella misura in cui le tutele dell'art. 6, e *a fortiori* quelle di cui all'art. 3, sono esposte a contro-argomentazioni basate sul presunto 'interesse pubblico', il primo passo verso l'erosione dei diritti fondamentali è compiuto. Non si tratta semplicemente della sotto-teorizzazione della nozione di 'interesse pubblico'³⁶; più radicalmente, è discutibile se si debba concedere un ruolo nell'interpretazione dei diritti umani ad altri fattori ulteriori rispetto a quelli espressamente qualificati dalla Convenzione. Né la Corte, né la Grande Camera hanno offerto ragioni di principio per questi sviluppi piuttosto incoerenti, e le considerazioni avanzate nelle sentenze minoritarie raramente sono state affrontate dalla giurisprudenza maggioritaria. Questa situazione genera dubbi sulla struttura della Convenzione ed indebolisce le teorie apparentemente in via di sviluppo.

³⁶ V. *supra* nota 10. Per ulteriori dibattiti, cfr. ad es. A. ASHWORTH, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure* (Sweet & Maxwell, London: 2002), J. WALDRON, 'Security and Liberty: the Image of Balance' (2003) 11 *Journal of Political Philosophy* 191, L. ZEDNER, 'Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice' (2005) 32 *Journal of Law and Society* 507, and A. ASHWORTH, 'Security, Terrorism and the Value of Human Rights', in B. GOOLD and L. LAZARUS (eds), *Security and Human Rights* (Hart Publishing, Oxford: 2007).

