



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE,
ECONOMICHE E SOCIALI

**CORSO DI LAUREA IN SCIENZE
INTERNAZIONALI E ISTITUZIONI EUROPEE**

**ERGASTOLO ALLE DONNE: IL PRIMO
CASO DECISO A STRASBURGO.**

Elaborato finale di: Federica Pasotti

Matricola: 848141

Relatore: Prof. Davide Galliani

Anno Accademico 2016/2017

INDICE

INTRODUZIONE

I. IL CASO KHAMTOKHU E AKSENCHIK

1. Il caso
2. Il sistema russo
3. La posizione della Corte Costituzionale della Federazione Russa
4. Il caso presso la Corte di Strasburgo
 - 4.1 Strumenti internazionali a protezione dei minori
 - 4.2 Strumenti internazionali a protezione delle donne e della maternità
5. Argomentazioni delle parti.
 - 5.1 Argomentazioni dei ricorrenti
 - 5.2 Argomentazioni del Governo Federale Russo
 - 5.3 L'intervento di terzi: Equal Rights Trust

II. LE VALUTAZIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Applicabilità dell'articolo 14 congiuntamente all'articolo 5 della Convenzione
2. Giurisprudenza in materia
 - 2.1 Il caso *Markin v. Russia*
 - 2.2 Il caso *X and others v. Austria*
3. Motivazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

III. PROBLEMATICHE RELATIVE AL CASO

1. *Dissenting opinion* del Giudice P. Pinto De Albuquerque
 - 1.1 Protezione dei gruppi più vulnerabili
 - 1.2 “*Levelling up*” nei casi di falsa discriminazione positiva
 - 1.3 Ergastolo e diritto internazionale
 - 1.4 Conclusioni
2. *Partly dissenting opinion* dei Giudici Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikstrom e Kucsko-Stadlmayer.
3. Conseguenze generali della sentenza
 - 3.1 *Levelling down*
 - 3.2 *Levelling up*

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Questo elaborato finale è stato realizzato analizzando alcuni aspetti salienti della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo relativa al caso *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia*. Tale decisione, la cui udienza pubblica è avvenuta il 20 aprile 2016 ma la cui pubblicazione risale solo al 24 gennaio 2017, è la prima nel suo genere. Questa pone in relazione le controverse tematiche relative all'ergastolo con le discriminazioni, in particolare di genere. Il caso è notevolmente complesso poiché i Giudici della Corte di Strasburgo hanno dovuto bilanciare la propria scelta tra la rimozione di una discriminazione di genere ingiustificata ed il rischio di estendere un trattamento meno favorevole, ovvero la pena dell'ergastolo, ad alcuni gruppi della popolazione fino ad ora esclusi tramite una deroga compiuta dal Codice Penale russo.

Nel primo capitolo è presente un'introduzione generale al caso, comprensiva di una breve analisi degli strumenti internazionali in materia e degli strumenti nazionali della Federazione Russa. Nella medesima sezione sono esaminate le argomentazioni fornite dalle parti.

Nel secondo capitolo vengono invece analizzate le motivazioni addotte dalla Corte alla propria decisione, oltre a due casi di giurisprudenza utili a comprendere il caso in esame.

Infine, nel terzo capitolo, l'attenzione viene concentrata sulle possibili conseguenze della presente sentenza. Per tale motivo sono analizzate le opinioni fornite da alcuni Giudici della Corte messe in relazione in particolare con la tendenza internazionale relativa all'abolizione dell'ergastolo.

CAPITOLO I: IL CASO KHAMTOKHU E AKSENCHIK

1. Il caso.

Il caso in esame riguarda due cittadini russi, Aslan Bachmizovich Khamtokhu e Artyom Aleksandrovich Aksenichik, attualmente condannati all'ergastolo nella regione russa di Yamalo-Nenetskiy.

A. B. Khamtokhu, il 14 dicembre 2000, è stato dichiarato colpevole dalla Corte Suprema della Repubblica di Adighezia, una Repubblica meridionale della Federazione Russa, di molteplici reati - tra cui evasione dal carcere, tentato omicidio di agenti di polizia e funzionari statali, possesso illegale di armi da fuoco – e conseguentemente condannato all'ergastolo. Il 19 ottobre 2001 la Corte Suprema della Federazione Russa in appello ha confermato la medesima condanna. Il 26 marzo 2008 il Presidium della Corte Suprema ha respinto il giudizio in appello del 19 ottobre 2001 nel quadro del riesame delle autorità di vigilanza e ha rimesso il caso per nuove considerazioni. Il 30 giugno 2008 la Corte Suprema ha confermato l'ergastolo, seppur riclassificando alcuni capi di imputazione.

A. A. Aksenichik è stato condannato all'ergastolo per triplice omicidio il 28 aprile 2010 dalla Corte Regionale di Tomsk. Il 12 agosto 2010 la Corte Suprema della Federazione Russa ha confermato tale condanna.

Entrambi hanno successivamente presentato ricorso¹ presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo contro la Federazione Russa. La Corte, riunita nella Grande Camera, ha svolto l'udienza pubblica il 20 aprile 2016. Infine la sentenza è stata presentata il 24 gennaio 2017.

2. Il sistema russo.

Il Codice Penale della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa, approvato nel 1960, prevedeva l'esclusione dalla pena di morte dei minori di 18 anni e delle donne in stato di gravidanza. L'alternativa prevista alla pena capitale corrispondeva a cinquanta anni di carcere; all'epoca non era presente l'ergastolo. Il 29 aprile 1993 il Codice Penale dell'RSFSR fu aggiornato e le eccezioni previste nell'art. 23 relative alla pena di morte furono estese a tutte le donne, ai minori e a coloro che avevano compiuto i 65 anni di età. Il 1° gennaio 1997 entrò in vigore il Codice Penale della Federazione Russa. Nell'art. 57 venne introdotto l'ergastolo². Le eccezioni

¹ Rispettivamente, no. 60367/08 e no. 961/11.

² *“Deprivation of liberty for life is established for the commission of especially grave crimes of attack on human life,*

previste dal Codice del 1993 vennero estese anche all'ergastolo nel secondo comma³ dell'art 57.

Nel 2009 la Corte Costituzionale della Federazione Russa ha esteso definitivamente la moratoria sulla pena di morte. Nella sentenza del 19 novembre 2009 ha affermato che, nonostante i giudici interni avessero la facoltà di pronunciare sentenze capitali, la moratoria preesistente andava estesa fino alla ratifica del Protocollo no. 6⁴ della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che abolisce la pena di morte. La Corte in quell'occasione sostenne che il sistema legale russo e le chiare intenzioni espresse dalle Autorità dello Stato ad obbligarsi al Protocollo no. 6 costituiscono una garanzia per il diritto degli individui di non essere condannati a morte.

La Federazione Russa ha sempre sostenuto la propria identità nazionale anche attraverso i principi cardine del proprio sistema giuridico, dunque un quadro generale per comprendere il caso in questione può essere ottenuto dall'analisi dei seguenti articoli del Codice Penale:

- L'articolo 4 afferma l'eguaglianza degli individui davanti alla legge.
- L'articolo 43 stabilisce che la pena persegue gli obiettivi di ripristino della giustizia sociale, riabilitazione del detenuto e deterrenza verso nuovi reati.
- L'articolo 56§2, prescrive che una pena detentiva può avere una durata compresa tra i due mesi e i venti anni. Il paragrafo 4 precisa inoltre che la durata complessiva della reclusione non può superare i venticinque anni nel caso di condanne concorrenti per più reati o i trenta anni nel caso di condanne consecutive.
- L'articolo 57, già citato in precedenza e che costituisce il fulcro dell'intera questione, prevede l'ergastolo e i gruppi sociali esenti da tale pena.
- L'articolo 79 introduce il rilascio in libertà condizionale per i condannati all'ergastolo che hanno già scontato venticinque anni di carcere.

3. La posizione della Corte Costituzionale della Federazione Russa.

La Corte Costituzionale della Federazione Russa ha più volte dichiarato irricevibili i ricorsi circa la presunta incompatibilità tra l'articolo 57§2 e l'articolo 4 del Codice Penale in concomitanza con l'articolo 19 della Costituzione⁵, che sancisce la protezione costituzionale

as well as for committing especially grave crimes against the health of the population and public morals, public safety and sexual integrity of minors under fourteen years old." Art 57.1 C.P. Federazione Russa, No. 63-Fz del 13 giugno 1996.

³ *"Deprivation of liberty for life shall not be imposed upon women, nor upon persons who have committed crimes at ages below 18 years, nor upon men who have reached 65 years of age by the time of adjudication."* Art 57.2 C.P. Federazione Russa, No. 63-Fz del 13 giugno 1996.

⁴ Firmato dalla Federazione Russa il 16 aprile 1997 ma mai ratificato.

⁵ *"All people shall be equal before the law and court. The State shall guarantee the equality of rights and freedoms of man and citizen, regardless of sex [...]. Man and woman shall enjoy equal rights and freedoms and have equal*

contro ogni forma di discriminazione. La più recente reiterazione di tale posizione è stata sostenuta nella sentenza del 25 febbraio 2016. In tale giudizio la Corte ha affermato che un divieto all'imposizione di condanne come l'ergastolo o la pena di morte verso certe categorie di individui non può essere ritenuto una violazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge e alle corti o di altri impegni internazionalmente assunti dalla Russia. Questo, sempre secondo le affermazioni dell'organo, è giustificato dalla necessità di prendere in considerazione l'età, le caratteristiche fisiologiche e sociali di ogni individuo sulla base dei principi di giustizia e umanità nel diritto penale, al fine di raggiungere, in modo più completo ed efficiente, gli obiettivi delle sanzioni penali in uno Stato democratico basato sullo stato di diritto. Secondo la giurisprudenza della Corte⁶, l'esenzione effettuata rispetto a determinate categorie non osta i giudici interni dall'attribuire la giusta pena per le altre categorie di colpevoli, che deve dunque corrispondere alla gravità del reato commesso, alle circostanze della sua commissione e alla personalità dell'imputato. Per la Corte Costituzionale dunque le deroghe adottate all'interno dell'articolo 57§2 del Codice Penale non mettono in discussione i diritti degli altri gruppi sociali, precisamente per gli uomini tra i 18 e i 65 anni, ne tantomeno sono discriminatorie nei loro confronti.

In particolare, nella sentenza n. 466-O del 21 dicembre 2004, la Corte ha dichiarato che le leggi che impongono sentenze penali a prescindere dalle caratteristiche peculiari del caso concreto e del relativo colpevole, sono in contrasto con il divieto costituzionale di discriminazione e con il principio di giustizia enunciato nella Costituzione stessa. Già nel 2004 la Corte aveva asserito che le disposizioni legislative in questione, contro cui vi era fatto ricorso all'epoca, assicurano la differenziazione della responsabilità penale e non possono essere considerate incompatibili con i principi costituzionali, con i diritti umani e le libertà garantite dalla Costituzione.

4. Il Caso presso la Corte di Strasburgo.

I due cittadini russi, in base all'art. 34 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo relativo ai ricorsi individuali, hanno investito la Corte rispettivamente nel 2008 e nel 2011. I ricorrenti reclamano contro il trattamento discriminatorio a cui sono sottoposti considerando che altre categorie di loro concittadini sono esenti dall'ergastolo, in base alle disposizioni dell'art 57§2 del Codice Penale.

Così come avviene nella Federazione Russa, altri paesi che consentono un regime speciale

possibilities to exercise them". Costituzione della Federazione Russa, art 19.

⁶ Decisioni n. 638-OO del 21 ottobre 2008, n. 898-OO del 23 giugno 2009, n. 1382-OO, del 19 ottobre 2010, n. 1925-O, del 18 ottobre 2012 e n. 1428-O del 24 settembre 2013.

per particolari categorie di cittadini.

Tra i membri del Consiglio d'Europa, trentasette stati prevedono delle eccezioni all'ergastolo per i minori e in trentadue paesi è specificatamente proibita tale pena per gli individui al di sotto dei 18 anni. Per quanto riguarda i colpevoli in età avanzata, oltre alla Russia, anche Azerbaijan, Georgia, Romania e Ucraina, vietano l'ergastolo.

Per quanto concerne le donne, anche in Albania, Azerbaijan e Moldavia non possono essere condannate all'ergastolo. In Armenia, Ucraina e Bulgaria vi sono inoltre delle eccezioni riservate alle donne in gravidanza.

Va poi notato che nove membri del Consiglio d'Europa non prevedono l'ergastolo, ovvero: Andorra, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Portogallo, San Marino, Serbia, Norvegia e Spagna⁷. Oltre ad una comparazione con altri ordinamenti giuridici, l'esistenza di un sistema differenziato fra i vari gruppi di cittadini è testimoniata anche dai numerosi strumenti internazionali in materia.

4.1 Strumenti internazionali a protezione dei minori.

A conferma della volontà della Comunità internazionale di garantire un livello differenziato di protezione a specifiche categoria di individui, in particolare per quanto riguarda i minori, vi sono numerosi trattati. Un esempio è il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, entrata in vigore nel 1997, che nell'art. 6 comma 5 afferma che la pena di morte non deve essere disposta ai minori di 18 anni.

Allo stesso modo l'art. 37 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia dispone che ai minori di 18 anni non vengano imposte sentenze di morte o di ergastolo senza possibilità di rilascio.

Vi è inoltre la Risoluzione A/RES/67/166 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in merito ai diritti umani nell'amministrazione della giustizia, che esorta i membri a non imporre pene capitali o di ergastolo senza possibilità di rilascio per coloro che hanno commesso crimini prima dei 18 anni di età.

4.2 Strumenti internazionali a tutela delle donne e della maternità.

Anche per quanto riguarda le donne si può notare una particolare attenzione nell'attribuzione di pene particolarmente gravi come ergastolo e pena di morte, soprattutto a protezione della maternità e della primissima infanzia, considerando il ruolo della donna in tal senso.

⁷ La dottrina non è unanime sulla presenza dell'ergastolo in Norvegia e Spagna. In Norvegia la condanna può essere prorogata ogni cinque anni, senza alcun limite, eliminando così la possibilità di conoscere la durata della pena. In Spagna sono invece presenti delle previsioni speciali applicabili in caso di terrorismo.

L'articolo 4 della Convenzione della Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW), nel secondo comma, afferma che *“L'adozione da parte degli Stati di misure speciali, comprese le misure previste dalla Convenzione, tendenti a proteggere la maternità, non è considerato un atto discriminatorio”*.

Particolarmente rilevanti in materia sono le Regole di Bangkok del 2010⁸. Il preambolo di tale Risoluzione asserisce che le successive regole sono stabilite prendendo in considerazione che le donne incarcerate appartengono ad un gruppo che necessita di specifici bisogni e requisiti. La Regola no. 5 per esempio riguarda le esigenze di igiene in particolare durante la fase della gravidanza e dell'allattamento.

Anche in Europa si è manifestata una tendenza concordante; un esempio è la Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2008, che nell'art. 14 sostiene che le misure di detenzione in carcere per le donne in gravidanza o con bambini piccoli dovrebbero essere adottate solo in casi estremi e, in tal caso, comunque provvedendo a fornire celle più spaziose e, se possibile, individuali. Inoltre, la Risoluzione afferma che dovrebbe essere fornita particolare attenzione e cure mediche per le donne in fase prenatale e postnatale.

5. Argomentazioni delle parti.

I ricorrenti contestano che la sentenza di ergastolo a cui sono condannati è discriminatoria sia rispetto al genere che all'età, in violazione dell'articolo 14 letto congiuntamente all'articolo 5 della Convenzione.

L'articolo 14 della Convenzione riguarda il divieto di discriminazione: *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”*.

L'articolo 5 invece sancisce il diritto alla libertà e alla sicurezza: *“Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente [...]”*

⁸ *United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders*, 6 ottobre 2010.

5.1 Argomentazioni dei ricorrenti.

I ricorrenti affermano che il differente trattamento a cui sono sottoposti tramite l'articolo 57 del Codice Penale russo costituisce un'ingiustificata discriminazione in base al sesso e all'età. Sottolineando che l'ergastolo è ingiusto e inumano per tutti, i ricorrenti sostengono che le autorità della Federazione Russa dovrebbero escludere tale pena anche per gli uomini tra i 18 e i 65 anni.

Per quanto riguarda le differenze di genere, essi affermano che non vi sono ragionevoli ed oggettive giustificazioni che possano motivare tale trattamento differenziato. Nonostante lo speciale ruolo delle donne, sia per quanto riguarda la funzione riproduttiva sia per la cura dei bambini, entrambi i genitori sono chiamati a svolgere tali compiti. Il diritto nazionale della Federazione non pone infatti differenze tra i diritti e gli obblighi dei padri e delle madri durante la crescita della prole. Già nel caso *Konstantin Markin v. Russia*⁹ la Corte aveva asserito che gli stereotipi di genere, basati sulla percezione della donna come principale responsabile dello sviluppo dei figli, non possono essere considerati una sufficiente giustificazione per simili differenze di trattamento. In tale caso del 2012, in cui il ricorrente lamentava che le autorità rifiutavano la concessione del congedo di paternità poiché appartenente al genere maschile, la Corte concluse che la tradizionale distribuzione dei ruoli di genere all'interno della società non deve giustificare l'esclusione degli uomini, inclusi coloro che prestano servizio presso i corpi militari come Konstantin Markin, dal diritto di congedo parentale.

Anche per quanto concerne la presunta maggiore vulnerabilità psicologica delle donne non vi sono basi scientifiche. I ricorrenti riconoscono che le caratteristiche psicologiche delle donne che si trovano in sensibili momenti, come durante la gravidanza, l'allattamento o l'educazione dei figli, possono costituire un'oggettiva giustificazione per un trattamento differenziato. Tuttavia l'art. 57 del Codice Penale russo estende l'esenzione all'intero genere femminile.

Per quanto riguarda le distinzioni effettuate in base all'età, i ricorrenti riconoscono l'esistenza di standard internazionali per la tutela dei diritti umani che proibiscono l'imposizione delle più severe sentenze in materia penale ai minori. Un particolare riferimento può essere effettuato verso l'art. 37 della Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia: "*Gli Stati parti vigilano affinché (a) nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni [...]*". Tuttavia il Codice Penale della Federazione concede a tutti i condannati all'ergastolo la possibilità di essere rilasciati in libertà condizionale dopo venticinque anni; quindi, secondo i ricorrenti, tale norma internazionale, non è rilevante nel contesto russo.

⁹ *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, §143, ECHR 2012.

Anche coloro che superano i 65 anni sono spesso ritenuti più vulnerabili e meno capaci di controllare la propria condotta, tuttavia anche in questo caso non vi sono basi scientifiche per giustificare tale affermazione. I ricorrenti sottolineano che, se tutte le persone sopra i 65 anni dovessero essere considerate irresponsabili, non potrebbero essere eleggibili nelle maggiori cariche pubbliche russe, inclusi i giudici della Corte Costituzionale, persone fino ai 75 anni.

In conclusione i due ricorrenti sostengono che vi è un emergente tendenza internazionale all'abolizione dell'ergastolo, prendendo altresì atto che nove paesi non fanno ricorso all'ergastolo per alcun tipo di crimine. Nella visione delle parti in causa l'ergastolo non andrebbe imposto in base a determinate caratteristiche o al gruppo di appartenenza, ma solamente in relazione a particolari circostanze del caso e alla personalità dell'imputato. Dunque, nell'attribuzione delle pene, dovrebbe essere utilizzato il principio generale dell'individualismo.

5.2 Argomentazioni del Governo federale russo.

Secondo il Governo federale russo, le supposizioni dei due ricorrenti potrebbero portare solo ad un inasprimento delle pene per le altre categorie di individui, mentre per essi la condanna rimarrebbe sempre la medesima. Il Governo infatti sottolinea che l'eventuale esistenza di una violazione dell'articolo 14 della Convenzione non costituirebbe una base adeguata per la revisione delle sentenze individuali dei due condannati o per la competente abolizione dell'ergastolo in Russia. Nella Federazione l'ergastolo è una pena utilizzata solo per i crimini più gravi e non è mai applicato automaticamente. Il Governo sottolinea inoltre che le Parti Contraenti dovrebbero disporre di un discreto margine di discrezionalità nella decisione per quanto riguarda l'appropriata durata della detenzione per particolari crimini. La Corte, nel caso *László Magyar v. Hungary*¹⁰, ha infatti asserito che non è suo compito decidere quale sia il termine di detenzione applicabile ad un particolare crimine.

Rispetto alle presunte discriminazioni effettuate a favore delle donne, il Governo evidenzia che il diritto internazionale prevede un approccio "più umano" verso tale genere, citando anche l'articolo 4§2 CEDAW che afferma che speciali misure adottate per la protezione della maternità non devono considerarsi discriminatorie. Inoltre essi sottolineano che anche Albania, Armenia, Azerbaijan, Bielorussia ed Uzbekistan, non applicano l'ergastolo verso le donne.

Inoltre il Governo russo asserisce che l'eccezione effettuata dall'art. 57 del Codice Penale non infrange i diritti della maggior parte dei detenuti, bensì stabilisce un approccio privilegiato verso specifici gruppi di individui. Questo sistema può essere definito come un meccanismo di

¹⁰ *László Magyar v. Hungary*, no. 73593/10, §46, 20 maggio 2014.

“discriminazione positiva”, a favore dei gruppi sociali più vulnerabili e dunque bisognosi di maggiore tutela.

In conclusione, viene giustificato l’articolo 57 del Codice Penale, in base al fatto che giovani e adulti con più di 65 anni sono più vulnerabili e dispongono di una indebolita capacità di comprendere le conseguenze delle proprie azioni. Allo stesso modo le donne, secondo il Governo, devono essere esentate dall’ergastolo a causa del loro ruolo nella funzione riproduttiva. La Corte Costituzionale russa aveva già in precedenza affermato che la diversa età pensionabile tra donne e uomini non è giustificata soltanto dalle differenze psicologiche tra i due sessi ma anche dal speciale ruolo della maternità all’interno della società. Il Governo infine sostiene che, estendere a tali gruppi sociali più vulnerabili l’ergastolo, potrebbe compromettere l’obiettivo della rieducazione della pena.

5.3 L’intervento di terzi: Equal Rights Trust.

Oltre al Governo e ai ricorrenti, anche una terza parte ha fornito osservazioni in merito al presente caso. Si tratta dell’organizzazione non governativa Equal Rights Trust, a cui è stato dato il permesso di intervenire nella procedura dal Presidente della Corte, in base all’art. 36§2 della Convenzione¹¹ e alla Regola 44§3.

All’interno delle proprie osservazioni scritte, l’ONG sostiene che, ad eccezione delle disposizioni relative ai minori, le deroghe fornite dall’articolo 57§2 del Codice Penale russo non possono essere giustificate ai sensi dell’articolo 14 della Convenzione. Secondo la terza parte i riferimenti alla “discriminazione positiva” effettuati dal Governo federale all’interno delle proprie motivazioni¹² sono in questo caso fuori luogo e non sono conformi al comune significato attribuito nel diritto internazionale a tale nozione. L’azione positiva è un elemento necessario per la tutela del diritto di eguaglianza ed include una vasta serie di misure atte a superare le disuguaglianze; secondo Equal Rights Trust lo Stato deve necessariamente dimostrare su quali basi esso ha assunto determinati provvedimenti e, in quali modi, essi sono necessari a raggiungere l’obiettivo prefissato. Per l’ONG ciò non è stato effettuato dalla Federazione Russa; questo perché l’esenzione dell’interno genere femminile rispetto all’ergastolo non è temporanea e, conseguentemente, non persegue alcun obiettivo legato alla parità di opportunità o di trattamento. Al contrario, la terza parte sostiene che, al fine di rispettare l’art. 14 della Convenzione, gli stati debbano adottare un

¹¹ “*Nell’interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze*”, Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo art 36§2.

¹² Paragrafo §46 della sentenza in esame.

approccio individualizzato nell'attribuzione della condanna, prendendo in considerazione le caratteristiche intrinseche del colpevole nel singolo caso concreto. Un approccio di tale natura consentirebbe ai giudici di tener conto delle varie vulnerabilità dei soggetti, senza conservare l'arbitraria discriminazione presente nell'art. 57§2 del Codice Penale.

CAPITOLO II: LE VALUTAZIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

1. Applicabilità dell'articolo 14 congiuntamente all'articolo 5 della Convenzione.

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per affermare la violazione dell'articolo 14 della Convenzione è necessaria una differenza di trattamento tra due individui nella medesima situazione o in condizioni significativamente affini. Tale differenza di trattamento è da considerarsi discriminatoria se non è condizionata da oggettive e ragionevoli giustificazioni, se non persegue un obiettivo legittimo o se non vi è una ragionevole relazione di proporzionalità tra i modi utilizzati e gli obiettivi proposti. La nozione di discriminazione presente nell'articolo 14 include anche le situazioni in cui, una persona o un gruppo di persone è trattato, senza adeguate motivazioni, meno favorevolmente rispetto ad un altro, anche se il trattamento più favorevole non è richiesto dalla Convenzione stessa.

Per quanto riguarda l'onere della prova in relazione all'articolo 14 della Convenzione, la Corte ha dichiarato che, una volta che il richiedente ha dimostrato una differenza di trattamento, spetta al governo in causa dimostrare che tale presunta discriminazione è invece giustificata.

Le parti in causa sono state condannate all'ergastolo, mentre ad una donna o un minore o un uomo con più di 65 anni, seppur nelle medesime circostanze, non sarebbe stata attribuita la stessa pena in virtù del divieto esplicito di ergastolo per tali categorie di individui espresso nell'articolo 57§2 del Codice Penale russo. Il presente caso riguarda appunto una politica nelle sentenze penali adottata dal sistema russo, che esenta donne, giovani e trasgressori con più di 65 anni dall'ergastolo. Non può essere dunque contestato che tale deroga comporti una disparità di trattamento compiuta in base al sesso e all'età dei condannati. Alla Corte spetta esaminare se tale differenza di trattamento persegue uno scopo legittimo e, allo stesso tempo, se vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Nel corso di tale esame la Corte deve tener presente il margine di discrezionalità di cui gode lo Stato in questo contesto.

Il Governo russo sostiene che la differenza di trattamento operata dal proprio Codice Penale sia volta a promuovere i principi di giustizia e umanità, considerando l'età e le caratteristiche fisiologiche dei criminali.

La Corte ritiene che l'obiettivo sopra citato possa essere considerato come legittimo nel contesto delle politiche di condanna e ai fini dell'applicazione dell'articolo 14 congiuntamente

all'articolo 5 della Convenzione¹³.

Per quanto riguarda la proporzionalità dei mezzi impiegati tuttavia è necessario prendere atto della specifica tipologia di condanna in questione, ovvero l'ergastolo. In Russia l'ergastolo viene applicato esclusivamente in caso di crimini particolarmente efferati, dopo aver preso in considerazione tutte le aggravanti e le attenuanti applicabili. Dunque l'ergastolo non è una condanna automatica.

L'imposizione dell'ergastolo per gravi reati, compiuti da un maggiorenne, non è di per se proibita o incompatibile con l'articolo 3 o altri articoli della Convenzione. Questo in particolar modo quando la sentenza è espressa da un giudice indipendente, dopo l'analisi delle specifiche circostanze del caso concreto. La Corte ha in più occasioni sostenuto che la Convenzione è uno strumento vivente, che deve essere interpretato alla luce delle attuali condizioni e idee prevalenti negli stati democratici; ha anche sottolineato che ogni interpretazione dei diritti e delle libertà garantiti deve essere coerente con lo spirito generale della Convenzione, uno strumento volto a mantenere e promuovere gli ideali e i valori di uno Stato democratico. A tal proposito, nella sentenza *Austin and Others v. the United Kingdom*¹⁴ del 2012 la Corte aveva asserito inoltre che ciò non significa che per rispondere alle esigenze o alle norme di oggi, la Corte può creare un nuovo diritto, ulteriore rispetto a quelli già riconosciuti dalla Convenzione, o che può ridurre un diritto esistente o creare una nuova "eccezione" o "giustificazione" che non è espressamente riconosciuta nella Convenzione stessa. In secondo luogo, la Convenzione deve essere letta nel suo complesso e interpretata in modo da promuovere la coerenza e l'armonia interna tra le varie disposizioni. Un esempio dell'evoluzione compiuta nel tempo dalla materia, è la completa abolizione *de jure e de facto* della pena di morte tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia la situazione per l'ergastolo è differente. Infatti, tale pena, come forma di punizione per crimini particolarmente gravi rimane compatibile con la Convenzione. L'idea che l'imposizione di una sentenza di tale tipo ad un adulto possa sollevare una questione di incompatibilità con l'articolo 3 è relativamente recente. Nel caso *Kafkaris v. Cyprus* la Corte ha appunto affermato che l'imposizione dell'ergastolo senza possibilità di rilascio (quindi senza fine) per un adulto può sollevare una questione ai sensi dell'art. 3; ciò può essere considerato analizzando in particolare i casi *Nivette v. France*¹⁵, *Einhorn v. France*¹⁶, *Stanford v. United Kingdom*¹⁷ e *Wynne v. United*

¹³ §70 Sentenza in esame.

¹⁴ *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC] - 39692/09, 40713/09 and 41008/09, ECHR 2012.

¹⁵ *Nivette v. France*, app. no. 44190/98, ECHR 2001.

¹⁶ *Einhorn v. France*, app. no. 71555/01, ECHR 2001.

¹⁷ *Stanford v. United Kingdom*, app.no. 73299/01, ECHR 2002.

*Kingdom*¹⁸. Inoltre in *Vinter and Others v. the United Kingdom*¹⁹ la Corte ha asserito che l'articolo 3 della Convenzione introduce il diritto alla revisione delle sentenze, in modo da consentire alle autorità pubbliche di considerare tutti i fattori rilevanti nella vita del detenuto, tra cui i progressi nel processo di riabilitazione; ciò significa che le sentenze "senza fine" non possono più essere giustificate. Quindi, quando la legge domestica non prevede la possibilità di revisione della sentenza, l'ergastolo non raggiunge gli standard previsti dall'articolo 3 della Convenzione. Tuttavia, nella medesima decisione, la Corte sostiene che non è suo compito prescrivere i modi o la forma che la revisione stessa deve assumere. Gli Stati Contraenti sono quindi sì liberi di decidere quando l'ergastolo è la pena adeguata per crimini particolarmente gravi, ma la loro discrezionalità deve rispettare i requisiti minimi previsti dalla Convenzione e dall'attuale interpretazione operata dalla Corte. Se uno Stato, nell'esercizio del suo potere discrezionale, adotta misure volte a rispettare tali requisiti minimi, o promuove gli scopi previsti dalla Convenzione, ciò assumerà particolare peso nella valutazione della proporzionalità delle misure in questione nell'ambito dell'art. 14 letto in combinato disposto con l'articolo 5.

Khamtokhu e Aksenchik sono stati condannati all'ergastolo dopo un contraddittorio durante il quale essi hanno potuto esporre argomenti a propria difesa. Sebbene le parti avessero inizialmente sostenuto che il procedimento penale contro di essi fosse stato compromesso da carenze procedurali, la Corte, dopo un'accurata considerazione delle loro denunce, ha respinto tali accuse reputandole infondate, rispettivamente nel settembre 2011 e nel maggio 2014. Le condanne dei ricorrenti sono state decise basandosi sui fatti specifici dei loro casi e sono il prodotto dell'applicazione individuale del diritto penale russo. In tali circostanze, ai fini degli obiettivi della protezione della società e della deterrenza individuale e generale, l'ergastolo imposto in questa fattispecie non appare arbitrario o irragionevole; quindi i principi universali del diritto al giusto processo sono garantiti. Inoltre i due ricorrenti potranno godere del rilascio anticipato dopo aver scontato i primi 25 anni della pena, nel caso in cui rispettino pienamente i regolamenti del carcere nei tre anni precedenti²⁰.

Infine, la Corte reitera nuovamente che gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento per valutare se e in che misura le differenze in situazioni altrimenti simili giustificano una differenza di trattamento. La portata del margine di discrezionalità varia in base alle circostanze, all'oggetto e al suo background, ma la decisione finale, relativa all'osservanza della Convenzione, spetta comunque alla Corte.

¹⁸ *Wynne v. United Kingdom*, app.no no. 67385/01, ECHR 2004.

¹⁹ *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, ECHR 2013.

²⁰ Articolo 79§5 del Codice Penale russo.

2. Giurisprudenza.

Per comprendere appieno la tendenza giurisprudenziale della Corte, e le conclusioni a cui è giunta al termine dell'analisi relativa al caso in esame, è utile analizzare alcune sentenze passate riguardanti le discriminazioni e, conseguentemente, le violazioni dell'articolo 14 della Convenzione. Va tuttavia considerato che la sentenza *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia* è la prima nel suo genere, quindi non sono presenti casi precedentemente affrontati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo pienamente comparabili ad esso.

2.1 Il caso *Markin v. Russia*²¹.

Kostantin Markin è nato nel 1976 a Velikiy Novgorod, una città della Russia Occidentale, non lontana da San Pietroburgo; nel 2004 prende servizio nelle forze armate russe. Nel 2005, dopo la nascita del terzo figlio, il ricorrente divorzia dalla moglie ed ottiene l'affidamento della prole. Lo stesso anno egli richiede un congedo parentale di tre anni; tuttavia il capo dell'unità militare in cui presta servizio respinge la sua richiesta perché il congedo parentale di tre anni può essere concesso solo al personale militare femminile. A Markin viene concesso un congedo di soli tre mesi; ma, il 23 novembre 2005 viene nuovamente chiamato in servizio. Con un'ordinanza del 24 ottobre 2006 il capo della sua unità militare gli concede il congedo parentale fino al 30 settembre 2008, il terzo compleanno del figlio minore. Tuttavia, l'8 dicembre 2006 la Corte Militare di Pushkin critica la decisione del capo dell'unità militare per la concessione al ricorrente del congedo parentale di tre anni e dichiara irregolare il suo ordine. L'11 agosto 2008 il ricorrente presenta dunque domanda alla Corte Costituzionale sostenendo l'incompatibilità delle disposizioni della legge sul servizio militare relative al congedo parentale triennale con la clausola di uguaglianza della Costituzione. Tuttavia, il 15 gennaio 2009 la Corte Costituzionale respinge la sua domanda, legittimando il trattamento differenziato tra civili e militari e, soprattutto, tra uomini e donne in servizio. K. Markin dunque presenta ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sostenendo di essere vittima di una discriminazione in base al sesso, in violazione dell'articolo 14 letto congiuntamente con l'articolo 8²² della Convenzione. La Grande Camera, con una larghissima

²¹ Konstantin Markin v. Russia [GC], no. 30078/06, ECHR 2012.

²² Diritto al rispetto della vita privata e familiare – “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

maggioranza²³, constatata la violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14.

È tuttavia necessario effettuare un'analisi separata dalle due discriminazioni che il ricorrente subisce, ovvero rispetto alle donne impiegate nelle forze armate e rispetto ai civili.

Ai fini di un'analisi funzionale al caso in esame, *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia*, è utile prendere in considerazione le motivazioni della Corte in relazione alla confermata discriminazione in base al sesso.

Il Governo russo ha proposto numerose argomentazioni a difesa della distinzione operata, che tuttavia non hanno convinto la Corte. Quest'ultima inoltre raccoglie con preoccupazione che allo stato attuale delle cose gli uomini che prestano servizio militare sono costretti ad operare una scelta tra la cura dei propri figli piccoli o la prosecuzione della carriera militare, soprattutto considerando che tale decisione non è imposta alle donne, che possono richiedere tre anni di congedo. Conseguentemente, la Corte ritiene che le ragioni addotte dal Governo non consentano un'oggettiva e ragionevole giustificazione per l'imposizione di restrizioni maggiori alla vita familiare degli uomini in servizio rispetto a quelle concesse alle donne nelle medesime situazioni²⁴.

Nella sentenza la Corte ha altresì sostenuto che, dato che la Convenzione è innanzitutto un sistema per la protezione dei diritti umani, deve tuttavia tener conto delle mutevoli condizioni negli Stati contraenti e rispondere, ad esempio, a qualsiasi consenso emergente in merito alle norme da raggiungere²⁵. Quindi ribadisce che l'avanzamento della parità di genere è oggi un obiettivo fondamentale negli Stati membri del Consiglio d'Europa e dovrebbero essere presentate giustificazioni particolarmente rilevanti per far sì che tale differenza di trattamento possa essere considerata compatibile con la Convenzione stessa. Sempre nel caso *Markin* la Corte di Strasburgo ha affermato che i riferimenti alle tradizioni, alle ipotesi generali o agli atteggiamenti sociali prevalenti in un determinato paese sono giustificazioni insufficienti per una differenza di trattamento in base al sesso. Ad esempio, gli Stati non possono porre giustificazioni che derivino da tradizioni relative al ruolo primordiale dell'uomo e al ruolo secondario della donna nella famiglia²⁶.

²³ Sedici voti contro uno.

²⁴ *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012 §101.

²⁵ *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012 §126.

²⁶ *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, ECHR 2012 §127.

2.2 Il caso *X and others v. Austria*²⁷

Le ricorrenti, due donne austriache legate da una stabile relazione, si occupavano congiuntamente della cura del figlio di una delle due donne. Le due, nel febbraio 2005, concludono un accordo di adozione e lo inviano alla corte distrettuale competente per l'approvazione. Tuttavia, consapevoli che alcune disposizioni del Codice Civile austriaco potrebbero essere interpretate in senso da escludere l'adozione al partner senza legami biologici in una coppia omosessuale, le ricorrenti chiedono alla Corte Costituzionale di dichiarare tali norme incostituzionali, in quanto discriminatorie in base al proprio orientamento sessuale. La Corte Costituzionale, nel giugno 2005, dichiara la richiesta inammissibile. Nell'ottobre dello stesso anno, la corte distrettuale rigetta l'accordo di adozione, ritenendo che il Codice Civile preveda che, in caso di adozione da parte del partner, esso vada a sostituire il genitore naturale dello stesso sesso. La richiesta della coppia è stata successivamente respinta anche in appello da parte del tribunale regionale che inoltre ha aggiunto che, pur non provvedendo a definire il termine "genitori", la legge austriaca chiaramente intende due individui di diverso genere. In tale sede il giudice ha ritenuto che il bambino in questione avesse entrambi i genitori (padre²⁸ e madre biologici) e che quindi non fosse necessario sostituire uno di essi con il genitore adottivo. Nel settembre 2006 la Corte Suprema respinge nuovamente l'appello delle ricorrenti, sottolineando che le disposizioni in materia del Codice Civile non presentano alcuna forma di incostituzionalità.

Il 24 aprile 2007 le due donne presentano ricorso²⁹ alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, lamentando una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 della stessa. Le ricorrenti sostengono l'inesistenza di giustificazioni ragionevoli ed obiettive atte a consentire l'adozione del figlio del partner solo in caso di coppie eterosessuali e, conseguentemente, affermano una discriminazione in base all'orientamento sessuale operata dall'articolo 182§2 del Codice Civile austriaco.

La Corte distingue due differenti situazioni in merito alla violazione dell'articolo 14 della Convenzione: Innanzitutto, sostiene, all'unanimità, che non vi è stata violazione dell'articolo 14 letto congiuntamente con l'articolo 8 della Convenzione, quando la situazione dei ricorrenti è paragonata a quella di una coppia sposata in cui un coniuge desidera adottare il figlio dell'altro coniuge; sostiene invece, con dieci voti contro sette, che si è verificata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione, rapportandola situazione dei ricorrenti a quella di una coppia non sposata, in cui un partner intende adottare figlio dell'altro.

Anche in questo caso, sottolineando che l'orientamento sessuale è un argomento coperto

²⁷ *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013

²⁸ In sede di appello è stato appurato che il bambino aveva regolari contatti con il padre naturale.

²⁹ Domanda no. 19010/07.

dall'articolo 14 della Convenzione³⁰, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che le discriminazioni effettuate sia in base all'orientamento sessuale sia in base al sesso, necessitano di ragioni particolarmente significative per essere giustificate. Laddove una differenza di trattamento è basata su tali due fattori, il margine di apprezzamento degli Stati è assai ristretto³¹.

3. Motivazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Innanzitutto, la Corte non ritiene necessario analizzare le differenze di trattamento tra i criminali in età adulta e i minori, esentati dalla condanna all'ergastolo. Tale differenziazione infatti è ritenuta giustificata, considerando le specifiche attenzioni che devono essere riservate ai minori. In aggiunta, tale deroga segue l'approccio comune a tutti i sistemi legali degli Stati Contraenti, che consiste nell'abolizione dell'ergastolo stesso per i detenuti considerati minorenni dalle rispettive leggi nazionali. Come in passato è avvenuto per la pena di morte, i primi ad essere tutelati dalle pene più pesanti, quale appunto l'ergastolo, soprattutto nel caso in cui non sia possibile la revisione dopo 25 anni, sono i minori. Inoltre, sia il Comitato sui Diritti dei Bambini sia la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in materia raccomandano agli Stati di abolire tutte le forme di ergastolo per i criminali commessi da individui al di sotto dei 18 anni. Tale proposta è effettuata al fine di facilitare la riabilitazione dei minori che commettono reati. Secondo la Corte³², l'attribuzione delle pene ai criminali più giovani deve essere effettuata tenendo debitamente conto della loro presunta immaturità, sia mentale che emotiva, nonché della maggiore malleabilità della loro personalità e della loro capacità di riabilitazione.

In secondo luogo, per quanto riguarda la presunta discriminazione dei due ricorrenti rispetto ai condannati che hanno compiuto i 65 anni, va notato che secondo i principi stabiliti nella sentenza *Vinter and Others v. the United Kingdom*³³, l'ergastolo è compatibile con l'articolo 3 della Convenzione solo nel caso in cui vi sia una prospettiva di rilascio e una possibilità di revisione della condanna stessa. La Corte dunque non vede basi adeguate a considerare l'art 57§2, nella parte in cui esclude dall'ergastolo coloro che hanno compiuto i 65 anni di età, privo di obiettività e ragionevoli giustificazioni. La finalità di tale disposizione collima, in linea di principio, con la necessità di revisione della sentenza e di rilascio anticipato dopo 25 anni di carcere. Infatti, per un individuo con più di 65 anni, la possibilità di rilascio sarebbe esclusivamente una mera illusione. Limitando l'imposizione di sentenze di ergastolo fissando un limite massimo di età, il legislatore russo intende assicurarsi che la possibilità di rilascio si effettiva per il maggior

³⁰ *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013 §99.

³¹ *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, ECHR 2010 §92; *Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003 §41.

³² Sentenza in esame, §80.

³³ *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, ECHR 2013.

numero di detenuti possibile; ciò rientra nei margini di discrezionalità concessi agli Stati Contraenti dalla Convenzione.

Infine, per quel che attiene alla lamentata discriminazione verso le donne tra i 18 e i 65 anni, che sono conseguentemente esentate dall'ergastolo esclusivamente in base al proprio genere, la Corte ha preso nota del fatto che vari strumenti Europei ed internazionali stanno prendendo in considerazione i bisogni delle donne di essere tutelate contro la violenza di genere, gli abusi e le molestie sessuali che avvengono all'interno delle carceri; allo stesso modo tali strumenti evidenziano la necessità di protezione della gravidanza e della maternità. Il Governo russo ha fornito dati statistici mostranti una notevole differenza tra il numero di donne e di uomini detenuti ed ha rimarcato che la percentuale di condannati all'ergastolo in Russia è relativamente ridotta. Non spetta tuttavia alla Corte riesaminare la valutazione effettuata dalle autorità nazionali dei dati in loro possesso o della logica in materia penale che con tali statistiche il Governo intende dimostrare.

Per quanto riguarda le particolari circostanze del caso in esame, i dati disponibili e gli elementi a disposizione forniscono una base sufficiente per permettere alla Corte di concludere che esiste un interesse pubblico sottostante all'eccezione delle donne dall'ergastolo.

La Corte ha in aggiunta osservato che, al di là del consenso internazionale relativo alla non imposizione dell'ergastolo ai minori e alla necessità di revisione della sentenza, vi è una base legale comune tra gli Stati Contraenti di tale area geografica.

Mentre in nove Stati Contraenti non esiste l'ergastolo³⁴, la maggior parte degli Stati ha mantenuto tale pena per i crimini particolarmente gravi. Questi però hanno fissato l'applicabilità di tale pena a partire dalla maggiore età, che varia dai 18 ai 21 anni in base alle legislazioni nazionali in materia. Allo stesso tempo, alcuni Stati hanno istituito un regime di condanna specifico per i colpevoli che hanno superato i 60 o i 65 anni. Infine, molti Stati prevedono una disciplina speciale, che a volte addirittura compie un'esenzione rispetto all'ergastolo, per le donne in stato di gravidanza al momento della condanna o del compimento del reato. Un gruppo di Stati, prevalentemente dell'est ed ex-sovietici, ha esteso tale approccio verso le donne a tutti i crimini commessi da essi, utilizzando come giustificazione solo l'appartenenza al genere femminile.

La Corte ritiene abbastanza naturale che le autorità nazionali, il cui compito è anche quello di considerare gli interessi della società nel suo complesso, dispongano di un margine di discrezione quando devono legiferare in materie particolarmente sensibili, come appunto quella penale. L'area in questione dovrebbe essere considerata come attinente ad un "diritto in via di sviluppo", data l'assenza di un consenso unanime e consolidato, in cui gli Stati Contraenti

³⁴ Vedere nota no. 7

dovrebbero godere di un discreto margine di apprezzamento al momento di apportare cambiamenti legislativi. La Corte aveva già espresso tale opinione relativa all'evoluzione del diritto all'interno degli ordinamenti giuridici dei singoli Paesi nel caso *Schalk and Kopf v. Austria*³⁵, relativo al riconoscimento legale delle coppie omosessuali, e nei casi *Courten v. the United Kingdom*³⁶ e *M.W. v. the United Kingdom*³⁷, entrambi relativi all'introduzione del *Civil Partnership Act* nel Regno Unito. Conseguentemente, poiché le delicate questioni sollevate nel caso in esame riguardano aree giuridiche in cui vi è una scarsa convergenza tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa e, in generale, la legge sembra essere in una fase transitoria, occorre lasciare un ampio margine di apprezzamento alle Autorità di ciascuno Stato.

In aggiunta alla Corte appare difficile criticare l'ordinamento russo per aver stabilito l'esenzione all'ergastolo per alcuni gruppi di criminali, ciò inoltre in una modalità che riflette l'evoluzione del pensiero della società in tale sfera. Considerando tutti gli elementi, tale deroga rappresenta il progresso sociale in materia penale. Nel caso *Petrovic v. Austria*³⁸ la Corte aveva già affrontato un caso relativo all'evoluzione del diritto tra gli Stati Contraenti, in particolare per quanto riguarda il congedo di paternità. All'epoca sussisteva infatti ancora una grande disparità tra i sistemi giuridici degli Stati Contraenti; infatti, mentre le misure relative al congedo di paternità si stavano largamente diffondendo, solo pochi Stati prevedevano l'assegno parentale ai padri. Dunque per la Corte fu difficile criticare il legislatore austriaco per aver introdotto tale strumento molto progressista in Europa.

Tuttavia, anche in questo aspetto, il presente caso si distacca dai precedenti nei quali la Corte era in grado di individuare un consenso diffuso e costantemente sviluppato associato ai cambiamenti normativi operati dagli Stati Contraenti in una specifica materia. La Corte si è dunque trovata in una situazione più complessa, non essendo in grado di individuare una confermata tendenza internazionale a favore dell'abolizione dell'ergastolo, o eventualmente, del sostegno positivo ad esso. Va però rilevato che l'ergastolo è in corso di limitazione in Europa, in particolare per quanto riguarda la riducibilità della pena; in futuro ciò potrebbe rappresentare un ulteriore obbligo positivo per gli Stati Membri. Nella sentenza *Vinter and others v. the United Kingdom* la Corte aveva a proposito asserito che, nell'ambito dell'ergastolo, l'articolo 3 nella sua più ampia interpretazione richiede un riesame delle sentenze di ergastolo che consenta alle autorità competenti di valutare i progressi di ogni singolo detenuto, soprattutto per quanto riguarda la riabilitazione dello stesso; di conseguenza la detenzione perpetua, senza fine, già ad oggi non può

³⁵ *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 105, ECHR 2010.

³⁶ *Courten v United Kingdom*, app no 4479/06, ECHR 2008.

³⁷ *M.W. v. the United Kingdom* (dec.), no. 11313/02, ECHR 2009.

³⁸ *Petrovic v. Austria*, app. no. 20458/92 ECHR 1998.

più essere giustificata.

Dunque, in assenza di un terreno comune relativo all'imposizione, o all'abolizione, dell'ergastolo stesso, le autorità legislative russe non hanno superato il margine di discrezionalità a loro disposizione. Nonostante la posizione più favorevole in cui si trovano i criminali russi appartenenti a gruppi diversi rispetto a quello dei due ricorrenti (uomini, 18-65), la normativa che attribuisce loro tale pena risulta non contraria al diritto internazionale applicabile o alle soluzioni generalmente adottate nel medesimo ambito dagli Stati Membri del Consiglio d'Europa. Ad una affermazione molto simile era giunta la Corte stessa nel caso *Schwizgebel*, nel quale la Corte stessa giustificava l'ampio margine di apprezzamento a disposizione delle autorità svizzere data la mancanza di un sostanziale consenso comune tra gli Stati membri in materia; inoltre, le soluzioni adottate dal Governo elvetico apparivano in linea con le decisioni prese dalla maggior parte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa e non risultavano, come nel caso in esame, in contrasto con il diritto internazionale.

In conclusione la Corte afferma che, mentre sarebbe chiaramente possibile per lo Stato convenuto, nel tentativo di ottemperare il proprio scopo di promuovere i principi della giustizia e dell'umanità, estendere l'esenzione dall'ergastolo a tutte le categorie di autori del reato, e quindi sostanzialmente eliminare tale pena dal proprio ordinamento, non è tenuto a farlo nel quadro della Convenzione, come attualmente interpretata dalla Corte stessa. Inoltre, in considerazione del funzionamento pratico ergastolo in Russia, sia per quanto riguarda la non-automaticità dell'imposizione di tale pena per crimini particolarmente efferati che per la possibilità di una successiva revisione, e tenuto conto l'ampio margine di valutazione che essa ha riscontrato in questo contesto, la Corte infine afferma l'esistenza di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo legittimo perseguito. Conclude quindi che le deroghe, operate dall'articolo 57§2 del Codice Penale russo, impugnate dai due ricorrenti non costituiscono una differenza di trattamento in violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Per giungere a questa conclusione, la Corte ha tenuto conto della necessità di interpretare in modo armonioso la Convenzione stessa, in conformità con il suo spirito generale.

3.1 Decisione finale della Corte.

Per le ragioni precedentemente esaminate, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, relativamente al caso in esame, *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia*, ha ritenuto che:

- Non vi è una violazione dell'articolo 14 letto in combinazione con l'articolo 5 della Convenzione, per quanto riguarda la differenza di trattamento operata in base all'età

dall'articolo 57§2 del Codice Penale russo. Tale decisione è stata assunta con la maggioranza di sedici voti contro uno.

- Non vi è una violazione dell'articolo 14 letto in diretto combinato con l'articolo 5 della Convenzione, per quanto riguarda la differenza di trattamento operata in base al sesso medesimo articolo del Codice Penale russo. Tale secondo punto è stato approvato con una maggioranza assai più ridotta, ovvero con dieci voti contro sette.

CAPITOLO III: PROBLEMATICHE RELATIVE AL CASO.

Per giungere ad una conclusione relativa al caso in esame, e soprattutto per figurare le possibili conseguenze che esso può avere, risulta utile, se non necessario, analizzare le opinioni dissenzienti fornite dai Giudici della Corte.

In particolare vengono di seguito esaminate:

- La *dissenting opinion* del Giudice P. Pinto de Albuquerque;
- Le *partly dissenting opinion* dei Giudici Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikstrom e Kucsko-Stadlmayer.

1. *Dissenting opinion* del Giudice P. Pinto De Albuquerque.

Il Giudice P. Pinto de Albuquerque è famoso per le proprie opinioni dissenzienti. Esse, presso la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, appaiono particolarmente utili poiché consentono alla parte soccombente, ma anche in caso di *concurring opinion* alla maggioranza, di motivare il proprio voto, evidenziando il filo logico che ha condotto a tali considerazioni. Il giudice portoghese, nel compiere la sua vera e propria *mission* a Strasburgo, è sempre alla complessa ricerca di principi tendenzialmente universali.

1.1 Protezione dei gruppi più vulnerabili.

Secondo il Giudice P. Pinto De Albuquerque è innegabile che, anche oggi, le donne si trovino categorizzate in un gruppo vulnerabile, sottoposto a condizioni meno favorevoli rispetto alla loro controparte maschile. Le autorità statali hanno dunque il dovere di attuare provvedimenti effettivi e concreti per assicurare equità tra uomini e donne. In particolare, va notato che il sistema penitenziario raramente prende in considerazione i bisogni particolari delle donne. La Corte stessa, nel caso *Konstantin Markin v. Russia*³⁹, aveva affermato che l’avanzamento della parità di genere è oggi uno tra i principali obiettivi negli Stati Membri del Consiglio d’Europa.

Gli strumenti internazionali di generale applicazione relativi ai diritti umani, in particolare come il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici⁴⁰, la Convenzione Americana sui Diritti

³⁹ *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, § 127, ECHR 2012.

⁴⁰ ICCPR, art 2.

dell'Uomo⁴¹ e la Carta Africana dei Diritti Umani e dei Popoli⁴² all'unanimità proibiscono le discriminazioni di genere. Inoltre, l'art. 6 § 5 dell'ICCPR vieta l'imposizione di pena capitale sulle donne in gravidanza, così come l'art. 76 § 3 del Protocollo Aggiuntivo n°I alla Convenzione di Ginevra del 1949. La Convenzione del 1979 sull'Eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*CEDAW*) vieta le discriminazioni sia nel settore pubblico che nel privato e impone agli Stati Membri, in base alle disposizioni dell'articolo 2, di "perseguire con tutti i mezzi appropriati e senza indugio una politica di eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne". Anche le cosiddette *Nelson Mandela's Rules, The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, prevedono l'assegnazione di locali separati alle donne detenute e disposizioni speciali durante la gravidanza e l'allattamento, inoltre vietano l'isolamento e altre misure simili durante il travaglio, il parto e subito dopo esso. In aggiunta contengono disposizioni che regolamentano l'accesso del personale maschile all'area riservata alle donne. Le cosiddette Regole di Bangkok, *The United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Sanctions for Women Offenders*, sottolineano la necessità di dare priorità alle richieste di misure non detentive effettuate dalle donne. Per quanto riguarda le fonti proprie di diritto del Consiglio d'Europa, si devono analizzare i riferimenti alla situazione delle donne detenute che risultano nella Raccomandazione (2003) 23 del Comitato dei Ministri sulla gestione da parte delle amministrazioni carcerarie dell'ergastolo e delle altre sentenze a lungo termine e nelle *European Prison Rules* adottate nella Raccomandazione Rec (2006) 2 del Comitato dei Ministri. Infine, per quanto riguarda la legislazione dell'Unione europea, occorre menzionare la posizione adottata dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 13 marzo 2008 sulle particolari esigenze delle donne in gravidanza e delle madri in carcere.

Di conseguenza, secondo il Giudice della Corte di Strasburgo, la necessità e la legittimità della protezione specifica delle donne da parte delle autorità pubbliche e degli organismi internazionali non sono in dubbio. Infatti, nella *concurring opinion* da egli espressa in relazione al caso *Valiulienė v. Lithuania*⁴³, aveva affermato che il completo effetto utile della Convenzione Europea dei Diritti Umani può essere ottenuto esclusivamente con un'interpretazione e un'applicazione sensibile all'uguaglianza di genere delle sue disposizioni, che prenda atto delle effettive disuguaglianze tra i generi e del relativo impatto di queste sulla vita delle donne.

Tuttavia, per il Giudice P. Pinto, tale protezione speciale non dovrebbe servire come pretesto per etichettare costantemente le donne come vittime; ciò infatti potrebbe danneggiare ulteriormente la causa femminile divenendo senza dubbio controproducente. Una delle maggiori

⁴¹ Art 1.

⁴² Art 2.

⁴³ *Valiulienė v. Lithuania*, no. 33234/07, ECHR 26 March 2013.

insidie nella tutela delle donne consiste appunto nella perpetuazione di vecchi pregiudizi riguardanti la natura o il ruolo di esse nella società. Continuare questa tendenza può infatti contribuire il protrarsi nel tempo della credenza secondo la quale vi sono innate differenze di attitudine tra uomini e donne. A tal proposito l'articolo 5, lettera "a", della *CEDAW* impone agli Stati Membri di adottare misure appropriate atte a "*modificare i modelli socio-culturali di comportamento degli uomini e delle donne, al fine di conseguire l'eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di ogni altro genere che sono basate sull'idea dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o su ruoli stereotipati per gli uomini e per le donne*".

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tal proposito è inequivocabile. Ne è un esempio il caso *Ünal Tekeli v. Turkey*, in cui la Corte, per quanto riguarda l'estensione del cognome del marito alla moglie, ha affermato che tale tradizione deriva dal ruolo subordinato della donna rispetto all'uomo nella famiglia e, considerando l'avanzamento della parità dei sessi negli Stati membri del Consiglio d'Europa ed il rilievo attribuito al principio di non discriminazione, impedisce agli Stati Membri di imporre tale tradizione alle donne sposate⁴⁴. Allo stesso modo, nel caso *Markin v. Russia*, la Corte ha sostenuto che i riferimenti alle tradizioni, alle assunzioni generali o agli atteggiamenti sociali prevalenti in un determinato territorio sono insufficienti a giustificare una differenza di trattamento effettuata esclusivamente in base al sesso.

È pertanto fondamentale sottolineare che una differenziazione ingiustificata tra uomini e donne, basata sulla presunta debolezza del genere femminile e non su fatti concreti, non ridurrebbe ma anzi perpetuerebbe le disuguaglianze tra i sessi. Dunque, un trattamento privilegiato delle donne condurrebbe solamente ad una ripetizione delle discriminazioni nel tempo.

1.2 "Levelling up" nei casi di falsa discriminazione positiva.

Conseguentemente la discriminazione positiva diventa un privilegio, inaccettabile in virtù della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Infatti, se non esistono condizioni che giustificano oggettivamente il trattamento più favorevole operato nei confronti di una categoria di individui, la discriminazione positiva non è più motivata e, secondo il Giudice P. Pinto, la Convenzione obbliga dunque lo Stato ad estendere tale trattamento più favorevole a coloro che fin ora non hanno goduto di tale vantaggio infondato. Quindi, nel caso in esame, l'ergastolo dovrebbe essere abrogato anche per gli uomini tra i 18 e i 65 anni. A sostegno di tale posizione, nel caso *Vallianatos and Others v. Grece*⁴⁵, la Corte ha affermato che la nozione di discriminazione ai sensi dell'articolo 14 comprende anche quei casi in cui una persona o uno specifico gruppo di soggetti

⁴⁴ *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, § 63, ECHR 2004-X

⁴⁵ *Vallianatos and Others v. Grece*, Applications nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013.

viene trattato, senza una giusta motivazione, meno favorevolmente rispetto agli altri, anche se il trattamento più favorevole non è stato richiesto dalla Convenzione.

L'accertamento della violazione dell'articolo 14 per motivi di differenza nel trattamento di gruppi simili senza giustificazione oggettiva e ragionevole può solo condurre ad un solo metodo di riparazione: quello del “*levelling up*”, letteralmente “livellare”, “trainare verso l'alto”, ovvero estendere il trattamento più favorevole a tutte le persone che si trovano in situazioni simili. Il “*levelling down*”, ovvero la livellazione verso il basso, quindi la soppressione del trattamento preferenziale, non è ammissibile per la Convenzione; infatti, secondo il Giudice Pinto, i progressi conseguiti nella tutela dei diritti umani non possono essere semplicemente rimossi, “spazzolati via”. Ciò si può evincere dal Preambolo della Convenzione che stabilisce l'obiettivo del mantenimento e dell'ulteriore realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Inoltre, secondo l'articolo 53 della Convenzione stessa: “*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi*”, quindi l'attuazione di una sentenza della Corte non può abolire o limitare i diritti esistenti nell'ordinamento giuridico interno di uno Stato Membro. A tal proposito, un buon esempio è stato fornito dalla Grecia che, dopo la decisione della Corte relativa al caso *Vallianatos and Others v. Greece*, il 23 dicembre 2015 ha deciso di eliminare l'ingiustificata differenza di trattamento prevista nelle proprie norme ed ha quindi esteso il regime delle unioni registrate anche alle coppie dello stesso sesso. Invece, secondo il Giudice P. Pinto, un cattivo esempio è fornito dal Regno Unito che, nel caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, dopo aver risarcito i ricorrenti per la violazione effettuata, concedendo i diritti di residenza ai coniugi dei ricorrenti, ha eseguito un “*levelling down*” eliminando la possibilità di ricongiungimento familiare in quelle specifiche condizioni. Tale metodo di attuazione della sentenza si oppone allo spirito della Corte stessa.

Quindi, in conclusione, il Giudice P. Pinto nella sua opinione dissenziente vede come unica soluzione compatibile con la Convenzione stessa l'estensione del privilegio già concesso dall'ordinamento russo a donne e a uomini con meno di 18 anni o più di 65 anni, ovvero il divieto di ergastolo a tali categorie, anche agli uomini tra i 18 e i 65 anni, in definitiva dunque portando all'abrogazione sostanziale dell'ergastolo dal sistema russo.

1.3 Ergastolo e diritto internazionale.

Il secondo aspetto chiave dell'opinione dissenziente del Giudice P. Pinto riguarda l'incompatibilità dell'ergastolo con il diritto internazionale. Secondo egli il caso *Khamtokhu e Aksenchik* forniva l'opportunità, per altro non colta dalla Corte, per iniziare ad abbandonare tale "forma arcaica di punizione"⁴⁶. Considerando infatti la tendenza internazionale favorevole all'abolizione di tale pena e la necessità di un'interpretazione evolutiva e pro-persona della Convenzione la Corte sarebbe dovuta giungere ad una conclusione differente.

Gli Stati democratici non dovrebbero infliggere delle pene solo per punire il criminale ma dovrebbero riferirsi ad una corposa serie di funzioni sociali. Il Giudice P. Pinto, come aveva già svolto nei casi *Öcalan v. Turkey*⁴⁷ e *Khoroshenko v. Russia*⁴⁸ indica sei possibili fini che dovrebbero avere le pene:

1. *Prevenzione speciale positiva*; ovvero la risocializzazione del criminale.
2. *Prevenzione speciale negativa*; che consiste nel rimuovere il condannato dalla comunità per evitare che compia nuovamente violazioni della legge.
3. *Prevenzione generale positiva*; cioè il rafforzamento del rispetto e dell'accettazione sociale della norma violata.
4. *Prevenzione generale negativa*; che riguarda il dissuadere altri individui dal compiere lo stesso reato.
5. *Retribuzione*; ossia l'espiazione dell'atto compiuto dal condannato.
6. *Compensazione per la vittima*.

Invece l'ergastolo distrugge ogni prospettiva di reintegrazione sociale. Esso esclude quindi uno degli scopi fondamentali della condanna. Tale concezione è intrinsecamente in contrasto con la tutela dei diritti umani. La Corte ha già posto tali considerazioni del caso *Vinter and Others v. the United Kingdom*, in cui i giudici hanno osservato che mentre la pena, la condanna del colpevole, rimane uno degli scopi della detenzione, l'accento sulla politica penale europea si è ora spostato sullo scopo riabilitativo della detenzione. Su questa base la Corte ha stabilito che le pene senza una fine certa, che terminano solo con la morte del detenuto, violano l'articolo 3 della Convenzione. Allo stesso modo, in una delle sue relazioni in materia, il *Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti*⁴⁹ ("CPT") ha asserito

⁴⁶ *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* judgment. Separate opinions: Judge P. Pinto §25 – pag. 59.

⁴⁷ *Öcalan v. Turkey* (no. 2), nos. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18 March 2014.

⁴⁸ *Khoroshenko v. Russia*, [GC], no. 41418/04, ECHR 2015 .

⁴⁹ L'European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment è un organo del Consiglio d'Europa che esamina e cerca di prevenire casi di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti compiuti sul territorio dei 47 Stati che nel 1987 hanno ratificato la Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti.

che incarcerare un individuo senza reali possibilità di rilascio è inumano. Di conseguenza, per quanto atroce sia stato il crimine da loro commesso, tenere in carcere per tutta la vita delle persone è inumano perché distrugge ogni speranza di riabilitazione. Inoltre, secondo il Giudice P. Pinto, l'ergastolo diffonde un messaggio ancora peggiore: infatti la società percepisce il detenuto come un "mostro pericoloso", indegno di ulteriori considerazioni; ciò equivale a negare l'umanità di tali individui.

Quindi, l'abolizione definitiva di questa pena, per il Giudice, sia fornirà a tutti la garanzia dell'impossibilità di una reclusione che dura tutta la vita sia assicurerà l'obiettivo della reintegrazione sociale. In aggiunta, ciò assicurerebbe l'efficacia delle procedure per un approccio individualizzato delle condanne e per le revisioni periodiche delle sentenze che, seppur talvolta complicate da attuare, sono necessarie per garantire il rispetto dei diritti fondamentali di tutti i detenuti⁵⁰.

Il Giudice P. Pinto ha sottolineato più volte la mancanza di correlazione tra l'ergastolo e la riduzione statistica dei crimini più gravi, punibili con tale pena. Quindi anche da un punto di vista strettamente pragmatico, l'ergastolo non porta alcun guadagno i termini di efficacia delle pene. Quindi, anche l'ultimo argomento in sostegno dell'ergastolo, che consiste nei vantaggi prodotti in termini di prevenzione generale, non giustificano il mantenimento di tale "*type of inhuman treatment in our day and age*⁵¹" – tipo di trattamento inumano ai giorni nostri e nella nostra epoca. Per tale motivo egli afferma che non sussiste più alcuna giustificazione per l'ergastolo in termini di obiettivi penologici di reclusione o in termini di efficacia della prevenzione.

In aggiunta, le questioni che sono fondamentali per garantire l'integrità fisica e morale dei singoli esseri umani, che sono essenzialmente al centro del nucleo stesso della protezione dei diritti umani europei, non possono per il Giudice P. Pinto essere lasciate alla discrezione dei singoli stati, altrimenti gli sforzi effettuati per assicurare una protezione concreta ed efficace dei diritti umani in Europa sarebbero annullati.

Quindi, prendendo in considerazione l'evidente tendenza internazionale ad abolire l'ergastolo, il Giudice dissente con la decisione della Corte poiché avrebbe dovuto considerare ciò.

1.4 Conclusioni

Nelle Conclusioni della sua opinione dissenziente il Giudice P. Pinto de Albuquerque afferma che le politiche in materia penale europee ed internazionali hanno acquisito un sufficiente grado di maturità per compiere un passo decisivo e abolire l'ergastolo. Come è accaduto per la pena di

⁵⁰ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment - Separate opinions: Judge P.Pinto §28 – pag. 61.

⁵¹ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment. Separate opinions: Judge P.Pinto §29 – pag. 61

morte in passato gli Stati europei possono e devono abolire tale pena arcaica e inumana, scegliendo soluzioni orientate verso il reinserimento dei detenuti nella società. Il ruolo della Corte sarebbe quello di incoraggiare tale cambiamento, soprattutto alla luce di una interpretazione evolutiva e pro-persona della Convenzione stessa.

2. *Partly dissenting opinion* dei Giudici Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikstrom e Kucsko-Stadlmayer.

I giudici Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikstrom e Kucsko-Stadlmayer concordano con le conclusioni della Corte per quanto riguarda il primo punto, infatti affermano che non vi è stata violazione dell'articolo 14 Convenzione preso in combinato disposto con l'articolo 5 relativa alla differenza di trattamento operata in base all'età. Infatti considerano le ragioni apportate dal Governo russo per giustificare le esenzioni effettuate verso i minori di 18 anni e i maggiori di 65 obiettive e ragionevoli. Tuttavia essi non concordano con la decisione adottata dalla maggioranza della Corte per quanto riguarda le discriminazioni effettuate in base al sesso.

In particolare evidenziano che, i riferimenti alle tradizioni, alle ipotesi generali o agli atteggiamenti sociali prevalenti in un determinato territorio sono giustificazioni insufficienti per motivare una differenza di trattamento effettuata in base al genere. La Corte, nel punto §140, ha già sostenuto la tendenza delle società europee contemporanee di muoversi verso una più equa condivisione dei compiti relativi alla crescita dei figli ed anche il ruolo dell'uomo in tal senso è stato riconosciuto. Quindi, secondo essi, la Corte non dovrebbe lasciar scorrere una tale discriminazione di genere, come invece avviene nel presente caso.

Di conseguenza, nella loro *partly dissenting opinion* esaminano più da vicino gli argomenti avanzati dal Governo russo e approvati dalla maggioranza della Corte per giustificare la differenza di trattamento in questione. Questi argomenti si basano sugli strumenti europei e internazionali pertinenti, sui dati statistici forniti dal Governo e sulle tendenze apparentemente prevalenti in Europa.

Per quanto riguarda gli strumenti internazionali, i Giudici esaminano la tendenza generale dei testi non vincolanti e l'articolo 4 CEDAW. I testi non vincolanti riguardano principalmente le condizioni di detenzione delle donne, ed in particolare delle donne in gravidanza, in allattamento e delle madri con i bambini piccoli. Nella *partly dissenting opinion* essi sostengono pienamente le considerazioni umane alla base di tali strumenti, tuttavia ritengono che questi argomenti non attengano a questioni di politica penale nei confronti delle donne in generale. Suddetti strumenti

infatti sono destinati a proteggere solo le donne in specifiche situazioni, come durante la gravidanza o la maternità, e non sono intese per tutte le donne. La loro presunta “vulnerabilità naturale”, il loro “ruolo speciale nella società” e la loro “funzione riproduttiva”, citate dal Governo russo per giustificare le proprie argomentazioni non sono dunque soggette a tali regole. Relativamente all’articolo 4 CEDAW⁵² va notato che le misure in questione sono di carattere temporaneo e dovrebbero essere sospese quando l’oggettiva equità di opportunità e trattamento tra i sessi è stata raggiunta. La stessa disposizione prevede inoltre che l’adozione di misure speciali temporanee “non comporti in alcun modo la mancanza di norme diseguali o separate”. Conseguentemente i Giudici Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikstrom e Kucsko-Stadlmayer affermano la loro difficoltà ad accettare il fatto che l’esonero dall’ergastolo apportata dall’art 57 del Codice Penale russo nei confronti di tutte le donne sia una “misura a tutela della maternità” ai sensi dell’articolo 4§2 CEDAW. Legittimi dubbi possono essere sollevati a questo proposito, considerando anche la fertilità media di una donna: anche 20 anni di carcere allora potrebbero compromettere la maternità.

Il Governo russo, a sostegno delle proprie posizioni, ha inoltre presentato una serie di dati statistici, indicanti una considerevole differenza tra il numero di detenuti di sesso maschile e femminile. I dati mostrano anche che la percentuale di detenuti condannati all’ergastolo è ridotta⁵³. La Corte nelle proprie motivazioni ha dunque sostenuto che tali statistiche forniscono una base sufficiente per concludere che esiste un interesse pubblico sottostante all’esonero delle detenute dalla carcerazione permanente mediante una regola generale, prevista appunto nel Codice Penale Federale. Tuttavia, i Giudici che hanno espresso la propria parziale opinione dissenziente non ritengono che tali dati siano particolarmente significativi e che dunque possano essere utilizzati come giustificazione alla differenza di trattamento effettuata in base al sesso. Essi osservano che questi, concernendo solo aspetti quantitativi, non esprimono nulla riguardo alla possibilità delle donne di commettere crimini particolarmente gravi e, soprattutto, ignorano l’importanza e la necessità di valutare la situazione personale dei singoli individui prima di decidere la sentenza. Questo approccio, che coinvolge la concettualizzazione e l’individualizzazione del trattamento giuridico, inoltre, è pienamente assimilato negli obiettivi del femminismo contemporaneo. Oltre a ciò, le due principali tendenze illustrate dai suddetti dati statistici non sono peculiari solo per la Russia. Infatti le statistiche penali più recenti del Consiglio d’Europa mostrano che queste due inclinazioni possono essere osservate in tutti gli Stati membri.

Per quanto riguarda la disparità di approccio a livello europeo i giudici affermano che,

⁵² Vedere: Capitolo 1 paragrafo 4.2

⁵³ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment §48.

nell'ambito in esame, non vi è alcun dubbio che le legislazioni nazionali abbiano un ampio margine di valutazione per quanto riguarda se sia opportuno o meno prevedere l'ergastolo. Tuttavia, qualora si verificano differenze di trattamento tra individui che si trovano in situazioni analoghe, come ad esempio un uomo ed una donna che hanno compiuto lo stesso crimine nelle medesime condizioni, il margine di apprezzamento si riduce⁵⁴. Di conseguenza, i Giudici sottolineano nuovamente che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le differenze basate esclusivamente sul sesso richiedono ragioni molto rilevanti. Inoltre, allo scopo di individuare se esiste una base comune tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa, essi rimarkano la necessità di individuare il soggetto in esame in modo corretto. I Giudici osservano infatti che, secondo la loro analisi, la cui impostazione è differente da quella data dal Governo Russo, tra i trentasei Stati Membri che mantengono l'ergastolo solo tre – Albania, Repubblica di Moldavia e Azerbaijan – generalmente escludono le donne da tale pena. Si può dunque affermare che vi è una grande maggioranza di Stati che non esclude le donne dall'ergastolo tramite una regola generale.

In conclusione nella *partly dissenting opinion* esaminata i Giudici non ritengono che le considerazioni fornite siano sufficientemente rilevanti per giustificare tale differenza di trattamento; conseguentemente affermano l'avvenuta violazione dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 5 della Convenzione.

3. Conseguenze generali della sentenza.

Al termine di questa analisi ci si può interrogare sulle possibili conseguenze derivanti dalla presente decisione della Corte. Tuttavia la situazione è assai incerta e le possibili soluzioni sono essenzialmente tre: un livellamento verso il basso, un livellamento verso l'alto e, più probabilmente, il permanere della situazione attuale.

3.1 *Levelling down*

La prima riguarda il pericolo di *levelling down*, ovvero che la Russia rimuova le deroghe concesse fin ora tramite l'articolo 57 del proprio Codice Penale ed estenda indistintamente a tutti l'ergastolo.

Il Giudice Nussberger ha espresso tale preoccupazione nella propria *concurring opinion*. Egli afferma che nel caso *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia* la scelta migliore sarebbe stata quella di trovare una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 5 della Convenzione,

⁵⁴ *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Partly dissenting opinion* dei Giudici Sicilianos, Mose, Lubarda, Mourou-Vikstrom e Kucsko-Stadlmayer §18.

come sostenuto dalla minoranza, ovvero dai Giudici di cui precedentemente sono state presentate le *dissenting* (o *partly*) *opinion*. Infatti ciò potrebbe essere facilmente giustificato alla luce della giurisprudenza della Corte e del principio generale secondo cui, per essere giustificata una differenza di trattamento in base al sesso, è necessario un motivo pesante e oggettivamente rilevante. Ciononostante il Giudice Nussberger afferma che, anche se fosse la soluzione migliore, non sarebbe una buona soluzione⁵⁵. Secondo egli infatti, richiedere alla Russia di abolire l'ergastolo per tutti sarebbe possibile se solo vi fosse un consenso europeo in proposito. Tuttavia, ad oggi solo nove⁵⁶ Stati membri del Consiglio d'Europa hanno abolito tale pena. Quindi il Giudice afferma di aver votato per una *non violazione* per evitare che l'ergastolo venga introdotto anche per le donne; secondo egli tale rischio è troppo grande e troppo reale, non vedendo alcuna soluzione intermedia che avrebbe consentito di adottare un approccio avanguardista per quanto riguarda la parità dei sessi in questo caso complicato.

Anche il Giudice Turkovic, nella propria opinione concorrente, esprime la medesima preoccupazione. Secondo egli, nel presente caso, la Corte ha dovuto affrontare un vero e proprio dilemma. Il Governo russo ha infatti esplicitamente affermato che, nel caso in cui la Corte avesse individuato una violazione rispetto alla Convenzione, il rimedio preferibile sarebbe stato quello di procedere con un livellamento verso il basso, quindi estendendo l'ergastolo anche alle donne. Richiedere alla Russia di abolire l'ergastolo in generale sarebbe possibile, secondo il Giudice Turkovic, solo se l'imposizione di tale pena fosse di per sé proibita o propriamente incompatibile con l'articolo 3 o con altri articoli della Convenzione, cosa che attualmente non si verifica. Nel presente caso la livellazione, sia verso il basso che verso l'alto, condurrebbe ad un'uguaglianza formale, tuttavia i risultati prodotti non sono egualmente desiderabili. Il *levelling down* sarebbe particolarmente problematico. Prima di tutto, peggiorerebbe la condizione delle donne ma non migliorerebbe la posizione degli uomini. In secondo luogo, una pena uguale e quindi una semplice applicazione dell'uguaglianza formale non comporterebbe necessariamente l'uguaglianza sostanziale⁵⁷.

3.2 *Levelling up*

Il livellamento verso l'alto, *levelling up* in inglese, consiste nell'estensione del trattamento più favorevole a tutti i soggetti che si trovano nella medesima situazione.

Secondo il Giudice P. Pinto de Albuquerque tale metodo è l'unico applicabile per risolvere la

⁵⁵ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Judge Nussberger §2.

⁵⁶ Vedere nota X.

⁵⁷ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Judge Turkovic §9.

questione⁵⁸, ovvero per eliminare la differenza di trattamento applicata senza oggettive giustificazioni. Per egli, come esaminato nel precedente paragrafo dedicato alla relativa *dissenting opinion*⁵⁹, un *levelling down* non è infatti ammissibile alla luce della Convenzione.

Tuttavia, la maggioranza dei Giudici ritiene che tale strada sia impercorribile, portando *de facto* ad un'abolizione dell'ergastolo dal sistema penale.

Anzi, il Giudice Turkovic asserisce nella propria *concurring opinion*⁶⁰ che la Corte non ha mai dichiarato illegittimo il *levelling down* e aggiunge che gli Stati contraenti sono in linea di principio liberi di scegliere i mezzi per conformarsi ad una sentenza in cui la Corte ha constatato una violazione. Afferma inoltre che ciò si applica maggiormente alle situazioni in cui uno stato membro garantisce volontariamente un diritto che non è affermato dalla Convenzione, in questo caso la deroga rispetto all'ergastolo per alcune fasce di età e per le donne, in quanto qualsiasi preferenza all'estensione dei benefici dovrebbe in generale essere di competenza delle autorità nazionali.

Il Giudice Mits nella *concurring opinion*⁶¹ relativa al caso in esame afferma che non esiste alcun obbligo per gli Stati Membri di abolire l'ergastolo alla luce della Convenzione; anzi, il Governo russo ha esplicitamente dichiarato di voler mantenere tale pena⁶². Se alla Russia fosse richiesto, in nome dell'eguaglianza, di trattare tutti i gruppi di individui allo stesso modo, facilmente potrebbe essere esteso l'ergastolo, anziché rimosso. Dunque ciò non porterebbe nessun beneficio al gruppo attualmente sottoposto a tale pena, ovvero gli uomini tra i 18 e i 65 anni, ma peggiorerebbe significativamente la condizione delle donne e degli uomini nelle fasce di età fin ora tutelate. Secondo il Giudice lettone questo sarebbe un risultato assurdo ed in contrasto con l'idea di protezione dei diritti umani.

L'esito più probabile di questo caso è il mantenimento dell'attuale formulazione dell'articolo 57§2 del Codice Penale russo. Questo non comporterebbe alcun miglioramento per la condizione degli uomini condannati all'ergastolo, tuttavia eviterebbe, come già precedentemente indicato, l'aggravamento delle pene per i restanti gruppi di individui, anche se a discapito dell'uguaglianza sostanziale.

Il Giudice tedesco Nussberger ha chiaramente fatto intendere che, nonostante il votare a favore di una violazione sarebbe stata la cosa migliore, ha preferito accordarsi alla maggioranza per

⁵⁸ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Judge P. Pinto §23

⁵⁹ Paragrafo 1.2, capitolo III.

⁶⁰ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Judge Turkovic §7.

⁶¹ Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Judge Mits.

⁶² Caso in esame §42.

scongiurare il pericolo di *levelling down*. Altri Giudici, considerando praticamente inottenibile⁶³ un livellamento verso l'alto e inaccettabile un livellamento verso il basso hanno agito di conseguenza.

Il Governo russo, nelle proprie motivazioni, aveva infatti affermato che una constatazione di una violazione dell'articolo 14 non costituirebbe un motivo per riesaminare le pene individuali o per abolire completamente l'ergastolo in Russia, dando quindi la preoccupazione di un possibile *levelling down*.

⁶³ “*levelling up is most likely inachievable*” Khamtokhu and Aksenchik v. Russia judgment – Separate opinions: Judge Turkovic §10

CONCLUSIONI

Il caso in esame, primo nel suo genere, presenta due aspetti distinti, seppur intersecati tra loro: la posizione delle donne e la pena dell'ergastolo.

Come è avvenuto in passato per la pena di morte, vi è una crescente tendenza internazionale relativa all'abolizione dell'ergastolo. È infatti indubbia l'incompatibilità di una pena *senza fine* con l'obiettivo della riabilitazione e del reinserimento degli individui nella nostra società. Lo stesso articolo 27§3 della nostra Costituzione sancisce che *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”*. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha già sancito l'incompatibilità di una pena irriducibile, quindi senza alcuna possibilità di revisione, con l'articolo 3 della Convenzione⁶⁴. Nel determinare se una condanna può essere considerata irriducibile, la Corte ha cercato di accertare se il detenuto dispone di qualche effettiva possibilità di rilascio; quindi se la legislazione nazionale di uno Stato Membro prevede una forma di riesame della sentenza per la sua commutazione o la liberazione condizionale del detenuto, essa soddisfa l'articolo 3 della Convenzione. Tra gli Stati Membri alcuni hanno già abolito l'ergastolo dal proprio sistema penale mentre altri prevedono il riesame dopo circa 20-25 anni di carcere. La stessa Russia, parte in causa nel presente giudizio, prevede nell'articolo 79§5 del proprio Codice Penale la possibilità di rilascio condizionale dopo 25 anni di carcere, se il detenuto ha rispettato determinate condizioni durante la detenzione. Tuttavia la Convenzione è uno strumento vivo, le cui interpretazioni possono mutare nel tempo. Quindi è possibile che tale forma di repressione venga considerata contraria alla stessa in futuro.

Per quanto riguarda la questione femminile è possibile percepire una permanente tendenza, in particolare dei paesi dell'Est Europa o ex-sovietici, a considerare il ruolo della donna nella società subordinato a quello dell'uomo. Ne sono prova le motivazioni fornite dal Governo russo: sia la funzione riproduttiva che la cura dei figli sono infatti compiti condivisi alla pari tra i due sessi. Due sentenze che evidenziano indubbiamente tale linea di condotta sono quelle relative al caso, precedentemente analizzato, *Konstantin Markin v. Russia* e al caso *Valiulienė v. Lituania*. In quest'ultimo la ricorrente è vittima di violenze domestiche da parte del compagno, che tuttavia, tramite una legge del 2003, non vengono ritenute un fatto di pubblico interesse ed infine, nel 2007, il caso cade in prescrizione. Lo Stato, che non riesce a prevenire il rischio concreto di violenza contro le donne, può addirittura essere giudicato responsabile di omissione⁶⁵.

È dunque auspicabile un adattamento delle posizioni nei confronti delle donne mantenute

⁶⁴ *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008§97.

⁶⁵ case of *Valiulienė v. Lithuania*, Application no. 33234/07, Separate opinions: Judge P. Pinto – pag. 31

da tali Stati rispetto all'ormai consolidata giurisprudenza e tendenza in materia, che parifica i ruoli tra i due sessi ed anzi condanna ogni tipo di trattamento differenziato se non accompagnato da giustificazioni oggettive e rilevanti.

BIBLIOGRAFIA

I diritti umani in una prospettiva europea, opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015), P. Pinto de Albuquerque, a cura di D. Galliani, Giappichelli editore, 2016.

SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO:

Khamtokhu and Aksenchik v. Russia, Applications nos. 60367/08 and 961/11, Grand Chamber, ECHR 24 January 2017

In ordine cronologico:

- *Petrovic v. Austria*, app. no. 20458/92 ECHR 1998
- *Nivette v. France*, app. no. 44190/98, ECHR 2001
- *Einhorn v. France*, app. no. 71555/01, ECHR 2001
- *Stanford v. United Kingdom*, app.no. 73299/01, ECHR 2002
- *Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003
- *Wynne v. United Kingdom*, app.no no. 67385/01, ECHR 2004
- *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, ECHR 2004
- *Kafkaris v. Cyprus*, no. 21906/04, ECHR 2008
- *Courten v United Kingdom*, app No 4479/06, ECHR 2008
- *M.W. v. the United Kingdom* (dec.), no. 11313/02, ECHR 2009
- *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, ECHR 2010
- *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010
- *Austin and Others v. the United Kingdom*, nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, ECHR 2012
- *Konstantin Markin v. Russia*, no. 30078/06, ECHR 2012
- *X and Others v. Austria*, no. 19010/07, ECHR 2013
- *Valiulienė v. Lithuania*, no. 33234/07, ECHR 2013
- *Vinter and Others v. the United Kingdom*, nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, ECHR 2013
- *Vallianatos and Others v. Grece* , app. nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013
- *Öcalan v. Turkey* (no. 2), nos. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, ECHR 2014

- *Làszlò Magyar v. Hungary*, no. 73593/10, ECHR 2014
- *Khoroshenko v. Russia*, no. 41418/04, ECHR 2015

STRUMENTI INTERNAZIONALI:

- *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*
- *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*, 1980.
- *Convenzione sui Diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza 1989.*
- *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules)*, 1990.
- *Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, 1997.*
- *Raccomandazione (2003) 23 Comitato dei Ministri sulla gestione da parte delle amministrazioni carcerarie dell’ergastolo e delle altre sentenze a lungo termine.*
- *European Prison Rules, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states, 2006.*
- *European Parliament resolution on the particular situation of women in prison and the impact of the imprisonment of parents on social and family life (2007/2116(INI))*, 13 marzo 2008.
- *United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (Bankok Rules)*, 2010.
- *Risoluzione Assemblea Generale ONU A/RES/67/166, 2013.*

STRUMENTI NAZIONALI E SENTENZE DELLA FEDERAZIONE RUSSA:

- Costituzione della Federazione Russa, 1997.
- Codice Penale 1993, articoli 4 – 43 – 56 – 57 – 79.
- Corte Costituzionale, sentenza n. 466-O del 21 dicembre 2004.
- Corte Costituzionale, sentenze no. 638-O-O del 21 Ottobre 2008, no. 898-O-O del 23 giugno 2009, no. 1382-O-O del 19 ottobre 2010, no. 1925-O del 18 ottobre 2012, and no. 1428-O del 24 settembre 2013.