

L'ABOLIZIONE DELLA PENA DI MORTE IN TEMPO DI GUERRA NEL PROTOCOLLO N. 13 ALLA CONVENZIONE EUROPEA

di Avv. Andrea Saccucci

1. Le origini del Protocollo n. 13 ed i suoi rapporti con l'art. 2 della CEDU e con il Protocollo n. 6

Come noto, l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti umani (di seguito "CEDU"), nel sancire il diritto alla vita, autorizza espressamente l'applicazione della pena di morte, purché inflitta da un tribunale competente in base ad una legge che la preveda[1]. Quando fu redatta, negli anni 1949-1950, la CEDU risentiva ovviamente delle concezioni allora predominanti nella cultura giuridica degli Stati fondatori del Consiglio d'Europa, cultura ancora in gran parte favorevole alla pena di morte quale sommo castigo per i reati più gravi. Non deve, dunque, meravigliare che, anche sul piano della codificazione internazionale dei diritti umani in ambito europeo, la portata degli obblighi statali in materia di tutela della vita sia stata delineata facendo espressamente salva l'applicazione delle condanne capitali[2].

Tuttavia, già da diversi anni il Consiglio d'Europa rappresenta un fronte compatto contro la pena di morte, nella convinzione che essa "non trov[i] legittimazione nei sistemi penali delle moderne società civili e che la sua applicazione costituisca tortura e pena inumana e degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani"[3].

Il primo, decisivo passo del percorso che ha condotto all'affermazione di questo fondamentale principio è stato compiuto il 28 aprile 1983, con l'apertura alla firma del Protocollo n. 6 alla CEDU il quale disponeva (e dispone) l'abolizione della pena di morte in tempo di pace ed il conseguente divieto di applicare ed eseguire tale pena. In breve tempo, la "tendenza generale a favore dell'abolizione della pena di morte", di cui si fa cenno nel Preambolo del Protocollo n. 6, è venuta consolidandosi attraverso la pressoché unanime accettazione delle sue prescrizioni da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa: attualmente, infatti, mancano all'appello soltanto la Russia (che, peraltro, ha già sottoscritto il Protocollo n. 6 il 16 aprile 1997, disponendo contestualmente una moratoria di tutte le esecuzioni) ed il Principato di Monaco (che, però, essendo entrato a far parte del Consiglio d'Europa soltanto il 5 ottobre 2004, non ha ancora ratificato neppure la CEDU, sottoscritta comunque lo stesso giorno insieme al Protocollo n. 6[4]), mentre la Turchia – rimasta per alcuni anni l'unico tra gli Stati che avevano originariamente sottoscritto la CEDU a non accettare l'abolizione della pena di morte – ha sopperito a tale mancanza nel dicembre 2003, dopo aver adeguato, anche a livello costituzionale, il proprio ordinamento giuridico.

A questo proposito, occorre ricordare che, a partire dal 1994, il Consiglio d'Europa ha imposto l'introduzione di una moratoria immediata delle esecuzioni capitali e la ratifica del Protocollo n. 6 nel più breve tempo possibile quale condicio sine qua non per l'ammissione di nuovi Stati nell'Organizzazione: di conseguenza, la Russia ha assunto un solenne impegno politico al momento del suo ingresso nel Consiglio d'Europa che non potrà non onorare se intende continuare a farne parte. D'altro canto, la mera sottoscrizione del Protocollo n. 6 da parte della Russia, benché di per sé inidonea a rendere operanti gli obblighi ivi stabiliti, risulta ugualmente produttiva di effetti giuridicamente apprezzabili. Poiché, infatti, secondo quanto prescritto dall'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, lo Stato firmatario ha l'obbligo di "refrain from acts which would defeat the object and purpose of the treaty", l'eventuale esecuzione di una condanna a morte si porrebbe insanabilmente in contrasto con tale obbligo[5].

Questa progressiva convergenza di tutti gli Stati membri verso l'idea di uno spazio europeo in cui la pena di morte sia messa definitivamente al bando ha indotto gli organi del Consiglio d'Europa a ripensare i confini dell'interdizione sancita dal Protocollo n. 6, al fine, cioè, di eliminare la

limitazione contenuta nell'art. 2 dello stesso con riguardo alla pena di morte inflitta per atti commessi in tempo di guerra o in caso di imminente pericolo di guerra. Un ruolo d'impulso e di sollecitazione politica è venuto nuovamente dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, la quale, con la Raccomandazione n. 1246 (1994) del 4 ottobre 1994, aveva invitato il Comitato dei Ministri "to draw up an additional protocol to the European Convention on Human Rights, abolishing the death penalty both in peace and wartime, and obliging the signatories not to re-introduce it under any circumstances". Più in generale, l'attenzione per il problema dell'applicabilità della pena di morte per crimini commessi in tempo di guerra era stata stimolata proprio in quel periodo dall'istituzione dei due tribunali penali internazionali ad hoc per la ex Jugoslavia e per il Ruanda, dai cui relativi Statuti, nonostante le opposizioni di diversi Stati, si era deciso di espungere la pena di morte.

Tuttavia, per alcuni anni la priorità del Comitato dei Ministri è rimasta quella di ottenere e mantenere in tutti gli Stati membri una moratoria delle esecuzioni capitali, da consolidarsi in seguito con l'abolizione completa della pena di morte. La spinta politica decisiva in questa direzione è, così, giunta soltanto in occasione della Conferenza ministeriale europea sui diritti umani, tenutasi a Roma il 3 e 4 novembre 2000 per celebrare il 50° anniversario della CEDU, la quale ha esortato gli Stati membri che non vi avevano ancora provveduto a ratificare nel più breve tempo possibile il Protocollo n. 6 ed a rispettare rigorosamente la moratoria, invitando contestualmente il Comitato dei Ministri ad esaminare la possibilità di redigere un nuovo Protocollo addizionale alla Convenzione che escludesse la pena di morte anche in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra[6].

Dando seguito a questa determinazione, il Comitato dei Ministri ha, quindi, elaborato un apposito Protocollo addizionale, sulla scorta della proposta presentata dal Governo svedese, adottandone il testo definitivo il 21 febbraio 2002 durante la 774a sessione dei delegati ministeriali e disponendone l'apertura alla firma degli Stati contraenti per il 3 maggio 2002 a Vilnius (Lituania)[7]. È così venuto alla luce il Protocollo n. 13 alla CEDU, il quale, secondo quanto disposto dall'art. 7, è entrato in vigore il 1° luglio 2003, vale a dire il primo giorno successivo allo spirare di un periodo di tre mesi dalla data del deposito del decimo strumento di ratifica (quello della Croazia depositato il 12 marzo 2002).

Se si prescinde dal ben più articolato Preambolo (ove il diritto alla vita viene definito come "valore fondamentale in una società democratica" e l'abolizione della pena di morte come "essenziale alla protezione di quel diritto ed al pieno riconoscimento della dignità inerente di tutti gli esseri umani"), il Protocollo n. 13 è una "copia conforme" del Protocollo n. 6, dal quale viene soltanto espunta la previsione, contenuta nell'art. 2 di quest'ultimo, che faceva salvo il diritto per gli Stati di prevedere la pena di morte per reati commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra.

Mentre, dunque, si è ragionevolmente preferito trasfondere l'intero corpus del Protocollo n. 6 in un nuovo e separato strumento pattizio dotato di propria autonomia anche sul piano del regime internazionale, non ha trovato accoglimento la proposta formulata dall'Assemblea parlamentare nel parere n. 233 (2002), reso il 21 gennaio 2002 sul testo provvisorio di Protocollo sottoposto dal Comitato dei Ministri, di introdurre una disposizione così redatta: «Quando il presente Protocollo è entrato in vigore in tutti gli Stati parte della Convenzione, la seconda frase dell'art. 2 comma 1 della Convenzione è sostituita dal testo dell'art. 1 del presente Protocollo, e nella prima frase dell'art. 57 della Convenzione, dopo le parole "disposizione della Convenzione", sono inserite le parole "ad eccezione dell'art. 2 comma 1"». Tale proposta, conferendo al Protocollo n. 13 natura di vero e proprio protocollo di emendamento, sia pure non impedendone l'immediata entrata in vigore per gli Stati ratificanti, avrebbe avuto il merito di consentire l'adeguamento del testo base della CEDU,

eliminando il riferimento, ormai non poco stridente, alla liceità della pena di morte contenuto nell'art. 2.

D'altro canto, non è stata neppure vagliata l'opportunità di collegare alla ratifica del Protocollo n. 13 da parte di tutti gli Stati parte della CEDU l'abrogazione espressa del Protocollo n. 6, il cui testo risulterebbe sostanzialmente privato di autonomo rilievo applicativo. Le ragioni di una tale scelta, probabilmente riconducibili all'esigenza di mantenere un certo livello di flessibilità nella previsione degli obblighi convenzionali relativi all'abolizione della pena di morte (così preservando, ad esempio, la possibilità per Stati come Turchia e Russia o per i futuri Stati europei[8] che aderiranno alla CEDU di ratificare il Protocollo n. 6, impegnandosi solamente a rispettare il divieto della pena di morte in tempo di pace), non sembrano tuttavia decisive, ove si consideri che, una volta accettati da tutti gli Stati parte della CEDU, i più stringenti obblighi scaturenti dal Protocollo n. 13 rappresenteranno la nuova frontiera del Consiglio d'Europa in materia di pena di morte, ponendosi essi stessi quale requisito ineludibile per l'ammissione di nuovi Stati.

2. Il ritardo dell'Italia nella ratifica del Protocollo n. 13, la proposta di revisione dell'art. 27, comma 4, Cost. e gli obblighi derivanti dal secondo Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici

Attualmente, il Protocollo n. 13 è stato ratificato da 26 Stati[9], mentre sono ancora 16 gli Stati che non hanno dato seguito alla sottoscrizione del Protocollo[10], fra cui si deve, purtroppo, annoverare l'Italia. Questo ritardo da parte del nostro Paese potrebbe, a prima vista, giustificarsi con la necessità di attendere l'approvazione della proposta di revisione costituzionale, già da tempo all'esame delle Camere[11], volta ad espungere dall'art. 27, comma 4, Cost. la previsione che fa salva la possibilità di applicare la pena di morte per reati commessi in tempo di guerra. In effetti, benché già nel 1994 il legislatore italiano abbia deciso di abolire la pena di morte dal codice penale militare di guerra[12], completando quella scelta di civiltà operata dalla Costituzione nel 1948[13], quest'ultima gli consentirebbe astrattamente di reintrodurre la condanna capitale, risultando di per sé stessa stridente con l'assunzione sul piano internazionale di un obbligo assoluto, incondizionato ed irretrattabile di abolizione anche in tempo di guerra.

Occorre, tuttavia, osservare che l'eventuale reintroduzione della pena di morte nel codice penale militare di guerra si porrebbe, già oggi, in contrasto con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia mediante la ratifica del secondo Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici, che pure concerne l'abolizione della pena di morte.

Infatti, mentre l'art. 2 del Protocollo n. 6 alla CEDU limita ab origine la portata degli obblighi di abolizione/non esecuzione previsti dall'art. 1, consentendo allo Stato di "prevedere nella propria legislazione la pena di morte per atti commessi in tempo di guerra o in caso di pericolo imminente di guerra"[14], salvo l'obbligo di informativa al Segretario generale del Consiglio d'Europa, l'art. 2 del secondo Protocollo facoltativo al Patto contempla soltanto la facoltà degli Stati – in deroga al divieto generale – di apporre una riserva che "preveda l'applicazione della pena di morte in tempo di guerra a seguito di una condanna per un delitto di natura militare, di gravità estrema, commesso in tempo di guerra"[15].

Le conseguenze di questa scelta non sono, evidentemente, affatto marginali. Innanzitutto, mentre il Protocollo n. 6 attribuisce agli Stati piena libertà in merito alla previsione della pena di morte nelle circostanze ivi indicate[16], il secondo Protocollo facoltativo al Patto richiede l'apposizione di una formale riserva da parte dello Stato, che può essere formulata solamente "al momento della ratifica e dell'adesione" e che è sottoposta al regime internazionale generalmente applicabile in materia di riserve ai trattati[17]. Ciò significa, fra l'altro, che, essendo la riserva l'atto con il quale uno Stato

esprime la volontà di non accettare certe clausole del trattato o di accettarle con alcune modifiche o limitazioni, l'obbligo di progressiva abolizione e di non esecuzione delle condanne capitali sancito dall'art. 1 del secondo Protocollo facoltativo deve ritenersi in linea di principio esteso anche alle fattispecie per cui è contemplata la possibilità di apporre una riserva.

In altre parole, a livello universale può già ritenersi operante – per gli Stati parte del secondo Protocollo facoltativo – un divieto assoluto di applicare la pena di morte anche per delitti militari di gravità estrema commessi in tempo di guerra, a meno che lo Stato non abbia formulato l'apposita riserva di cui all'art. 2. Inoltre, poiché tali riserve possono essere formulate soltanto al momento della ratifica o dell'adesione, gli Stati (come l'Italia) che non vi hanno ritualmente e tempestivamente provveduto hanno accettato in via definitiva gli obblighi di abolizione/non esecuzione nella loro massima espansione e non possono, pertanto, più ridimensionare la portata di tali obblighi, reintroducendo ad esempio la pena di morte in tempo di guerra. Ciò che, invece, sarebbe sempre possibile nell'ambito del Protocollo n. 6 alla CEDU, dove uno Stato parte, che al momento della ratifica aveva bandito totalmente la pena di morte dal proprio ordinamento interno, potrebbe in qualsiasi momento successivo reintrodurla – previa comunicazione al Segretario generale – nei limiti di cui all'art. 2.

Le diversità fra i due strumenti internazionali che si sono appena illustrate aiutano a capire il motivo per cui l'Italia, dopo aver ratificato il Protocollo n. 6 già il 29 dicembre 1988[18], ha atteso più di cinque anni prima di procedere alla ratifica del secondo Protocollo facoltativo al Patto, intervenuta soltanto il 14 febbraio 1995[19]. Non è forse una coincidenza, infatti, che il via libera del Parlamento in relazione alla ratifica di tale ultimo accordo sia giunto proprio a brevissima distanza di tempo dall'approvazione della l. 13 ottobre 1994, n. 589, il cui art. 1 disponeva l'abolizione della pena di morte anche nelle ipotesi previste dalle leggi penali militari di guerra.

Non avendo formulato la riserva di cui all'art. 2 del secondo Protocollo facoltativo al momento della ratifica, l'Italia ha, dunque, irrevocabilmente accettato gli obblighi pattizi relativi alla pena di morte nella loro estensione maggiore e, cioè, anche con riferimento a gravi reati commessi in tempo di guerra. Di conseguenza, nonostante l'art. 27, comma 4, Cost. continui ad ammettere la pena di morte “nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”, un eventuale ritorno al passato da parte del legislatore ordinario, per quanto costituzionalmente legittimo[20], integrerebbe ipso facto una violazione degli obblighi assunti dal nostro Paese per effetto della ratifica del Protocollo in questione, essendo palesemente in contrasto con l'impegno ad adottare “tutti i provvedimenti necessari per abolire la pena di morte” stabilito dall'art. 1 comma 2[21].

Ne consegue che l'ostacolo alla ratifica del Protocollo n. 13 alla CEDU rappresentato dall'art. 27, comma 4, Cost. è più apparente che reale.

3. La pronuncia della Corte europea nel caso Ocalan e la configurabilità di una prassi statale abrogativa della clausola contenuta nell'art. 2 della CEDU che fa salva la pena di morte.

La questione dei rapporti fra l'art. 2, par. 1, secondo periodo, della CEDU ed i Protocolli n. 6 e n. 13 non è, peraltro, meramente rilevante sul piano teorico della successione nel tempo di norme pattizie che prevedono obblighi a contenuto progressivamente più ampio relativi al medesimo oggetto, ma si rivela densa di riflessi anche sul piano pratico dell'applicazione delle disposizioni convenzionali da parte della Corte europea. Ed infatti, proprio di recente, quest'ultima ha affrontato un problema che scaturiva appunto dalla difficoltà di conciliare la pena di morte con il rispetto del diritto alla vita e con il divieto di pene inumane o degradanti nel significato più pregnante che essi hanno via via assunto in ambito europeo grazie anche all'interpretazione evolutiva della CEDU da parte degli organi di Strasburgo.

Nel caso Ocalan, essendo chiamata a stabilire se la condanna a morte del ricorrente – condanna poi commutata – fosse o meno compatibile con le norme convenzionali ed in particolare con il divieto di pene inumane o degradanti sancito dall’art. 3 della CEDU, la Corte si è anzitutto posta il problema di verificare l’esistenza di una prassi degli Stati contraenti “establishing an agreement to abrogate the exception provided for in the second sentence of Article 2 § 1, which explicitly permits capital punishment under certain conditions”, non potendosi altrimenti interpretare il divieto contenuto nell’art. 3 in modo da annullare la chiara formulazione dell’art. 2[22].

Richiamata la sua precedente pronuncia nel caso Soering[23], dove si era in linea di principio ammessa la possibilità di una prassi statale modificativa della portata degli obblighi previsti dalla CEDU[24], pur escludendosi in concreto la rilevanza di una tale prassi con riguardo alla pena di morte in ragione della scelta degli Stati contraenti di seguire il metodo ordinario di emendamento (rectius: integrazione) del testo convenzionale mediante l’adozione del Protocollo n. 6, la Corte è ritornata sulle conclusioni cui era allora pervenuta, tenendo conto degli sviluppi nel frattempo intervenuti e, cioè, in particolare, della pressoché unanime adesione al Protocollo n. 6 da parte degli Stati contraenti, nonché dell’orientamento politico assunto dal Consiglio d’Europa con riguardo alla pena di morte.

La Corte ha innanzitutto sottolineato che la CEDU è uno “strumento vivente” da interpretarsi alla luce delle condizioni attuali, che gli standard progressivamente più elevati richiesti nel campo della protezione dei diritti umani richiedono corrispondentemente ed inevitabilmente una maggiore fermezza nel valutare le violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche e che l’interpretazione dell’art. 3 non può non essere influenzata dagli sviluppi e dagli standard comunemente accettati nelle politiche penali degli Stati membri del Consiglio d’Europa. Sulla base di queste premesse, la Corte ha affermato che la creazione di uno spazio europeo “free of capital punishment” possa essere assunta “as signalling the agreement of the Contracting State to abrogate, or at the very least to modify, the second sentence of Article 2 § 1”, con la conseguenza che “it may be questioned whether it is necessary to await ratification of Protocol No. 6 by the three remaining States before concluding that the death penalty exception in Article 2 has been significantly modified”. Inoltre, la Corte ha aggiunto che, in questo contesto, “it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable, if not inhuman, form of punishment which is no longer permissible under Article 2”[25].

Due sono, dunque, i principali approdi cui è pervenuta la Corte nella pronuncia in esame[26]: da un lato, è astrattamente configurabile una prassi degli Stati contraenti avente l’effetto di abrogare o modificare, in senso restrittivo, la clausola contenuta nell’art. 2 della CEDU che legittima il ricorso alla pena di morte, senza che il rilievo internazionalistico di tale prassi abrogativa o modificativa possa essere “neutralizzato” dalla scelta, operata a suo tempo dagli Stati medesimi, di prevedere un espresso divieto della pena di morte in un separato Protocollo aggiuntivo; dall’altro lato, venendo così meno la scriminante contenuta nell’art. 2 della CEDU anche per quegli Stati (come la Turchia, al tempo in cui fu deciso il caso Ocalan, e come tuttora la Russia) che non hanno ancora provveduto a ratificare il Protocollo n. 6, l’inflizione della condanna capitale in tempo di pace si configurerebbe come una pena “inaccettabile, se non inumana” contraria al divieto generale imposto dall’art. 3 della CEDU.

Tuttavia, al termine del suo percorso argomentativo la Corte si è astenuta dal trarre, sulla base delle premesse appena illustrate, una conclusione definitiva al riguardo, osservando come – anche a voler ritenere che l’art. 2 CEDU potesse interpretarsi in modo da legittimare il ricorso alla pena di morte – l’inflizione di tale pena all’esito di un processo non equo, come nel caso di specie, dovesse considerarsi comunque contraria all’art. 3.

4. Analisi critica delle conclusioni della Corte europea alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: prassi interpretativa, prassi modificativa, trattati di emendamento e trattati successivi regolanti la stessa materia

In conclusione, ci sembra opportuno svolgere alcune riflessioni sui rapporti tra gli artt. 2 e 3 della CEDU e l'art. 1 del Protocollo n. 6 e del Protocollo n. 13. Premesso che la soluzione decisoria prescelta dalla Corte – ancorché in sé meritoria – finisce per sminuire la valenza delle conclusioni più generali cui si è fatto cenno[27], occorre anzitutto rilevare come essa abbia in realtà solo apparentemente mantenuto un orientamento interpretativo in linea di continuità rispetto a quello accolto nella più volte richiamata pronuncia *Soering c. Regno Unito*: mettendo in rilievo la significativa evoluzione da allora intervenuta nella prassi degli Stati e dello stesso Consiglio d'Europa con riguardo alla pena di morte al fine di prospettare l'abrogazione implicita dell'eccezione contenuta nell'art. 2, par. 1, della CEDU e, quindi, l'incompatibilità di tale pena con l'art. 3, la Corte ha infatti smentito in radice le premesse della propria precedente posizione, secondo la quale – pur non essendo al tempo ancora ravvisabile quel significativo sviluppo della prassi statale e internazionale verso l'abolizione della pena di morte – la possibilità (ammessa in linea generale) di attribuirvi rilievo in questo campo era stata esclusa non soltanto tenendo conto dell'intenzione dei compilatori, ma soprattutto di quella degli Stati manifestatasi con l'adozione del Protocollo n. 6. Nella sentenza *Ocalan*, la Corte perviene, invece, ad una diversa conclusione, superando l'argomento per cui “Protocol No. 6, as a subsequent written agreement, shows that the intention of the Contracting Parties as recently as 1983 was to adopt the normal method of amendment of the text in order to introduce a new obligation to abolish capital punishment in time of peace and, what is more, to do so by an optional instrument allowing each State to choose the moment when to undertake such an engagement”[28].

Il nuovo approccio interpretativo seguito dalla Corte non ci sembra pienamente condivisibile nella misura in cui pretende di desumere – con argomenti che finiscono per risultare autoreferenziali – l'esistenza di una prassi degli Stati abrogativa o modificativa della clausola di salvezza contenuta nell'art. 2 della CEDU dalla loro adesione, quasi unanime, al Protocollo n. 6 ed alla circostanza che i rimanenti Stati lo hanno comunque sottoscritto. Se infatti, in linea generale, la ratifica di un trattato internazionale da parte degli Stati può essere assunto quale manifestazione di una prassi rilevante ai fini dell'emergere di norme di diritto internazionale consuetudinario[29], quando si tratti di un Protocollo aggiuntivo l'eventuale adesione ad esso degli Stati parte dell'accordo di base cui accede non può mai di per sé stessa dare luogo ad un'abrogazione implicita del testo di quest'ultimo operante anche nei confronti degli Stati che non sono parte del Protocollo.

In secondo luogo, occorre osservare come la configurabilità di una prassi statale abrogativa o modificativa di un precedente accordo multilaterale non trovi alcun esplicito ancoraggio nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ponendo, più a monte, il problema dell'inquadramento delle affermazioni della Corte nella disciplina internazionale dei trattati. Benché la Conferenza di Vienna avesse deciso di espungere dal progetto di articoli predisposto dalla Commissione del diritto internazionale la previsione, contenuta nell'art. 38, secondo la quale un trattato “peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité”[30], la giurisprudenza e la dottrina successive hanno generalmente ammesso una tale eventualità[31]: così, per esempio, la stessa Corte internazionale di giustizia ha ritenuto valida la regola, affermata in via di prassi contrariamente al chiaro dettato dell'art. 27, par. 3, della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui l'astensione di un membro permanente del Consiglio di Sicurezza non impedisce l'adozione di una decisione da parte di quest'ultimo organo[32]. Tuttavia, presupposto indefettibile per l'operare dell'effetto abrogativo/modificativo della prassi successiva sembra essere il consenso

unanime di tutte le parti del trattato su cui tale effetto dovrebbe spiegarsi, e cioè la possibilità di ravvisare nella prassi successiva delle parti un vero e proprio “accordo” tacito fra le stesse, ancorché risultante da contegni meramente passivi[33]. Il che si sarebbe dovuto escludere nel caso di cui ci stiamo occupando, mancando evidentemente il consenso (espresso o tacito) dello Stato (la Turchia) nei cui confronti si voleva in ipotesi far valere l’effetto abrogativo/modificativo della prassi successiva.

Ma quand’anche si ammettesse (come sembra aver ammesso la Corte europea) che tale effetto possa astrattamente prodursi a prescindere dall’unanime convergenza delle volontà, resterebbe a nostro avviso l’ostacolo insuperabile costituito dall’esistenza, nel caso di specie, di un apposito accordo volto a modificare il contenuto degli obblighi previsti dall’art. 2 della CEDU in materia di pena di morte. Premesso che la CEDU non contiene un’autonoma regolamentazione in materia di emendamenti, l’art. 40, par. 4, della Convenzione di Vienna stabilisce, infatti, che “l’accordo che ha per oggetto l’emendamento non vincola gli Stati che sono già parti al trattato e che non divengono parti di detto accordo”, precisando che a tali Stati si applica l’art. 30, par. 4, lett. b), regolante i rapporti fra le parti ad un trattato anteriore che non sono tutte parti al trattato posteriore avente per oggetto la stessa materia.

D’altro canto, sembra proprio quest’ultima la disposizione applicabile al caso in esame, considerato che, tecnicamente, i Protocolli n. 6 e n. 13, a differenza di altri (quali, ad esempio, il Protocollo n. 11), non possono configurarsi come trattati di emendamento, giacché – come si è detto – essi non dispongono formalmente l’abrogazione della clausola permissiva contenuta nell’art. 2, par. 1, della CEDU, ma piuttosto sono trattati aventi per oggetto la stessa materia e, cioè, l’applicazione della pena di morte: di conseguenza, nei rapporti fra uno Stato parte della CEDU e del Protocollo n. 6 e/o del Protocollo n. 13 ed uno Stato che ha ratificato soltanto la CEDU, è la CEDU a regolare i loro diritti ed obblighi reciproci, con la conseguenza che non può ritenersi abrogata nei confronti di tale ultimo Stato la clausola di salvezza della pena di morte contenuta nell’art. 2.

Né può, infine, invocarsi l’art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale delinea una regola sussidiaria di interpretazione che – indipendentemente dal problema della sua applicabilità in assenza di consenso unanime delle parti del trattato – resta un qualcosa di molto diverso dall’effetto abrogativo o modificativo prospettato dalla Corte europea quale conseguenza della prassi successiva degli Stati contraenti[34]. Nonostante, dunque, la stessa Corte abbia fatto espresso riferimento a tale disposizione nel caso Cruz Varas, richiamando contestualmente il caso Soering, si deve ritenere che la prassi successiva degli Stati contraenti richiamata in quest’ultima pronuncia ed in quella relativa al caso Ocalan debba essere tenuta ben distinta dalla prassi successiva con valore meramente interpretativo[35]. In altre parole, la disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna ed il principio generale per cui i trattati hanno efficacia soltanto fra gli Stati che li hanno stipulati inducono a ritenere che la prassi abrogativa o modificativa di accordi multilaterali prospettata dalla Corte – specie se desunta dall’adesione ad altri trattati accessori che regolano la materia in modo diverso e che non sono ratificati da tutti gli Stati parti del trattato di base – sia difficilmente conciliabile con le regole concernenti la formazione e la modifica delle norme internazionali pattizie.

In terzo luogo, nell’affermare la (probabile) incompatibilità della pena di morte in tempo di pace con l’art. 3 della CEDU, fondandosi sull’ipotizzata abrogazione della clausola permissiva di cui all’art. 2, la Corte europea non offre alcuna motivazione relativamente al problema connesso del regime applicabile alla pena di morte in tempo di guerra: essa, infatti, si limita ad osservare come l’apertura alla firma del Protocollo n. 13 costituisca un passo finale verso la completa abolizione della pena di morte “[which] can be seen as a confirmation of the abolitionist trend established by the practice of the Contracting States” e “[which]

does not necessarily run counter to the view that Article 2 has been amended in so far as it permits the death penalty in times of peace”[36]. Ad avviso della Corte, dunque, l’abrogazione implicita dell’art. 2, par. 1, secondo periodo, desunta dalla prassi degli Stati, avrebbe investito solamente l’applicazione della pena di morte in tempo di pace, e non anche in tempo di guerra: con la conseguenza che tale pena potrebbe risultare contraria al divieto di cui all’art. 3 della CEDU solamente se inflitta in tempo di pace, mentre continuerebbe ad essere conforme a tale disposizione se inflitta in tempo di guerra, non essendosi a quest’ultimo riguardo ancora concretizzato l’effetto abrogativo o (rectius) modificativo dell’art. 2.

Ebbene, anche a prescindere dalla circostanza che la Corte sembra avere totalmente ignorato la rilevanza della prassi legislativa degli Stati per quanto concerne l’applicazione della pena di morte in tempo di guerra (prassi che, così come emerge dalle comunicazioni effettuate ai sensi dell’art. 2 del Protocollo n. 6, rivela che la quasi totalità degli Stati ha già abolito la pena di morte anche in tempo di guerra[37]), ci sembrano pienamente condivisibili i rilievi critici formulati dal giudice turco nella sua opinione parzialmente dissenziente annessa alla sentenza, ove, in particolare, si osserva che “the logical conclusion [of the Court’s view] would then be that the death penalty constitutes a breach of Article 3 in peace time but not in wartime (because it is permitted in Article 2)”. Ed invero, il modo in cui la Corte ha ricostruito i rapporti fra l’art. 2 e l’art. 3 della CEDU non risulta compatibile, nelle sue implicazioni, con il carattere assoluto del divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti, in quanto finisce per ammettere una sua applicazione diversificata a seconda dell’esistenza o meno di uno stato di guerra.

5. La possibilità di prospettare una soluzione alternativa basata sull’emergere di una consuetudine regionale

A nostro avviso, esiste un’altra soluzione interpretativa percorribile per giungere, nella sostanza, alla stessa conclusione cui è pervenuta la Corte senza, però, incorrere nell’impasse sistematico appena illustrato. Bisogna, infatti, ricordare che la CEDU delinea uno standard minimo di tutela che gli Stati contraenti devono assicurare, ma non pregiudica in alcun modo le eventuali maggiori garanzie accordate dal diritto interno degli Stati stessi o dal diritto internazionale: in particolare, l’art. 53 della CEDU stabilisce che “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 ad ogni altro accordo al quale essa partecipi”[38]. Benché tale clausola di salvaguardia si riferisca solamente al diritto internazionale pattizio[39], non vi è dubbio che essa debba valere anche – ed a maggior ragione – per le eventuali più ampie garanzie accordate dal diritto internazionale consuetudinario.

Si può allora prospettare l’avvenuta formazione, a livello europeo, di una norma consuetudinaria localizzata di rilevanza regionalistica[40] che impone il divieto di applicare la pena di morte e che – in quanto appresta una tutela maggiore – deve considerarsi prevalente in sede interpretativa sull’art. 2, par. 1, secondo periodo, della CEDU in forza dell’art. 53 della stessa[41]. La prassi statale di generalizzata adesione al Protocollo n. 6 acquisterebbe, dunque, rilievo non tanto all’interno del sistema convenzionale, attraverso il prodursi di un atipico effetto abrogativo o modificativo ovvero attraverso il richiamo al criterio di interpretazione di cui all’art. 31, par. 3, lett. b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, quanto piuttosto al di fuori di tale sistema, quale espressione della opinio juris degli Stati facenti parte del Consiglio d’Europa che accompagna la prassi – oramai consolidata da diversi anni – di non applicare la pena di morte sia in tempo di pace sia in tempo di guerra.

Si potrebbe, però, obiettare che, come sostengono molti studiosi, la formazione di una norma consuetudinaria locale richiede l'accettazione, anche soltanto implicita, di tutti gli Stati nei cui confronti essa dovrebbe applicarsi e che, dunque, i presupposti per il formarsi di tale norma siano gli stessi che consentirebbero di ravvisare l'esistenza di una prassi successiva con effetto modificativo[42]. A noi, tuttavia, sembra che la consuetudine locale di rilevanza regionalistica (e, cioè, destinata ad operare per un numero talvolta anche molto ampio di Stati) non possa essere ricostruita puramente e semplicemente in termini di accordo tacito, ma conservi la sua natura di diritto spontaneo: diversamente dalle consuetudini locali bilaterali o, comunque, operanti per un numero circoscritto di Stati, relativamente alle quali diventa ineludibile verificare l'accettazione, anche implicita, da parte di ognuno degli Stati che se ne pretendono vincolati e di conseguenza ardua qualsiasi differenziazione rispetto allo schema pattizio, nel caso di consuetudini regionali tale accettazione unanime può anche mancare, purché sia chiaramente ravvisabile una *communis opinio* degli Stati collegata alla loro appartenenza ad un dato contesto geo-politico. Peraltro, quand'anche si volesse ritenere indispensabile l'accettazione da parte di tutti gli Stati, ciò sarebbe possibile nel caso di cui ci stiamo occupando, specie considerando la riconosciuta rilevanza di contegni meramente passivi. In effetti, si deve osservare come la Turchia non eseguisse condanne capitali dal 1984 e non avesse mai sollevato alcuna formale obiezione nell'ambito degli organi del Consiglio d'Europa di cui fa parte relativamente alle varie iniziative da questi assunte per l'abolizione della pena di morte. Questa condotta, pur non potendo assumere rilievo quale accettazione implicita della prassi modificativa dell'art. 2, par. 1, della CEDU per le ragioni già esposte (e, cioè, in particolare, per l'esistenza di un apposito accordo, non ratificato dalla Turchia, regolante la materia in modo diverso), potrebbe invece assumere tale rilievo ai fini della formazione di una norma consuetudinaria regionale destinata ad operare al di fuori del sistema convenzionale.

D'altro canto, l'esistenza di una norma consuetudinaria, geograficamente localizzata nell'area degli Stati membri del Consiglio d'Europa, che proibisce il ricorso alla pena capitale, sia in tempo di pace che in tempo di guerra[43], troverebbe numerosi e concordanti riscontri anche al di là dell'adesione degli Stati al Protocollo n. 6 ed al Protocollo n. 13 (e, quindi, al di fuori del sistema convenzionale) e, a sua volta, giustificerebbe certe prese di posizione del Consiglio d'Europa nei rapporti con Stati terzi che, altrimenti, rimarrebbero sprovviste di un fondamento giuridico unitario[44].

Ebbene, in virtù dell'art. 53 della CEDU, la norma consuetudinaria regionale dovrebbe indurre la Corte europea ad abbandonare qualsiasi interpretazione restrittiva dell'art. 3 della CEDU che si basi sull'inferiore livello di tutela apprestato dall'art. 2, par. 1, secondo periodo: anziché, cioè, affermare che la CEDU "is to be read as a whole and Article 3 should therefore be construed in harmony with the provisions of Article 2" e che, pertanto, "Article 3 evidently cannot have been intended by the drafters of the Convention to include a general prohibition of the death penalty since that would nullify the clear wording of Article 2 § 1", la Corte potrebbe richiamarsi al criterio posto dall'art. 53 della CEDU che le impone di non interpretare alcuna delle sue disposizioni in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali.

In altre parole, la strada per consentire la piena riespansione del divieto di pene inumane o degradanti sancito dall'art. 3 – in cui è ormai pressoché fuor di dubbio che ricada la pena di morte, a prescindere dalle modalità della sua esecuzione – non è soltanto quella di postulare l'abrogazione della clausola di cui all'art. 2, ma può anche essere quella di coordinare il rapporto fra le due norme tenendo conto del consolidarsi di una consuetudine regionale che proibisce l'applicazione della pena capitale.

Interpretando gli artt. 2 e 3 alla luce dell'art. 53 della CEDU e della norma consuetudinaria regionale, la Corte potrebbe sanzionare l'inflizione della pena di morte da parte di uno Stato non parte del Protocollo n. 6 in quanto contraria *ex se* all'art. 3. Non potrebbe, invece, accertare la

violazione della norma consuetudinaria, atteso che la sua competenza è limitata all'interpretazione ed all'applicazione della CEDU e dei suoi Protocolli (art. 32), né potrebbe ritenere che la norma consuetudinaria abbia formalmente modificato l'art. 2 della CEDU, nella parte in cui consente la pena di morte, atteso che, secondo l'orientamento prevalente, l'art. 53 ha una funzione esclusivamente interpretativa^[45] e che, più in generale, l'esistenza di due Protocolli concernenti l'abolizione di tale pena rendono la CEDU un sistema chiuso ed autonomo rispetto ad eventuali influenze esterne del diritto consuetudinario nello specifico campo oggetto di esame.

[1] Un'eccezione analoga è contenuta anche nell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 4 della Convenzione americana dei diritti umani, i quali, peraltro, stabiliscono una più ampia serie di limiti e di garanzie cui è subordinata l'imposizione della condanna capitale da parte di quegli Stati che non si sono impegnati ad eliminarla dal proprio ordinamento giuridico. In particolare, l'art. 6 del Patto stabilisce che la pena di morte può essere irrogata "soltanto per i delitti più gravi, in conformità alle leggi vigenti al momento in cui il delitto fu commesso e purché ciò non sia in contrasto né con le disposizioni del (...) Patto né con la Convenzione per la prevenzione e la punizione del genocidio", restando inteso che "tale pena può essere eseguita soltanto in virtù di una sentenza definitiva, resa da un tribunale competente" (par. 2), che il condannato "ha diritto di chiedere la grazia o la commutazione della pena" e che "l'ammnistia, la grazia o la commutazione della pena di morte possono essere accordate in tutti i casi" (par. 4); inoltre, "una sentenza capitale non può essere pronunciata per delitti commessi da minori di 18 anni e non può essere eseguita nei confronti di donne incinte" (par. 5). Ancora più rigorosa è la disciplina prevista dall'art. 4 della Convenzione americana, ove alle garanzie appena enunciate, si aggiungono l'interdizione della pena di morte per i delitti politici e per i delitti comuni connessi a quelli politici (par. 4), nonché per i reati commessi dalle persone che hanno più di settant'anni (par. 5), la previsione dell'effetto sospensivo della domanda di amnistia, indulto o commutazione della pena ed il divieto generale di reintrodurre la pena di morte negli Stati che l'hanno abolita (par. 3).

[2] Occorre, peraltro, ricordare come, nell'originaria formulazione dell'art. 2 proposta dall'Assemblea parlamentare, ci si limitava a garantire la sicurezza della persona in conformità agli artt. 3, 5 e 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, senza alcun riferimento alla pena di morte (cfr. *Recueil des travaux préparatoires*, The Hague, 1975, vol. II, pp. 47 e 277). Tale testo fu, poi, sostituito in seno al Comitato di esperti governativi incaricato di redigere la Convenzione con quello proposto dal Regno Unito, che prevedeva appunto un'espressa riserva in ordine all'applicazione della pena di morte.

[3] Così, testualmente, recita il testo della Risoluzione n. 1253 adottata il 25 giugno 2001 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa relativamente all'abolizione della pena di morte da parte degli Stati aventi status di osservatori presso l'Organizzazione. A tale riguardo, occorre subito precisare che l'incompatibilità della pena di morte con il divieto di pene inumane o degradanti imposto dall'art. 3 della CEDU non è mai stata affermata *expressis verbis* dalla Corte europea, la quale, però, recentemente, ha offerto nuovi importanti spunti di riflessione in proposito, addirittura prospettando l'eventualità di una prassi statale parzialmente abrogativa dell'art. 2 della CEDU, là dove consente agli Stati la privazione della vita in esecuzione di una condanna capitale (cfr. Corte eur., sentenza 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, §§ 184-213, su cui si tornerà *amplius* nei paragrafi 3 e 4).

[4] Da osservare, peraltro, che Monaco è già parte del secondo Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici.

[5] In questo senso si è espressa la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 13 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, § 185.

[6] Cfr. Risoluzione II adottata dalla Conferenza ministeriale europea dei diritti umani, 2-4 novembre 2000, § 14.

[7] Per un resoconto dettagliato dei lavori preparatori del Protocollo n. 13 si rinvia all'Explanatory Report, consultabile sul sito internet www.coe.int.

[8] Allo stato attuale, vi è un solo Stato "europeo" che non ha ancora aderito al Consiglio d'Europa e, quindi, ratificato la CEDU ed i suoi protocolli: si tratta di Belarus, con cui sono da anni in corso infruttuose trattative. Il Principato di Monaco è, invece, divenuto membro dell'organizzazione il 5 ottobre 2004.

[9] Si tratta, segnatamente, dei seguenti Stati: Andorra, Austria, Belgio, Bosnia Erzegovina, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Georgia, Ungheria, Irlanda, Liechtenstein, Lituania, Malta, Portogallo, Romania, San Marino, Serbia e Montenegro, Slovenia, Svezia, Svizzera, Ex Repubblica jugoslava di Macedonia, Ucraina e Regno Unito.

[10] Per gli Stati firmatari vale, naturalmente, quanto si è precisato in precedenza con riguardo alla rilevanza giuridica sul piano internazionale della sottoscrizione di un trattato ai sensi dell'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

[11] Una proposta di modifica dell'art. 27 Cost. nella parte in cui consente di mantenere la pena di morte in tempo di guerra stava per essere approvata in ultima lettura nel 2000, ma risultò poi caducata dalla fine della XIII Legislatura: cfr. a tale riguardo L. CIAURRO, *Le modifiche (interrotte) alla prima parte della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 358-360. Un'identica proposta è stata ripresentata il 30 maggio 2001 nel corso della XIV Legislatura (cfr. atto Camera n. 207), cui hanno fatto seguito nei mesi seguenti ben cinque proposte analoghe (la n. 1436, la n. 2072, la n. 2110, la n. 2351 e la n. 2303), poi riunite in un testo unico approvato in prima lettura alla Camera il 4 giugno 2002 e – al momento in cui si scrive – in attesa di essere discusso dall'aula del Senato. Sulle ragioni di questo ritardo possono richiamarsi le considerazioni di G. COLETTA, *Identità europea, pena di morte e valori costituzionali*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2000, pp. 54-57, il quale prospettava l'eventualità di un'attenuarsi, nel corso della XIV Legislatura, della tendenza politica verso una piena cancellazione della pena di morte, a causa di un certo "scollamento tra scelte politiche e orientamenti dell'opinione pubblica", nell'ambito dei quali il ricorso a tale pena registra ancora larga approvazione, "soprattutto in un periodo – come l'attuale – in cui le istanze di sicurezza da atti criminali crescono sempre di più".

[12] Cfr. legge 13 ottobre 1994, n. 589, su cui si vedano G. MAZZI, *L'abolizione della pena di morte nelle leggi militari di guerra*, in *Rassegna della giustizia militare*, 1994, 3-4, pp. 97-104; M. NUNZIATA, *Scompare del tutto la pena di morte dall'ordinamento italiano?*, in *La giustizia penale*, 1996, 5, pp. 155-160; T. PADOVANI, L. 13 ottobre 1994, n. 589 – *Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra*, in *La legislazione penale*, 1995, 3, pp. 369-373; R. VENDITTI, *Leggi di guerra. No alla pena capitale*, in *Diritto penale e processo*, 1995, p. 40 ss.; A. BERTOLINO, *Effetti dell'abrogazione della pena di morte dal codice penale militare di guerra*, in *Rassegna della giustizia militare*, 1998, 5-6, pp. 23-27.

[13] Si ricorda che la pena di morte in Italia è stata abolita, prima, per i delitti previsti dal codice penale (cfr. art. 1, commi 1 e 2, del d.lgt.lt. 10 agosto 1944, n. 224) e, poi, per i delitti previsti dalle

leggi speciali diverse da quelle militari di guerra (cfr. art. 1, commi 1 e 3, del d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 21).

[14] L'art. 2 stabilisce, infatti, che gli Stati contraenti devono comunicare al Segretario generale del Consiglio d'Europa le disposizioni della legislazione interna concernenti appunto l'applicazione della pena di morte per atti commessi in tempo di guerra o in caso di pericolo imminente di guerra: sino ad ora hanno effettuato tale comunicazione Svizzera, Paesi Bassi e Cipro. Non risulta, invece, presentata alcuna nota informativa da parte del Governo italiano, benché – come si specificherà in seguito – al tempo della ratifica il codice penale militare di guerra prevedesse l'applicazione della pena di morte per una serie di reati.

[15] Hanno formulato una tale riserva Azerbaijan, Grecia, Malta e Spagna. Tuttavia, il 13 gennaio 1998 il Governo della Spagna ha notificato al Segretario generale delle Nazioni Unite la sua volontà di ritirare la riserva formulata a<vk>ll'atto del deposito dello strumento di ratifica.

[16] Come si legge testualmente nell'Explanatory Report, l'art. 2 “clarifies the scope of the Protocol by limiting the obligation to abolish the death penalty to peacetime. A State can in fact become a Party to the Protocol even if its law (present or future) makes provision for death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war”. A tale riguardo, è utile ricordare che, nel corso dei lavori preparatori del Protocollo, alcuni membri del Comitato direttore dei diritti umani avevano ritenuto opportuno specificare, all'art. 1, che l'abolizione della pena di morte riguardava soltanto il tempo di pace: tuttavia, il Comitato dei Ministri ha preferito formulare l'art. 1 in termini assoluti, limitandone poi la portata mediante la previsione di cui all'art. 2 (cfr. C. RUSSO, A. BLASI, sub art. 1 Protocollo 6, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Commentario, cit., p. 919).

[17] La stessa soluzione era stata in effetti originariamente accolta nell'ambito dei lavori preparatori del Protocollo n. 6 da parte del Comitato direttore dei diritti umani ma fu alla fine abbandonata.

[18] La ratifica è stata autorizzata con la l. 2 gennaio 1989, n. 8, pubblicata nella G.U. del 16 gennaio 1989, n. 12.

[19] La ratifica è stata autorizzata con la l. 9 dicembre 1994, n. 734, pubblicata nella G.U. del 31 dicembre 1994, n. 305, Supp. ord.

[20] A questo proposito cfr. M. NUNZIATA, Scompare del tutto la pena di morte dall'ordinamento italiano?, cit., p. 158, il quale sottolinea come “la scelta di riformare esclusivamente la legislazione ordinaria senza toccare affatto la salvezza contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 27” costituisca “una porta aperta alla reintroducibilità della pena capitale almeno in tutti i casi rientranti nella regolamentazione della legislazione di guerra e nel rispettivo codice penale militare”.

[21] Non vi è alcun dubbio circa il fatto che il secondo Protocollo facoltativo al Patto imponga agli Stati contraenti il divieto di reintrodurre la pena di morte nel proprio ordinamento giuridico una volta che questa sia stata abolita. Si deve sottolineare, peraltro, come la più recente giurisprudenza del Comitato sembri indurre alla conclusione che tale divieto operi, per effetto dell'art. 6 del Patto, anche nei confronti degli Stati abolizionisti che non hanno, però, ratificato il secondo Protocollo (in questo senso cfr. S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 2003, p. 180); in particolare, nel caso Judge, concernente l'estradizione del ricorrente dal Canada in Pennsylvania, il Comitato ha mutato l'orientamento formatosi precedentemente in relazione a casi analoghi, affermando che uno Stato abolizionista non può estradare una persona in uno Stato ove vi è il rischio che essa sia condannata a morte senza

assicurarsi che tale pena non sarà applicata (cfr. decisione 20 ottobre 2003, ricorso n. 829/98, Judge c. Canada). Questo revirement ha dato, infine, ragione a quei membri del Comitato che, nelle precedenti pronunce, avevano espresso la propria opinione dissenziente: in particolare, nei casi Kindler e Ng, entrambi concernenti estradizioni dal Canada verso gli Stati Uniti, il prof. Fausto Pocar aveva sottolineato come “a State party that has abolished the death penalty is (...) under the legal obligation, under article 6 of the Covenant, not to reintroduce it. This obligation must refer both to a direct reintroduction within the State party’s jurisdiction, as well as to an indirect one, as in the case when the State acts – through extradition, expulsion or compulsory return – in such a way that an individual within its territory and subject to its jurisdiction may be exposed to capital punishment in another State” (cfr. le opinioni dissenzienti annesse alla decisione 30 luglio 1993, ricorso n. 470/1991, Kindler c. Canada, ed alla decisione 5 novembre 1993, ricorso n. 469/1993, Ng c. Canada).

[22] Cfr. Corte eur., sentenza 12 marzo 2003, Ocalan c. Turchia, § 189; Per un commento si veda, in particolare, A. CLAPHAM, Symbiosis in International Human Rights Law: The Öcalan Case and the Evolving Law on Death Sentence, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 475 ss.

[23] Cfr. Corte eur., sentenza 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito, su cui si vedano, fra gli altri, F. MAROTTA, Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all’art. 3 della Convenzione europea. Considerazioni sulla sentenza Soering, in *RIDU*, 1989, p. 439 ss., e M. L. PADELLETTI, Estradizione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in *RID*, 1996, p. 656 ss.

[24] Più specificamente, la Corte aveva ritenuto che “Subsequent practice in national penal policy, in the form of a generalised abolition of capital punishment, could be taken as establishing the agreement of the Contracting States to abrogate the exception provided for under Article 2 § 1 (art. 2-1) and hence to remove a textual limit on the scope for evolutive interpretation of Article 3 (art. 3)” (§ 103). Occorre, peraltro, rilevare come questa affermazione appaia difficilmente conciliabile con quella contenuta nella sentenza relativa al caso Cruz Varas con riferimento agli eventuali obblighi nascenti dall’adozione di misure provvisorie, adottate dalla estinta Commissione europea in base ad una norma del proprio regolamento e volte a sospendere provvedimenti di espulsione o estradizione potenzialmente contrari agli artt. 2 e 3 della CEDU: in tale contesto la Corte ha, infatti, affermato, richiamandosi espressamente al caso Soering ed all’art. 31, par. 3, lett. b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che “Subsequent practice could be taken as establishing the agreement of Contracting States regarding the interpretation of a Convention provision (...), but not to create new rights and obligations which were not included in the Convention at the outset” (cfr. Corte eur., sentenza 20 marzo 1991, § 100: il corsivo è nostro). Ma se l’accordo degli Stati contraenti può addirittura avere l’effetto di abrogare una specifica disposizione convenzionale limitativa di un diritto fondamentale (come nel caso dell’eccezione contenuta nell’art. 2 CEDU con riguardo alla pena di morte), allora l’esistenza di un tale accordo potrebbe, a nostro avviso, ugualmente dar vita ad obblighi non previsti dalla CEDU che dalla stessa non sono neppure espressamente esclusi. In realtà, sembra che la discrasia fra le due pronunce sia addebitabile ad una confusione di fondo circa il rilievo della prassi successiva degli Stati contraenti: mentre, infatti, nel caso Cruz Varas, tale prassi viene intesa in modo “ortodosso” e conforme alla Convenzione di Vienna, quale mezzo ausiliario di interpretazione del trattato, nel caso Soering e, successivamente, nel caso Ocalan, essa viene piuttosto intesa come una vera e propria fonte di norme internazionali non scritte modificative dell’accordo, senza però – come si vedrà meglio fra breve nel testo – trovare riscontro nella stessa Convenzione di Vienna.

[25] Cfr. Corte eur., sentenza 12 marzo 2003, Ocalan c. Turchia, § 196.

[26] Da sottolineare, peraltro, che la sentenza in esame è stata “rinviata” dinanzi alla Grande Camera della Corte europea, su istanza del Governo turco e dello stesso ricorrente, ai sensi dell’art. 43 della CEDU.

[27] Utilizzando una tecnica decisoria abbastanza diffusa nella sua tradizione giurisprudenziale, la Corte in sostanza svolge un’articolata serie di motivazioni per esporre il suo punto di vista circa l’intrinseca compatibilità della pena di morte con gli artt. 2 e 3 della CEDU, ma ricorre poi ad un’argomentazione alternativa – probabilmente ritenuta più solida e meno controversa – per giungere ad una conclusione in ordine all’esistenza delle violazioni oggetto del giudizio. Tale tecnica, sicuramente utile allorché la Corte si trovi dinanzi a più soluzioni decisorie possibili, una delle quali soltanto però appaia realmente convincente, non dovrebbe essere a nostro avviso impiegata allorché, come nel caso di specie, la Corte decida di estrinsecare analiticamente il proprio punto di vista in ordine all’opzione alternativa, formulando delle affermazioni di principio cui, poi, non viene attribuito rilievo ai fini della decisione. D’altronde, una volta statuito in termini abbastanza netti che “it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable, if not inhuman, form of punishment which is no longer permissible under Article 2”, appare quasi beffardo ritenere “not necessary (...) to reach any firm conclusion on this point”.

[28] Cfr. Corte eur., sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 103.

[29] Sulla rilevanza degli accordi ai fini della formazione di norme consuetudinarie si veda, per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*⁶, Napoli, 2002, pp. 37-38.

[30] Cfr., rispettivamente, *Rapport de la Commission du droit international sur la 2ème partie de sa XVII session, 3-8 janvier 1966, et de sa XVIII session, 4 mai-19 juillet 1966*, UN doc. A/6309/Rev.1, New York, 1966, p. 69, e *Conférence des Nations Unies sur le droit de traités, 1ère et 2ème session, Documents officiels, doc. A/CONF39/II/Add.2*, New York, 1971, p. 171.

[31] A questo riguardo cfr. P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, 2002, p. 296, nonché F. CAPOTORTI, *Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, Studi in onore di Roberto Ago, Milano, 1987, p. 201 ss.

[32] Si tratta del noto parere nel caso della Namibia, ove la Corte internazionale di giustizia ha affermato che “la procédure (...) suivie par le Conseil de sécurité a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d’une pratique générale de l’Organisation” (cfr. *Avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie*, in *Recueil*, 1971, p. 22).

[33] Cfr. F. CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 200.

[34] Vero è che la linea di demarcazione tra prassi interpretativa e prassi modificativa è sempre stata molto incerta; ma è vero anche che tale incertezza non impedisce di tenere distinte sul piano teorico le due tipologie di prassi e di ricollegare soltanto la prima alla previsione di cui all’art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (si vedano al riguardo i rilievi di F. CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 206, il quale ritiene, alla luce di lavori preparatori della Convenzione, che la prassi modificativa rientri tra le “questioni non regolate dalle disposizioni della Convenzione”, le quali continuano ad essere regolate dal diritto internazionale consuetudinario).

[35] Cfr. *supra* nota 24.

[36] Cfr. Corte eur., sentenza 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, § 197.

[37] Gli unici Stati ad aver effettuato la comunicazione prevista dall'art. 2 del Protocollo n. 6, indicando la legislazione interna che prevede la pena di morte in tempo di guerra, sono Cipro, Svizzera e Paesi Bassi, questi ultimi con esclusivo riferimento ad Aruba e alle Antille olandesi cui è stata estesa l'applicazione territoriale del Protocollo n. 6.

[38] Sull'interpretazione di tale norma si veda, in particolare, P. PUSTORINO, sub Art. 53, in *Commentario*, cit., p. 741 ss., con ivi ulteriori richiami bibliografici.

[39] In proposito cfr. B. CONFORTI, *Quelques réflexions sur les rapports de la Convention européenne des droits de l'homme avec d'autres conventions*, in M. DE SALVIA, VILLIGER (eds.), *The Birth of the European Human Rights Law*, Liber Amicorum Carl Aage Nørgaard, Baden, 1998, p. 48.

[40] Come noto, la Corte internazionale di giustizia ha ammesso la configurabilità di norme consuetudinarie localizzate (cfr. sent. 20 novembre 1950, *Right of Asylum Case (Colombia c. Perù)*, in *ICJ Reports 1950*, p. 276, e sent. 27 agosto 1952,... (*Francia c. Stati Uniti d'America*), in *ICJ Reports 1952*, p. 172) e persino di norme consuetudinarie valide soltanto per due Stati (cfr. sent. 10 aprile 1960, *Right of Passage on Indian Territory (Portogallo c. India)*, in *ICJ Reports 1960*, p. 39). Al riguardo cfr. F. FRANCONI, *La consuetudine locale nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1971, p. 396 ss., L. CONDORELLI, *Consuetudine internazionale*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. III, Torino, p. 511 ss., nonché L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*⁴, Napoli, 2002, p. 172 ss.

[41] Come si specificherà meglio fra breve, quella cui ci riferiamo nel testo è una "prevalenza" di carattere puramente interpretativo.

[42] In questo senso cfr., ad esempio, L. CONDORELLI, op. cit., p. 511. Anche F. CAPOTORTI, op. cit., pp. 208-209, ritiene che la prassi modificativa di un trattato possa essere qualificata come una forma di consuetudine.

[43] Si è già ricordato come siano pochissimi al momento gli Stati parti del Protocollo n. 6 che si sono avvalsi della facoltà ivi prevista di conservare la pena di morte per reati commessi in tempo di guerra (cfr. nota 37); del pari, sono pochissimi gli Stati membri del Consiglio d'Europa che hanno formulato la riserva prevista dall'art. 2 del secondo Protocollo al Patto internazionale sui diritti civili e politici (si tratta, in particolare, di Azerbaijan, Grecia, Malta; la Spagna ha ritirato la riserva il 13 gennaio 1998).

[44] Ci si riferisce, in particolare, alla citata Risoluzione n. 1253 (2001) del 25 giugno 2001, con la quale l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha affermato per la prima volta che la pena di morte "non trova legittimazione nei sistemi penali delle moderne società civili e che la sua applicazione costituisce tortura e pena inumana e degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani", ritenendo non più tollerabile il mantenimento della pena di morte negli Stati non membri cui è stato riconosciuto lo status di "osservatori" presso il Consiglio d'Europa (si tratta, in particolare, di Canada, Messico, Giappone e Stati Uniti d'America). L'Assemblea ha ricordato che, in forza della Risoluzione statutaria (93) 26, adottata il 14 maggio 1993 dal Comitato dei Ministri, regolante lo status di osservatore presso il Consiglio d'Europa, gli Stati ammessi a goderne si impegnano ad accettare i principi della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte di tutte le persone soggette alla propria giurisdizione come prescritto dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa per l'ammissione dei

membri ordinari. Di conseguenza, avendo riscontrato l'inconciliabilità della pena di morte con tali principi, l'Assemblea parlamentare ha censurato politicamente la violazione degli obblighi nascenti dalla predetta Risoluzione in capo a Stati Uniti e Giappone, entrambi ammessi quali osservatori nel 1996, condannando in particolare l'esecuzione di persone affette da malattie mentali e la mancanza di adeguati mezzi di impugnazione ed esprimendo profonda preoccupazione per le condizioni detentive nei c.d. "bracci della morte", dove la sofferenza psicologica si accentua sino a costituire di per se stessa un trattamento inumano contrario all'art. 3 della CEDU. L'Assemblea parlamentare ha richiesto, dunque, ai due Stati di disporre il più rapidamente possibile una moratoria delle esecuzioni in vista della successiva abolizione della pena di morte, nonché di provvedere immediatamente al miglioramento delle condizioni nei bracci della morte per alleviare gli effetti del c.d. "death row phenomenon", affidando al Comitato per gli affari giuridici ed i diritti umani il compito di verificare, entro il 1° gennaio 2003, i progressi compiuti da Stati Uniti e Giappone nella direzione indicata. Contestualmente, con la Raccomandazione n. 1522 (2001), l'Assemblea ha invitato il Comitato dei Ministri ad instaurare un dialogo con entrambi gli Stati per il conseguimento degli obiettivi prefissati e, più in generale, a far sì che, per il futuro, l'abolizione, quantomeno de facto, della pena capitale diventi una precondizione per il riconoscimento dello status di osservatore presso il Consiglio d'Europa.

[45] Cfr. B. CONFORTI, *Quelques réflexions*, cit., p. 48.