

**«Sentinella, quanto resta della notte?».  
Qualche considerazione sulla missione dei *dissent* del  
giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso *Hutchinson*  
c. *Regno Unito*\***

*Tania Groppi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Identità (europea). – 3. *Living instrument*. – 4. Interpretazione involutiva? – 5. Vigilanza. – 6. Chi è il padrone?

*«Sentinella, quanto resta della notte?  
Sentinella, quanto resta della notte?».*

*La sentinella risponde:*

*«Viene il mattino, poi anche la notte;  
se volete domandare, domandate,  
convertitevi, venite!».*

*Is 21, 11-12*

**1. Introduzione**

La riflessione sulle funzioni delle opinioni separate dei giudici è ormai un classico degli studi sulla giustizia costituzionale e si sta avviando a diventarlo anche per quelli sulle giurisdizioni internazionali. Nelle pagine che seguono cercherò di mostrare che, accanto alle tradizionali funzioni, le opinioni separate svolgono anche quella della “vigilanza”: una parola la cui etimologia (dal latino *vigil*, sveglio) ci porta all’idea

---

\* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto inviato su richiesta della direzione. Testo destinato alla pubblicazione in P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2015-2019)*, a cura di A. Saccucci, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 (in corso di stampa).

«Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*

dell'essere desti, svegli, consapevoli. Il giudice che decide di scrivere la propria *opinion*, soprattutto se dissenziente, si erge come una "sentinella controvento", per segnalare ai contemporanei e ai posteri i problemi nascosti nelle pieghe della decisione della maggioranza: egli li disvela, li pone sotto gli occhi di tutti obbligandoli a guardarli in faccia, a farci i conti. Naturalmente, questa funzione, che diventa una vera e propria missione, non è automatica, nel senso che non può essere ascritta a tutte le opinioni separate: essa dipende dalle caratteristiche del caso e ancor più dal carattere del giudice. Mi pare di poter dire che a questo fine tendono molte delle opinioni separate del giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo Paulo Pinto de Albuquerque<sup>1</sup>. Senza dubbio, così mi sento di leggere la sua *dissenting opinion* nella sentenza *Hutchinson c. Regno Unito* del 17 gennaio 2017: una decisione che ritorna sul tema dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale (*life imprisonment without parole*) nel Regno Unito e che viene comunemente considerata come una "battuta d'arresto" nella giurisprudenza convenzionale su questa delicata materia.

## 2. Identità (europea)

Parto da lontano. Il dibattito sull'identità europea che è fiorito negli ultimi decenni è spesso avvolto da una retorica zuccherosa, quando non assume una natura esplicitamente conflittuale: la ricerca dei "nostri" valori, del "nostro" stile di vita sembra finalizzata a dividere "noi" da "loro", per compattare le fila in quella che, benché camuffata da "resistenza" all'invasore arrivato in "casa nostra", spesso assume le forme di una battaglia per la supremazia sulla scena globale.

Tuttavia, non si può negare che, così come per gli individui, anche per le organizzazioni delle società umane, siano esse Stati o entità

---

<sup>1</sup> Come egli stesso ci segnala nella *separate opinion* alla sentenza *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018: "È tempo di svegliarsi di fronte al rischio sistemico senza precedenti che il sistema europeo dei diritti umani si trova a dover affrontare" [par. 95]. Molte di queste opinioni degli anni 2011-2015 sono state raccolte e pubblicate in italiano nel volume P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura di Davide Galliani, Torino, 2016.

«Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*

sovrnazionali, acquisire una consapevolezza delle proprie caratteristiche essenziali sia utile alla stessa sopravvivenza: e questo ancor più quando queste caratteristiche siano l'esito di un *acquis* che risulta da lunghi e accidentati cammini, che hanno visto convergere gli sforzi e le energie di generazioni, passate attraverso il vaglio di vicende dolorose e drammatiche. E' quella che gli psicologi chiamano "forza dell'io", una solida base di percezione di sé e dei propri valori fondanti, che i terapeuti delle crisi individuano come uno dei fattori in grado di favorire il soggetto nella risoluzione delle crisi personali, attraverso processi di cambiamento selettivo, che consentano di individuare nuove soluzioni in armonia con le capacità e le peculiarità di ciascuno<sup>2</sup>.

Nella costruzione (o, per meglio dire, ri-costruzione, dopo i drammi del Novecento) di questo "fondamento del sé" nell'area europea nel Secondo dopoguerra, un ruolo chiave è stato svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), che è venuta mettendo in luce i tratti distintivi di una vera e propria identità europea, a partire da uno smilzo trattato del 1950, non privo di significative ambiguità, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), appunto.

Un aspetto centrale di questa opera della Corte di Strasburgo è la giurisprudenza sull'articolo 3, che contiene il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti, l'unico che non prevede eccezioni o deroghe: una norma scarna, che di per sé costituisce un tratto comune dei principali strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo e delle costituzioni contemporanee, ma che ha trovato una interpretazione estensiva da parte della Corte, investendo molteplici ambiti e condotte.

Qui si colloca la giurisprudenza sull'ergastolo, una pena che da mero surrogato della pena di morte (la cui proibizione entra anch'essa a comporre l'identità europea: ma su ciò si aprirebbe un'altra storia, che lascio da parte) è andata sempre più cambiando la sua natura, anche attraverso la giurisprudenza della Corte EDU, per aprirsi a un incompressibile "diritto alla speranza" che deve essere offerto anche agli

---

<sup>2</sup> J. Diamond, *Upheaval. Turning Points for Nations in Crisis* (2019), trad. it. *Crisi. Come rinascono le nazioni*, Torino, 2019, p. 18.

«Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*

ergastolani, come aspetto importante e costitutivo della persona umana<sup>3</sup>.

La pietra miliare di questa giurisprudenza è stata posta dalla *Grande Chambre* con la sentenza *Vinter c. Regno Unito* del 9 luglio 2013. Per riassumere questa ricca decisione, uso le parole di una sentenza successiva, *Viola c. Italia (n.2)*, del 13 giugno 2019, che ha dichiarato contrario alla convenzione l'ergastolo ostativo previsto dall'ordinamento italiano: “La Corte rammenta che la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà (*Vinter*, citata, par. 113) [par. 136]”.

### 3. Living instrument

Ma come si è arrivati fino qui? Un esito come quello di *Vinter* sarebbe inimmaginabile senza l'interpretazione evolutiva. Basti pensare che nella CEDU niente è detto sulla funzione rieducativa della pena, a differenza di quanto fanno alcune costituzioni nazionali, ad esempio quella italiana (art. 27, comma 3).

Come ha esplicitato fin dalla sentenza *Golder c. Regno Unito*, del 21 febbraio 1975, la Corte fa ricorso ai criteri interpretativi indicati negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, valorizzando in particolare l'oggetto e lo scopo della CEDU, identificati nella protezione e promozione dei diritti fondamentali mediante l'istituzione di un effettivo sistema collettivo di tutela. Questo approccio teleologico lascia largo spazio a un'interpretazione evolutiva e dinamica della Convenzione, vista come uno strumento vivente, che tenga conto del mutamento del quadro giuridico e del contesto sociale<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sul “diritto alla speranza”, v. specialmente la *concurring opinion* della giudice Power-Forde nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013. In dottrina, E. Dolcini, E. Fassone, D. Galliani, P. Pinto de Albuquerque e A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

<sup>4</sup> La dottrina della Convenzione come *living instrument* è stata introdotta dalla Corte EDU sin dalla sentenza *Tyler c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, par. 31.

«Sentinella, quanto resta della notte?». Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito

La dottrina del *living instrument* costituisce anche la principale giustificazione dello scostamento della Corte EDU dai propri precedenti<sup>5</sup>. Benché nel sistema della Convenzione non esista il principio dello *stare decisis*, la Corte normalmente si attiene ai propri precedenti, che costituiscono il principale argomento utilizzato nella motivazione: la continuità con i precedenti è vista non soltanto come necessaria alla luce del principio della certezza del diritto<sup>6</sup>, ma anche come fonte di legittimazione di fronte all'uditorio "ristretto", cioè agli Stati, chiamati ad attuare le decisioni<sup>7</sup>. L'atteggiamento della Corte rivelerebbe che essi rivestono una "*persuasive authority*", al punto che si è parlato di una dottrina "*de facto*" del precedente vincolante<sup>8</sup>.

Pertanto, benché la Corte ammetta solo di rado di stare realizzando un *overruling*<sup>9</sup>, tuttavia in alcune decisioni essa ha affermato esplicitamente di potersi allontanare dai propri precedenti, "*for cogent reasons*", quando ciò sia necessario "*to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in-line with present-day conditions*"<sup>10</sup>, proprio al fine di assicurare la perdurante attualità della Convenzione, quale "strumento vivente"<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> A. Mowbray, *An Examination of the European Court of Human Rights Approach to Overruling in its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, 9:2 (2009), 187 ss.

<sup>6</sup> In questo senso, *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, par. 35; vedi L. Wildhaber, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in P. Mahoney (a cura di), *Protection de droits de l'homme: la perspective européenne*, Köln, 2000, pp. 1529 ss.

<sup>7</sup> L. Garlicki, *Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational judicial dialogue*, in J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya, R. Canosa (coordinadores), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos*, Cizur Menor, 2012, p. 394.

<sup>8</sup> A. Mowbray, *An Examination of the European Court of Human Rights Approach to Overruling in its Previous Case Law*, cit., p. 182.

<sup>9</sup> Molte volte gli *overruling* avvengono nella forma del *distinguishing* e vengono rivelati dai giudici dissenzienti: così A. Mowbray, *An Examination of the European Court of Human Rights Approach to Overruling in its Previous Case Law*, cit., p. 198.

<sup>10</sup> Così *Cossey*, cit., par. 35; nello stesso senso, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, par. 74.

<sup>11</sup> Ad es. *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, par. 101.

«Sentinella, quanto resta della notte?». Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito

#### 4. Interpretazione involutiva?

Se per decenni la dottrina della Convenzione come strumento vivente è servita per assicurare una garanzia sempre più ampia dei diritti (pur non scevra da problematiche, quali ad esempio quella dell'inevitabile impatto dell'accresciuta garanzia di un diritto sugli altri diritti, che possono venire ad essere compressi), è stato altresì segnalato il rischio che essa possa dare copertura a processi di arretramento: insomma che l'interpretazione *evolutiva* possa convertirsi in interpretazione *involutiva*, specie a fronte di un mutamento dello spirito dei tempi e della pratica degli Stati membri, che conducano a produrre un *consensus* europeo attestato su un livello più basso di garanzia<sup>12</sup>.

Il carattere "vivente" della Convenzione, la sua permeabilità ai mutamenti sociali e giuridici negli Stati membri, sarebbero suscettibili di bidirezionalità, a meno che non si consideri esistente un principio di non regressione, che sembrerebbe derivare dal riferimento, nel Preambolo della Convenzione medesima, allo "sviluppo" dei diritti dell'uomo, ciò che implicherebbe sempre e in ogni caso una interpretazione evolutiva *pro persona*<sup>13</sup>.

L'attualità di questi timori è palese. È un dato di fatto che la Corte si trova a muoversi su uno scenario caratterizzato da un arretramento della democrazia costituzionale in molti degli Stati membri, dove le tendenze populiste mettono spesso in discussione l'*acquis* della tutela dei diritti e sono inclini ad una strumentalizzazione politica del diritto penale<sup>14</sup>. Trattandosi di una Corte internazionale, ciò implica almeno due ordini di problemi. Da un lato, dato che le nomine dei giudici dipendono in larga parte dalle maggioranze politiche degli Stati membri

---

<sup>12</sup> S. Van Drooghenbroeck, *Retour sur l'interprétation « involutive » de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, 2018, pp. 417 ss.

<sup>13</sup> In questo senso, proprio sul tema dell'ergastolo, invocando l'interpretazione evolutiva *pro persona* affinché questa pena sia dichiarata *tout court* contraria alla CEDU, la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza *Khamtokhu and Aksenchik c. Russia*, 24 gennaio 2017, specie parr. 32-38.

<sup>14</sup> Questo scenario è stato ben descritto, in tutta la sua drammaticità, dalla *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque in *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, parr. 57-63 e 80.

«Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*

(non potendo qui sottilizzare, voglio solo evidenziare il grave problema che continua a circondare la composizione della Corte), è ben possibile che giudici fedeli ai nuovi governi non democratici vogliano dimostrare tale fedeltà cercando di far arretrare la giurisprudenza europea. Dall'altro, poiché l'esecuzione delle sentenze è affidata agli Stati membri, si fanno sempre più probabili difficoltà e finanche vere e proprie ribellioni, che potrebbero portare la Corte ad abbassare gli standard richiesti, per venire incontro alle pressioni che arrivano dal livello nazionale e assicurarsi che le sue pronunce non siano disattese.

### 5. Vigilanza

Mi pare che il caso *Hutchinson* vada letto in questo scenario. Di fronte alla necessità per il Regno Unito di implementare la decisione della Corte nella sentenza *Vinter*, che chiedeva allo Stato britannico di assicurare agli ergastolani una effettiva e chiara definizione dell'opportunità e dei percorsi per tornare un giorno liberi, una maggioranza di 14 giudici su 17 della Grande Chambre si ritiene soddisfatta della spiegazione fornita dalla Corte d'appello nella sentenza *McLoughlin*, secondo la quale il potere discrezionale del Secretary of State di rilasciare un detenuto “in exceptional circumstances” e “on compassionate ground” deve essere interpretato sulla base della giurisprudenza della Corte EDU: tutto ciò in assenza di qualsiasi cambiamento normativo nel Regno Unito, attraverso una motivazione fondata su dati giuridici già esistenti all'epoca del caso *Vinter*, senza che sia sopravvenuto qualsiasi nuovo elemento fattuale o di prassi.

In altre parole, benché formalmente non si tratti di un *overruling*, siamo di fronte a un'interpretazione che abbassa, anziché innalzare, il livello di protezione dei diritti dell'individuo. Ed è qui che si colloca l'ampio, argomentato *dissent* di Pinto de Albuquerque, che costituisce un vero e proprio grido di allarme rispetto all'interpretazione involutiva: egli sottolinea con forza che la decisione della Grande Chambre di tornare indietro rispetto a quella assunta in *Vinter* è tale da determinare “conseguenze sismiche”, nel senso di una vera e propria “crisi esistenziale” della Corte EDU, venendo a costituire una ulteriore tappa di una serie di decisioni, principalmente relative al Regno Unito, che

«Sentinella, quanto resta della notte?». Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso *Hutchinson c. Regno Unito*

hanno visto cedimenti e mutamenti della giurisprudenza europea. Uno “scenario pre-catastrofe” che si aggrava ancora di più se si considera l'effetto di contagio della sentenza *Hirst* (sul diritto di voto dei detenuti, al centro di un'annosa controversia col Regno Unito) sulle corti e più in generale sull'insieme dell'ordinamento della Russia. Il rischio, dice senza mezzi termini il giudice Pinto, è che la Corte finisca per diventare una sorta di commissione non giurisdizionale formata da 47 esperti di alto livello, che non emette decisioni vincolanti, almeno verso alcuni Stati, ma mere raccomandazioni, supportandoli nell'adempiere le loro obbligazioni internazionali (par. 38). Un rischio che si fa ancora più concreto, aggiungerei, attraverso il Protocollo XVI che, benché pensato proprio per dare flessibilità al sistema, è suscettibile di diverse e per ora imprevedibili evoluzioni.

Vigilare, abbiamo detto. L'*opinion* si muove su almeno tre livelli di “vigilanza”.

Innanzitutto nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, della quale mette in luce l'incoerenza, evidenziando che la Grande Chambre “ritorna sulla sua decisione in *Vinter*, ammettendo che la Corte d'appello aveva ragione” e affermando che l'ordinamento britannico possedeva già a quell'epoca un meccanismo di liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo compatibile con la CEDU (par. 35). Che *Hutchinson* possa costituire una breccia nella giurisprudenza *Vinter* è d'altra parte sottolineato dal fatto che essa sia messa al centro di un altro *dissent*, che va esattamente nella direzione contraria a quello che stiamo analizzando, ovvero quello del giudice polacco Wojtyczek nella sentenza *Viola c. Italia* (n. 2), che auspica una interpretazione involutiva dell'art. 3.

Poi nei confronti dell'esecuzione delle sentenze di Strasburgo da parte degli Stati. È su questo tema che l'*opinion* è più netta, evidenziando i rischi sia di un doppio standard, a seguito della deferenza della Corte EDU verso un singolo Stato membro, sia per la garanzia dei diritti in sé per sé, specie per quelli delle minoranze più vulnerabili, sia per l'autorità stessa delle sentenze della Corte, sempre più frequentemente messa in discussione dai giudici nazionali (para 37).

Infine sul dialogo tra le Corti. Non solo il *dissent* segnala che, a ritenere che la Corte d'appello abbia rimediato alle lacune del sistema britannico evidenziate in *Vinter*, “*the dialogue between courts risks*



«Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*

*becoming two parallel monologues until one of them gives up*” (par. 17). Ma c'è di più: il dialogo rischia di diventare a senso unico, ovvero di andare nella direzione di una massimizzazione dell'impatto del diritto nazionale sulla Convenzione, come da tempo va richiedendo il Regno Unito, attraverso molteplici interventi dei suoi rappresentanti puntualmente riportati nell'*opinion* (specie parr. 39-40). Mentre, al contrario, le autorità nazionali, compresi i giudici, dovrebbero agire in accordo al principio *pacta sunt servanda* e conformarsi alla lettera e ai principi delle decisioni della Corte, alla quale è affidato il mantenimento dell'uniformità dell'ordine pubblico europeo, e ciò specialmente quando il livello di protezione nazionale è inferiore a quello assicurato dalla Corte (par. 45).

#### 6. Chi è il padrone?

Un vivace passaggio della *opinion* fa riferimento al dialogo tra Alice e Humpty Dumpty che tanto successo ha presso i giuristi: “Quando io adopero una parola – disse Humpty Dumpty con un tono piuttosto sdegnoso – essa ha esattamente il significato che io le voglio dare. Né più né meno’. ‘La domanda è – disse Alice – se tu possa far significare alle parole così tante cose diverse’. ‘La domanda è – disse Humpty Dumpty, – ‘chi deve essere il padrone – ecco tutto’”.

Nonostante questo riferimento – che si inserisce nella parte dell'*opinion* dedicata all'interpretazione *contra litteram* che la Corte d'appello inglese dà della normativa nazionale, al fine di soddisfare Strasburgo – alla base del “*dissent vigilante*” di Pinto de Albuquerque mi pare di poter leggere proprio una concezione opposta a quella di Humpty Dumpty. Per il giudice portoghese, nessuno è il padrone delle parole. L'interpretazione è, o, più esattamente, deve essere, il prodotto di un'attività corale, che coinvolga ad un tempo la Corte EDU e le giurisdizioni nazionali. E quando si dice Corte EDU, ciò implica la Corte nel suo insieme, maggioranza e minoranza, nel susseguirsi delle nomine e nel fluire della giurisprudenza.

In conclusione, mi pare che proprio da questa concezione “corale” derivi la *perseveranza* che connota l'attività del giudice Pinto de Albuquerque, instancabile dissidente a Strasburgo. Una concezione nella

Tania Groppi

«Sentinella, quanto resta della notte?». *Qualche considerazione sulla missione dei dissent del giudice Pinto de Albuquerque a partire dal caso Hutchinson c. Regno Unito*

quale sono evidenti, oserei dire, la speranza e finanche la fede che anche un singolo “giudice vigilante” possa influire sull’interpretazione della CEDU e, per questa via, possa contribuire alla custodia (e, perché no, allo sviluppo) di quel patrimonio, di diritti, di dignità, di umanità, che costituisce il fondamento della più autentica identità europea.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The article speculates on the opinion handed down by Justice Pinto de Albuquerque in the *Hutchinson v. UK* case. On these grounds, it draws some remarks concerning the relationship between the European Convention of Human Rights and domestic legal orders.

**KEYWORDS:** *Hutchinson v. UK* – opinion of Justice P. Pinto de Albuquerque – relationship between the ECHR and domestic constitutions – human rights

**Tania Groppi** – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università di Siena ([groppi@unisi.it](mailto:groppi@unisi.it))