

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL PIEMONTE
ORIENTALE “A. AVOGADRO”**

Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali

Dottorato di ricerca in:

Istituzioni pubbliche, sociali e culturali: linguaggi, diritto, storia

Curriculum: Autonomie, servizi pubblici, diritti

XXXI Ciclo

**“Tortura, tra abusi e tutela dei diritti fondamentali della persona
nel sistema giuridico sovranazionale e nazionale”**

S.S.D. IUS/08 - IUS/13

TUTOR

Ch.ma Prof.ssa Chiara Tripodina

COORDINATORE DEL CURRICULUM

Ch.mo Prof. Renato Balduzzi

COORDINATORE GENERALE DEL DOTTORATO

Ch.mo Prof. Jörg Luther

DOTTORANDA

Dott.ssa Jessica Marica Rampone

Anno accademico 2019/2020

SOMMARIO

INTRODUZIONE	7
1. L'attualità di un vecchio crimine.....	7
1.1. Premessa storica.....	8

PARTE I

CAPITOLO I.....	15
LE CARTE INTERNAZIONALI CHE VIETANO LA TORTURA	15
1. Introduzione	15
Sezione I.....	17
Atti internazionali che si occupano esclusivamente della tortura.....	17
1. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti	17
2. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti	19
2.1. Definizione di tortura	20
2.2. Gli obblighi in capo agli Stati	25
2.3. Tortura e pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti	27
2.4. Il Comitato contro la tortura.....	28
3. Il Protocollo facoltativo alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984 delle Nazioni Unite.....	32
4. L'effettività della Convenzione	34
Sezione II	35
Atti internazionali che contengono apposite disposizioni di divieto di tortura	35
1. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite	35
2. Le Convenzioni di Ginevra	37
2.1. I due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra.....	39
3. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite.....	40
4. Il Codice di condotta delle Nazioni Unite per i funzionari che applicano la legge	41
5. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo	42
6. La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna	43

7. Il Manuale per un’efficace indagine e documentazione di tortura o altro trattamento o pena crudele, inumano o degradante (Protocollo di Istanbul) delle Nazioni Unite.....	43
8. La tutela della dignità umana come argine alle pratiche di tortura	44
Sezione III.....	46
Atti che implicitamente negano la tortura	46
1. La Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e punizione del delitto di genocidio	46
2. La Convenzione supplementare delle Nazioni Unite sull’abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù	46
3. La Convenzione delle Nazioni Unite sull’eliminazione della discriminazione razziale.....	47
4. La convergenza di diritto dei diritti umani, diritto internazionale umanitario e diritto penale internazionale in materia di tortura.....	47
Sezione IV.....	49
Strumenti di diritto penale internazionale.....	49
1. La nascita del diritto penale internazionale.....	49
2. Lo Statuto del Tribunale Internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia.....	50
3. Lo Statuto del Tribunale Internazionale per i crimini commessi nel Ruanda	54
4. Lo Statuto della Corte penale internazionale	55
4.1. Luci e ombre sull’operato della CPI	58
CAPITOLO II.....	61
LE CONVENZIONI REGIONALI CHE SI OCCUPANO DI TORTURA	61
Introduzione	61
Sezione I.....	61
Le Carte regionali extra-europee	61
1. Dichiarazione interamericana dei diritti e dei doveri dell’uomo.....	61
2. La Convenzione americana dei diritti dell’uomo dell’Organizzazione degli Stati Americani	62
3. La Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura	63
4. La Carta africana sui diritti dell’uomo e dei popoli dell’Organizzazione dell’Unità Africana	65
5. La Carta araba dei diritti dell’uomo	67
6. La Carta di diritti umani dell’Asia	68
Sezione II	69
Le Carte regionali-sovrannazionali europee.....	69

1. Il Consiglio d'Europa.....	69
2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo	70
3. Il divieto di tortura nella giurisprudenza della Corte Edu.....	70
3.1. Assolutezza del divieto	72
3.2. Il principio di effettività.....	74
3.3. Interpretazione evolutiva	75
3.4. Il criterio della gravità del maltrattamento.....	75
3.5. Il criterio della relatività	76
3.6. Tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti	77
3.6.1. Il divieto di tortura: applicazione dei criteri.....	78
3.6.2. Pene e trattamenti inumani	79
3.6.3. Trattamento o punizione degradante.....	80
3.7. Obblighi positivi e negativi derivanti dal divieto di tortura e trattamento disumano o degradante	81
3.7.1. Obbligo di avviare una procedura di inchiesta	81
3.7.2. Onere probatorio	84
4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti	85
5. Il diritto dell'Unione Europea	90
6. Le fonti del diritto dell'Unione Europea sul divieto di tortura.....	91
6.1. La Carta di Nizza	91
6.2. Gli orientamenti dell'UE	92
7. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea	95
7.1. Gli effetti della tortura e il riconoscimento della protezione sussidiaria.....	95
7.2. Mandato di arresto europeo e divieto di tortura	99
 CAPITOLO III	105
LE FONTI NAZIONALI DEL DIVIETO DI TORTURA	105
1. I fondamenti costituzionali del reato di tortura.....	105
2. L'inadeguatezza delle disposizioni incriminatrici pre-esistenti al delitto di tortura.....	110
2.1. Il codice penale militare di guerra	110
2.2. Le incriminazioni esistenti nel codice penale prima dell'introduzione di un reato <i>ad hoc</i>	112

3. Il reato di tortura introdotto dalla legge n. 110/2017	115
3.1. Di alcuni dubbi sull’assolvimento degli obblighi costituzionali e internazionali	120

PARTE II

CAPITOLO IV	126
IL CARCERE.....	126
1. Introduzione	126
2. Le Regole minime standard delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri (Regole Mandela)	127
3. I Principi di etica medica relativi al ruolo del personale sanitario, in particolare medici, nella protezione dei prigionieri e dei detenuti contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti delle Nazioni Unite.....	128
4. Il Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualunque forma di detenzione o restrizione delle Nazioni Unite	128
5. I Principi fondamentali sul trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite.....	130
6. Condizioni di detenzione nelle carceri tra diritto europeo e diritto interno.....	130
6.1. L’assistenza medica necessaria.....	132
6.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu sul regime particolare dell’art. 41 bis.....	133
6.2.1. Art. 41 bis e diritto alla salute	135
6.2.1.1. Il “caso Riina”	136
6.2.3. Il caso “Provenzano” e il riconoscimento parziale della violazione dell’art. 3 Cedu	141
6.3. Ergastolo	143
6.3.1. L’ergastolo ostativo	147
6.3.2. La giurisprudenza sembra avere mutato il proprio orientamento sull’ergastolo ostativo	149
7. Il divieto dell’uso sproporzionato della forza	153
7.1. I fatti di Genova	154
7.2. La morte di Aldrovandi.....	155
7.3. La morte di Cucchi	156
7.4. Prime contestazioni del reato di tortura	159
8. Il sovraffollamento delle carceri.....	159
8.1. La riforma dell’ordinamento penitenziario	163
9. I Garanti delle persone detenute	167
9.1. Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute	167

9.2. Garanti Regionali.....	169
9.3. Garanti provinciali e comunali	171
10. Estradizione.....	172
 CAPITOLO V	184
IMMIGRAZIONE	184
1. Gli hotspot	184
1.1. Il caso Khlaifia e altri contro Italia: la Corte Edu si pronuncia sul trattamento dei migranti collocati nell'hotspot di Lampedusa.....	193
2. I centri di identificazione e di espulsione (c.i.e.) e C.P.R.	196
2.1. Il Decreto Minniti-Orlando e i “nuovi” C.P.R.....	202
2.2. Il Decreto Salvini	205
2.3. Il Garante nazionale sui c.i.e.....	211
2.4. Violazione dei diritti fondamentali e danno d’immagine degli enti locali.....	213
3. Memorandum Italia-Libia	215
3.1. L’iter del migrante.....	220
4. I migranti e l’Europa	223
4.1. La situazione italiana.....	224
4.2. Il Decreto “Sicurezza-bis”	227
4.3. In particolare, sulla legittima difesa	230
4.4. Le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa	234
4.4.1. La definizione di “porto sicuro”	235
4.4.2. Auspicabili politiche di cooperazione.....	237
4.5. La vicenda della See Watch 3	238
 CONCLUSIONE	243
 BIBLIOGRAFIA	252
SENTENZE CITATE.....	263

INTRODUZIONE

1.L'attualità di un vecchio crimine - 1.1.Premessa storica

1. L'attualità di un vecchio crimine

Democrazia e tortura: un accostamento di due termini in forte antitesi tra loro.

La democrazia è invero incompatibile con la tortura perché nega, in generale, qualsiasi forma di violenza¹. Come ricorda Norberto Bobbio, le procedure democratiche «hanno introdotto per la prima volta nella storia delle tecniche di convivenza, volte a risolvere i conflitti sociali senza ricorrere alla violenza»².

Perché quindi occuparsi di tortura?

Perché, nonostante tutto, sebbene formalmente vietata, non ha mai cessato di esistere, anche nei Paesi cosiddetti “democratici”, adeguandosi finanche all’evoluzione scientifica e tecnologica. Ed è oggi annoverata tra i più efferati crimini di diritto internazionale, incidendo e violando in maniera profonda i diritti umani fondamentali.

Ancora Bobbio scriveva che «dei diritti dell'uomo si è parlato e si continua a parlare [...] molto di più di quel che si sia riusciti sinora a fare per riconoscerli e proteggerli effettivamente»³.

Si rende così necessaria una riflessione sull’adeguatezza degli sforzi fatti e sull’efficacia degli strumenti finora adottati per garantire l’effettività dei diritti umani, anche e soprattutto contro la tortura. Specialmente dopo il Secondo conflitto mondiale, si è sentita l’esigenza di attivare sia a livello internazionale sia negli ordinamenti giuridici interni una protezione più incisiva dei diritti fondamentali dell’individuo. Si è così assistito a un fenomeno di proliferazione di Carte sovrannazionali e costituzionali particolarmente attente alla tutela della dignità umana che, in maniera implicita o espressa, hanno vietato il compimento di atti di tortura. Ma tutto ciò non sempre si è rivelato sufficiente a prevenire e impedirne la perpetrazione.

Se da un lato viene bandita e perseguita, dall’altro lato, paradossalmente, la tortura è stata definita come compatibile con posizioni proprio di difesa dei diritti umani⁴.

¹ G. SILVESTRINI, *Costruire storie, decostruire paradigmi: la tortura fra democrazia e totalitarismo*, M. Di GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti*, Morlacchi Editore, Perugia, 2017, p. 175.

² N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 29.

³ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 67.

La discussione sulla funzione di garanzia che i diritti fondamentali devono avere in ambito costituzionale e internazionale si è, infatti, necessariamente dovuta confrontare, nel corso del XXI secolo, con l'emergere della minaccia terroristica e la conseguente rimodulazione del sistema dei valori della modernità: tutto ciò ha avuto la drammatica conseguenza di generare, a ben vedere, una guerra fra popoli piuttosto che una lotta al terrorismo, all'interno della quale «la parte “occidentale” ha smarrito il senso del rispetto per lo Stato di diritto e per i diritti umani» ritrovandosi coinvolta nel «tentativo di giustificare la tortura e le politiche di sparizioni forzate di persone sospettate di terrorismo»⁵.

Sempre in relazione al difficile equilibrio tra esigenze di pubblica sicurezza e garanzie dei diritti fondamentali, si aggiunge il problema connesso al recente fenomeno migratorio dal quale spesso emergono gravi violazioni dei diritti umani dei migranti. Le pratiche di tortura che queste persone sono costrette a subire per raggiungere l'Europa, ma anche gli Stati Uniti d'America, sono conosciute e spesso tollerate – se non addirittura commesse – dagli stessi Governi degli Stati coinvolti. E, qualora sopravvissuti al viaggio, una volta giunti nei “Paesi democratici”, la loro esistenza è spesso ancora segnata da maltrattamenti e da condizioni di vita estreme e degradanti.

Accendere i riflettori su queste tematiche può essere utile a svelare un “tabù”⁶: la tortura non può essere pubblicamente ammessa; di essa non ci si può assumere la responsabilità⁷. L'educazione ai diritti umani e la sensibilizzazione sulla tematica delle torture sono rese possibili solo comprendendo l'attualità, la vicinanza e tutta la drammaticità del problema che si cercherà, nel proseguo, di illustrare.

1.1. Premessa storica

La tortura esiste da sempre. Presente fin dalle epoche più antiche e nei luoghi più diversi nel mondo, la sua pratica non ha mai conosciuto interruzioni nel corso della storia, sopravvivendo fino ai giorni nostri.

⁴ G. SILVESTRINI, *Costruire storie, decostruire paradigmi: la tortura fra democrazia e totalitarismo*, M. Di GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti*, cit., pp 175-176.

⁵ S. ZAPPALÀ, *La tutela internazionale dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 137.

⁶ Nell'opera di S. MOYN, *Human rights and the uses of history*, Maple Press, Edinburgo, 2014, p. 100, la tortura viene definita come «a practice that marks the boundary between a community and what it treats as unconscionably reprobate or uncommonly terrifying».

⁷ G. SILVESTRINI, *Costruire storie, decostruire paradigmi: la tortura fra democrazia e totalitarismo*, M. Di GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti*, cit., p 177.

Nota già ai popoli primitivi, la tortura aveva plurime funzioni, rappresentando, a seconda dei casi, un rituale religioso o di iniziazione, una forma di punizione corporale, oppure un mezzo di accertamento della verità e di amministrazione della giustizia⁸.

Nell'era greca e romana, la tortura possedeva una duplice veste. Da una parte, era strumento di indagine processuale diretto a ottenere una testimonianza o a obbligare l'imputato a confessare in virtù del principio secondo cui la confessione doveva considerarsi la “regina delle prove”. La tortura rappresentava, dunque, una tecnica procedurale per provare la commissione dei reati, nonché un modo più rigoroso per condurre gli interrogatori⁹. Dall'altra parte, la tortura assumeva natura di sanzione penale, irrogata autonomamente ovvero come pena complementare alla morte o alla prigione.

Nel periodo delle invasioni barbariche, l'amministrazione della giustizia si fondava sul “giudizio divino”: solo all'esito positivo o negativo di una prova ordalica poteva dichiararsi l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato¹⁰.

Nei secoli XII – XVIII, con lo *ius comune* frutto della commistione del *Corpus Iuris Justiniane* e del diritto canonico, prendeva forma un nuovo tipo di processo romano-canonicus che assumeva come prova preponderante, per l'accertamento della responsabilità dell'indagato, la sua confessione¹¹. In particolare, nel diritto comune la tortura era considerata come uno strumento processuale di cui avvalersi per la ricerca della verità¹². La giustificazione teorica dell'uso della tortura era individuata dai giuristi di diritto comune nella necessità di reprimere adeguatamente i

⁸ F. DI BELLA, *Storia della tortura*, Sugar, Milano, 1961, p.10.

⁹ Sul valore da attribuire alla confessione o alla testimonianza come prova ottenuta con la tortura, giuristi, filosofi e legislatori si sono espressi in maniera differente: «se la tortura può essere considerata efficace a far confessare il vero, altrettanto si può sostenere che essa agevola il robusto e si accanisce sul debole», H.- C. LEA, *Forza e superstizione ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, Società Editrice Pontremolese, Piacenza, 1910, p. 460.

¹⁰ F. DI BELLA, *Storia della tortura*, cit., p. 74.

¹¹ Erano prescritte le forme da osservare, le cautele da seguire, i moduli da compilare per consentire che il rigoroso esame garantisse il risultato della confessione che il reo fino a quel momento non aveva voluto rendere (E. MASINI, *Nell'Arsenale ovvero pratica della Santa Inquisizione*, Kessinger Publishing, Genova, 1621, dedica un intero capitolo – Sesta parte, *Del modo di interrogare i Rei nella Tortura* – all'individuazione di tutte le modalità e formalità che devono essere rispettate, sempre a garanzia del risultato, nell'esecuzione della disamina rigorosa). Sia nei Tribunali statali sia in quelli canonici, le modalità utilizzate nei confronti dei carcerati erano pressoché uniformi. I prigionieri venivano tenuti dentro celle strette, umide e buie; il cibo era scarso ed era loro vietato parlare o fare qualsiasi rumore. Il loro interrogatorio avveniva dopo molti mesi di prigonia e venivano invitati a dire la verità con la minaccia, altrimenti, di sottoporli a gravi sofferenze. Seguiva la fase in cui venivano mostrati gli strumenti di tortura con la minaccia di usarli se non avessero confessato. Dopo due o tre interrogatori senza che il prigioniero confessasse la propria colpevolezza, questi veniva condotto nella camera della tortura, generalmente un ambiente sotterraneo e senza finestre in cui avveniva il supplizio secondo le modalità indicate nei regolamenti, che spesso venivano travalicati. La confessione estorta con la tortura e registrata dai cancellieri doveva essere ratificata dal prigioniero e se ciò non fosse avvenuto o il reo avesse ritrattato la sua confessione, quest'ultimo sarebbe stato sottoposto nuovamente alle torture. L'inquisitore poteva indagare anche d'ufficio e istruire un processo sulla base anche del semplice sospetto; egli era esso stesso giudice.

¹² Con la bolla *Ad Extirpanda* del 1252, promulgata da Innocenzo IV, vi fu per la prima volta l'approvazione pontificia della tortura come strumento di ottenimento della confessione del reo nei processi, in particolare per estorcere confessioni agli eretici.

delitti: l'interesse pubblico alla punizione dei delinquenti era considerato prevalente sull'ingiustizia e l'inumanità dello strumento probatorio¹³.

È del XVIII secolo la nascita di un organico pensiero abolizionista¹⁴; la pratica della tortura sembra essersi arrestata, almeno giuridicamente, con l'avvento delle riforme illuministiche. Centrali nel pensiero illuministico, che attribuiva particolare rilevanza e dignità alla vita umana, divennero i dibattiti sull'attualità e utilizzabilità della pena di morte e della tortura. In particolare, già nel 1705, Christian Thomasius, con il suo scritto *De tortura ex foris Christianorum proscribenda*, sottopose la tortura a una forte critica, insistendo sulla sua ingiustizia e inutilità¹⁵.

Il pensiero di Thomasius è ripreso, tra gli altri, da Cesare Beccaria nel *Dei delitti e delle pene* del 1764 (cap. XVI titolato *Tortura*)¹⁶ e da Pietro Verri in *Osservazioni sulla tortura* del 1770 (pubblicato postumo nel 1804)¹⁷.

Su tutti, l'opera di Cesare Beccaria fu determinante nell'addivenire all'affermazione dell'illiceità della tortura e contribuì alla sua scomparsa nei diversi ordinamenti giuridici in Europa¹⁸. Sulla spinta di tale corrente di pensiero, tra la seconda metà del 1700 e l'inizio del 1800, molti ordinamenti europei cancellarono la tortura giudiziaria¹⁹. Ad eliminarla dal novero delle pratiche giudiziarie il primo fu Federico II, re di Prussia, tra il 1740 e il 1754²⁰.

Oltre che strumento giudiziario per giungere alla verità, la tortura era però intesa come pena. La pena corporale veniva giustificata dall'idea giusnaturalista di uguaglianza tra delitto e pena. Su queste basi, si legittimava la pena corporale: la qualità della reazione pubblica doveva essere almeno uguale alla qualità del crimine commesso²¹.

¹³ P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo dell'età moderna*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, pp. 228-230.

¹⁴ S. BAROLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 51.

¹⁵ M. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 58-176.

¹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè Editore, Milano, 1964.

¹⁷ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Passerino Editore, Latina, 2006.

¹⁸ «*Dei delitti e delle pene* non è una riflessione teorica, ma una critica sistematica del sistema di amministrazione della giustizia prevalente nella metà del XVIII secolo», M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Casa Editrice Il Mulino, Bologna, 2008, p. 50.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 699; P. MARCHETTI, *Testis contra se.*, cit., p. 233.

²⁰ Nel 1776 la tortura fu abolita in Austria; nel 1785 nel Lombardo Veneto e nel 1789 nel Regno delle Due Sicilie; tra il 1756 e il 1790 nel Granduca di Toscana, in Russia la tortura scomparve nel 1801 e in Spagna nel 1812. L'ultima a conformarsi fu la Francia nel 1788.

²¹ S. BAROLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 53.

Il pensiero giuridico illuminista ha segnato il sorgere del “problema penale” di cui la qualità della pena è uno degli aspetti²².

Delle cinque forme fondamentali di pena, esecuzione capitale, pena corporale, pena pecuniaria, bando e detenzione, è quest’ultima ad apparire come la più “umana” e, al tempo stesso, la più funzionale perché graduabile quantitativamente in rapporto alla gravità dei reati. Consacrando i progetti illuministi, le codificazioni della fine del Settecento e degli inizi dell’Ottocento fissarono normativamente la prevalenza della detenzione sulle altre forme di punizioni²³.

La tortura ritornò a manifestarsi apertamente nel XX secolo, in particolar modo con i regimi totalitari. Si pensi alle crudeltà dei nazisti nei campi di sterminio²⁴ o dei fascisti²⁵, a quelle compiute nei *gulag* dai comunisti, o dalle dittature sud-americane²⁶, alle torture adoperate dai parà francesi in Algeria e ancora a quelle perpetrata in Grecia, Cambogia e nel Vietnam, fino agli anni Sessanta. Il terrorismo in Italia, Spagna e Irlanda negli Anni Settanta o le torture in Cecenia, Ruanda e nell’*ex* Jugoslavia, negli anni Novanta. E poi in Turchia, Afghanistan, Iraq e a Guantanamo negli anni Duemila.

La diffusione nell’opinione pubblica della “cultura dei diritti umani” e la comparsa sulla scena internazionale del supremo bene della dignità umana hanno portato a considerare la tortura come un disvalore a livello universale, che demolisce lo *status* di persona, degradandola a oggetto senza diritti e senza tutela²⁷. La dottrina la qualifica in termini di *delictum iuris gentium*, ossia come un crimine lesivo di valori condivisi da tutta la comunità internazionale²⁸. Ma non manca chi, nell’epoca della “guerra al terrorismo”, giustifica la tortura proprio in nome della salvaguardia di quei diritti fondamentali che tale pratica inesorabilmente viola²⁹.

²² Sul problema penale delineatosi nel corso del Settecento si veda G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 383 ss. «Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa». La celebre frase di Beccaria mostra la volontà di porre al centro della questione “pena” la dignità della persona.

²³ T. PADOVANI, *L’utopia punitiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, pp. 21 ss; G. RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 95ss.

²⁴ Le atrocità commesse durante la Seconda Guerra Mondiale furono portate all’attenzione del pubblico internazionale con i processi di Norimberga del 1945 e 1946. L. HUNT, *La forza dell’empatia: una storia dei diritti dell’uomo*, Laterza, Bari, 2010, p. 60.

²⁵ Si veda per tutti, M. STORCHI, *Il sangue dei vincitori: saggio sui crimini fascisti e processi del dopoguerra (1945-46)*, Aliberti, Roma 2008.

²⁶ Molti oppositori politici furono lanciati vivi dagli aerei: sono i cosiddetti *desaparecidos*.

²⁷ A. CASSESE, *Umano-Disumano. Commissariati e prigioni nell’Europa di oggi*, Laterza, Bari, 1994, pp. 72 ss.

²⁸ A. MARCHESI, *L’Italia e la protezione internazionale dei diritti umani. Un rapporto problematico*, in www.italianieuropei.it, 3/2008, con riferimento alla tortura come reato a cui è riservata giurisdizione universale.

²⁹ Per un maggior approfondimento sul tema si veda M. L. COSTERBOSA, *Vecchi e nuovi argomenti contro la tortura*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti*, cit., pp 31 ss.

«Lungi dal poter essere considerata un imbarazzante arnese del passato»³⁰, la tortura è così tornata al centro del dibattito politico e dottrinale sia a livello internazionale che interno³¹.

* * * * *

La prima parte di questa tesi si propone di offrire una ricostruzione delle fonti sovrnazionali sviluppatisi intorno al divieto di tortura.

In particolare, il primo capitolo è dedicato a un'analisi degli strumenti internazionali, secondo una triplice distinzione in: atti che si occupano in via esclusiva della tortura, tra cui ampio spazio è dedicato all'analisi della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti*; atti che, sebbene tutelino singoli diritti umani o contrastino specifici fenomeni, contengono disposizioni esplicite in cui vietano la tortura; atti che solo implicitamente proibiscono la tortura in quanto il divieto è necessariamente strumentale all'effettività della protezione accordata dalla convenzione a un certo diritto o libertà o a contrastare il fenomeno disciplinato. Segue l'esame del diritto penale internazionale da cui provengono copiose indicazioni applicative, potendo la tortura costituire sia un crimine contro l'umanità, sia un crimine di guerra.

Il secondo capitolo dà rilievo ai numerosi atti regionali-sovrnazionali che vengono suddivisi per aree geografiche: quelli extra-europei, americani, africani e asiatici, da una parte, e quelli europei, dall'altra. In particolare viene dedicata una speciale attenzione all'art. 3 della *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo* e alla ricca giurisprudenza che, complice una scarna formulazione della disposizione, si è formata sul punto. Uno sguardo viene anche volto alle azioni messe in atto dall'Unione Europea per la prevenzione e il contrasto al compimento di atti di tortura.

La seconda parte dello studio sposta l'obiettivo sull'ordinamento interno. Essa intende precisare l'esatta portata degli obblighi incombenti sul nostro legislatore, per poi procedere con l'esegesi della nuova fattispecie di tortura.

In Italia, il dibattito sulla tortura ha preso slancio a partire dalle violenze perpetrate dalle forze di polizia nel corso del G8 del 2001 a Genova e in particolare dalla complessiva impunità

³⁰ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *dir. pen. cont.* 10/2017, p. 2.

³¹ La posizione più spesso richiamata in favore della legalizzazione (e regolamentazione) della tortura è quella di A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works* (2002), trad. it. Terrorismo, Carocci, Roma, 2003, pp. 125- 156.

derivatane sul piano penale³² che ha prodotto severe condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel *leading case* Cestaro contro Italia³³, il giudice ha raccomandato caldamente l'introduzione di istituti in grado di garantire l'irrogazione di pene adeguate, cui corrisponda un'effettiva espiazione, a chiunque compia atti di tortura o altri trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁴.

In questo contesto il Parlamento, superate le critiche circa l'atteggiamento di “diffidenza” verso le forze di polizia che sottenderebbe la novella³⁵, ha approvato, a quasi trent'anni dalla ratifica della Convenzione contro la tortura, l'introduzione nel codice penale di una fattispecie *ad hoc*, con ciò dando corso – vedremo in che misura – agli impegni assunti dal nostro Paese³⁶.

Nell'ultima parte sono effettuati due *focus* su tematiche di particolare interesse perché maggiormente sensibili alla commissione di pratiche di tortura: carcere e migrazione. In particolare, nel capitolo quarto si propone un approfondimento sull'argomento relativo alle carceri.

Nessuno può privare della dignità una persona a seconda dei comportamenti che questa ha avuto: si può decidere di imprigionarla o di sanzionarla, ma non si può mai toglierle la dignità³⁷. La pretesa della legalità in carcere, come in qualsiasi altro luogo ove si trovino persone sottoposte a restrizioni di libertà, deve essere sempre ribadita con forza: «non solo l'imperio della legge non si ferma alle porte del carcere, ma, al contrario, dietro quelle porte la legge si impone più che mai»³⁸.

L'introduzione del reato di tortura nel codice penale ha contribuito anche a rafforzare questa pretesa: il divieto di tortura vale a rendere quella pratica meno probabile o almeno, e non è poco, a qualificarla senza esitazione come illegale, come espressamente bandita proprio da quelle istituzioni

³² Per una ricostruzione della vicenda, si rimanda a F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura. La sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9/04/2015.

³³ Corte Edu, sentenza *Cestaro contro Italia* del 7 aprile 2015 - Ricorso n. 6884/11.

³⁴ Per un commento, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia*, cit.; C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz Pertini fu tortura*, in *Giur. it.*, fasc. 7, 2015, pp. 1709 ss.; F. CASSIBBA, “Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola “Diaz-Pertini””, in *Dir. pen. cont.*, 27/04/2015; F. ZACCHÉ, *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2015, pp. 462-466.

³⁵ Si veda, ad esempio, Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, Resoconto stenografico della seduta del 18/06/2014, p. 5 (Gianni Tonelli, S.A.P.); Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, Resoconto stenografico della seduta del 26/06/2014, p. 3.

³⁶ Legge n. 110 del 14 luglio 2017, in G.U. n. 166, 18/07/2017. Per un primo commento, si veda. I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2017, p. 155 ss.

³⁷ E. KANT, *L'assolutismo della ragione pratica*, Laterza, Bari, 2006. La dignità deve essere salvaguardata anche qualora la persona abbia compiuto il più atroce dei crimini. La legittimazione della tortura è un tema “critico” in quanto, a volte, la sua pratica viene giustificata. Nell'esperimento etico dello scenario del *Ticking Bomb* è stato posto un quesito ai partecipanti: “supponiamo che una persona a conoscenza di un imminente attacco terroristico, destinato a uccidere moltissime persone sia nelle mani delle autorità e che fornirà le informazioni necessarie per prevenire l'attentato solo se torturato, sarà lecito torturarla?”; si rimanda per un maggior approfondimento C.R. GAZA, *Tortura in contesti di guerra: un'arma a doppio taglio?*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti*, cit., p. 120 ss.

³⁸ V. ONIDA, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, n. 11/12, 2002, p. 17.

che sono chiamate ad assicurare la legalità nei luoghi ove si opera la restrizione della libertà personale.

Viene poi dato atto anche delle drammatiche condizioni degli ambienti carcerari che conducono il detenuto a subire trattamenti inumani e degradanti. Tali *deficit* strutturali del sistema detentivo statale non possono giustificare un indebolimento delle garanzie e libertà fondamentali della persona, così come è stato più volte ribadito dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

Il quinto capitolo illustra il tema del fenomeno migratorio, prendendo in esame la tortura subita dai migranti nei Paesi di origine, di transito e di arrivo, fenomeno, sempre più diffuso anche a causa delle politiche migratorie degli Stati europei e dell'Ue che direttamente o indirettamente contribuiscono ad alimentarlo, nonché enunciando – senza pretesa di esaustività – le azioni adottate dal Governo italiano per gestire il flusso migratorio.

Infine, nelle conclusioni di questo lavoro si verificherà se gli strumenti adottati per prevenire e contrastare la tortura si siano dimostrati efficaci e in che termini, anche a fronte delle recenti argomentazioni tese a giustificare il compimento della tortura per far fronte alla minaccia terroristica.

PARTE I

CAPITOLO I LE CARTE INTERNAZIONALI CHE VIETANO LA TORTURA

SOMMARIO: Introduzione - Sezione I - Atti internazionali che si occupano esclusivamente della tortura - 1. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti - 2. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti - 2.1. Definizione di tortura - 2.2. Gli obblighi in capo agli Stati - 2.3. Tortura e pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti - 2.4. Il Comitato contro la tortura - 3. Il Protocollo facoltativo alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984 delle Nazioni Unite - 4. L'effettività della Convenzione - Sezione II - Atti internazionali che contengono apposite disposizioni di divieto di tortura - 1. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite - 2. Le Convenzioni di Ginevra - 2.1. I due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra - 3. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite - 4. Il Codice di condotta delle Nazioni Unite per i funzionari che applicano la legge - 5. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo - 6. La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna - 7. Il Manuale per un'efficace indagine e documentazione di tortura o altro trattamento o pena crudele, inumano o degradante (Protocollo di Istanbul) delle Nazioni Unite - 8. La tutela della dignità umana come argine alle pratiche di tortura Sezione III - Atti che implicitamente negano la tortura - 1. La Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e punizione del delitto di genocidio - 2. La Convenzione supplementare delle Nazioni Unite sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù - 3. La Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione della discriminazione razziale - 4. La convergenza di diritto dei diritti umani, diritto internazionale umanitario e diritto penale internazionale in materia di tortura - Sezione IV - Strumenti di diritto penale internazionale - 1. La nascita del diritto penale internazionale - 2. Lo Statuto del Tribunale Internazionale per i crimini commessi nella *ex Jugoslavia* - 3. Lo Statuto del Tribunale Internazionale per i crimini commessi nel Ruanda - 4. Lo Statuto della Corte penale internazionale - 4.1. Luci e ombre sull'operato della CPI

1. Introduzione

Il divieto di tutte le forme di tortura fu previsto già con l'adozione dei primi strumenti internazionali previsti a presidio dei diritti dell'uomo, adottati nella seconda metà del XIX secolo³⁹. Ma una maggiore sensibilità si è registrata subito dopo la Seconda Guerra Mondiale, quando emersero apertamente le atrocità commesse durante il conflitto le quali hanno segnato uno spartiacque nella storia dei diritti umani. Il dramma causato dalle potenze dell'Asse, razziste e totalitariste, ha trasmesso l'idea che la causa delle guerre fosse il disprezzo delle libertà e dei diritti umani⁴⁰ e che quindi il futuro mantenimento della pace dovesse basarsi sul rispetto, garantito su un piano sovra-statuale, dei diritti fondamentali⁴¹.

³⁹ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 27; A. SAUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Cedeam, Padova, 2002, pp. 1-3.

⁴⁰ P. MIRABELLA, *L'uomo e i suoi diritti, una riflessione etica a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, Effatà Editrice, Torino, 2009, p. 14.

⁴¹ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2009, pp. 25-26.

In virtù di questo sentimento di inadeguatezza, si è intrapreso un percorso di transizione finalizzato a instaurare un nuovo ordine internazionale in cui la tutela dei diritti umani rappresentasse non più solo un'esigenza connessa agli interessi di uno o più Stati, ma uno dei presupposti essenziali al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali⁴². Questo nuovo processo di integrazione tra gli Stati ha comportato un'erosione del principio di non ingerenza negli affari interni di uno Stato ogni qual volta fossero in pericolo i diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti. Pertanto, l'osservanza dei diritti umani non avrebbe rappresentato più una questione di diritto interno, ma riguardato l'intera comunità internazionale.

La funzione sottesa alla previsione della protezione dei diritti dell'uomo è quella di salvaguardare le libertà di tutti, comprese quelle di coloro che appartengono alle minoranze. Di conseguenza, la difesa di tali diritti fondamentali non può essere interamente lasciata ai governi degli Stati, che sono espressione della maggioranza: si rende doverosa l'imposizione di vincoli alla capacità legislativa interna. Questo risultato viene perseguito in un duplice ambito: sul piano interno, attraverso i limiti definiti dalle carte e dalle giurisprudenze costituzionali, e sul piano internazionale, con dichiarazioni di diritti e convenzioni tra gli Stati⁴³.

In questo senso, le potenze uscite vincitrici dal conflitto mondiale hanno condotto la comunità internazionale nella limitazione della sovranità degli Stati: lo Statuto delle Nazioni Unite del 1945 vede come uno dei principali obiettivi dell'organizzazione «riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana»⁴⁴.

Tra i diritti più importanti che la comunità internazionale intende tutelare si colloca quello a non essere sottoposti a tortura. L'inflizione di tortura rappresenta un tipico *vulnus* alla sfera dei diritti fondamentali dell'uomo, cioè quelli che costituiscono il nucleo fondamentale delle convenzioni, e il suo divieto è spesso considerato inderogabile⁴⁵.

Il panorama internazionale è costellato da moltissime fonti che proibiscono la tortura: sono infatti frequenti gli atti che, volgendo lo sguardo alla tutela di diritti e libertà fondamentali, contengono apposite disposizioni in tal senso, ovvero negano la tortura implicitamente. In alcuni casi poi, le Carte internazionali si sono invece occupate esclusivamente del fenomeno “tortura”, definendolo e cercando di porre un argine alla sua diffusione: la più importante di queste è

⁴² C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 77.

⁴³ A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 132-133.

⁴⁴ Carta delle Nazioni Unite, San Francisco, 26 giugno 1945, Preambolo. A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 134; T. TREVES, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 191 ss.

⁴⁵ A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 8.

certamente la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti*.

Sezione I

Atti internazionali che si occupano esclusivamente della tortura

1. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti

La *Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti* costituisce il primo atto dedicato esclusivamente alla tortura, nonché la premessa di quella che sarà, nel 1984, la *Convenzione contro la tortura delle Nazioni Unite*⁴⁶.

All'inizio degli anni Settanta, grazie all'attività e alla pressione esercitata da alcune Organizzazioni Non Governative (ONG), l'attenzione della comunità internazionale sul fenomeno della tortura è aumentato esponenzialmente.

Nonostante diverse disposizioni pattizie – come meglio si dirà – contenessero già un espresso divieto di tortura, peraltro in alcuni casi non suscettibile di deroga e dotato di organi di controllo, la gravità del fenomeno rendeva necessaria un'attenzione specifica da parte del diritto internazionale convenzionale⁴⁷.

La prima risoluzione delle Nazioni Unite che ha condannato la diffusione del fenomeno risale al 1973⁴⁸. In quella occasione, l'Assemblea generale aveva raccomandato agli Stati di vietare la tortura con strumenti vincolanti e si era impegnata a tornare in modo più incisivo sul tema. Infatti, due anni dopo, il 9 dicembre 1975, a New York, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato, con Risoluzione N. 3452 (XXX), la *Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti*.

Come succede spesso in ambiti di tutela settoriale, quindi, l'adozione dello strumento *ad hoc* definitivo e vincolante è stata anticipata dalla fissazione delle linee fondamentali attraverso un'apposita dichiarazione non obbligatoria⁴⁹.

⁴⁶ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'Uomo*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 41; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Diritto.it*, 29 ottobre 2009, p. 6; G. CONSO – A. SAUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001, p. 307; A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., pp. 115-116.

⁴⁷ G. CONSO – A. SAUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 307; A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., pp. 115-116.

⁴⁸ Risoluzione A/res/3059, *Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. Si veda C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Diritto.it*, 29 ottobre 2009, p. 3.

⁴⁹ G. CONSO – A. SAUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 307; A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., pp. 115-116.

Seppur costituisca solo uno strumento di *soft law*, la Dichiarazione è estremamente rilevante, in quanto ha fissato per la prima volta una serie di principi, che saranno la matrice di tutti i futuri strumenti settoriali in materia di tortura, universali o regionali.

Innanzitutto si trova una definizione della fattispecie, la prima sul piano internazionale. L'art. 1 della Dichiarazione sancisce infatti che «il termine tortura indica ogni atto per mezzo del quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, vengono deliberatamente inflitte a una persona da agenti dell'amministrazione pubblica o su loro istigazione, principalmente allo scopo di ottenere da questa persona o da un terzo delle informazioni o delle confessioni, o di punirla per un atto che essa ha commesso o che è sospettata di aver commesso, o di intimidirla o di intimidire altre persone. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a queste sanzioni o da esse cagionate, in una misura compatibile con le Regole minime *standard* per il trattamento dei detenuti»⁵⁰.

La disposizione individua nella particolare gravità e nell'intenzionalità il discriminio tra un semplice maltrattamento e l'inflizione di tortura in senso stretto.

La Dichiarazione ha il pregio di aver sancito nei suoi dodici articoli, oltre alla definizione di tortura, alcune linee generali di condotta, che i futuri strumenti *ad hoc* continueranno a rievocare.

È esplicitato che il divieto di tortura non è passibile di deroga in alcuna circostanza (art. 3); inoltre, è necessario prevedere programmi di formazione per le forze di polizia, al fine di sensibilizzarle sul tema (art. 5). In capo allo Stato vengono posti una serie di obblighi precisi: l'obbligo di *prevenzione*, per cui lo Stato deve controllare sistematicamente le pratiche di interrogatorio e il trattamento delle persone *in vinculis* (art. 6); l'obbligo di *inchiesta*, per cui, quando è ragionevole credere che sia stata commessa tortura, sullo Stato grava il dovere di procedere d'ufficio e senza ritardo a un'inchiesta imparziale (art. 9); l'obbligo di *incriminazione*, per cui lo Stato deve adottare provvedimenti in grado di impedire la commissione di tortura (art. 4) e, in particolare, «ogni Stato assicura che tutti gli atti di tortura», insieme a tentativo, complicità o istigazione alla tortura, «siano considerati reato dalla legislazione penale», (art. 7). Infine, la vittima di tortura deve trovare nella legislazione nazionale il diritto a una riparazione e a un indennizzo (art. 11) ed eventuali dichiarazioni rilasciate sotto tortura non possono essere utilizzate come prova in alcun procedimento (art. 12).

Alcune di queste disposizioni (artt. 7 e 9, rispettivamente sull'obbligo di incriminazione e sull'obbligo d'inchiesta) attengono alla sola fattispecie di tortura, e non anche alle pene o

⁵⁰ La definizione è piuttosto precisa e contiene numerosi elementi, soggettivi e oggettivi, che devono caratterizzare gli atti vietati. Siccome la definizione contenuta nell'art. 1 della *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984 (CAT) è formulata in modo quasi identico, si rimanda l'analisi degli elementi costitutivi all'esame di quel documento, di cui questa Dichiarazione è una anticipazione.

trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Inoltre, l'art. 10 pretende che, di fronte alla commissione accertata di atti di tortura, si proceda in sede penale; mentre, se viene accertata solo la commissione di trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, possono essere applicate sanzioni penali o – alternativamente – sanzioni disciplinari o «altri provvedimenti appropriati». Questa impostazione, piuttosto discutibile in quanto garantisce diversi livelli di protezione tra le due categorie senza però effettuarne una precisa distinzione, caratterizzerà anche la futura *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti* (CAT)⁵¹.

2. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti

Il testo della *Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, approvato con Risoluzione N. 39/46 del 10 dicembre 1984⁵², rappresenta la fonte più autorevole mai redatta in materia di tortura. La sua vocazione universale, la vincolatività delle sue disposizioni per gli Stati che l'hanno ratificata e la previsione di un efficace sistema di controllo la rendono il pilastro principale del diritto internazionale nella lotta contro la tortura.

La Convenzione si articola in tre parti: la Parte I contiene disposizioni che definiscono e vietano la tortura, stabiliscono un sistema di giurisdizione universale e specificano le responsabilità degli Stati per prevenire e sanzionare le pratiche di tortura perpetrare nell'ambito della loro giurisdizione; la Parte II istituisce un sistema di monitoraggio basato sul *Comitato contro la tortura*, competente a ricevere i rapporti degli Stati sui provvedimenti adottati per svolgere i compiti in essa previsti. A determinate condizioni, il Comitato può inoltre ricevere sia le comunicazioni con cui uno Stato parte dichiara che un altro Stato parte non adempie agli obblighi contemplati nella Convenzione, sia le comunicazioni presentate da individui che sostengono di essere stati vittime di una violazione. Infine, la Parte III contiene clausole facoltative, in base alle quali gli Stati parti possono accettare la competenza del Comitato a ricevere comunicazioni da Stati e individui.

L'originalità di questa Convenzione consiste, quindi, nella coesistenza di due sistemi distinti: da una parte, un meccanismo di repressione degli atti di tortura; dall'altra, un sistema di controllo sull'applicazione della Convenzione stessa⁵³.

⁵¹ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 4.

⁵² Per un commento articolo per articolo di tutta la Convenzione, si veda J. H. BURGERS – H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht-Boston- Londra, 1988, pp. 114 ss.

⁵³ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 205.

2.1. Definizione di tortura

Ai fini della Convenzione, all'art. 1, è sancito che «il termine “tortura” indica «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate».

Quella accolta nell'art. 1 della CAT (*Convention Against Torture*) è una definizione piuttosto rigida, che richiede la contestuale presenza di una pluralità di elementi perché si possa ritenere violata la Convenzione⁵⁴. Ciò ne limita la portata applicativa.

La definizione di “tortura” prevista dall'art. 1 della Convenzione è più riduttiva di quella contenuta in altre fonti internazionali, come il *Patto sui diritti civili* e la *Convenzione europea sui diritti umani*. In particolare la Convenzione ONU richiede, per reputare un determinato comportamento come un atto di tortura, che questo sia caratterizzato da uno scopo specifico; inoltre è necessario il coinvolgimento di un pubblico ufficiale, anche se si sostanzia soltanto in un comportamento acquiescente o di consenso, mentre la *Corte europea dei diritti umani* e il *Comitato dei diritti umani* hanno talvolta ammesso che la tortura possa comprendere anche azioni individuali dei privati⁵⁵.

Inoltre, in linea con altri strumenti convenzionali, è formulato un divieto assoluto di tortura, che non può essere derogato in nessuna circostanza, come specificato dall'art. 2, comma 2⁵⁶.

Nonostante la norma definisca la tortura come «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti a una persona dolore o sofferenze forti», pacificamente la disposizione è applicabile anche alle sofferenze procurate tramite omissioni poiché, altrimenti, si offrirebbe il

⁵⁴ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

⁵⁵ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 206.

⁵⁶ Il comma 2 dell'art. 2 stabilisce: «nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura».

fianco a facili elusioni della Convenzione⁵⁷. A dispetto della formulazione letterale, quindi, agli atti sono equiparabili le omissioni: a titolo di esempio, si pensi alla privazione di cure, cibo, acqua⁵⁸.

Nella definizione di tortura è inclusa non soltanto la sofferenza fisica, ma anche quella mentale⁵⁹.

La sofferenza costituisce un elemento imprescindibile ed essenziale della fattispecie, così escludendo dalle garanzie i maltrattamenti operati con le moderne tecniche psicologiche e chimiche che eludono la percezione del dolore, tuttavia riducendo la volontà e l'autonoma scelta della vittima⁶⁰. Dunque, per le Nazioni Unite, il diritto a non essere sottoposti a tortura tutela solo la libertà dalla sofferenza, e non l'intera idea di dignità umana e integrità della coscienza⁶¹.

Elemento cardine della tortura, per la Convenzione, è rappresentato dagli atti inflitti contro una persona, che le cagionano «dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche». Si tratta dunque di una fattispecie ad evento, rappresentato dal dolore o dalle sofferenze patite in conseguenza dell'azione o dell'omissione integrante la tortura.

I patimenti devono essere «acuti»: non rileva pertanto qualsiasi dolore sofferto, ma solo quello che è idoneo, in virtù di un apprezzabile giudizio, a essere considerato eccedente una certa soglia di consistenza⁶². Viene esclusa in tale maniera la rilevanza giuridico-penale di quei mali ordinari, considerati una normale conseguenza dell'ingiustizia subita, ma anche di una condotta lecita⁶³. La soglia che distingue le sofferenze sufficientemente acute da rientrare nella previsione dell'art. 1 della Convenzione da quelle più blande non è – e non potrebbe essere – rigidamente fissata in astratto, dipendendo dalle circostanze del caso concreto⁶⁴.

⁵⁷ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, p. 304; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

⁵⁸ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture* cit., p. 304.

⁵⁹ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 206.

⁶⁰ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., pp. 304-305; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 8.

⁶¹ Tale impostazione è criticata da M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., pp. 304-305.

⁶² L'orientamento consolidato della Corte Edu è nel senso di richiedere che un maltrattamento raggiunga un minimo di gravità per ricadere sotto l'applicazione della norma. La valutazione di tale minimo è essenzialmente relativa e dipende dall'insieme dei dati della causa e, in particolare, dalla durata del trattamento, dai suoi effetti fisici e mentali, così come, a volte, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima. Tra gli altri fattori da considerare vi è anche lo scopo per il quale è stato inflitto il maltrattamento, nonché l'intenzione o la motivazione che lo hanno ispirato, o ancora il contesto nel quale si è verificato.

⁶³ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., pp. 304-305; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 8.

⁶⁴ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

Proprio l'intensità del dolore o della sofferenza provocata alla vittima è il discriminio tra la tortura e altre forme di maltrattamento meno gravi⁶⁵. Ma l'esistenza stessa di una tutela differenziata per la tortura e per i maltrattamenti più leggeri è un criterio confutabile per valutare i comportamenti degli Stati poiché anche l'inflizione di dolori e sofferenze meno intense è una condotta grave e lesiva dei diritti umani; inoltre, rendere i maltrattamenti lievi meno condannabili, rischia di contribuire alla loro diffusione⁶⁶.

La fattispecie è poi caratterizzata dal dolo intenzionale, stante l'utilizzo dell'avverbio «intenzionalmente», in assenza del quale ricorrerà l'ipotesi dei trattamenti inumani o degradanti, che non sono invece inclusi nella definizione di tortura⁶⁷.

La nozione evita agli Stati che causano dolore solo per negligenza di subire una condanna. Ma per evitare che con l'etichetta della negligenza non vengano intenzionalmente garantiti i servizi essenziali, è necessario verificare in concreto se gli agenti intendessero infliggere sofferenze o davvero non avessero i mezzi per garantire un trattamento dignitoso⁶⁸. Se l'intenzione non è dimostrata, non si configurerà un'ipotesi di tortura, bensì di trattamenti inumani o degradanti, non compresi nella definizione all'art. 1 di cui sopra.

La Convenzione prevede anche una finalità di destinazione dell'atto. In particolare, il comportamento afflittivo deve essere indirizzato a ottenere, dalla persona nei cui confronti la condotta è rivolta o da un terzo, informazioni o confessioni; a punire la vittima a fronte di un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver compiuto, a intimidire o esercitare pressioni su di lei o nei confronti di altri o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione⁶⁹.

La fattispecie è così sorretta da una duplice forma di dolo: oltre a quello intenzionale, si ravvisa il dolo specifico, poiché la disposizione contiene un'elencazione di ipotesi che sono sottese all'azione del colpevole («al fine segnatamente di [...]»)⁷⁰.

La lista degli scopi di cui all'art. 1 della Convenzione non è ritenuta esaustiva. Pur tuttavia, solo fini ricollegabili a quelli previsti sembrano poter caratterizzare una violazione della CAT⁷¹. Lo scopo dell'agente non è quasi mai di agevole accertamento, essendo un elemento soggettivo e

⁶⁵ G. CITRONI – T. SCOVAZZI, *La tutela internazionale dei diritti umani*, T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale, Parte III*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 334 ss.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁶⁹ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 8.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁷¹ *Ibidem*, p. 9.

dunque non tangibile all'esterno. Per questo, lasciare che l'elenco degli scopi sia – almeno parzialmente – aperto, consente di raggiungere un campo di applicabilità più ampio⁷².

In ogni caso, può essere oggetto di critica la scelta di limitare la protezione dalla tortura attraverso la previsione di un criterio finalistico. Innanzitutto, tra gli scopi coscienti, è stata omessa l'intenzione di eseguire esperimenti scientifici senza il consenso della vittima, che il *Patto sui diritti civili e politici* del 1966, invece, ad esempio, vieta. E l'elencazione esclude anche la nutrita serie di torture commesse per gelosia, vendetta o altre motivazioni personali⁷³.

Il testo dell'art. 1 della CAT precisa che un atto di tortura può essere anche dettato da qualunque motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione. Per parte della dottrina⁷⁴, quest'ultimo elemento è impreciso in quanto la discriminazione, senza alcuna specificazione, risulta una nozione giuridica difficilmente definibile.

Uno degli aspetti più discussi della nozione contenuta nella *Convenzione ONU contro la tortura* è costituito dall'esclusione dei privati tra i possibili autori della condotta⁷⁵. La Convenzione contempla, infatti, solo la “tortura ufficiale”⁷⁶: l'art. 1 considera un atto come tortura solo qualora, oltre a tutti gli altri elementi necessari, «tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito».

Una scelta siffatta sembra essere limitativa della sfera di applicazione della disciplina *de qua*, poiché esclude un insieme di condotte che non possono considerarsi rilevanti ai fini della configurazione della tortura in quanto commesse da soggetti non qualificati⁷⁷.

Dal punto di vista della vittima che subisce un'azione o omissione che le arreca sofferenza e dolore acuti è però probabilmente del tutto irrilevante se la condotta sia stata eseguita da un privato o da un ufficiale dello Stato.

La rilevanza della qualifica soggettiva può influire tutt'al più sul maggiore disvalore dell'azione, dal momento in cui chi pratica atti qualificabili in termini di tortura è anche servitore

⁷² *Ibidem*, p. 9.

⁷³ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., p. 305.

⁷⁴ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 206.

⁷⁵ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 9.

⁷⁶ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 206.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 7.

dello Stato e dunque soggetto che per la sua funzione e qualifica ricopre un ruolo di responsabilità e di protezione nei confronti dei singoli e della collettività⁷⁸.

La ragione sottesa all'introduzione della disciplina della Convenzione all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati firmatari sembrerebbe dunque quella di punire non qualsiasi sevizia finalizzata al raggiungimento di uno scopo tassativamente determinato, bensì quella commessa da un pubblico ufficiale, che con le sue modalità di operare viola i diritti fondamentali della persona. La scelta operata a livello internazionale è quindi quella di non considerare le violenze *in re ipsa* qualificate come tali, inflitte unicamente per la sussistenza di una brutale ostilità tra torturato e torturatore, ovverosia veemenze fini a loro stesse, perpetuate senza che ricorra un determinato scopo, ma al sol fine di procurare dolore.

D'altro canto, a fronte del contenimento dell'operatività della disciplina in oggetto, si riscontra una speculare estensione della regolamentazione a tutte le ipotesi di istigazione da parte del pubblico ufficiale alla commissione di atti qualificabili in termini di tortura.

La previsione è inoltre più ampia di quella che era contenuta nella *Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti* del 1975, la quale comprendeva tra i possibili autori solo gli agenti dell'amministrazione pubblica o soggetti da loro istigati; mentre non erano vietati gli atti commessi da «ogni altra persona che [agisse] a titolo ufficiale» né di soggetti che agissero con il consenso espresso o tacito dell'agente pubblico. L'estensione rileva poiché impedisce agli agenti statali di perpetrare maltrattamenti servendosi di terzi privati come esecutori materiali, o omettendo di interrompere e punire torture spontaneamente inflitte da privati⁷⁹.

Accogliere la nozione di tortura della CAT significa dunque, in pari tempo, accettare la visione che essa possa essere espressamente inflitta soltanto da pubblici ufficiali e per gli scopi già precisati⁸⁰.

Nonostante la lettera della norma attenga solo ad agenti e incaricati dello Stato, va dato atto che, secondo una parte della dottrina, in forza dell'efficacia orizzontale dei trattati internazionali sui diritti umani (*Drittewirkung*), lo Stato deve ritenersi obbligato ad assumere tutte le misure necessarie affinché tali atti non siano posti in essere da altre persone, prevedendo in particolare adeguate forme di sanzione nei confronti dei responsabili di torture e altri maltrattamenti⁸¹.

⁷⁸ Di tale avviso è il Parlamento italiano che non ha accolto la nozione di tortura così come delineata dalla Convenzione ONU nella difficile e lunga redazione della disposizione di legge penale che prevede l'introduzione dello specifico reato.

⁷⁹ A. BYRNES, *The Committee against Torture*, in P. ALSTON (a cura di), *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 516-518.

⁸⁰ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, Mondadori, Milano, 1999, pp. 20-21.

⁸¹ G. CONSO – A. SAUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 310; A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 117.

Inoltre, la definizione di “tortura” accolta dalle Nazioni Unite esclude espressamente che possa considerarsi tale impartire dolore o sofferenze attraverso l’esecuzione di una sanzione legittima.

Il principio è meritevole di consenso, in quanto le sanzioni previste dai sistemi penali nazionali comportano inevitabilmente un certo grado di sofferenza e umiliazione che, finché non viene intenzionalmente aggravato, non deve poter fondare una responsabilità dello Stato.

Ciò nonostante la specificazione che il dolore o le sofferenze derivanti da sanzioni legittime non rientrano nella definizione di tortura, e sono quindi sottratte alla disciplina della Convenzione, ha creato alcune perplessità. Tale deroga è infatti suscettibile di differenti interpretazioni da parte di Stati con diversi ordinamenti giuridici⁸². Alcuni Paesi – soprattutto certi Stati islamici – ammettono pene corporali e capitali crudeli e inumane⁸³. Ciò comporta che uno stesso comportamento brutale venga considerato come violazione della Convenzione se attuato in alcuni Stati e non se attuato in altri, che lo praticano in modo sistematico come pena⁸⁴.

Per ovviare a tale conseguenza, già durante i lavori preparatori della Convenzione, diversi Stati avevano sottolineato la necessità di interpretare l’espressione «*lawful sanctions*» in modo uniforme. In particolare, i Paesi occidentali erano concordi nel ritenere che la deroga prevista per le sanzioni legittime non fosse ammissibile qualora queste avessero violato i criteri internazionali generalmente accettati, come ad esempio, l’art. 2 della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*⁸⁵.

2.2. Gli obblighi in capo agli Stati

Con la *Convenzione contro la tortura*, gli Stati hanno assunto una serie di obblighi molto precisi.

Innanzitutto, essi devono generalmente prevenire la commissione di tortura, adottando le necessarie misure legislative, amministrative e giudiziarie (art. 2, comma 1).

Sono espressamente vietate anche le “violazioni indirette” del divieto di tortura, cioè quelle violazioni che si concretizzano non in un maltrattamento compiuto direttamente dallo Stato, ma nell’esecuzione dell’espulsione, del respingimento o dell’estradizione di una persona «verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura»

⁸² M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 207.

⁸³ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., pp. 179-180; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 11.

⁸⁴ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 11.

⁸⁵ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 207.

(art. 3, comma 1). In particolare, le autorità competenti dovranno rifiutare l’estradizione o impedire l’espulsione qualora accertino che nello Stato di destinazione si verificano violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce dei diritti umani.

Il criterio selettivo non è quindi la pratica sistematica della tortura nello Stato di destinazione, ma più genericamente la violazione dei diritti umani⁸⁶. La norma si fonda su un criterio di presunzione a favore dell’individuo: si reputa cioè che, laddove si verifichino sistematiche violazioni dei diritti umani, sia altamente probabile il compimento di atti di tortura⁸⁷.

La Convenzione sancisce chiaramente, all’art. 4, comma 1, un obbligo di incriminazione in capo agli Stati in quanto «ogni Stato parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale»; lo stesso deve valere per i tentativi di realizzazione del reato e per il concorso nel reato (art. 4, comma 2). Quindi, la CAT impegna gli organi nazionali ad adottare appositi strumenti giuridici per punire gli autori dei comportamenti vietati⁸⁸.

Inoltre, non basta che l’ordinamento punisca la tortura: è necessario che le sanzioni risultino adeguate agli atti e «tengano conto della loro gravità» (art. 4, comma 3); ed è previsto all’art. 7, comma 2, che gli atti di tortura siano trattati come «trasgressioni [...] di natura grave».

È però accaduto – e accade – che gli Stati non abbiano dimostrato – e non dimostrino – particolare sollecitudine a provvedere in tal senso, con la conseguenza che il mancato adempimento degli obblighi della Convenzione comporta l’impossibilità giuridica di assicurare alla giustizia individui autori, o mandanti, di tortura⁸⁹. Anche l’Italia deve annoverarsi tra gli Stati che per molto tempo si sono sottratti all’adempimento degli obblighi assunti.

Ancora, secondo gli artt. 5, 7, comma 1, e 8 la tortura è un crimine tanto grave da fondare l’universalità della giurisdizione su di esso⁹⁰. Ogni Stato deve conoscere dei reati di tortura commessi nel proprio territorio, o per mano di un suo cittadino, o – se lo ritiene opportuno – a offesa di un suo cittadino (art. 5).

Inoltre, lo Stato «sul cui territorio viene scoperto il presunto autore di una trasgressione», anche se non è competente per territorio o nazionalità, deve, alternativamente, estradare il sospettato

⁸⁶ *Ibidem*, p. 211.

⁸⁷ S. BORELLI, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 724 ss.

⁸⁸ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’Uomo*, cit., p. 42.

⁸⁹ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 229.

⁹⁰ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., pp. 313-314.

verso lo Stato che ne faccia richiesta, ovvero esercitare direttamente la propria giurisdizione penale⁹¹.

In un'ottica di prevenzione, è stabilito che la formazione del personale che applica la legge e del personale medico sia integrata da insegnamenti sull'interdizione della tortura (art. 10) e che gli Stati sorveglino sulle pratiche di interrogatorio, custodia e trattamento delle persone *in vinculis* per prevenire la diffusione delle attività vietate (art. 11).

Alla previsione degli obblighi di incriminazione e prevenzione si aggiunge il dovere, per gli Stati, di procedere «immediatamente a un'inchiesta imparziale, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione» (art. 12). A rafforzamento di questo dovere d'inchiesta, si aggiunge il successivo articolo 13, che garantisce alle presunte vittime di tortura il diritto di sporgere denuncia, cui deve seguire un immediato e imparziale esame della causa, e il diritto di attore e testimoni a ricevere protezione.

L'art. 14 garantisce alle vittime di tortura e altri maltrattamenti «il diritto di ottenere riparazione e di essere equamente risarcito»⁹².

In ultimo luogo, tutte le dichiarazioni che sono state ottenute per mezzo di tortura sono colpite da una totale inutilizzabilità come elemento di prova in un procedimento, fatta eccezione, ovviamente, per quello volto a punire i presunti autori della violenza, solo «al fine di determinare che una dichiarazione è stata resa» sotto tortura (art. 15).

2.3. Tortura e pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti

Il progetto dell'art. 1 comprendeva anche un altro paragrafo che distingueva tra “tortura” e “trattamenti inumani o degradanti”. Tale disposizione non venne però inserita nel testo finale della Convenzione. Tuttavia, è stato introdotto nella Convenzione l'art. 16 che proibisce atti consistenti in pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura, qualora siano compiuti da un funzionario pubblico, o sotto sua istigazione o con il suo consenso espresso o tacito⁹³.

Tale definizione è stata sottoposta ad alcune critiche. In primo luogo, un atto inumano o degradante viene definito in negativo: esso è rappresentato da un qualsiasi comportamento che non

⁹¹ A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 118; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 179.

⁹² M. E. TARDO, *The United Nations Convention against Torture*, cit., p. 314.

⁹³ L'art. 16 stabilisce che «ogni Stato Parte si impegna a proibire in ogni territorio sotto la sua giurisdizione altri atti costitutivi di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura quale definita all'articolo 1, qualora siano compiuti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisce a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Gli obblighi enunciati agli articoli 10, 11, 12 e 13, in particolare, sono applicabili sostituendo la menzione di tortura con quella di altre forme di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti».

è tortura. Non viene specificata la soglia di gravità necessaria a distinguere un atto di tortura da quello inumano o degradante. Per stabilire quando una condotta debba qualificarsi come crudele, inumana o degradante, è necessario attingere ai principi fissati dalla giurisprudenza del *Comitato contro la tortura*⁹⁴ da cui si evince che i criteri che permettono di riconoscere la fattispecie di tortura da quelle di maltrattamenti minori risiederebbero principalmente nella particolare intensità delle sofferenze procurate alla vittima e nella presenza di uno scopo specifico⁹⁵.

La Convenzione designa due diversi gradi di protezione per i due diversi maltrattamenti. Da un lato, la tortura è combattuta attraverso l'imposizione di tutta una serie di obblighi per gli Stati firmatari; dall'altro lato, i trattamenti e le pene crudeli, inumani o degradanti, seppur espressamente vietati, sono tutelati con l'operatività solo degli artt. 10, 11, 12 e 13: gli unici articoli cui l'art. 16 fa espresso rinvio⁹⁶.

L'art. 16 risulta meno vincolante per gli Stati in quanto si limita a stabilire che questi si impegnano a proibire atti consistenti in pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, mentre le disposizioni concernenti gli atti di tortura prevedono per gli Stati un vero e proprio obbligo di vietare tali atti. Inoltre, l'art. 2, comma 2, non sancisce il divieto assoluto di trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti: sembrerebbe quindi possibile concludere che gli Stati, in caso di circostanze eccezionali, hanno facoltà di derogare a questo divieto.

2.4. Il Comitato contro la tortura

La seconda parte della Convenzione contro la tortura (artt. 17-24) ha istituito e regolamentato le funzioni di un nuovo organismo, preposto al controllo del rispetto degli obblighi sanciti dalla Convenzione: il *Comitato contro la tortura* (anch'esso spesso abbreviato con la sigla CAT).

Il Comitato è composto da dieci esperti dei diritti dell'uomo, i quali siedono a titolo personale nel Comitato per quattro anni (art. 17). Il *Comitato contro la tortura* ha una competenza settoriale e specifica in quanto si occupa esclusivamente del diritto a non essere sottoposti a tortura⁹⁷.

⁹⁴ A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 118.

⁹⁵ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 6.

⁹⁶ Ne consegue che altri importanti principi fissati dalla Convenzione (si pensi, in particolare, all'inderogabilità del divieto, al divieto di violazione tramite estradizione, agli obblighi di incriminazione e giurisdizione universale, al diritto ad ottenere un risarcimento e alla non utilizzabilità delle informazioni ottenute grazie all'inflizione di sofferenze) non risultano applicabili a maltrattamenti diversi dalla tortura.

⁹⁷ Il *Patto sui diritti civili e politici* è stato un importante punto di riferimento per l'istituzione del CAT: dal punto di vista procedurale, infatti, gli articoli 21 e 22 della *Convenzione contro la tortura* ricalcano rispettivamente gli articoli 41 e 42 del Patto e gli articoli 1 e 5 del primo Protocollo facoltativo a tale Patto, relativi alle competenze del Comitato dei diritti umani: A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., pp. 119-120.

La sua funzione è quella di esaminare i rapporti periodici degli Stati contraenti «sulle misure da loro adottate al fine di dare esecuzione ai loro impegni», da presentarsi entro un anno dall’entrata in vigore della Convenzione e, successivamente, ogni quattro anni (art. 19).

Il sistema di controllo, attraverso la trasmissione di rapporti da parte degli Stati, è rimesso pressoché interamente alla volontà e buona fede di questi ultimi. Frequenti sono i casi in cui gli Stati trasmettono con notevole ritardo i loro rapporti, o inviano rapporti completi o inadeguati, o si rifiutano di fornire ulteriori informazioni al Comitato⁹⁸. Non essendo dotato di poteri coercitivi, esso non può costringere uno Stato a presentare il suo rapporto entro i termini e secondo le modalità stabilite⁹⁹. Una volta ricevuto il rapporto, l’organismo non potrà che limitarsi a dolersi del ritardo dello Stato nell’assolvimento dei suoi obblighi in materia di procedura di segnalazione¹⁰⁰.

Sono evidenti i limiti di questo meccanismo di controllo: quando il Comitato esamina un rapporto non vi è obbligo per lo Stato interessato di inviare un proprio delegato per ribattere i fatti contestati, né lo Stato è tenuto a rispondere a particolari questioni sollevate dal Comitato. Inoltre, una volta contestato il compimento di atti di tortura in uno Stato, il Comitato non ha – nell’immediato futuro – alcuna possibilità di verificare se lo Stato abbia adottato le misure necessarie per eliminare tale pratica; dovrà, infatti, attendere la presentazione del nuovo rapporto da parte dello Stato interessato che, come si è detto, avverrà dopo quattro anni¹⁰¹.

Oltre a ricevere rapporti periodici dagli Stati, il Comitato è competente ad acquisire informazioni sulla pratica sistematica della tortura esercitata sul territorio di uno Stato parte¹⁰². In questi casi, il Comitato – cercando la collaborazione dello Stato stesso – ha il dovere di avviare un’inchiesta riservata, anche eventualmente visitando il territorio dello Stato (art. 20)¹⁰³.

L’esito di tale inchiesta è subordinato, comunque, alla volontà dello Stato di cooperare: il Comitato deve, infatti, chiedere la collaborazione dello Stato e, soltanto con il suo consenso, i membri della missione d’inchiesta potranno recarsi nel luogo in cui c’è motivo di ritenere che siano stati compiuti atti di tortura.

⁹⁸ Ad esempio, il Cile ha presentato il suo terzo rapporto il 28 ottobre 2002, con ben cinque anni di ritardo.

⁹⁹ Per facilitare e incentivare la redazione di rapporti completi ed esaustivi, il Comitato ha formulato delle linee guida indicanti agli Stati parti le informazioni che devono essere incluse nei rapporti: si veda *General Guidelines for Initial Reports*, CAT/C/4/Rev.2 del 18 giugno 1991 e *General Guidelines the Form and Contents of Periodic Report to Be Submitted by States Parties*, CAT/C/147Rev.1 del 2 giugno 1998. In particolare, ogni rapporto dovrebbe essere diviso in due parti: la prima consistente in una sezione generale che introduce il quadro giuridico dello Stato chiamato ad adempiere quanto richiesto dalla Convenzione; la seconda contenente le informazioni in dettaglio sulle misure adottate per attuare le singole disposizioni della Convenzione.

¹⁰⁰ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 215.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 215-216.

¹⁰² *Ibidem*, p. 215.

¹⁰³ M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., p. 317.

Alla fine delle indagini, essi devono spedire al Comitato un rapporto su quanto constatato; questi, a sua volta, successivamente aver valutato le conclusioni ivi contenute, trasmette il rapporto allo Stato interessato¹⁰⁴.

Secondo il dettato dell'art. 20, il potere d'inchiesta del Comitato non è illimitato. Le indagini possono essere svolte soltanto qualora siano pervenute informazioni attendibili sullo svolgimento di una pratica sistematica di tortura di uno Stato. Tale condizione ha effetti limitativi dell'azione dell'organismo nella lotta contro la tortura, in quanto esso non potrà esercitare inchieste su casi isolati di tortura, anche se fosse in possesso di notizie fondate al riguardo. Ed inoltre non potrà condurre alcuna indagine basandosi su informazioni riguardanti atti crudeli, disumani e degradanti, poiché l'art. 20 prevede questa competenza solo con riferimento ad atti di tortura¹⁰⁵.

La possibilità di esercitare il già limitato potere d'inchiesta e di visita del Comitato può venire meno in forza dell'applicazione dell'art. 28 della Convenzione che consente agli Stati parti di dichiarare, al momento della firma o della ratifica, di non conoscere la competenza attribuita al Comitato di procedere a inchieste nei loro confronti ed effettuare delle visite sul loro territorio, come previsto all'art. 20¹⁰⁶.

Il compito più importante attribuito al Comitato è tuttavia quello di esaminare i ricorsi, che possono essere denunce provenienti dagli stessi Stati (art. 21: ricorsi inter-statuali), oppure dagli individui che lamentino di essere vittime di torture o altre pene o trattamenti vietati (art. 22: ricorsi individuali)¹⁰⁷.

Accanto al meccanismo di controllo basato sull'invio di rapporti periodici degli Stati al Comitato, la Convenzione prevede un controllo consistente nella facoltà per gli Stati parti di comunicare al Comitato eventuali violazioni delle disposizioni della Convenzione ad opera di uno Stato parte¹⁰⁸.

Affinché possa essere ammessa questa procedura, è necessario che entrambi gli Stati – quello che si rivolge al Comitato per denunciare l'inosservanza della Convenzione e quello presunto

¹⁰⁴ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 216.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 216.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 216 – 217.

¹⁰⁷ G. CONSO – A. SAUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., pp. 310-311; A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 119; C. DEFILIPPI, D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 363; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 42. I ricorsi possono essere presentati anche da terze persone, vicine alla vittima, senza formale mandato. La mancanza di una previsione in tal senso avrebbe comportato la totale impossibilità di tutelare soggetti scomparsi o detenuti in luoghi segreti: M. E. TARDU, *The United Nations Convention against Torture*, cit., p. 316.

¹⁰⁸ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 217.

autore della violazione – abbiano riconosciuto la competenza del Comitato a pronunciarsi sulla denuncia¹⁰⁹.

L'art. 21 prevede poi un procedimento che coinvolge soltanto gli Stati. In particolare, lo Stato il quale suppone che un altro Stato non applichi le disposizioni della Convenzione, può chiedere a quest'ultimo la trasmissione di chiarimenti per spiegare i motivi della presunta violazione. Se entro sei mesi dalla richiesta di spiegazioni la questione non è stata composta amichevolmente, ciascuno degli Stati ha il diritto a rivolgersi al Comitato. Dopo essersi assicurato che tutti i ricorsi interni disponibili sono stati esperiti ed esauriti¹¹⁰, il Comitato, a porte chiuse ed entro un anno, esamina la comunicazione ricevuta e si attiva per addivenire a una definizione conciliativa della questione¹¹¹. Qualora esso non sia riuscito a giungere a una soluzione amichevole, si limita a una descrizione dei fatti che viene comunicato agli Stati (art. 21, comma 1).

I limiti di tale procedura sono evidenti. Il Comitato si occupa di redigere un rapporto contenente i termini dell'eventuale composizione amichevole della questione, ma la sua soluzione non è vincolante e deve essere condivisa dagli Stati interessati¹¹².

La Convenzione consente anche agli individui, che sostengono di essere vittime di tortura, di rivolgersi al Comitato (art. 22, comma 1). Anche tale diritto è, però, subordinato alla volontà degli Stati parti; infatti, il singolo potrà adire il Comitato solo se lo Stato presunto autore della violazione della Convenzione abbia dichiarato di riconoscere la competenza del Comitato a ricevere ed esaminare le comunicazioni a esso sottoposte (art. 22, comma 1).

Una volta ricevuta la comunicazione, il Comitato ne accerta l'ammissibilità¹¹³ e la comunica allo Stato, il quale deve fornire spiegazioni o dichiarazioni. Successivamente, a porte chiuse, esamina la questione, considerando anche altri aspetti o circostanze connesse alla questione sottoposta alla sua attenzione.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 217; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 180. A tutt'oggi nessuno Stato ha adito il Comitato in base all'art. 21.

¹¹⁰ Conformemente alla giurisprudenza dei tribunali competenti a giudicare violazioni di trattati a tutela dei diritti umani, come, ad esempio, la *Corte europea dei diritti umani*, il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni non si applica se i procedimenti di ricorso superano dei termini ragionevoli o se è poco probabile che essi diano soddisfazione al privato vittima della violazione della Convenzione.

¹¹¹ A tal fine, se lo ritiene opportuno, il Comitato può istituire una commissione di conciliazione *ad hoc*.

¹¹² M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 218.

¹¹³ Il Comitato può istituire un gruppo di lavoro *ad hoc* costituito da un massimo di cinque membri, con il compito di valutare l'ammissibilità del ricorso e fare le raccomandazioni in merito al Comitato stesso. La comunicazione, inoltre, non deve essere anonima; non deve essere incompatibile con le disposizioni della Convenzione e quindi avere per oggetto soltanto i comportamenti in essa proibite; la stessa questione non deve essere, o non deve essere stata, all'esame di un'altra istanza internazionale; l'individuo ricorrente deve avere esaurito i ricorsi interni disponibili (art. 22 commi 2 e 5).

Alla fine del procedimento, il Comitato comunica al ricorrente e allo Stato le sue contestazioni e raccomandazioni (art. 22, comma 7).

Nel corso degli anni, il Comitato ha chiesto più volte agli Stati di adottare misure provvisorie per impedire la violazione delle disposizioni della Convenzione.

Tali misure hanno un valore rilevante poiché servono a garantire il ricorrente dal subire danni irreparabili nelle more della decisione definitiva, che non è immediata. Anche in questo caso, però, il Comitato non dispone di misure coercitive finalizzate a indurre gli Stati a rispettare la richiesta di misure provvisorie; tuttavia, si può ritenere che, qualora uno Stato non adottasse tali provvedimenti, il suo comportamento potrebbe ritenersi contrario alla buona fede¹¹⁴.

3. Il Protocollo facoltativo alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984 delle Nazioni Unite

La *Convenzione contro la tortura* si era disinteressata pressoché totalmente dell'aspetto della protezione preventiva della tortura¹¹⁵. Per ovviare a tale lacuna, è stato adottato il *Protocollo facoltativo alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti* del 1984 delle Nazioni Unite. Questo nuovo strumento, approvato dall'Assemblea generale con Risoluzione N. 57/1999, il 18 dicembre 2002, è dunque finalizzato a estendere a tutti gli Stati un meccanismo efficace di prevenzione.

Il Protocollo in esame ha, invero, il dichiarato scopo di «stabilire un sistema di visite periodiche da parte di organismi internazionali e nazionali indipendenti ai luoghi in cui si trovino persone private della loro libertà, al fine di prevenire la tortura e ogni altro trattamento o punizione crudele, inumana o degradante» (art. 1).

Per fare questo, è stata prevista, in primo luogo, la creazione di un corpo di esperti indipendenti: il *Sottocomitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, nell'ambito del Comitato contro la tortura istituito dalla CAT del 1984 (art. 2).

Il nuovo organo ha il compito di esaminare, per mezzo di sopralluoghi nel territorio degli Stati che hanno ratificato il Protocollo, qualsiasi luogo di detenzione «dove si trovino, o potrebbero trovarsi, persone private della loro libertà, sia per ordine, o dietro richiesta, di una autorità pubblica,

¹¹⁴ In linea generale, le misure provvisorie indicate dal Comitato vengono rispettate; tuttavia, non sono mancati casi di Stati che non si sono attenuti a tali richieste. Ad esempio, nel caso *Chipana contro Venezuela* (com. 110/1998), quest'ultimo non ha sospeso l'espulsione del ricorrente (decisione 10 novembre 1998, CAT/C/21/D/110/1998, par. 5.2); anche il Canada, nel caso *T.P.S. contro Canada* com. 99/1997, non ha adempiuto alle raccomandazioni del Comitato, osservando che la richiesta di misure provvisorie non è vincolante (decisione 16 maggio 2000, CAT/C/24/D/99/1997, par. 8.2).

¹¹⁵ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 5.

sia con il consenso tacito o espresso della stessa» (art. 4, comma 1), al fine di incrementare la «tutela delle persone private della loro libertà nei confronti della tortura o di altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti» (art. 11, lett. a)).

Il Sottocomitato è dunque autorizzato ad accedere «senza limitazioni a tutti i luoghi di detenzione e alle relative strutture» (art. 14.1, lett. c)), a «incontrare le persone private della loro libertà, in assenza di testimoni, direttamente o, se necessario, tramite l'assistenza di un interprete, così come di riunirsi con qualsiasi altra persona che il Sottocomitato ritiene possa fornire informazioni rilevanti» (art. 14, comma 1, lett. d)). Redige un programma di visite regolari, notificandolo agli Stati contraenti, affinché essi possano «adottare quanto prima le disposizioni pratiche necessarie allo svolgimento delle visite» (art. 13). «Possono essere sollevate obiezioni a una visita a un determinato luogo di detenzione solo per motivi urgenti e impellenti di difesa nazionale, pubblica sicurezza, a causa di catastrofi naturali o disordini gravi verificatisi nel luogo che il Sottocomitato intende visitare e che impediscano in via temporanea lo svolgimento della visita» (art. 14, comma 2).

Al termine di ogni visita, il Sottocomitato redige un rapporto confidenziale e «comunica in via riservata le sue raccomandazioni e osservazioni allo Stato Parte» (art. 16, comma 1). Lo Stato interessato si impegna a «esaminare le raccomandazioni del Sottocomitato per la prevenzione e avviare un dialogo» sulle misure da adottare per darvi seguito (art. 12, lett. d)).

Il rapporto è strettamente confidenziale, ma in due casi può essere reso pubblico. In primo luogo, «il Sottocomitato per la prevenzione pubblica il suo rapporto, unitamente alle eventuali osservazioni dello Stato Parte interessato», quando lo Stato stesso gli chieda di farlo oppure se lo Stato rende pubblica una parte del rapporto (art. 16, comma 2). In secondo luogo, «se lo Stato Parte si rifiuta di collaborare con il Sottocomitato per la prevenzione [...], o di adottare misure volte a migliorare la situazione conformemente alle raccomandazioni» ricevute, il *Comitato contro la tortura* – su richiesta del Sottocomitato – può decidere, a maggioranza assoluta dei suoi membri, di effettuare una dichiarazione pubblica sulla condotta dello Stato o di pubblicare il rapporto delle visite effettuate (art. 16, comma 4).

All'esercizio delle nuove funzioni di controllo è preposto anche un meccanismo completamente innovativo basato su appositi organismi ispettivi a livello nazionale (art. 3).

Ciascuno Stato contraente, entro un anno dall'entrata in vigore del Protocollo (art. 17), ha l'obbligo di istituire un meccanismo nazionale di prevenzione, garantendone l'indipendenza funzionale e un'adeguata dotazione finanziaria (art. 18). Gli organismi ispettivi nazionali cooperano con il Sottocomitato, che li assiste nell'esercizio delle loro funzioni, anche fornendo consigli agli Stati su come migliorarne la funzionalità (art. 11, lett. b)).

I compiti attribuiti ai meccanismi nazionali di prevenzione sono del tutto analoghi a quelli del Sottocomitato: essi cioè effettuano visite nei luoghi di detenzione, allo scopo di prevenire la commissione di maltrattamenti nei confronti delle persone ivi custodite, godendo a questo scopo di una serie di poteri, tra cui vi sono il diritto di accedere senza limitazione a tutti i luoghi di privazione della libertà personale, di intrattenersi in privato con tutte le persone che possano fornire informazioni utili alla prevenzione della tortura (art. 20) e di «indirizzare raccomandazioni alle autorità competenti con l’obiettivo di migliorare il trattamento e le condizioni delle persone private della loro libertà e di prevenire la tortura ed ogni altro trattamento o punizione crudele, inumana o degradante» (art. 19, lett. b)).

4. L’effettività della Convenzione

Sebbene la CAT sia la principale fonte internazionale in tema di contrasto al fenomeno della tortura, la mancanza di strumenti coercitivi che obblighino gli Stati ad attuare concretamente le raccomandazioni del Comitato e la circostanza che l’attuazione delle sue disposizioni sia devoluta alla discrezionalità e alla volontà degli Stati parte inducono a ritenere fortemente limitata l’efficacia dell’operato di questo organismo sovranazionale.

Al fine di ovviare alla mancanza di poteri impositivi, il Comitato ha istituito la figura del Relatore per monitorare il rispetto delle decisioni adottate a seguito dei ricorsi proposti ai sensi dell’art. 22. In particolare, questa figura ha il compito di controllare l’esecuzione delle raccomandazioni del Comitato, dialogando costantemente con gli Stati interessati; indicare al Comitato le misure appropriate da adottare nel caso di inadempimento di questi ultimi; incontrare le autorità statali per incoraggiare il rispetto delle raccomandazioni del Comitato e fornire adeguata assistenza tecnica e legale; condurre visite negli Stati parti; trasmettere al Comitato rapporti periodici sulla sua attività¹¹⁶.

Seppur lo sforzo è apprezzabile, sarebbe stato maggiormente incisivo attribuire all’organo poteri di controllo coercitivi pieni.

Resta comunque innegabile la rilevanza della Convenzione nella lotta alla tortura a livello universale; tale importanza è dimostrata dalla ratifica di questo strumento da parte dei tre quarti degli Stati membri della comunità internazionale; nonché dal fatto che, più volte, le disposizioni della Convenzione – in particolare la definizione di tortura in essa contenuta – sono state richiamate da organi esterni al sistema delle Nazioni Unite per fondare le proprie pronunce, come la *Corte europea dei diritti umani* o la *Corte interamericana dei diritti umani*.

¹¹⁶ M. FORNARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, cit., p. 225.

L'effettiva volontà degli Stati di reprimere concretamente la tortura nell'ambito del loro ordinamento si evince dall'esame e dall'accertamento degli atti e dei provvedimenti interni adottati in attuazione della Convenzione, volti a introdurre nel proprio sistema penale il divieto specifico di tortura, con la previsione di pene adeguate per gli autori di tale atto¹¹⁷.

Sul piano internazionale le norme vigenti impongono il divieto assoluto di tortura. Paradossale è la presenza di norme internazionali redatte in termini assoluti, da una parte, e la diffusione della tortura e l'insufficiente attuazione da parte di alcuni Stati delle norme internazionali in materia, dall'altra¹¹⁸.

È evidente, ancora una volta, come indispensabile sia dotare il Comitato di un potere di controllo effettivo, attribuendogli anche la facoltà di applicare sanzioni agli Stati in caso di inottemperanza o violazione delle disposizioni della Convenzione. Ad esempio, con riferimento al nostro Paese, la perdurante assenza di un reato specifico di tortura ha reso inoperanti molte delle norme più importanti della CAT. Come si dirà in modo più approfondito oltre, soltanto il 14 luglio 2017, con legge n. 110 è stata introdotta, all'art. 613 *bis*, una fattispecie specifica nel nostro ordinamento penale¹¹⁹.

Sezione II

Atti internazionali che contengono apposite disposizioni di divieto di tortura

1. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite

Già con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1948 – e dunque ben prima della redazione di Carte internazionali interamente dedicate alla tortura – si è inaugurato un effettivo processo di internazionalizzazione della tutela dell'individuo, percorso che pare non essersi tuttora arrestato. Il singolo uomo diviene soggetto di diritto internazionale e deve poter far valere i propri diritti anche contro il Governo di appartenenza¹²⁰.

Sebbene non se ne occupi in via esclusiva, la Dichiarazione rappresenta il primo documento che sancisce a livello universale un chiaro e assoluto divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti¹²¹.

¹¹⁷ *Ibidem* p. 230.

¹¹⁸ In argomento si veda E. PACIOTTI, *Tortura condannata a parole ma ancora da tutti praticata*, in L. BIMBI - G. TOGNONI (a cura di), *La tortura oggi nel mondo*, EDUP, Roma, 2006, pp. 17 e ss.

¹¹⁹ Si rinvia al cap. III, par. 3.

¹²⁰ A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, cit., p. 134.

¹²¹ C. DEFILIPPI, D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, cit., p. 1.

I lavori preparatori alla Dichiarazione sono stati segnati da alcuni dissidi sulla natura giuridica da attribuire allo strumento, cioè sull'opportunità o meno di renderlo vincolante per gli Stati firmatari¹²². Il compromesso è stato raggiunto sull'idea di uno strumento non vincolante: la Dichiarazione costituisce semplicemente un invito rivolto agli Stati a comportarsi in conformità ai principi sanciti¹²³. La natura non cogente di questa fonte si riflette anche sulla formulazione lapidaria dei suoi articoli, che enunciano solo principi e non norme destinate a un'applicazione concreta e coercitiva¹²⁴.

Lo strumento, che costituisce una delle più importanti fonti di *soft law* nell'intero panorama internazionale¹²⁵, è formato da trenta articoli che prevedono sia i diritti civili e politici della persona umana, sia i diritti economici e sociali fondamentali dell'individuo.

Nonostante la Dichiarazione universale non sia formalmente obbligatoria per gli Stati parte, la sua importanza morale e politica ne ha fatto, col tempo, uno strumento dall'efficacia giuridica quasi vincolante¹²⁶.

L'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* sancisce che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti». Per la prima volta il divieto di tortura viene espresso a chiare lettere e in relazione a qualsiasi individuo, in qualsiasi contesto, indipendentemente dal fine dell'agente.

A differenza di molti articoli della Dichiarazione (come quelli riguardanti i diritti economici o il principio di autodeterminazione), l'art. 5 è stato il risultato di una stesura lineare, non particolarmente controversa¹²⁷, perché enuncia un principio largamente condiviso dagli Stati membri delle Nazioni Unite. La norma ha costituito il principale modello di riferimento per le successive redazioni di fonti internazionali in materia di tortura¹²⁸.

¹²² A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 32.

¹²³ M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani: i diritti dei singoli e delle collettività nel terzo millennio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 28.

¹²⁴ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'Uomo*, cit., p. 24.

¹²⁵ T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., pp. 191 ss.

¹²⁶ M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani: i diritti dei singoli e delle collettività nel terzo millennio*, cit., p. 31.

¹²⁷ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, cit., p. 29; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 2.

¹²⁸ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 29; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 2; T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 191. Sulla base posta dall'art. 5 è nata la *Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti* delle Nazioni Unite del 1984, i cui lavori preparatori fanno esplicitamente rinvio alle posizioni che avevano già portato alla redazione dell'art. 5 della Dichiarazione. Inoltre, l'emissione della Dichiarazione (non obbligatoria) è stata subito seguita da un processo teso a rendere formalmente vincolanti per gli Stati i diritti enunciati: processo che ha avuto sbocco nel 1966 nell'adozione del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, che all'art. 7 obbliga le Alte Parti contraenti ad astenersi dalla tortura. Allo stesso modo, l'art. 5 della Dichiarazione, nell'ambito del Consiglio d'Europa, è stato matrice dell'art. 3 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950 e della *Convenzione europea per la prevenzione della tortura* del 1987. L'influenza del documento universale ha avuto riflessi anche negli altri ambiti regionali: la

2. Le Convenzioni di Ginevra

Gli atti di tortura integrano violazioni non solo in relazione al diritto internazionale dei diritti umani, ma anche rispetto al diritto internazionale umanitario¹²⁹, il quale – a differenza del primo – regola il contesto dei conflitti armati (internazionali ed interni), limitando i metodi e mezzi di combattimento, con lo scopo di estendere agli individui coinvolti negli stessi la protezione dei diritti fondamentali¹³⁰.

Le più importanti fonti di diritto umanitario sono le quattro *Convenzioni di Ginevra*, adottate il 12 agosto 1949 nella città svizzera, in un contesto non ancora influenzato dalla internazionalizzazione dei diritti dell'uomo, inaugurata con la *Dichiarazione universale dei diritti umani* dell'anno precedente¹³¹.

Il divieto di tortura è più volte espressamente richiamato nei documenti ginevrini.

Innanzitutto, l'art. 3, comune alle quattro Convenzioni, vieta esplicitamente la tortura verso chi non partecipa attivamente alle ostilità¹³².

Ulteriori disposizioni proibiscono la tortura per specifiche categorie di individui. L'art. 12 delle Convenzioni I e II prevede che malati, feriti e naufraghi siano «trattati e curati con umanità dalla Parte in conflitto che li avrà in suo potere», indipendentemente dalla nazionalità; inoltre, è fatto assoluto divieto di attentare alla loro vita o alla loro persona, in particolare «di sotoporli alla tortura, di compiere su di essi esperimenti biologici, di lasciarli premeditatamente senza assistenza medica o senza cure, o di esporli a rischi di contagio o d'infezione creati a questo scopo».

L'art. 50 della Convenzione I e l'art. 51 della Convenzione II qualificano come infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra «se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: [...] la tortura o i trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di attentare gravemente all'integrità fisica o alla salute, la

Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo del 1969 e la *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* del 1981 contengono divieti di tortura che trovano il loro modello proprio nell'art. 5 della Dichiarazione ONU.

¹²⁹ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 51. Le quattro Convenzioni ginevrine sono strumenti volti a disciplinare i conflitti armati e quindi appartengono a un settore – quello del diritto internazionale umanitario – che si differenzia dal settore del diritto dei diritti dell'uomo, ma che con esso presenta evidentemente notevoli punti di contatto e importanti sovrapposizioni di contenuti: la tortura costituisce certamente uno di quei fenomeni che destano preoccupazione tanto durante la normale vita dei Paesi, quanto in situazioni di conflitto.

¹³⁰ P. DESTEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani*, CEDAM, 1994, Padova, pp. 65 ss.

¹³¹ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 28.

¹³² «[...] 1. Le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in ogni circostanza, con umanità, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole basata sulla razza, il colore, la religione o la credenza, il sesso, la nascita o il censo, o altro criterio analogo. A questo scopo, sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone sopra indicate: a. le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b. la cattura di ostaggi; contro gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; [...]».

distruzione e l'appropriazione di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grande proporzione ricorrendo a mezzi illeciti e arbitrari»¹³³.

Gli articoli precedenti a quelli appena esposti, rispettivamente, l'art. 49 della Convenzione I, l'art. 50 della Convenzione II, l'art. 129 della Convenzione III e l'art. 146 della Convenzione IV prevedono per gli Stati contraenti obblighi di incriminazione, di inchiesta e di effettiva punizione in relazione alle gravi infrazioni descritte¹³⁴.

In materia di interrogatori di prigionieri di guerra, l'art. 17 della Convenzione III stabilisce che «nessuna tortura fisica e morale né coercizione alcuna potrà essere esercitata sui prigionieri di guerra per ottenere da essi informazioni di qualsiasi natura. I prigionieri che rifiuteranno di rispondere non potranno essere né minacciati, né insultati, né esposti a molestie od a svantaggi di qualsiasi specie».

L'art. 87 della stessa Convezione tratta poi delle pene che possono essere applicate ai prigionieri di guerra, specificando che «sono vietate [...] le pene corporali, l'incarcerazione in locali non rischiarati dalla luce del giorno e, in via generale, qualsiasi forma di tortura o di crudeltà».

La Convenzione IV, a tutela dei civili in tempo di guerra, all'art. 27 afferma che «le persone protette» siano «trattate sempre con umanità e tutelate, in particolare, contro qualsiasi atto di violenza o d'intimidazione, contro gli insulti e la pubblica curiosità. Le donne saranno specialmente protette contro qualsiasi offesa al loro onore e, in particolare, contro lo stupro, la coercizione alla prostituzione e qualsiasi offesa al loro pudore», atti che possono certamente essere inquadrati nella fattispecie dei trattamenti degradanti o disumani.

L'art. 32 della stessa Convenzione considera «esplicitamente come proibita qualsiasi misura atta a cagionare [...] sofferenze fisiche [...] delle persone protette in loro potere». Questo divieto concerne non solo «[...] la tortura, le pene corporali, le mutilazioni e gli esperimenti medici o scientifici non richiesti dalla cura medica di una persona protetta», ma anche «qualsiasi altra brutalità, sia essa compiuta da agenti civili o da agenti militari».

In conclusione, l'inflizione della tortura è vietata – in tempo di guerra – in tutte le sue molteplici manifestazioni, esplicitamente elencate nei documenti di Ginevra: ai fini dell'interrogatorio, attraverso le pene disumane, l'umiliazione, lo stupro, la mancanza di assistenza

¹³³ Hanno un testo molto simile l'art. 147 della Convenzione IV, relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra, e l'art. 130 della Convenzione III, concernente i prigionieri di guerra.

¹³⁴ «Le Alte parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria, per stabilire sanzioni penali adeguate da applicare alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, una delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precise nell'articolo seguente. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, purché questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti».

medica, le mutilazioni, gli esperimenti biologici, gli insulti, la distruzione arbitraria dei beni e altre brutalità.

Le Convenzioni in esame sono la prova che la tortura è una violazione così grave dei diritti fondamentali dell'individuo, da non trovare accettazione nemmeno nell'ambito anomalo e straordinario della guerra.

Per assicurare il rispetto del diritto umanitario, i documenti del 1949 prevedono un complesso meccanismo, basato su misure preventive, controlli operati dalla Croce Rossa Internazionale (come organizzazione neutrale) e da Stati terzi, sistemi di reazione alle violazioni¹³⁵ e assistenza umanitaria *in loco*¹³⁶.

2.1. I due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra

L'8 giugno 1977, il contenuto del diritto internazionale umanitario, basato sulle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, è stato rinnovato attraverso l'adozione di due Protocolli aggiuntivi sulla protezione delle vittime, rispettivamente, dei conflitti armati internazionali e non internazionali.

L'art. 75 del I Protocollo addizionale prevede, tra le garanzie fondamentali, che «sono e resteranno proibiti in ogni tempo e in ogni luogo i seguenti atti, siano essi commessi da agenti civili o militari: a) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico delle persone, in particolare: [...] II) la tortura sotto qualsiasi forma, sia essa fisica o psichica; III) le pene corporali; e IV) le mutilazioni; b) gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i maltrattamenti umilianti e degradanti, la prostituzione forzata ed ogni forma di offesa al pudore; [...] e) la minaccia di commettere uno qualsiasi degli atti sopracitati» (par. 2).

L'art. 4 del II Protocollo addizionale annuncia, con parole simili, tra le “garanzie fondamentali”, che «tutte le persone che non partecipano direttamente o non partecipano più alle ostilità, siano esse private o no della libertà, [...] saranno trattate in ogni circostanza con umanità [...]» (par. 1); «sono e resteranno proibiti in ogni tempo e in ogni luogo nei confronti delle persone indicate nel paragrafo 1: a) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico o psichico delle persone, in particolare [...] i trattamenti crudeli quali la tortura, le mutilazioni o ogni genere di pene

¹³⁵ Si pensi alle *fact-finding commissions*: commissioni internazionali di accertamento attivate *ad hoc* con il consenso degli Stati in conflitto, con lo scopo di indagare sulle violazioni commesse.

¹³⁶ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., pp. 57-58. Tuttavia, nonostante si tratti delle convenzioni con il più alto numero di ratifiche nel mondo, la pratica registra spesso violenze (anche torture e maltrattamenti) perpetrati durante le guerre ai danni di civili o di persone comunque estranee ai combattimenti. La ragione di questa ineffettività della tutela si può ricavare dai limiti propri di tutto il diritto internazionale: il rispetto della *domestic jurisdiction* e, soprattutto, l'incidenza di questioni di opportunità politica nei rapporti tra gli Stati, che portano spesso a non attivare affatto i meccanismi di protezione previsti.

corporali; [...] e) gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti, lo stupro, la prostituzione forzata e qualsiasi offesa al pudore; [...] h) la minaccia di commettere gli atti suddetti.[...» (par. 2).

Il divieto di perpetrare tortura (anche sotto forma di mutilazioni) e trattamenti crudeli o degradanti (anche sotto forma di pene corporali e offese al pudore), che già era previsto nelle Convenzioni del 1949, è stato ribadito con forza.

3. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite

Il primo trattato internazionale concluso in seno alle Nazioni Unite a contenere un divieto vincolante di tortura è stato il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, approvato all'unanimità a New York dall'Assemblea generale il 16 dicembre 1966.

I Patti possono essere intesi come il punto di arrivo di un lungo percorso, iniziato già nel 1948, teso a esplicitare e a rendere obbligatori per gli Stati gli impegni reciproci necessari al concreto rispetto dei diritti enunciati nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*¹³⁷.

A differenza di questa, infatti, il *Patto sui diritti civili e politici* è direttamente vincolante per i Paesi firmatari, anche in considerazione del fatto che prevede prevalentemente obblighi di astensione relativamente semplici da rispettare¹³⁸.

Secondo alcuni, il numero considerevole di Stati che hanno ratificato l'accordo rende i principi in esso sanciti espressione del diritto internazionale consuetudinario, almeno nel suo nucleo duro¹³⁹.

Il carattere di vincolatività del Patto è sancito non solo dalla sua obbligatorietà espressa e dalla grande condivisione che lo circonda, ma anche dal fatto che gli articoli 28 e 39 prevedono l'istituzione di un organo specifico – il *Comitato dei diritti dell'uomo* – a cui è affidato il compito di vigilare sulla corretta applicazione dell'accordo¹⁴⁰.

Per ciò che qui interessa, l'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* recita: «nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o

¹³⁷ A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 135; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 89.

¹³⁸ A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 139.

¹³⁹ T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 191 ss.

¹⁴⁰ Per un approfondimento si rimanda al successivo capitolo. L'esistenza di un preciso meccanismo di controllo accresce lo sviluppo delle fattispecie contemplate dal documento e – in ambito universale – costituisce la prima istituzione specificamente competente a esaminare il reale rispetto dei diritti fondamentali. Il Comitato, che ha sede a Ginevra, esercita il controllo sugli Stati, sia esaminando i rapporti periodici inviati da Paesi membri sullo stato di attuazione degli obblighi, sia esaminando le comunicazioni inter-statuali, sia – se lo Stato convenuto è firmatario del Protocollo facoltativo al Patto – ricevendo ricorsi individuali. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., pp. 85, 99-100; C. DEFILIPPI – D. BOSI, *Codice dei diritti umani*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2001, p. 223; M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica*, cit., p. 29.

degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

Il divieto di tortura è enunciato, con parole quasi identiche a quelle dei modelli della Dichiarazione universale e della Convenzione europea¹⁴¹. Anche in questo caso, non è data una definizione di tortura; ma il Patto, a differenza dei documenti che l'hanno preceduto, si preoccupa di menzionare una peculiare modalità di maltrattamento vietato: la sottoposizione forzata ad esperimenti biologici¹⁴².

Inoltre, la norma non contiene restrizioni sull'identità dell'agente: il divieto deve essere rispettato indipendentemente dalla posizione dell'autore della condotta, che può essere un pubblico ufficiale, così come un privato cittadino¹⁴³.

Il Patto prevede, all'art. 4, la possibilità per gli Stati di prendere misure in deroga agli obblighi imposti dall'accordo, «[i]n caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale». Tuttavia, il comma 2 dello stesso articolo specifica che nessuna deroga è autorizzata in relazione a sette disposizioni, tra le quali compare l'art. 7. Il divieto di tortura quindi, anche nel sistema disegnato dal Patto del 1966, è considerato assoluto e non suscettibile di limitazioni nemmeno in condizioni di estrema emergenza.

L'art. 10 del Patto prevede, altresì, che «qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inherente alla persona umana».

4. Il Codice di condotta delle Nazioni Unite per i funzionari che applicano la legge

Il Codice di condotta, adottato con Risoluzione N. 34/169 dell'Assemblea generale il 17 dicembre 1979, è composto da otto brevi articoli che fissano in estrema sintesi i principi fondamentali che devono caratterizzare l'operato dei funzionari che applicano la legge.

Il documento risulta rilevante in materia di tortura, perché – eccetto casi eccezionali di maltrattamenti inter-privati – l'inflizione di sofferenze si manifesta di regola sulle persone *in vinculis*, da parte dei funzionari di polizia o del personale penitenziario. Quindi – ed è questo lo scopo del Codice di condotta – agire efficacemente sul comportamento degli agenti che si occupano

¹⁴¹ Nel complesso, i contenuti del *Patto sui diritti civili e politici* richiamano molto da vicino quelli della *Dichiarazione universale* del 1948 e quelli della *Convenzione europea* del 1950, la quale ha fornito un valido modello di documento sui diritti dell'uomo formalmente obbligatorio. Rispetto alle sue matrici, il Patto risulta ancora più completo, preciso e generoso verso gli individui (tanto che proprio dal confronto è nata successivamente l'idea del Consiglio d'Europa di elaborare i Protocolli aggiuntivi 4 e 7 alla Cedu); si veda C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., pp. 89 ss.

¹⁴² Questo fenomeno, tristemente diffuso durante la Seconda guerra mondiale, era stato preso espressamente in considerazione prima solo dalle *Convenzioni di Ginevra* che, come si è visto, vietano «la tortura o i trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici [...].».

¹⁴³ Diversamente da quanto farà la *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984.

di *law enforcement*, sensibilizzandoli sul divieto di tortura, comporterebbe una rilevante riduzione della diffusione del fenomeno.

A sancire esplicitamente il divieto di tortura è l'art. 5 del *Codice di condotta per i funzionari che applicano la legge*, con le parole: «nessun appartenente alle forze di polizia infliggerà, istigherà o tollererà atti di tortura o altri tipi di trattamento o pena crudeli, inumani o degradanti, né potrà invocare attenuanti come ordini superiori o circostanze eccezionali – come lo stato di guerra o il pericolo di guerra imminente, le minacce alla sicurezza nazionale, l'instabilità politica o ogni altro tipo di emergenza pubblica – come giustificazioni della tortura o di altri tipi di trattamento o pena crudeli, inumani e degradanti».

Il personale deve non solo astenersi dall'infingere tortura o altri maltrattamenti, ma anche non istigare o tollerare che questi atti vengano commessi da altri.

Inoltre, viene ribadito il carattere assoluto del divieto: né l'obbedienza a ordini di superiori, né circostanze eccezionali di emergenza pubblica possono costituire una giustificazione per le commesse violazioni.

5. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo

La *Convenzione sui diritti del fanciullo*, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ha evidentemente un obiettivo differente dalla lotta alla tortura. Il suo scopo primario è quello di proteggere le persone che, a causa della loro giovane età e della loro immaturità fisica e intellettuale, necessitano di cure e tutele legali specifiche, che li difendano con particolare forza e che garantiscano loro il clima familiare e sociale di amore e comprensione adatto al loro armonioso sviluppo.

Per le finalità che si pone, il documento non poteva non rammentare, fra gli altri, un divieto di tortura: l'art. 37 della Convenzione per l'infanzia sancisce che «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»¹⁴⁴.

Nei confronti dei bambini e dei ragazzi è indispensabile garantire, ancor più che nei confronti degli adulti, un ambiente sereno e – anche *in vinculis* – totalmente rispettoso della dignità e delle necessità della persona umana.

¹⁴⁴ Le lettere successive dell'articolo specificano poi che la limitazione della libertà dei fanciulli deve avvenire «in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima risorsa e avere la durata più breve possibile» (lett. b)); «ogni fanciullo privato di libertà sia trattato con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità della persona umana e in maniera da tener conto delle esigenze delle persone della sua età», in particolare, esso deve essere tenuto separato dai detenuti adulti e ha il diritto di mantenere i contatti con la famiglia (lett. c)).

6. La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna

Oltre ai bambini, anche le donne sono una categoria particolarmente vulnerabile di fronte alla violenza e alla tortura, che nei loro confronti assume spesso la forma dello stupro e dell'abuso sessuale.

La *Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna*, approvata con Risoluzione A/RES/48/104 dall'Assemblea Generale nel dicembre del 1993, è nata con la finalità di sancire quei diritti del genere femminile che spesso sono lesi con la violenza e il cui rispetto è indispensabile per permettere loro di raggiungere l'egualanza giuridica, sociale, politica ed economica¹⁴⁵.

L'art. 3 della Dichiarazione dispone che le donne godono dell'esercizio e della protezione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali. In seguito, elenca otto di questi diritti inviolabili e, facendo riferimento, alla lettera h), enuncia «il diritto di non essere sottoposti a tortura o ad altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti».

La Dichiarazione prevede anche un generico obbligo di prevenzione, inchiesta e incriminazione in relazione alle violazioni dei diritti della donna (art. 4). Gli Stati dovrebbero prevenire – tra le altre cose – l'inflizione di tortura sulle donne; svolgere inchieste diligenti e accurate di fronte a casi in cui è ragionevole sospettare che siano state commesse torture; e, infine, punire (con pene adeguate, o la richiesta non sarebbe efficacemente soddisfatta) gli autori dei maltrattamenti.

7. Il Manuale per un'efficace indagine e documentazione di tortura o altro trattamento o pena crudele, inumano o degradante (Protocollo di Istanbul) delle Nazioni Unite

Il 9 agosto 1999 è stato sottoposto all'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite il *Manuale per un'efficace indagine e documentazione della tortura e degli altri maltrattamenti*, noto come *Protocollo di Istanbul*.

Lo strumento in esame non ha una funzione normativa.

Esso si pone come manuale per i tecnici (soprattutto medici legali; ma anche psicologi, psichiatri, giuristi, interpreti, etc.), incaricati di svolgere indagini e raccogliere elementi probatori in relazione a presunti casi di tortura.

Il documento fornisce dapprima una veloce ricostruzione di quelli che sono gli *standard* giuridici internazionali e i codici etici applicabili al divieto e al crimine di tortura. In secondo luogo, compie una trattazione altamente tecnica e dettagliata delle istruzioni da seguire: nell'indagine della

¹⁴⁵ Preambolo alla Dichiarazione.

tortura; nello svolgimento dei colloqui con i presunti autori e le presunte vittime dei maltrattamenti; nella ricerca delle prove fisiche e psicologiche riscontrabili sulla vittima a seguito di ciascun tipo di tortura.

La funzione del *Protocollo di Istanbul* è individuata nella sua *Introduzione*, che – alla luce di un uso ancora molto diffuso della tortura nel mondo – evidenzia la necessità che gli Stati individuino ed implementino misure efficaci per proteggere le persone dalla tortura e dai maltrattamenti. Poiché la documentazione efficace costituisce uno dei mezzi principali necessari a una effettiva protezione delle persone dalla tortura e a un'adeguata punizione dei colpevoli, il Manuale costituisce un valido strumento, fissando per la prima volta delle precise linee-giuda internazionali in materia.

Le istruzioni fornite dal Protocollo non si pongono come norme rigide: esse costituiscono piuttosto gli *standard minimi* cui gli Stati dovrebbero attenersi, ma che vanno implementati e migliorati, in rapporto alle risorse disponibili.

8. La tutela della dignità umana come argine alle pratiche di tortura

Si è visto come la tortura possa assumere plurime forme: qualora inserita nel contesto della guerra, essa si manifesta come violenza senza restrizioni. In particolare con le Convenzioni di Ginevra, il diritto ha cercato di arginare questo fenomeno, ponendo alcuni limiti ai maltrattamenti che possono essere perpetrati durante i conflitti armati. Se osserviamo la storia che si dipana attraverso le guerre combattute da eserciti regolari contro selvaggi, ribelli, insorgenti, guerriglieri, partigiani, banditi, è possibile notare che i confini della “violenza necessaria” si dilatano fino a creare un alone non solo eticamente e giuridicamente, ma anche strategicamente, incerto¹⁴⁶.

Uno dei motivi risiede nel concetto di reciprocità: le limitazioni convenzionali della violenza non sono ritenute cogenti laddove il nemico non ne condivide il valore o si suppone che non li condivida¹⁴⁷.

Vi è poi il pregiudizio razziale da cui discende la minore inibizione o la sua totale assenza nell’infingere trattamenti disumani a membri di altre “razze”. Atteggiamento, questo, riscontrabile non solo nelle dottrine e nella pratica del *warfare* di origine e di impronta colonialista, ma acutamente presente anche nei conflitti interetnici. In tale contesto appare pratica diffusa la tortura

¹⁴⁶ C.R. GAZA, *Tortura in contesti di guerra: un’arma a doppio taglio?*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti*, cit., pp. 118 ss.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 118 ss.

come preludio all'uccisione dell'*alter* etnico. Lo scempio del corpo dell'"altro" assume la funzione di creare differenza tra esseri umani¹⁴⁸.

Secondo Jean-Paul Sartre, in questi casi, si innesca il cosiddetto *meccanismo della dominazione*: gli uomini rinchiudono "il diverso" nella categoria "dell'altro", un altro assolutizzato che si vede così privato della capacità di instaurare relazioni¹⁴⁹.

Le vittime sono soprattutto stranieri e donne.

Ad esempio, nella guerra del Vietnam, le tecniche di tortura che venivano insegnate riguardavano solo in parte gli interrogatori. Alcune di queste erano esplicitamente riferite alle donne e al loro apparato genitale, come lo stupro di gruppo. Queste pratiche affondano nella visione strategica che infliggere al nemico il massimo della sofferenza è il modo sicuro per ottenere la vittoria¹⁵⁰.

Per cui non possono che essere accolte con favore tutte quelle Convenzioni che vietano, in tempo di guerra, alcune pratiche brutali e particolarmente offensive della dignità umana o che difendono, anche al di là dei conflitti armati, l'integrità psico-fisica delle categorie più deboli, come le donne e i bambini.

Ancora freschi sono i ricordi degli esperimenti scientifici, specie sui bambini, perpetrati nei campi nazisti¹⁵¹.

A tal proposito, è apprezzabile che sia le Convenzioni di Ginevra sia il *Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite* sanciscano, attraverso il divieto di sottoporre coattivamente la persona ad esperimenti biologici, che nello sviluppo medico e scientifico si prediliga sempre il rispetto del valore della dignità umana.

Altrettanto importanti sono le linee guida e di formazione del personale qualificato e tecnico così che venga educato a un forte rispetto della persona umana perché è attraverso una *forma mentis* ben radicata *in primis* tra gli operatori di settore che la tortura può iniziare ad essere efficacemente combattuta.

Nel panorama dei diritti umani, non v'è dubbio che la protezione accordata a un valore fondamentale in certi contesti ovvero a una particolare fascia debole si rifletta anche, positivamente, sull'efficacia del contrasto alla tortura, in qualunque modo si manifesti.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 118, ss.

¹⁴⁹ J.P. SARTRE, *Tortura, Diritto e Libertà*, Christian Marinotti Edizioni, Milano, 2018, p. 8

¹⁵⁰ C.R. GAZA, *Tortura in contesti di guerra: un'arma a doppio taglio?*, M. Di GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di) *Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti*, cit., pp. 119 ss.

¹⁵¹ Si pensi ai "bambini di Mengele" rinchiusi all'interno del campo di concentramento di Auschwitz, selezionati tra il maggio 1943 e il gennaio 1945 come cavie per gli esperimenti medici di Josef Mengele. Circa 3000 bambini furono selezionati a vivere e morire nel blocco 10 del campo, ne sopravvissero 200.

Sezione III

Atti che implicitamente negano la tortura

1. La Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e punizione del delitto di genocidio

In seno alle Nazioni Unite – si è già visto – spesso nascono atti a carattere particolare, finalizzati a tutelare singoli diritti umani o a contrastare specifici fenomeni che costituiscono piaghe della società internazionale. Non è raro che questi strumenti contengano disposizioni che, sebbene non se ne occupino in modo prevalente, vanno a configurare un divieto di tortura. Ciò accade perché i maltrattamenti della persona integrano una violazione dei diritti umani suscettibile di avere diverse finalità e molteplici modalità di inflazione e quindi di essere usata in associazione ad altre gravi brutalità.

Ad esempio, la *Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e punizione del delitto di genocidio*, adottata con Risoluzione dall’Assemblea Generale il 9 dicembre 1948 a New York, interessa il divieto di tortura in modo solo collaterale; essa è infatti finalizzata a promuovere e sviluppare la cooperazione internazionale per contrastare il crimine di genocidio. È sancito il divieto di sottoporre la persona a gravi lesioni (come mutilazioni genitali che impediscono la procreazione) o a condizioni di vita inumane, intese come particolare modalità di attuazione del genocidio, con la conseguenza che, quando la tortura è reato-mezzo, e viene cioè inflitta al particolare scopo di distruggere un gruppo, costituisce violazione anche di questo strumento internazionale.

2. La Convenzione supplementare delle Nazioni Unite sull’abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù

Il 7 settembre 1956, a Ginevra, gli Stati membri dell’ONU hanno approvato un accordo supplementare (in aggiunta a un’analoga Convenzione del 1926), finalizzato a contrastare il fenomeno della schiavitù.

L’art. 5 della Convenzione impone agli Stati contraenti un obbligo di incriminazione di specifici atti di tortura, quali mutilazioni e marcature, inflitte a soggetti in condizioni servili. Il perseguimento del crimine è imposto indipendentemente dalla presenza di uno specifico elemento teleologico, in quanto l’elencazione degli scopi perseguiti dall’autore dei maltrattamenti è solo esemplificativa¹⁵².

¹⁵² L’art. 5 della Convenzione aggiuntiva sull’abolizione della schiavitù risulta rilevante in materia di tortura poiché sancisce che «in un paese dove la schiavitù o le istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù non siano affatto abolite o tralasciate, la mutilazione, la stigmatizzazione o altra marcatura di persona schiava o di condizione servile, per indicarne la condizione, infliggerle un castigo e per qualsiasi altro motivo, oppure la complicità in tali atti, costituirà un’infrazione penale della legge degli Stati partecipanti all’Accordo e le persone riconosciute colpevoli saranno suscettive di pena».

3. La Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione della discriminazione razziale

Come già nel 1948 la *Convenzione contro il genocidio* e nel 1956 l'accordo aggiuntivo contro la schiavitù trattavano collateralmente di tortura, così è accaduto anche nell'art. 5 lett. b) della *Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale* del 21 dicembre 1965.

L'atto, adottato con Risoluzione N. 2106 (XX) dell'Assemblea Generale dell'ONU, mira a ridurre tutte le distinzioni, esclusioni o preferenze basate sulla razza o sull'origine etnica o nazionale della persona, con l'obiettivo di garantire a tutti gli esseri umani pari dignità e uguale esercizio dei diritti in tutte le manifestazioni della vita pubblica.

Nell'art. 5 della Convenzione, gli Stati parte si impegnano «a vietare e ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme ed a garantire a ciascuno il diritto all'egualanza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento dei seguenti diritti». Tra i diritti successivamente elencati, alla lettera b, è enunciato «il diritto alla sicurezza personale ed alla protezione dello Stato contro le violenze o le sevizie da parte sia di funzionari governativi, sia di ogni individuo, gruppo od istituzione».

Dal testo citato emergono due profili di rilievo. Innanzitutto, l'art. 5 prevede non solo il divieto, ma anche l'obbligo di incriminazione, in relazione alla violazione del diritto a non essere sottoposti a tortura quando la causa risieda nella discriminazione razziale.

In secondo luogo, le violenze devono essere prevenute e punite indipendentemente dal suo agente. Gli Stati devono proteggere gli individui dalle lesioni, sia che l'autore delle stesse sia direttamente riconducibile all'apparato governativo, sia che si tratti di un privato o di un gruppo di privati. Poiché l'unico strumento efficace nella lotta contro un comportamento lesivo inter-privato è il ricorso al sistema penale, viene nuovamente richiamato un obbligo di prevenzione e incriminazione della fattispecie.

4. La convergenza di diritto dei diritti umani, diritto internazionale umanitario e diritto penale internazionale in materia di tortura

Il lungo elenco di fonti che vietano la tortura, in maniera esclusiva, espressa oppure implicita, è il risultato della somma di contributi che derivano sia dal diritto internazionale dei diritti dell'uomo, sia dal diritto internazionale umanitario, sia dal diritto penale internazionale.

Il rapporto che esiste oggi tra *human rights law* da una parte e diritto internazionale penale e umanitario dall'altra è – rispetto ad alcuni contenuti – di complementarietà e specialità; rispetto ad altri, è invece di sovrapposizione¹⁵³.

¹⁵³ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 490.

È infatti evidente che un nucleo minimo di tutela comune esiste¹⁵⁴. La convergenza tra diritto umanitario e diritto dei diritti dell'uomo trova piena realizzazione nella necessità di fare oggetto di una tutela particolare quei diritti fondamentali che sono alla base di entrambi i corpi normativi e da entrambi sono considerati inderogabili¹⁵⁵.

Proprio la fattispecie di tortura, a causa della portata della sua offensività, rappresenta un esemplare punto di coagulazione di tutti gli aspetti del diritto internazionale che hanno come obiettivo la tutela della persona¹⁵⁶.

La pratica della tortura viene proibita agli Stati, ma rappresenta altresì una condotta criminale individuale.

Il suo divieto è sempre considerato inderogabile e costituisce parte del minimo comune denominatore tra diritto umanitario e *human rights law*. Assieme al diritto alla vita, forma il “nocciole duro” di norme che, secondo alcuni, devono ormai considerarsi *jus cogens*¹⁵⁷. Con questo termine si vuole indicare l’insieme di norme internazionali che, poste a tutela dei valori considerati fondamentali dalla comunità internazionale, non possono essere in alcun modo derogate dagli Stati. Il raggiungimento di questo valore giuridico, al vertice della gerarchia delle fonti internazionali, comporta il dovere per gli Stati di estradare o procedere contro i colpevoli dei crimini; l’imprescrittabilità dei crimini stessi e l’universalità della giurisdizione in materia¹⁵⁸.

Si ritiene diffusamente che appartengano allo *jus cogens* il crimine di aggressione, di genocidio, i crimini contro l’umanità, quelli di guerra, la pirateria, la schiavitù e le fattispecie ad essa connesse e la tortura¹⁵⁹.

Una convergenza pressoché unanime di vedute si riscontra in particolare per quanto riguarda il divieto di tortura: il crimine di cui si sta trattando è pacificamente riconosciuto dalla comunità internazionale come uno dei più gravi ed efferati attacchi ai diritti più basilari e inviolabili dell’essere umano¹⁶⁰.

¹⁵⁴ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 62; F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 91.

¹⁵⁵ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario*, cit., pp. 494, 498.

¹⁵⁶ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 126.

¹⁵⁷ E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario*, cit., p. 498; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 62.

¹⁵⁸ M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 66.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 69-70.

¹⁶⁰ A. SAUCCI, *Profilo di tutela*, cit., p. 14.

Sezione IV

Strumenti di diritto penale internazionale

1. La nascita del diritto penale internazionale

Una volta che, con gli anni Ottanta, era stata completata – o quasi¹⁶¹ – l’opera di promozione e definizione dei diritti dell’uomo, tra cui quello a non essere sottoposti a tortura, nel decennio successivo è apparsa necessaria la creazione di un valido meccanismo di controllo del loro rispetto¹⁶².

Gli anni Novanta, a seguito di alcuni conflitti armati interni di origine etnica – in cui tipicamente si verificano anche o solo violazioni dei diritti umani non imputabili allo Stato – sono stati segnati da una riflessione sulla necessità di non lasciare impuniti gli autori dei crimini internazionali¹⁶³.

A tal fine sono stati istituiti i Tribunali penali internazionali, che agiscono in via sussidiaria e complementare rispetto agli ordinamenti penali interni, cioè intervengono solo quando questi ultimi non si attivano adeguatamente nella repressione delle condotte criminose internazionalmente rilevanti¹⁶⁴. Non si tratta però ancora di un sistema integrato di giustizia penale, poiché i Tribunali internazionali possono procedere, giudicare, infliggere pene; ma dipendono dagli Stati per lo svolgimento delle attività d’indagine e di esecuzione di provvedimenti e sanzioni¹⁶⁵.

Gli Statuti dei Tribunali penali internazionali hanno riprodotto le norme penali già esistenti e rilevanti sul piano internazionale: non avrebbero potuto infatti, per rispetto del principio di legalità, creare *ex novo* crimini e sanzioni¹⁶⁶.

Il fatto che da una violazione dei diritti umani derivino conseguenze sanzionatorie non solo per lo Stato, ma anche per il soggetto responsabile, costituisce una forma di applicazione dei diritti

¹⁶¹ Come si è visto, erano già stati istituiti numerosi organismi preposti al controllo del comportamento degli Stati e nei casi più evoluti si trattava di sistemi aperti anche al ricorso dei singoli individui. Questi però accertavano solo la responsabilità dello Stato, nella veste di garante primario dei diritti umani, e conducevano tutt’al più a condanne al ripristino della situazione precedente la violazione o al risarcimento della vittima: ciò che mancava era la sanzione penale degli individui che si erano resi personalmente autori, istigatori o complici delle violazioni.

¹⁶² C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 64.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 65. Già dopo le atrocità che avevano caratterizzato la Seconda guerra mondiale (imputabili agli Stati, ma commesse direttamente da alcune alte cariche militari), le potenze vincitrici avevano deciso di istituire il *Tribunale Militare Internazionale di Norimberga* e il *Tribunale Militare Internazionale per l’Estremo Oriente*, con sede a Tokyo, competenti a giudicare dei gravi crimini commessi da singole persone durante il conflitto mondiale. In effetti, gli individui che avevano agito conformandosi spesso agli ordini dei vertici dello Stato stesso, difficilmente sarebbero stati adeguatamente perseguiti in ambito nazionale. I Tribunali di Tokyo e Norimberga, che hanno per la prima volta affermato la responsabilità penale personale degli individui davanti alla comunità internazionale, hanno dato avvio alla formazione del diritto penale internazionale, ispirando la creazione di una serie di Tribunali internazionali *ad hoc*, e – più recentemente – di un Tribunale penale internazionale permanente.

¹⁶⁴ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 10.

¹⁶⁵ M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., pp. 3-5.

¹⁶⁶ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 10.

dell'uomo e, avendo certamente un'efficacia deterrente, svolge un importante ruolo nella prevenzione delle lesioni ai diritti fondamentali¹⁶⁷.

Il diritto penale internazionale, che alle origini riguardava solo i crimini di guerra, si è esteso, fino a comprendere tre ambiti di applicazione: i crimini di guerra, il genocidio e i crimini contro l'umanità¹⁶⁸.

La tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti possono rientrare in tutte e tre le categorie, in dipendenza delle circostanze in cui sono commessi¹⁶⁹.

La tortura, che è stata fin dall'inizio un crimine di guerra, è quindi considerata un crimine anche quando si verifica in situazioni diverse dai conflitti armati ed è ormai definita un crimine internazionale di *jus cogens*¹⁷⁰.

Poiché il diritto penale internazionale annovera il crimine di tortura anche tra quelli contro l'umanità, e quindi tra quei crimini che ledono i diritti assoluti e inviolabili dell'individuo, la sua pratica è perseguitabile *erga omnes*. Questa particolare efficacia si è tradotta, nel tempo, nella comune opinione per cui si tratta di un crimine imprescrittibile e non amnistiable: la prescrizione e l'amnistia, infatti, sono istituti incompatibili con le *gross violations*, con violazioni così gravi dei diritti umani da richiedere necessariamente una sanzione degli autori, al di là del tempo trascorso o della situazione politica in cui si realizzano¹⁷¹.

2. Lo Statuto del Tribunale Internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia

Nel 1992 l'Europa balcanica è stata teatro di conflitti armati interni, scoppiati a seguito dello scioglimento della Repubblica sociale federale di Jugoslavia, durante i quali sono stati commessi numerosi crimini¹⁷².

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶⁹ M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 99. Sono sicuramente inclusi nei crimini di guerra, quando siano commessi durante un conflitto armato da militari o forze d'occupazione. Ma possono rientrare anche nelle categorie dei crimini contro l'umanità e del genocidio, quando siano il prodotto di una politica dello Stato e siano diretti a sterminare un gruppo determinato (genocidio) o si inseriscano in una politica di persecuzione (crimini contro l'umanità). Dato il fatto che la repressione deve essere operata in ambito internazionale solo nei casi (eccezionali) in cui non se ne occupa l'ordinamento interno, ne consegue che esiste un obbligo giuridico a carico degli Stati di inserire nei propri codici i precetti penali necessari a punire i colpevoli in modo adeguato.

¹⁷⁰ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 134.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 20. Va sottolineato che i principi di imprescrittività e non amnistierabilità delle gravi violazioni non sono espressamente previsti da alcuna fonte normativa internazionale: si tratta semplicemente di un'*opinio iuris*, anche se ormai piuttosto consolidata. Questo orientamento trova il suo *leading case* nella pronuncia della Corte interam. dir. uomo, sent. 14 marzo 2001, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. contro Perù)*, che ha disapplicato norme peruviane perfettamente legittime dal punto di vista del diritto interno, poiché comportavano l'amnistia di gravi violazioni dei diritti umani. Si veda anche Human Rights Comm., com. n. 322/88, *Rodriguez contro Uruguay*; CAT Concluding Observations on Senegal, UN A/51/44, p. 112. Il diritto penale internazionale ha i caratteri dell'universalità e dell'autonomia.

¹⁷² C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 68.

Per far luce su questi, e in assenza di un organo stabile di giustizia penale internazionale, il Consiglio di Sicurezza, con Risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993, ha promosso l'istituzione di un tribunale *ad hoc* (il *Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia* o ICTY) sulla base del capitolo VII della Carta dell'ONU relativo al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali¹⁷³.

Gli articoli 2 e 3 dello *Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia* configurano i crimini di guerra punibili, ricoprendendo espressamente, tra le gravi violazioni delle Convenzioni ginevrine, la tortura o il trattamento inumano, compresi gli esperimenti biologici; le condotte che causano intenzionalmente gravi sofferenze o gravi lesioni al corpo o alla salute.

L'art. 3 invece non riporta espressamente la tortura nel suo elenco, ma ciò avviene esclusivamente in ragione del fatto che si tratta di un'elencazione solo integrativa di quella di cui all'articolo precedente, nonché esemplificativa. Sono dunque crimini di guerra, punibili dall'ICTY, tutte le violazioni delle leggi e procedure giuridiche che disciplinano i conflitti armati, cioè le trasgressioni dell'insieme di norme formato dal diritto umanitario delle quattro Convenzioni di Ginevra, dagli Accordi dell'Aja, dalle norme consuetudinarie e dagli usi del diritto internazionale¹⁷⁴.

Considerando specificamente la fattispecie di tortura, questa può rientrare nella categoria in esame ogni volta che è perpetrata contro i soggetti protetti dal diritto di Ginevra, e in genere, secondo consuetudine, ogni volta che è inferta a civili in tempo di guerra.

La prassi internazionale inoltre considera vietata ogni forma di tortura inflitta durante una guerra sul personale militare nemico o amico¹⁷⁵.

La condotta materiale costitutiva del crimine di tortura è estremamente variabile.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 68-69: l'istituzione del Tribunale è stata accompagnata da forti critiche, soprattutto dovute al fatto che il capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite contiene disposizioni e conferisce poteri necessari a scongiurare una minaccia di conflitto; non a punire i crimini commessi in una guerra già avvenuta. In aggiunta a ciò, si discuteva della lesione che, con il nuovo Tribunale, si sarebbe realizzata verso i principi di legalità e di precostituzione della giurisdizione. Alla prima obiezione è possibile rispondere che lo Statuto del Tribunale *ad hoc* raccoglie e codifica solo crimini già vietati dal diritto internazionale pattizio o consuetudinario. Non pare possibile però ribattere alla seconda critica mossa. T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 208: è interessante notare che, essendo stato istituito attraverso una risoluzione delle Nazioni Unite, la competenza del Tribunale è stata imposta a tutti gli Stati. Se l'organo fosse stato il risultato di una convenzione internazionale, avrebbe avuto giurisdizione solo nei confronti degli Stati firmatari, come accade, infatti, per la Corte penale internazionale. La competenza *ratione materiae* dei Tribunali *ad hoc*, come si è visto, abbraccia tre categorie di crimini: crimini di guerra, genocidio e crimini contro l'umanità. La tortura è, in via astratta, riconducibile a ognuna delle tre categorie, ossia può integrare sia un crimine di guerra, sia un crimine contro l'umanità, sia un mezzo per la realizzazione del crimine di genocidio. Lo Statuto del Tribunale penale *ad hoc* consente l'attribuzione di più capi di imputazione per un'unica condotta. Quindi, una singola condotta potrebbe dare luogo, davanti alla Corte, a una *cumulative charging*, agevolata anche dalla sistematica redazionale dello Statuto, che colloca le varie ipotesi criminose non secondo un'elencazione classica, ma entro una tripartizione in macro-aree che non esclude zone di sovrapposizione.

¹⁷⁴ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., pp. 89-90.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 93.

Diversi tipi di trattamenti, quando sono gravi e crudeli, praticati durante un conflitto, possono essere esercitati con modalità tali da costituire atti di tortura come crimine di guerra: ad esempio, spesso hanno queste caratteristiche gli esperimenti biologici, l’infilzione di sofferenze, la detenzione illegale, lo stupro, e così via¹⁷⁶.

L’art. 4 dello Statuto del Tribunale per la *ex Jugoslavia* attribuisce al Tribunale stesso anche la competenza a giudicare i responsabili del crimine di genocidio. Questo viene definito al comma 2 come «uno qualsiasi dei seguenti atti commessi con l’intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale: [...] b) causare gravi danni fisici o mentali ai membri del gruppo; c) infliggere deliberatamente al gruppo condizioni di vita intese a causarne la distruzione fisica totale o parziale». Tra le cinque diverse modalità di compimento del genocidio elencate dall’art. 4 dello Statuto, le due appena riportate – lettere b) e c) – possono certamente essere realizzate tramite atti di tortura.

Ne consegue che, allorché lo sterminio di una razza venga perseguito anche o solo attraverso modalità torturatorie (come, ad esempio, le menomazioni sessuali che impediscono la procreazione), la tortura può rientrare nel crimine di genocidio.

Analogamente, questa sussunzione può realizzarsi qualora la tortura venga utilizzata al fine di ottenere informazioni utili al compimento del genocidio¹⁷⁷.

Quanto alla terza categoria di crimini perseguiti dal *Tribunale per la ex Jugoslavia*, lo Statuto istitutivo riporta la fattispecie di tortura entro l’art. 5. Tale disposizione contempla i crimini contro l’umanità, ossia gli atti inumani di natura molto grave, commessi in via sistematica e generale¹⁷⁸ ai danni della popolazione civile durante un conflitto armato. Per definizione, questi crimini devono necessariamente trovare giudizio e sanzione, in ragione del valore universale dei beni giuridici che vanno a ledere¹⁷⁹.

L’articolo raccoglie una serie di fattispecie, che già il diritto internazionale generale in materia aveva qualificato come crimini contro l’umanità e come *gross violations*¹⁸⁰. Si tratta, in particolare, dei crimini di: assassinio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione, imprigionamento, tortura, stupro, persecuzioni per motivi razziali, politici o religiosi, ed altri atti inumani.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 92.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 86; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., pp. 12-13.

¹⁷⁹ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., pp. 84-85.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 82.

Il crimine di tortura è quindi oggetto di giudizio davanti alla *Corte per la ex Jugoslavia* sia nella sua configurazione come reato-offesa, sia nella sua configurazione come reato-mezzo¹⁸¹. Viene perseguito come offesa, quando viola norme di diritto internazionale che vietano direttamente la perpetrazione dei maltrattamenti, intesi come atti contrari alla dignità umana. La commissione di tortura è invece punita come mezzo, quando costituisce la modalità di realizzazione di un obiettivo ulteriore.

Rispetto ad altri gravi crimini – come la riduzione in schiavitù e lo stupro – la tortura risulta fungibile, nel senso che tutti questi atti tendono alla mortificazione, umiliazione e sofferenza della vittima. Addirittura, essendo la tortura un crimine a condotta libera, in presenza di determinate circostanze, si potrebbero vedere qualificati gli atti di violenza sessuale o riduzione in schiavitù come modalità di commissione della tortura¹⁸².

Per ciò che concerne la responsabilità penale individuale, l'art. 7 dello Statuto chiarisce che sono punibili di fronte al *Tribunale per la ex Jugoslavia* non solo i soggetti che hanno materialmente compiuto gli atti vietati, ma tutte le persone «che hanno pianificato, istigato, ordinato, impegnato o altrimenti aiutato e favorito nella pianificazione, preparazione o esecuzione di un crimine di cui agli articoli da 2 a 5 del presente Statuto» (art. 7, comma 1).

L'ultima osservazione da farsi riguarda la relazione tra la giurisdizione internazionale e quelle interne. L'attribuzione di competenza al Tribunale *ad hoc* è stata imposta attraverso risoluzione dell'ONU e prescinde dal consenso formale sia degli Stati in cui si trovano o di cui hanno la nazionalità i colpevoli, sia – ovviamente – dall'accettazione della giurisdizione da parte degli imputati stessi.

Il principio della giurisdizione concorrente, come enunciato nell'art. 9 dello Statuto, prevede che il processo per i crimini internazionali possa essere celebrato dal Tribunale *ad hoc*, come dai tribunali degli Stati in quanto le due competenze, appunto, concorrono. Ma la Corte internazionale ha una sorta di primazia, sancita nell'art. 9, comma 2, potendo richiedere alle corti nazionali di «rinviare alle competenze del Tribunale internazionale», senza che sia necessaria una preventiva o successiva dichiarazione di *placet* da parte dello Stato¹⁸³.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 93.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 93-94.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 97. La rimessione sarà richiesta ogni volta che nei tribunali penali dello Stato vi sia una disfuntione fisiologica (come l'eccessiva durata dei processi) o patologica (come la mancanza di imparzialità) e può avvenire anche in deroga al principio di *ne bis in idem*, se l'individuo è già stato giudicato nello Stato competente, ma «a) l'atto per il quale è stato processato è stato qualificato come un crimine ordinario; o b) i procedimenti giudiziari nazionali non erano imparziali o indipendenti, erano organizzati per proteggere l'accusato dalla responsabilità penale internazionale, o il caso non è stato approfondito diligentemente» (art. 10, comma 2).

È ovvio che la primazia del Tribunale internazionale serve ad assicurare una protezione davvero efficiente ed incisiva da quei crimini che, per la loro estrema gravità, necessitano indispensabilmente di un imparziale accertamento dei fatti e di una giusta sanzione¹⁸⁴.

3. Lo Statuto del Tribunale Internazionale per i crimini commessi nel Ruanda

Nel 1994 si sono verificati, in Ruanda e Burundi, conflitti etnici interni, tra le popolazioni degli Utu e dei Tutsi, teatro di numerosi efferati crimini¹⁸⁵.

Analogamente a quanto era accaduto al termine dei conflitti nella *ex Jugoslavia*, in assenza di un organo stabile di giustizia penale internazionale, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha istituito un secondo Tribunale *ad hoc*, per far luce sui crimini più gravi perpetrati durante il conflitto. Il *Tribunale penale internazionale per il Ruanda* o ICTR è stato costituito con Risoluzione N. 955 dell'8 novembre 1994¹⁸⁶.

I crimini di guerra punibili dalla Corte internazionale sono indicati nell'art. 4 dello Statuto, che richiama, già dalla rubrica, solo l'art. 3 comune alle quattro *Convenzioni di Ginevra* e il II Protocollo aggiuntivo alle stesse. Non viene richiamato l'intero *corpus* delle norme di diritto umanitario, né il diritto consuetudinario di guerra (come nello Statuto dell'ICTY), in quanto il conflitto armato ruandese si è svolto tra due parti di una stessa nazione e dunque non sono applicabili le norme indicate per i conflitti internazionali¹⁸⁷.

L'elenco delle gravi violazioni del diritto umanitario comprende, anche in questo Statuto, gli «attentati alla vita, alla salute ed al benessere fisico o mentale delle persone, in particolare l'uccisione così come i trattamenti crudeli quali la tortura, la mutilazione o ogni forma di punizione corporale» (art. 4 lett. a)).

La competenza a giudicare dei crimini di genocidio è sancita all'art. 2, che comprende la tortura e gli altri trattamenti inumani, con una formulazione identica a quella dell'art. 4 dello Statuto dell'ICTY.

È, infine, l'art. 3 dello Statuto costitutivo del *Tribunale per il Ruanda* a riguardare la terza categoria di crimini, ossia i crimini contro l'umanità, che sono tali «quando commessi nel quadro di un attacco su larga scala e sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile in ragione della

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 98.

¹⁸⁵ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 68.

¹⁸⁶ La base normativa posta a fondamento del nuovo Tribunale è stata ancora il capitolo VII della Carta dell'ONU. Lo Statuto del Tribunale internazionale è quasi identico allo Statuto costitutivo dell'ICTY, così come sono estremamente simili la giurisprudenza, la prassi e le consuetudini che circondano le due istituzioni. Per questa ragione, si possono richiamare a proposito dell'ICTR tutte le osservazioni già svolte a proposito dello Statuto analizzato *supra*, evidenziando qui solo eventuali lievi differenze, per lo più relative agli articoli cui fare riferimento e alla loro formulazione letterale.

¹⁸⁷ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 12.

sua appartenenza nazionale, politica, etnica, razziale o religiosa». Le fattispecie elencate sono identiche a quelle dello Statuto analizzato *supra*¹⁸⁸.

4. Lo Statuto della Corte penale internazionale

L'esperienza positiva dei Tribunali *ad hoc* nell'applicazione dei diritti umani e dei principi umanitari attraverso l'affermazione della responsabilità individuale ha portato l'Assemblea generale delle Nazioni Unite a proseguire con favore sulla strada della giurisdizione penale internazionale. Infatti, in diversi contesti, durante gli anni Novanta, sono stati istituiti tribunali "misti"¹⁸⁹, d'intesa col governo degli Stati o in occasione di periodi di amministrazione temporanea del territorio da parte dell'ONU¹⁹⁰.

Il 17 luglio 1998, lo Statuto è stato approvato durante la conferenza diplomatica di Roma, sotto la veste giuridica di un accordo multilaterale¹⁹¹.

La Corte così istituita – indipendente, dotata di personalità internazionale (art. 4) e permanente¹⁹² – rappresenta il più alto atto di affermazione, sul piano giuridico, di principi propri del diritto internazionale dei diritti umani¹⁹³. Essa spinge gli Stati ad attivarsi per punire i colpevoli al loro interno, possedendo così una funzione deterrente, e costituisce una base solida per giungere in futuro alla creazione di un codice del diritto penale internazionale¹⁹⁴.

La Competenza della Corte penale internazionale o ICC è complementare rispetto a quella delle giurisdizioni nazionali (art. 1), ossia interviene solo quando lo Stato che ha giurisdizione sul caso non ha la capacità o la volontà di perseguire e punire gli autori dei crimini in modo adeguato¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Il principio di irrilevanza della qualifica ufficiale rivestita dal reo durante la consumazione del reato è sancito qui nell'art. 6, comma 2, mentre il principio di giurisdizione concorrente – che lo Statuto relativo alla ex Jugoslavia conteneva nell'art. 9 – è stato trasposto nell'art. 8 dello Statuto in esame; mentre la disciplina del *ne bis in idem* e le relative deroghe è contenuta nell'art. 9.

¹⁸⁹ Il carattere misto ha riguardato sia la composizione degli organi – con personale giudiziario sia dello Stato sia internazionale – sia il diritto penale sostanziale e processuale applicabile.

¹⁹⁰ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., pp. 69-70: ciò è avvenuto in Kosovo, Sierra Leone, Cambogia e Timor orientale. L'Assemblea generale ha richiamato l'attenzione della Commissione di diritto internazionale sulla questione della creazione di una Corte penale internazionale; nel 1994, la Commissione ha presentato all'Assemblea generale un progetto di Statuto, poi rielaborato da un Comitato *ad hoc*, nel 1995; infine, il Comitato preparatorio ha completato il progetto.

¹⁹¹ S. MARCHISIO, *Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, I, 1998, p. 49; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., pp. 71-75; F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., pp. 12-13. I numerosi punti controversi e la svolta storica che lo Statuto incarna, affermando con forza il primato dell'individuo e della sua dignità a discapito della sovranità degli Stati, hanno comportato sette importanti voti contrari (anche di Stati Uniti, Cina, India, Israele e Turchia).

¹⁹² S. MARCHISIO, *Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, in *I Diritti dell'Uomo. Cronache e battaglie*, I, 1998, p. 52.

¹⁹³ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 13.

¹⁹⁴ T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 208.

¹⁹⁵ S. MARCHISIO, *Lo Statuto di Roma*, cit., p. 50.

A differenza dei Tribunali *ad hoc* per la *ex Jugoslavia* e per il Ruanda, che erano istituiti con risoluzione del Consiglio di Sicurezza e, per questa via, imposti a tutti gli Stati, la ICC è nata da un accordo multilaterale, che non può vincolare se non gli Stati firmatari¹⁹⁶.

La giurisdizione della Corte si può applicare quindi solo in due ordini di casi: qualora l'imputato sia un cittadino di uno Stato parte, oppure allorché il crimine sia stato commesso nel territorio di uno Stato parte (art. 12)¹⁹⁷.

A ciò si aggiunge la possibilità, *ex art.* 87, comma 5, che la Corte promuova accordi *ad hoc* con Stati non firmatari dello Statuto per ottenere la loro collaborazione (art. 12, comma 3).

L'art. 5, comma 1 dello Statuto definisce la competenza *ratione materiae* della Corte, sancendo che questa «è limitata ai crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale¹⁹⁸.

L'art. 6, nello stabilire il contenuto del crimine di genocidio, utilizza le stesse parole che erano già nello Statuto del Tribunale per la *ex Jugoslavia* e nello Statuto del Tribunale per il Ruanda. Di conseguenza, valgono anche qui le stesse osservazioni già riportate riguardanti la tortura, che può essere – come reato-mezzo – una delle modalità di realizzazione del genocidio (in particolare, con le forme descritte nelle lettere b) e c) dell'art. 6).

L'art. 7 dello Statuto, descrivendo i crimini contro l'umanità, assume invece una portata parzialmente innovativa. I crimini vietati sono quelli ormai classici del diritto penale internazionale, ma l'elencazione risulta – rispetto a quella degli Statuti dei Tribunali *ad hoc* – più completa e dettagliata, comprendendo fattispecie articolate o nuove, come la riduzione in schiavitù (lett. c)), la sparizione forzata di persone (lett. i)), lo stupro e la gravidanza forzata (lett. g)), l'*apartheid* (lett. j)). Il riferimento alla tortura, invece, non è mutato, poiché l'art. 7 inserisce tra i crimini contro l'umanità sia la tortura (lett. f)), sia «altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale» (lett. k)).

Una novità sicuramente rilevante di questo Statuto è la presenza di definizioni autonome delle fattispecie criminose. L'art. 7 infatti, nel suo comma 2, precisa il significato di ognuno dei crimini elencati al comma precedente, specificando, tra l'altro, che «per “tortura” s'intende

¹⁹⁶ T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 208.

¹⁹⁷ S. MARCHISIO, *Lo Statuto di Roma*, cit., p. 50; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 75. Non basta invece che l'imputato sia custodito in uno Stato parte, né che sia parte lo Stato di cittadinanza delle vittime, come pure era stato proposto: S. MARCHISIO, *Lo Statuto di Roma*, cit., pp. 50-51.

¹⁹⁸ La Corte ha competenze, in forza del presente Statuto, per i crimini seguenti: a) crimine di genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra; d) crimine di aggressione. In realtà, quest'ultimo crimine non è giustiziabile fino alla futura approvazione di una disposizione che fissi una definizione del termine “aggressione” e ne precisi la fattispecie (art. 5, comma 2).

l’infiggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati»¹⁹⁹.

L’ampiezza che caratterizza la definizione di tortura secondo lo Statuto dell’ICC va comunque letta alla luce del fatto che, per poter integrare un crimine contro l’umanità, gli atti di tortura devono anche essere commessi «nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell’attacco» (art. 7, comma 1). Dunque, la condotta deve essere caratterizzata da tutti gli elementi della definizione e da tutti gli elementi propri dei crimini contro l’umanità per essere giudicabile dalla Corte penale internazionale sotto il profilo dell’art. 7 dello Statuto.

I crimini di guerra sono, infine, enumerati all’art. 8. Si tratta di un’elencazione già utilizzata dagli Statuti dei Tribunali internazionali per la *ex Jugoslavia* (per i crimini connessi a conflitti internazionali) e per il Ruanda (per i crimini compiuti durante conflitti interni). L’art. 8, comma 2, è però redatto con maggior precisione e completezza, ed elenca ben cinquanta fattispecie (trentaquattro relative ai conflitti internazionali; sedici relative alle guerre interne).

In riferimento ai conflitti armati internazionali, le lettere a) e b) dell’art. 8, comma 2, richiamano, rispettivamente, le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e le gravi violazioni del diritto consuetudinario di guerra.

La tortura e le fattispecie connesse sono più volte richiamate, in quanto tra i crimini di guerra ci sono: «tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici» (art. 8, comma 2, lett. a), n. ii)); «cagionare volontariamente gravi sofferenze o gravi lesioni all’integrità fisica o alla salute» (art. 8, comma 2, lett. a), n. iii)); «assoggettare coloro che si trovano in potere del nemico a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici delle persone coinvolte né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute» (art. 8, comma 2, lett. b), n. x)); «violare la

¹⁹⁹ La definizione ricorda quella contenuta nella *Convenzione contro la tortura* delle Nazioni Unite del 1984, soprattutto nella parte in cui esclude dai trattamenti incriminati le sofferenze insite nell’esecuzione di una pena legittima o provocate per negligenza dello Stato, senza alcuna intenzionalità. Gli elementi costitutivi della fattispecie sono ancora: l’infilazione di dolori o sofferenze fisiche o mentali; la gravità degli stessi e l’intenzionalità della condotta. È però espunto dalla definizione della CAT, adottata anche dalla giurisprudenza delle Corti *ad hoc*, un elemento ingombrante: lo scopo specifico, che limitava moltissimo l’ambito di applicabilità del divieto. Per quanto riguarda un altro elemento costitutivo fortemente limitante, ossia la particolare identità che l’autore, previsto nella CAT, l’elemento specializzante non compare nella definizione dello Statuto. Tuttavia, questo fa riferimento al fatto che la vittima si trovi sotto la custodia e il controllo del suo torturatore, richiamando l’idea di un autore riconducibile a una qualche autorità: risultano sicuramente esclusi, quindi, i maltrattamenti compiuti a fini personali tra privati. C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 13.

dignità delle persone, in particolare utilizzando trattamenti umilianti o degradanti» (art. 8, comma 2, lett. b), n. xxi)); «stuprare» (art. 8, comma 2, lett. b), n. xxii)).

In riferimento ai conflitti armati non internazionali, le lettere c) ed e) dell'art. 8, comma 2 richiamano, rispettivamente, le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra e le gravi violazioni del diritto consuetudinario di guerra relativo ai conflitti interni. Anche qui, la tortura e le fattispecie connesse sono più volte richiamate, in quanto tra i crimini di guerra sono compresi «atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura» (art. 8, comma 2, lett. c), n. i)); «violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti» (art. 8, comma 2, lett. c), n. ii)); «stuprare» (art. 8, comma 2, lett. e), n. vi)); «assoggettare coloro che si trovano in potere del nemico a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici delle persone coinvolte né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute» (art. 8, comma 2, lett. e), n. xi)).

Di estremo interesse è poi l'art. 27, che sancisce l'assoluta irrilevanza della qualifica ufficiale dell'autore, che quindi non può sottrarsi alla propria responsabilità personale con l'espeditivo formale dell'aver agito nell'esercizio delle proprie funzioni, attribuendo così le proprie azioni allo Stato.

4.1. Luci e ombre sull'operato della CPI

L'istituzione della Corte Penale Internazionale non pare abbia sortito l'effetto di ricalcare i risultati positivi ottenuti dai Tribunali *ad hoc* nell'applicazione dei diritti umani. Invero, in quindici anni di attività della CPI, sono state processate poche decine di persone: assai meno di quelle incriminate dai tribunali *ad hoc* per la *ex Jugoslavia* e il Ruanda, che indagavano su un solo Paese e in relazione a un arco di tempo limitato²⁰⁰.

Non solo, in alcuni casi gli Stati membri non hanno cooperato per estradare l'imputato, come nella vicenda che ha riguardato il presidente sudanese Al-Bashir, tanto che le incriminazioni non hanno avuto alcun esito politico ed egli mantiene saldo il controllo sul suo Paese²⁰¹.

Ciò che è evidente è che i Governi degli Stati esercitano una forte influenza sulla giustizia penale internazionale. Sono infatti gli stessi Governi a stanziare i finanziamenti per i tribunali

²⁰⁰ D. ARCHIBUGI – A. PAESE, *Delitto e castigo nella società globale. Crimini e processi internazionali*, Castelvecchi, Roma, 2017, p. 87.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 87.

internazionali, a nominare i giudici e addirittura a mettere a disposizione le carceri per i (pochi) condannati²⁰².

Come si può agire per permettere alla giustizia penale internazionale di svolgere il suo ruolo ideale, ossia controllare gli abusi dei governi, piuttosto che essere uno strumento nelle loro mani?

In primo luogo, le organizzazioni della società civile hanno la possibilità di raccogliere dati e informazioni su casi riguardo ai quali la CPI per qualsiasi ragione (politica) non indaga²⁰³.

In secondo luogo, sarebbe auspicabile attribuire nella scelta dei giudici una maggiore incisività all'intervento delle organizzazioni non governative, come la *Coalition for the International Criminal Court* od *Amnesty International*. Allo stato attuale le ONG hanno il compito marginale di commentare i profili degli aspiranti giudici. Essi sono nominati dall'Assemblea degli Stati della CPI, sulla base di un'analisi dei propri profili giuridici; vengono altresì considerati: il ruolo degli stati che contribuiscono maggiormente ai finanziamenti, la copertura geografica, la rappresentatività delle culture giuridiche, l'equilibrio di genere, etc²⁰⁴.

In terzo luogo, si deve sottolineare come le azioni della CPI siano complementari a quelle svolte dai Tribunali d'opinione²⁰⁵.

I Tribunali di opinione paragiudiziari di creazione moderna si configurano come una sorta di giurisdizione internazionale informale, ovvero espressa dalla società civile e non dai poteri costituiti, mancante di forza coercitiva, ma con l'ambizione di sensibilizzare l'opinione internazionale e i pubblici poteri in forza del valore morale delle sentenze; sono privi di poteri sanzionatori, ma possono svolgere indagini e denunciare determinati abusi.

Ad esempio, il *World Tribunal on Iraq*, istituito da diverse organizzazioni non governative, ha avuto una vasta eco, soprattutto perché gli organi della giustizia internazionale (inclusa la Corte di giustizia internazionale) erano paralizzati a causa del potere esercitato dagli Stati Uniti e dalla Gran Bretagna. Il *World Tribunal on Iraq* ha invece potuto istituire un processo d'opinione che ha portato alla condanna, sebbene solo simbolica, dei crimini di guerra²⁰⁶.

²⁰² D. ARCHIBUGI – A. PAESE, *Delitto e castigo nella società globale. Crimini e processi internazionali*, cit., p. 88.

²⁰³ Ad esempio, una organizzazione non-governativa di avvocati ha prodotto prove sui crimini di guerra commessi dai soldati inglesi durante l'invasione dell'Iraq del 2004. Quando le nuove prove sono state consegnate alla CPI, l'Ufficio del Procuratore della CPI ha avviato un'indagine, che era già stata frettolosamente archiviata alcuni anni prima. In questi casi, la pressione esterna può riuscire a far svolgere alla CPI la sua funzione istitutiva.

²⁰⁴ D. ARCHIBUGI – A. PAESE, *Delitto e castigo nella società globale. Crimini e processi internazionali*, cit., p. 90.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 90.

²⁰⁶ Per un approfondimento si rimanda a M. G. SÖKMEN, *World Tribunal on Iraq Making the Case Against War*, Olive Branch Press, Ithaca NY, 2008.

Il *Tribunale permanente dei popoli*, attivo presso la Fondazione Basso, ha da quarant'anni istruito Tribunali d'opinione su molti temi della politica mondiale e ha recentemente indagato e condannato sulle violazioni dei diritti delle persone migranti e rifugiate²⁰⁷.

Queste attività sono certamente d'auspicio affinché anche la CPI e gli altri organi delle Nazioni unite agiscano, utilizzando i ben più consistenti mezzi a loro disposizione.

In quarto luogo, la CPI non ha esautorato la possibilità di agire tramite giurisdizione universale esercitata dalle magistrature nazionali. La cosiddetta “Internazionale dei giudici” può svolgere un ruolo molto utile nel richiamare l’attenzione su crimini particolarmente gravi, e in alcuni casi addirittura trasferire determinati procedimenti alla CPI²⁰⁸.

L’efficacia della Corte Penale internazionale nel reprimere i crimini di sua competenza rischia di non soddisfare le aspettative. Se si lascia la CPI dentro la sola logica inter-governativa, la Corte assume le sembianze di uno strumento compiacente e inutile. È auspicabile che l’operato della CPI venga sottoposto all’attenzione dell’opinione pubblica e che essa acquisisca la forza e il coraggio di indagare anche sulle situazioni politicamente “scomode”, incriminando delinquenti anche se godono di protezioni altolate: solo così potrà diventare davvero un effettivo dispositivo per la protezione dei diritti umani²⁰⁹.

²⁰⁷ Documento finale relativo alle sessioni sulla violazione dei diritti umani delle persone migranti e rifugiate Bruxelles - Parlamento europeo - 9 aprile 2019, reperibile al sito http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2019/04/DocumentoFinaleBruxelles_ITA_11Aprile2019.pdf.

²⁰⁸ D. ARCHIBUGI – A. PAESE, *Delitto e castigo nella società globale. Crimini e processi internazionali*, cit., p. 93.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 93.

CAPITOLO II

LE CONVENZIONI REGIONALI CHE SI OCCUPANO DI TORTURA

SOMMARIO: Introduzione - Sezione I - Le Carte regionali *extra-europee* - 1. Dichiarazione interamericana dei diritti e dei doveri dell'uomo - 2. La Convenzione americana dei diritti dell'uomo dell'Organizzazione degli Stati Americani - 3. La Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura - 4. La Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli dell'Organizzazione dell'Unità Africana - 5. La Carta araba dei diritti dell'uomo - 6. La Carta di diritti umani dell'Asia - Sezione II - Le Carte regionali sovrannazionali europee - 1. Il Consiglio d'Europa - 2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - 3. Il divieto di tortura nella giurisprudenza della Corte Edu - 3.1. Assolutezza del divieto - 3.2. Il principio di effettività - 3.3. Interpretazione evolutiva - 3.4. Il criterio della gravità del maltrattamento - 3.5. Il criterio della relatività - 3.6. Tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti - 3.6.1. Il divieto di tortura: applicazione dei criteri - 3.6.2. Pene e trattamenti inumani - 3.6.3. Trattamento o punizione degradante - 3.7. Obblighi positivi e negativi derivanti dal divieto di tortura e trattamento disumano o degradante - 3.7.1. Obbligo di avviare una procedura di inchiesta - 3.7.2. Onere probatorio - 4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti - 5. Il diritto dell'Unione Europea - 6. Le fonti del diritto dell'Unione Europea sul divieto di tortura - 6.1. La Carta di Nizza - 6.2. Gli orientamenti dell'UE - 7. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea - 7.1. Gli effetti della tortura e il riconoscimento della protezione sussidiaria - 7.2. Mandato di arresto europeo e divieto di tortura - 8. L'efficacia della tutela locale

Introduzione

Il procedimento internazionale di protezione dei diritti umani non è progredito solo in seno alle Nazioni Unite, ma ha avuto grande risonanza a livello regionale, in particolare nei continenti europeo e americano. Gli strumenti di *human rights law* sviluppatisi in contesti locali hanno contribuito a intensificare le tutele rispetto alla matrice costituita dalla Dichiarazione ONU del 1948, in quanto coinvolgono Stati tra loro accomunati da una stretta omogeneità culturale²¹⁰.

Sezione I

Le Carte regionali extra-europee

1. Dichiarazione interamericana dei diritti e dei doveri dell'uomo

Il primo strumento internazionale post-bellico per la tutela dei diritti umani a livello locale è stato la *Dichiarazione interamericana dei diritti e dei doveri dell'uomo* dell'Organizzazione degli Stati Americani, adottata il 30 aprile 1948 nell'ambito regionale americano, contestualmente alla redazione della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA).

La Dichiarazione americana è uno strumento di *soft law*, cioè si connota per il suo valore meramente declaratorio e non vincolante. L'art. 1 tutela il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza personale, sancendo che «ogni essere umano ha diritto alla vita, alla libertà e alla

²¹⁰ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 2.

sicurezza della sua persona». Viene previsto il diritto alla libertà e alla sicurezza dell'individuo, ossia il diritto all'integrità fisica, mentale e morale dell'uomo e, di conseguenza, è implicitamente stabilito il diritto a non subire torture o qualsiasi altro trattamento degradante e inumano. L'art. 28 della Dichiarazione, affermando che «i diritti di una persona sono necessariamente limitati dai diritti degli altri, dalla sicurezza di tutti e dalle giuste pretese di benessere generale e di avanzamento della democrazia», include una clausola di limitazione generale. Tali motivazioni sono, quindi, per i membri dell'OSA, delle giustificazioni legittime per una deroga ai diritti umani.

2. La Convenzione americana dei diritti dell'uomo dell'Organizzazione degli Stati Americani

Il 22 novembre 1969, a San José del Costa Rica, la Conferenza Inter-American ha adottato la *Convenzione americana sui diritti umani*, redatta subito dopo l'adozione dei *Patti Internazionali delle Nazioni Unite*, cui si è ispirata²¹¹.

I diritti enunciati nella Convenzione sono obbligatori per gli Stati membri dell'OSA e, per garantirne il rispetto, sono stati istituiti due organi: la *Commissione americana dei diritti dell'uomo*, con sede a Washington, e la *Corte interamericana dei diritti umani*, con sede a San José. Le due istituzioni hanno competenza (facoltativa per gli Stati) a esaminare i ricorsi presentati da privati cittadini e da organizzazioni non governative²¹².

I primi due commi dell'art. 5 della Convenzione americana (rubricato “Diritto ad un trattamento umano”) sanciscono il divieto di tortura. In particolare si afferma, al primo comma, che «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale». Il comma 2 prosegue sancendo che «nessuno sarà sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Tutti coloro privati della libertà saranno trattati con il rispetto dovuto alla dignità inherente di persona umana».

La *Convenzione americana*, prendendo spunto dall'art. 10 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, sancisce espressamente il divieto di umiliare o maltrattare i soggetti *in vinculis*. La previsione non è di poco conto, se si pensa che in condizioni di limitazione della libertà personale risulta estremamente frequente il ricorso alla tortura, o anche solo a condizioni ambientali, igieniche e psicologiche fortemente degradanti²¹³.

²¹¹ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 356. Come è accaduto anche in ambito europeo, il confronto tra Stati appartenenti alla stessa regione, e quindi legati da una certa omogeneità culturale, ha permesso il raggiungimento di un grado di vincolatività maggiore rispetto a quello raggiunto dal modello universale costituito dalla Dichiarazione ONU del 1948.

²¹² C. DEFILIPPI – D. BOSI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 397.

²¹³ C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 3. I commi 4, 5 e 6 dell'art. 5 trattano degli aspetti della detenzione e delle condizioni ad essa associate. Salvo circostanze eccezionali, le persone accusate devono essere detenute in luoghi diversi da quelli in cui sono custoditi i soggetti già condannati.

Come il *Patto sui diritti civili e politici*, la *Convenzione americana dei diritti dell'uomo* prevede la possibilità per gli Stati di derogare agli obblighi assunti «in tempo di guerra, [quando vi è] pericolo pubblico o altra emergenza che minaccia l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato Parte» (art. 27, comma 1). Ma, sempre in modo analogo alle fonti precedenti, anche la Convenzione in esame esclude dalla possibilità di bilanciamento e deroga una serie di articoli, tra i quali si enuncia l'art. 5²¹⁴.

La portata della suddetta norma va letta alla luce dell'art. 2 dello stesso documento, che recita: «(...) gli Stati Parti si impegnano ad adottare (...) le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà». Viene dunque fatta richiesta agli Stati di adeguare la loro legislazione interna agli obblighi assunti con la Convenzione: è necessario eliminare le norme che si pongono in violazione dei diritti dell'uomo e, viceversa, creare norme attuative e di tutela per gli individui²¹⁵.

Dal combinato disposto degli articoli 2 e 5 potrebbe concludersi che, poiché di fronte a gravi violazioni dei diritti umani solo la sanzione penale può costituire un'adeguata repressione e riparazione, lo Stato dovrà prevedere e punire la tortura come reato²¹⁶.

3. La Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura

Anche la regione americana si è dotata di una Convenzione settoriale in materia di tortura, che andasse a integrare la previsione di cui all'art. 5 della *Convenzione americana dei diritti dell'uomo*: il 9 dicembre 1985, a Cartagena de las Indias (Colombia), l'Assemblea dell'Organizzazione degli Stati Americani ha adottato la *Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura*²¹⁷.

Il documento contiene una chiara definizione della fattispecie all'art. 2 secondo cui: «ai fini della presente Convenzione, per tortura si intende ogni atto intenzionalmente posto in essere con cui si infligge un dolore o una sofferenza fisica o mentale». L'atto violento può essere finalizzato allo svolgimento di un'indagine penale ovvero essere un mezzo di intimidazione, un castigo personale, una misura preventiva, una pena, o essere inflitto per ogni altro scopo. «Per tortura si intende anche l'uso su una persona di metodi volti ad annullare la personalità della vittima o diminuire le sue capacità fisiche o mentali, anche senza causare un dolore fisico o angoscia psichica. La nozione di

²¹⁴ È confermata l'estrema importanza del diritto a non subire tortura e maltrattamenti, che nel panorama internazionale è, come si è visto, solitamente compreso nel nucleo duro, inderogabile degli accordi.

²¹⁵ C. DEFILIPPI – D. BOSI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 357.

²¹⁶ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2 ss.

²¹⁷ Il testo della Convenzione ricalca molto da vicino quello della Convenzione ONU dell'anno precedente, forse correggendone (in parte) alcuni degli aspetti più controversi.

tortura non comprende il dolore o la sofferenza fisica o mentale implicita o conseguenza esclusiva dell'applicazione di misure legali, a condizione che tali misure non comprendano la esecuzione degli atti o l'uso dei metodi di cui al presente articolo».

La *Convenzione americana* condanna come tortura anche l'applicazione di metodi tendenti ad annullare la personalità della vittima o a diminuire le sue capacità fisiche o mentali, anche se non causano dolore fisico o sofferenza psichica. Questa accurata previsione allarga l'ambito della tutela a moderne tecniche che, pur costituendo gravissimi maltrattamenti, non comportano la percezione di dolore.

Ratificando la *Convenzione per la prevenzione e la punizione della tortura*, gli Stati membri dell'OSA si sono impegnati a rispettare una serie di obblighi.

In primo luogo, essi hanno accettato il carattere assoluto del divieto di tortura²¹⁸.

In secondo luogo, gli Stati americani si sono assunti l'obbligo generico di adottare «misure effettive per prevenire e sanzionare la tortura nell'ambito della propria giurisdizione» (art. 6, comma 1). È quindi necessario che essi rivedano i propri sistemi giuridici, in modo che le sfere legislativa, amministrativa e giudiziaria non contengano violazioni del divieto di tortura, prevengano la commissione di queste violazioni e, infine, provvedano a punire adeguatamente l'inflizione di tortura. In questo modo si configurano gli obblighi di prevenzione e incriminazione, il secondo dei quali è subito specificato nel secondo comma dell'art. 6, che pretende pene adeguate alla gravità del crimine.

In terzo luogo, l'art. 7 impone, con l'obiettivo di prevenzione, che sia data particolare enfasi al divieto di tortura nella formazione degli agenti di polizia e di tutti quegli agenti della funzione pubblica che sono responsabili della custodia di soggetti sottoposti a limitazioni della libertà individuale.

Ancora, gli Stati sono obbligati a rispettare un certo *standard* procedurale, nei casi in cui vi sia «un'accusa o un fondato motivo di credere che un atto di tortura sia stato commesso entro la propria giurisdizione». In queste circostanze, essi devono garantire che le loro autorità procedano adeguatamente e immediatamente a svolgere un'inchiesta sul caso e a dare inizio, se opportuno, a un corrispondente processo penale (art. 8).

Come la CAT, anche la Convenzione in esame vuole che la legge nazionale di ciascuno Stato parte preveda per le vittime di tortura una «adeguata riparazione» (art. 9); inoltre chiede la

²¹⁸ Il ricorso alla tortura non può essere giustificato né dall'obbedienza a ordini di superiori (art. 4), né da circostanze eccezionali come «lo stato di guerra, una minaccia di guerra, lo stato d'assedio o di emergenza, rivolte o disordini interni, sospensione delle garanzie costituzionali, instabilità politica interna o altre emergenze pubbliche o disastri» (art. 5, comma 1), né dalla pericolosità del detenuto o dalla carenza di sicurezza dell'istituto penitenziario (art. 5, comma 2).

garanzia che eventuali dichiarazioni rilasciate in conseguenza dei maltrattamenti subiti non vengano utilizzate come prove in alcun procedimento, eccezion fatta per quel processo volto ad accertare la responsabilità dell'autore delle torture (art. 10).

Viene ribadito (nel testo degli artt. 11, 12, 13 e 14) il principio di diritto internazionale espresso dal brocardo *aut dedere, aut judicare*. Infatti, ogni Stato, «quando la tortura è stata commessa all'interno della sua giurisdizione» (art. 12), è chiamato, alternativamente, a estradare il sospettato verso lo Stato competente per territorio o nazionalità, oppure – quando ciò non sia opportuno o lo Stato sia esso stesso competente per territorio o nazionalità – ad adottare «le misure necessarie per affermare la propria giurisdizione sul reato» (art. 12).

Infine, l'estradizione degli autori del reato di tortura (come emerge dagli artt. 11 e 13, comma 1) è vietata quando vada a integrare una violazione indiretta dello stesso diritto a non subire tortura o di altri diritti di analoga importanza (art. 13, comma 2).

Nella *Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura* non esiste un articolo che estende genericamente tutti gli obblighi sanciti in materia di tortura anche ai maltrattamenti meno gravi, né esiste una definizione di questi comportamenti. Tuttavia, gli articoli 6 e 7, che pongono rispettivamente l'obbligo di prevenire e punire la tortura e l'obbligo di formare il personale penitenziario in tal senso, contengono entrambi, nel loro ultimo capoverso un'estensione di quegli obblighi anche in relazione ad «altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti».

In conclusione, è stato espresso un generico dovere degli Stati di prevenire e punire anche i maltrattamenti vietati che non arrivano, per gravità, a integrare la fattispecie di tortura. Ma la tutela prestata alle vittime di queste brutalità è una tutela debole, di grado minore: si consideri, infatti, che a questi avvenimenti non sono estesi obblighi, quali quelli di inchiesta, risarcimento della vittima e inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate.

In sede di redazione della Convenzione interamericana in materia di tortura, non è stata prevista l'istituzione di un organo appositamente preposto al controllo della sua applicazione. La verifica del rispetto degli obblighi sanciti è stata affidata alle istituzioni dell'Organizzazione degli Stati Americani già esistenti, in particolare, alla *Commissione interamericana per i diritti umani*, istituita nel 1979 con Risoluzione dell'Assemblea generale dell'OSA.

4. La Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli dell'Organizzazione dell'Unità Africana

Nel 1963, nella regione africana, era stata istituita l'Organizzazione dell'Unità Africana (che nel 2002 sarà sostituita dall'Unione Africana), atta principalmente a completare il processo di

decolonizzazione²¹⁹. Il 27 giugno 1981²²⁰ è stata adottata all'unanimità dalla conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'OUA, a Nairobi, la *Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli*²²¹. Questa è alla base del sistema regionale di protezione dei diritti umani più vasto del mondo, comprendendo ben 53 Stati (dei 54 che compongono il continente africano).

Nell'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* trova la matrice l'art. 5 della Carta africana, che sancisce: «ciascun individuo deve avere il diritto al rispetto della sua dignità in quanto essere umano ed al riconoscimento del suo *status* legale. Tutte le forme di prevaricazione e mortificazione dell'uomo e particolarmente la schiavitù e la sua tratta, la tortura, le pene ed i trattamenti crudeli, disumani o degradanti, dovranno essere proibite». La tortura e gli altri trattamenti vietati sono stati accostati alla schiavitù e al commercio degli schiavi, come forme di degrado della persona.

La *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* non contiene nessuna disposizione volta a rendere esplicitamente inderogabile il divieto di tortura, ma il rispetto della Carta è comunque tutelato da diversi meccanismi di controllo²²².

La Carta istituisce inoltre una *Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*²²³, composta da 11 commissari, con il compito di promuovere il rispetto dei diritti umani in Africa ed esaminare i rapporti periodici redatti dagli Stati parte. Allo stesso tempo, la Commissione è deputata a ricevere comunicazioni di Stati parte che lamentino una violazione della Carta ad opera di altri Stati parte; anche un individuo, un gruppo di individui o una organizzazione non governativa (ONG) potrebbero rivolgersi alla Commissione.

I rapporti che essa può adottare sono però sprovvisti di efficacia vincolante.

²¹⁹ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 417. Solo in un secondo tempo, quando l'obiettivo di indipendenza risultava compiuto in tutto il continente (a metà degli anni Settanta), è stata accolta la tematica dei diritti umani tra gli scopi dell'OUA.

²²⁰ Il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali si trovava in tutto il mondo a uno stadio già molto avanzato.

²²¹ I contenuti del documento sono analoghi a quelli del punto di riferimento principale: la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948. Tuttavia, la Carta africana, fortemente influenzata dalla storia del continente, manifesta una maggiore attenzione verso i diritti collettivi (come la pace e l'autodeterminazione) e, viceversa, presenta alcune gravi lacune.

²²² C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 611; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 434 ss. La *Commissione africana dei diritti dell'uomo* (prevista all'art. 30, con sede a Banjul in Gambia) ha i compiti tecnici di interpretare le disposizioni del documento ed esaminare i rapporti periodici degli Stati e i ricorsi degli Stati, degli individui e delle ONG; la *Conferenza dei Capi di Stato e di Governo* ha competenza decisionale generale; la *Corte africana dei diritti dell'uomo* (istituita da un Protocollo aggiuntivo nel 1998 e largamente ispirata all'omologo organismo europeo) decide i casi che le vengono sottoposti dalla Commissione o direttamente da uno Stato parte. Si veda C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 438-439: il sistema di controllo africano presenta evidenti potenzialità, ma la sua effettività è impedita dallo stato di diffuso e perdurante inadempimento degli Stati nella presentazione dei rapporti.

²²³ La Corte è stata istituita grazie al *Protocollo di Ouagadougou* del 1998, entrato in vigore nel 2004, ed ha iniziato ad operare effettivamente solo a partire dal 2006.

Anche per questo motivo è stata istituita la *Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* che ha la facoltà di emettere sentenze vincolanti non solo per i ricorsi statali ma anche per i ricorsi presentati da individui o da ONG, a condizione che lo Stato convenuto abbia previamente accettato la competenza della Corte a conoscere di tale seconda tipologia di ricorsi.

5. La Carta araba dei diritti dell'uomo

La *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del dicembre 1948 non è stata sottoscritta dagli Stati musulmani, che hanno manifestato una certa resistenza anche nei confronti di successive iniziative internazionali. Tuttavia, istituzioni nazionali e internazionali musulmane, insieme a intellettuali e società civile, si sono confrontati con la questione dei diritti umani.

Si può parlare di diritti fondamentali e Islam?

Particolare attenzione ha destato la *Carta araba dei diritti dell'uomo*, adottata il 15 settembre 1994 con Risoluzione n. 5437 dal Consiglio della Lega degli Stati Arabi, ma ratificata soltanto nel 2004²²⁴.

Il testo della Carta, nella sua versione emendata del 2004, è composto da un preambolo di carattere generale che richiama principi religiosi e legati all'umanità, cita i legami tra oriente ed occidente, ricorda avvenimenti storici e rifiuta razzismo e sionismo.

La Carta si compone di 53 articoli che trattano dei diritti del cittadino ad ogni livello, dell'autodeterminazione dei popoli, dei reati e delle pene (compresa la pena di morte), della tortura, della scienza e della sperimentazione scientifica, della schiavitù e del lavoro, della protezione delle minoranze, della nazionalità e del diritto di asilo politico, dell'educazione e del diritto di opinione, della famiglia, del diritto ad una sana alimentazione, e di altri aspetti di carattere normativo ed organizzativo.

Per ciò che qui interessa, la Carta si occupa della tortura all'art. 8, secondo il quale «a) Nessuno può essere sottoposto a torture fisiche o mentali o a trattamenti crudeli, inumani, umilianti o degradanti; b) Ciascuno Stato parte protegge tutti gli individui nell'ambito della sua giurisdizione da simili pratiche e adotta misure efficaci per prevenirle. Tali atti o la partecipazione a detti atti sono considerati come crimini imprescrittibili puniti dalla legge. Ciascuno Stato parte garantisce nel proprio sistema giuridico il risarcimento alla vittima di un atto di tortura e il diritto ad una riabilitazione e ad un indennizzo».

²²⁴ Ad anticipare l'adozione della Carta fu la *Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo* adottata il 19 settembre 1981; successivamente, nel 1994 fu approvata la *Carta araba dei diritti dell'uomo*, ma in seguito non fu sottoscritta e ratificata dagli Stati. Per un approfondimento si veda A. PACINI, *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino 1998.

Nel 2014 la Lega araba ha elaborato un nuovo documento, lo *Statuto della Corte araba dei diritti umani* col fine di regolare i contenziosi interstatali riguardanti le violazioni della Carta.

6. La Carta di diritti umani dell'Asia

Altra macro-regione in cui vi è necessità di ulteriori sforzi nel campo della tutela dei diritti umani e, per ciò che qui interessa, nel contrasto alla tortura è quella asiatica.

Invero, la *Carta dei Diritti Umani dell'Asia* redatta il 17 maggio 1998 in seguito a una conferenza speciale a Kwangju, in Corea del Sud, non rappresenta uno strumento legale, né ha valore normativo. Essendo stata adottata da più di 200 Organizzazioni non governative (ONG), Organizzazioni popolari (OP) e attivisti dei diritti umani rappresenta tutt'al più un'importante dichiarazione di principi da parte della società civile asiatica con la quale si riconosce la necessità di un documento cui far riferimento per tutte le questioni inerenti il rispetto dei diritti umani nell'intera regione dell'Asia-Pacifico.

Essa si compone di un preambolo e di 16 capitoli.

Nel suo corpo, a tratti, la Carta sembra acquisire la consapevolezza che la tortura sia una pratica ancora molto diffusa.

Ad esempio, nel capitolo dedicato ai diritti, e in particolare al diritto alla vita, il punto 3.3 prende atto che «in diverse regioni dell'Asia, la guerra, i conflitti etnici, l'oppressione culturale e religiosa, la corruzione politica, l'inquinamento ambientale, i casi di scomparsa, la tortura, il terrorismo di Stato o privato, la violenza nei confronti delle donne e altri atti di violenza di massa continuano a flagellare l'umanità, causando la perdita di migliaia di vite innocenti».

Il successivo punto, 3.5, affida allo Stato «la responsabilità di condurre scrupolose indagini sui casi di tortura, scomparsa e decesso in stato di detenzione, le violenze e gli abusi sessuali, consegnando i colpevoli alla giustizia».

Ed ancora, il punto 14.2, che si occupa di prigionieri e detenuti politici, ammette che «Arresti arbitrari, detenzione, reclusione, maltrattamento, tortura e punizioni inumane e crudeli sono fenomeni comuni in molte parti dell'Asia. I detenuti ed i prigionieri sono spesso costretti a vivere in pessime condizioni igieniche, privati di nutrizione e assistenza medica adeguate; ad essi viene negato il contatto ed il sostegno delle loro famiglie. Diversi tipi di prigionieri sono spesso riuniti in un'unica cella, dove uomini, donne e bambini vivono uno accanto all'altro. Le celle delle prigioni sono normalmente sovraffollate. Il decesso in stato di detenzione è frequente e spesso ai prigionieri è negato l'accesso ad avvocati e il diritto a processi rapidi ed equi». In questo caso, però, non segue alcun rimedio o intervento da parte dello Stato nella lotta a tali situazioni degradanti.

In via generale, secondo quanto stabilito dal punto 15.4, è il mezzo giudiziario ad essere maggiormente efficace a tutelare pienamente i diritti dell'uomo, avendo facoltà di denunciare le violazioni dei diritti umani, raccogliere le prove, provvedere a riparare alle violazioni anche attraverso la punizione dei colpevoli. Il sistema giudiziario diviene efficace nella salvaguardia dei diritti umani solo allorquando sia forte, ben organizzato e capace di svolgere a pieno le proprie funzioni. Ma accanto agli apparati giudiziari nazionali, vi è la possibilità per tutti gli Stati asiatici di creare apposite Commissioni nazionali per i diritti umani ed istituzioni specializzate nella protezione degli stessi, che implementino il ruolo degli organi giudiziari.

A livello internazionale è prevista la creazione di un organo interstatale (Commissione o Corte) che, agendo indipendentemente dagli Stati, rafforzi le finalità prescritte nella *Carta asiatica dei diritti dell'uomo* e al contempo predisponga un apparato per la promozione e protezione dei diritti fondamentali.

Sezione II

Le Carte regionali-sovranazionali europee

1. Il Consiglio d'Europa

Un ampio sistema di protezione dei diritti dell'uomo è sorto anche in Europa, il continente dilaniato dal Secondo conflitto mondiale, contrassegnato da gravi crimini contro l'umanità²²⁵, con l'istituzione del Consiglio d'Europa, che persegue «la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»²²⁶. Lo scopo di questo importante ente sovranazionale è promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa.

Il Consiglio d'Europa si compone oggi di 47 Stati membri, di cui 28 aderenti all'Unione Europea e altri, come Turchia e Russia, estranei alla stessa. Stati, dunque, caratterizzati da innegabili disuguaglianze di tipo storico, economico, sociale e culturale e da tradizioni giuridiche eterogenee che hanno deciso di vincolarsi al rispetto e alla promozione dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti nella Cedu e nei suoi Protocolli addizionali.

In seno a questa organizzazione sono nate due Convenzioni che hanno fortemente influenzato lo sviluppo del divieto di tortura in ambito internazionale: la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, approvata a Roma il 4 novembre 1950, e la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* del 1987. Quest'ultimo strumento arricchisce la tutela dei diritti umani, prevedendo

²²⁵ P. MIRABELLA, *L'uomo e i suoi diritti*, cit., p. 14.

²²⁶ Statuto del Consiglio d'Europa, 5 maggio 1949, art. 1, lett. b).

una forma di protezione contro gli abusi su individui privati della libertà personale – sia detenuti in carcere, in istituti psichiatrici o trattenuti presso commissariati di polizia²²⁷ – nonché istituendo il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura* (CPT).

2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo

La *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo* è il più importante atto europeo a garanzia dei diritti umani e trova la sua fonte d'ispirazione nella *Dichiarazione universale delle Nazioni Unite*.

La seconda parte della Convenzione prevede l'istituzione di un organismo giurisdizionale a salvaguardia della stessa: la *Corte europea dei diritti dell'uomo*, la cui giurisprudenza ha notevolmente sviluppato i principi enunciati negli articoli del documento.

La Corte è preposta alla tutela della Convenzione e ha, al contempo, offerto un contributo allo sviluppo del divieto di tortura, nonostante la concisa formulazione letterale²²⁸. Nel corso degli anni, infatti, la *Corte europea dei diritti dell'uomo* si è occupata a più riprese di ricorsi in cui si lamentava una violazione dell'art. 3 della Convenzione, sviluppando in materia un'interpretazione dettagliata e generalmente costante. Ed è appunto non solo al dato testuale, ma anche e soprattutto alla nutrita giurisprudenza della Corte di Strasburgo a cui è indispensabile volgere l'attenzione nello studio dell'art. 3 Cedu.

L'Europa è così divenuto il continente fornito del sistema con il maggior controllo sovranazionale dei diritti umani: la Corte Edu è infatti competente a giudicare sia su ricorsi interstatali, sia su ricorsi individuali – che rappresentano il vero fulcro del sistema di controllo –²²⁹: con la sua istituzione il singolo è diventato davvero soggetto di diritto internazionale²³⁰.

In particolare, all'interno della Convenzione, tra i diritti fondamentali richiamati e tutelati, l'art. 3 sancisce il divieto di tortura: «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti disumani o degradanti».

3. Il divieto di tortura nella giurisprudenza della Corte Edu

Nonostante la formulazione sintetica della disposizione, che non definisce il termine “tortura”, il principio in essa contenuto è alla base di una ricca giurisprudenza che ha condotto all'elaborazione di una definizione delle pene e dei trattamenti vietati, alla fissazione di una soglia minima di gravità necessaria all'applicazione dell'articolo, alla predisposizione dei maggiori

²²⁷ A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, cit., pp. 3 ss.

²²⁸ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, cit., p. 30.

²²⁹ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., 213-214.

²³⁰ A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p 140.

caratteri internazionalistici del divieto e del crimine di tortura, allargandone progressivamente la portata, fino a includere anche violazioni indirette o procedurali²³¹.

L'orientamento che emerge dalla giurisprudenza della Corte Edu – anche e soprattutto in tema di violazione del divieto di tortura – è quello di adottare criteri idonei a valorizzare lo strumento della Convenzione quale corpus normativo vivente, quindi in grado di adeguarsi ai mutamenti normativi interni agli Stati firmatari²³².

Le pronunce, in questo senso, riflettono la volontà della Corte di assicurare che le tutele sancite dalla Convenzione non siano vanificate di fronte agli ostacoli che rischiano di renderle sterili e non uno strumento di protezione effettivo.

Come è stato detto, l'art. 3 della Convenzione proibisce la tortura e il trattamento o pena disumano o degradante.

Oggi il divieto rappresenta un elemento costante in tutti gli strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo e in gran parte delle Costituzioni moderne²³³; come tale la Corte ha più volte ribadito l'importanza del divieto definendolo *un principio fondamentale delle società democratiche*²³⁴.

In virtù del suo ampio spazio applicativo, l'art. 3 Cedu costituisce uno degli strumenti più efficaci nella lotta contro la violazione dei diritti fondamentali dell'uomo; la giurisprudenza ha intrapreso un percorso evolutivo della norma, anche grazie alla sua struttura flessibile, in modo da ricomprendervi al suo interno nuove forme di tutela. In ragione della portata e dell'elasticità della norma, l'art. 3 Cedu è divenuto un esempio di tutela richiamato nelle più recenti Carte sui diritti umani, come ad esempio, la *Carta europea dei diritti dell'uomo* e la *Carta di Nizza*.

²³¹ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 30; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 183; C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 3.

²³² In proposito, si veda la sentenza *Soering contro Regno Unito* (Corte Edu, sentenza *Soering contro Regno Unito*, del 7 luglio 1989, rif. n. 14038/88, p. 88): i giudici, nel valutare se un determinato trattamento o punizione fosse da considerarsi inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 affermarono che «la Convenzione è uno strumento vivo che [...] deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali».

²³³ Tra le tante, si pensi alla Carta costituzionale tedesca che afferma l'inviolabilità della dignità umana e il principio che le persone arrestate non possono essere sottoposte a maltrattamenti morali o fisici. Nell'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* trova la matrice l'art. 5 della Carta africana, che sancisce: «Ciascun individuo deve avere il diritto al rispetto della sua dignità in quanto essere umano ed al riconoscimento del suo *status legale*. Tutte le forme di prevaricazione e mortificazione dell'uomo e particolarmente la schiavitù e la sua tratta, la tortura, le pene ed i trattamenti crudeli, disumani o degradanti, dovranno essere proibite». La tortura e gli altri trattamenti vietati sono stati accostati alla schiavitù e al commercio degli schiavi, come forme di degrado della persona. A ben vedere, anche la nostra Costituzione all'art. 13 è richiamato come pilastro fondante il divieto di tortura.

²³⁴ Questa espressione è stata utilizzata dai giudici di Strasburgo per la prima volta nel caso *Soering contro Regno Unito* attinente all'estradizione di un cittadino europeo negli Stati Uniti, dove avrebbe subito la condanna alla pena di morte per aver commesso un omicidio. I giudici, dopo aver definito l'art. 3 Cedu come principio fondamentale, hanno affermato che esso rappresenta uno *standard accettato a livello internazionale*, come si evince dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966 e dalla *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969, oltre che dagli altri strumenti convenzionali richiamati nel capitolo II.

3.1. Assoltezza del divieto

Dal testo della Convenzione si evince che il divieto di cui all'art. 3 Cedu ha portata assoluta in quanto la previsione convenzionale non consente né eccezioni né limitazioni ai diritti garantiti²³⁵.

L'assoltezza del divieto si ricava, in primo luogo, indirettamente dall'art. 15 del documento, che consente agli Stati parti di derogare alle previsioni della Convenzione «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione». Il comma 2 dello stesso articolo, però, esclude dalla possibilità di deroga quattro disposizioni della Convenzione, preposte alla tutela di diritti di particolare importanza, tra le quali compare l'art. 3²³⁶. Si tratta di quei diritti e di quelle libertà fondamentali che sono poste a fondamento dello spirito stesso della Convenzione e come tali beneficiano di una particolare protezione: una protezione, appunto, assoluta. Ne consegue che il divieto di tortura non è possibile di subire alcun bilanciamento, nemmeno nei momenti di maggior criticità nella vita della nazione.

L'assoltezza del diritto garantito dalla norma in esame si deduce anche dai lavori preparatori. In questi si legge, infatti, che il delegato del Regno Unito, in seno all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, M. Cooks, esortava i relatori della Convenzione a vietare ogni forma di tortura da chiunque e per qualunque motivo posta in essere²³⁷.

Il rispetto della dignità dell'uomo, che è la ragione primaria del carattere assoluto del divieto di tortura, non è solo la trasposizione sul piano sovrastatale di principi già appartenenti alle culture degli Stati parte. L'art. 3 Cedu rappresenta qualcosa di più: esso contiene uno dei principi fondamentali su cui si basa l'intera organizzazione del Consiglio d'Europa e la comunione di intenti che le ha dato vita²³⁸. Una lesione del diritto tutelato dalla norma costituisce «non la semplice violazione di un principio giuridico che trova origine in un'elaborazione pattizia convenzionale, ma è per una vera e propria lesione apportata all'assetto dell'ordine pubblico europeo»²³⁹.

Su ciò concorda anche la *Corte europea dei diritti dell'uomo* la quale ha ribadito che il diritto sancito nell'art. 3 Cedu costituisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche europee²⁴⁰.

²³⁵ M. K. ADDO, F. GRIEF, *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *Ejil*, 1998, 9, n. 3, pp. 510 ss.

²³⁶ Il comma 2 dell'art. 15 della Convenzione recita: «La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra e agli articoli 3, 4, 1 e 7».

²³⁷ L'Assemblea Parlamentare «ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato». Si veda S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 50.

²³⁸ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit., p. 31.

²³⁹ Commissione europea, decisione del 24 gennaio 1968, “primo caso Grecia”.

²⁴⁰ Corte Edu, sentenza *Soering contro Regno Unito*, cit., p. 88. In linea con questo pensiero e con il dato letterario, la Corte di Strasburgo ne ha in più occasioni affermato il carattere assoluto. In quasi tutte le sentenze in cui è

La proibizione di deroghe al diritto a non essere sottoposto a tortura è stato oggetto di una fiorente attività interpretativa da parte dei giudici di Strasburgo.

In una prima fase²⁴¹, la Corte ha consolidato il divieto di eccezioni statuendo che l'art. 3 Cedu garantisce una tutela assoluta che prevede un'applicazione indifferenziata indipendentemente dalla condotta della persona privata della libertà o da ragioni di sicurezza nazionale. L'indirizzo espresso dal giudice di Strasburgo si è consolidato nelle successive pronunce, a dimostrazione che il principio di assoluzza è ormai sedimentato nella coscienza giuridica della Corte²⁴².

L'indiscutibilità del divieto attua una piena tutela dell'integrità della persona, nonché la proibizione di bilanciamento degli interessi coinvolti²⁴³. Nella sentenza *Tyrer contro Regno Unito*, ad esempio, la Corte Edu ha affermato che non è ammissibile una deroga alla norma neanche quando la punizione inflitta si fonda su radici giuridiche molto profonde che costituiscono una tradizione normativa la quale individua nelle punizioni corporali un efficace strumento di prevenzione del crimine.

Nella sentenza *Soering contro Regno Unito*²⁴⁴, la Corte ha poi affermato che i compiti che gli Stati sono chiamati ad assolvere in ossequio all'art. 3 Cedu non si esauriscono nel rispetto del divieto sul suolo nazionale, bensì coprono anche quelle circostanze in cui si verificano conseguenze, ragionevolmente prevedibili, al di fuori della propria giurisdizione. Secondo i giudici, lo spirito della Convenzione verrebbe tradito se si relativizzasse il divieto di tortura e si consentisse

trattata una violazione della disposizione *de qua* si può leggere che «l'art. 3 della Convenzione consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Anche in circostanze molto difficili, quali la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti. L'art. 3 non consente limitazioni, in ciò differisce dalla maggior parte delle disposizioni normative della Convenzione e dei Protocolli n. 1 e n. 4 e, secondo l'art. 15 comma 2, non è soggetto a deroga neppure in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani e degradanti è assoluto, quali che siano i comportamenti della vittima»; si veda Corte Edu, sentenza *Irlanda contro Regno Unito*, del 18 gennaio 1978, p. 163; Corte Edu sentenza *Soering contro Regno Unito*, cit., p. 88; Corte Edu, sentenza *Tomasi contro Francia*, del 27 agosto 1992, p. 115; Corte Edu, sentenza *Aksøy contro Turchia*, del 18 dicembre 1996, p. 62; Corte Edu, sentenza *HLR contro Francia*, del 29 aprile 1997, p. 35; Corte Edu, sentenza *Assenov e altri contro Bulgaria*, del 28 ottobre 1998, p. 93; Corte Edu, sentenza *Selmouni contro Francia*, del 28 luglio 1999, p. 95; Corte Edu, sentenza *Labita contro Italia*, del 6 aprile 2000, p. 119; Corte Edu, sentenza *Indelicato contro Italia*, del 18 ottobre 2001, p. 30; Corte Edu, sentenza *Altun contro Turchia*, del 1 giugno 2004, p. 51; Corte Edu, sentenza *Saadi contro Italia*, del 28 febbraio 2008, p. 127; Corte Edu, sentenza *Gurgurov contro Moldavia*, del 16 giugno 2009, p. 54; Corte Edu, sentenza *Gäfgen contro Germania*, del 1 giugno 2010, p. 87.

²⁴¹ I due *leading cases* sono: Corte Edu, sentenza *Irlanda contro Regno Unito* cit., e Corte Edu, sentenza *Tyrer contro Regno Unito* del 25 aprile 1978.

²⁴² Corte Edu, sentenza *Ribitsch contro Austria*, del 4 dicembre 1995, rif. n. 18896/91, p. 32; Corte Edu, sentenza *Aksøy contro Turchia*, del 18 dicembre 1996, pp. 61-63; Corte Edu, sentenza *Assenov e a. contro Bulgaria*, cit., p. 93; Corte Edu, sentenza *Labita contro Italia*, cit., p. 119; Corte Edu, sentenza *Ramirez-Sánchez contro Francia*, del 4 luglio 2006, rif. n. 59450/00, pp. 115-116.

²⁴³ Corte Edu, sentenza *Soering contro Regno Unito*, del 7 luglio 1989 e Corte Edu, sentenza *Chahal contro Regno Unito*, del 15 novembre 1996.

²⁴⁴ Corte Edu, sentenza *Soering contro Regno Unito*, cit., p. 88.

a uno Stato di estradare – come nel caso di specie – una persona in un Paese in cui esistano serie ragioni di credere che possa subire una delle condotte vietate.

La Corte ha così riconosciuto la necessità di una tutela anche indiretta del divieto di trattamenti contrari all'art. 3 Cedu nel caso di estradizione, espulsione o comunque allontanamento da uno Stato parte della Convenzione; si tratta di un'applicazione del principio di stampo internazionalistico di *non refoulement*²⁴⁵ che, in questo contesto, mira a garantire effettività ai diritti individuali protetti dalla Convenzione²⁴⁶.

Con la pronuncia in oggetto, i giudici hanno dotato il principio di assolutezza di una portata più ampia rispetto al passato, valorizzandone l'efficacia indipendentemente dalla competenza territoriale dello Stato parte.

Il carattere imperativo e non derogatorio dell'art. 3 Cedu, pacificamente riconosciuto, e gli obblighi *erga omnes* che ne derivano – come già si è detto – hanno spinto la dottrina a ritenere che la proibizione della tortura e di altre forme di maltrattamento inumano o degradante si collochi al rango dello *jus cogens*²⁴⁷.

3.2. Il principio di effettività

Oltre al principio dell'assolutezza del divieto di tortura, l'esegesi dell'art. 3 Cedu compiuta dai giudici di Strasburgo ha interessato molteplici aspetti in relazione ai quali sono stati elaborati una serie di criteri e principi.

Premesso che, secondo l'orientamento prevalente della Corte la Convenzione deve essere interpretata attraverso criteri che assicurino una protezione pratica ed effettiva ai titolari dei diritti e delle garanzie previsti, uno dei criteri più utilizzati è quello dell'effettività.

In virtù di questo principio non sono ammesse interpretazioni che si basano su ragionamenti di tipo formalistico; il giudice, per individuare se vi è stata una violazione dei diritti garantiti dalla norma convenzionale, dovrà valutare la realtà del caso in analisi «al di là delle apparenze e della terminologia usata»²⁴⁸: in altri termini, la sostanza deve prevalere sulla forma.

²⁴⁵ Il concetto è ripreso anche in altre sentenze più recenti, ad es. Corte Edu, sentenza *Saadi contro Italia*, cit., p. 138.

²⁴⁶ C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 Cedu: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2012, pp. 1 ss.

²⁴⁷ A. YOKOI, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. XXI, 2004, p. 386. In applicazione delle coordinate ermeneutiche sopra esposte, inoltre, viene delegittimato qualunque tentativo dei governi degli Stati di giustificare atti di tortura in nome della particolare situazione di emergenza presente nel territorio del Paese o della grave natura dell'illecito contestato alla vittima o, ancora, del comportamento – anche violento – della stessa; si veda A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Rivista italiana di diritto processuale e penale*, vol. 4, 2009, p. 1813.

²⁴⁸ Corte Edu, sentenza *Kurt contro Turchia*, del 25 maggio 1998, rif. n. 24276/94, pp.130-134.

3.3. Interpretazione evolutiva

La Corte predilige poi un'interpretazione della normativa di tipo evolutivo e dinamico. L'art. 3 Cedu, infatti, proprio per la sua struttura concisa, necessita di un'interpretazione di questo tipo, l'unica in grado di dare concretezza alla tutela prevista in astratto.

In proposito, il *leading case* è la sentenza *Tyrer contro Regno Unito*²⁴⁹, in cui, per la prima volta, la Corte si è trovata a dover affrontare il problema di definire la rilevanza dell'art. 3 Cedu rispetto a un comportamento che apparentemente non vi rientrava: nel caso di specie si trattava di una pena corporale quale sanzione per atti di teppismo a scuola. I giudici statuirono che, in base ai cambiamenti sociali, politici e culturali, la violazione di cui all'art. 3 Cedu comprendesse anche la punizione corporale che, pur non integrando i requisiti della tortura o trattamento disumano, costituiva comunque violazione della Convenzione perché degradante per la vittima.

Anche nella sentenza *Selmouni contro Francia*²⁵⁰, la Corte ha elaborato una definizione di tortura del tutto innovativa, basata sul fatto che la sensibilità sociale in materia ha subito un innalzamento dall'entrata in vigore dello strumento convenzionale ad oggi. Tale mutamento non può rimanere estraneo al giudice di Strasburgo quando è chiamato a individuare ciò che rientra nella nozione di tortura. Per questi motivi, ciò che in passato non era ritenuto così grave da configurare una condotta di tortura, oggi potrebbe esserlo; in questo senso, condotte qualificate come trattamenti disumani o degradanti, per il giudice odierno potrebbero essere considerate tortura.

3.4. Il criterio della gravità del maltrattamento

In linea con il carattere di strumento dinamico che si è voluto riconoscere alla Cedu, la Corte non ha, almeno inizialmente²⁵¹, individuato per le parti contraenti alcuna soglia minima nella severità del trattamento, soglia oltre la quale rilevare automaticamente una violazione dell'art. 3 Cedu, affermando come ogni caso vada piuttosto valutato alla luce delle sue caratteristiche peculiari²⁵².

Non tutte le violazioni dell'integrità di una persona costituiscono di per sé un trattamento vietato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione: sin dalle prime pronunce, la Corte ha affermato che le

²⁴⁹ Corte Edu, sentenza *Tyrer contro Regno Unito*, cit.

²⁵⁰ Corte Edu, *Selmouni contro Francia*, cit.

²⁵¹ Nelle sentenze più recenti, come *Ananyev e altri contro Russia*, del 10 gennaio 2012, rif. n. 42525/07, la Corte si è dimostrata incline a introdurre standard numerici per la valutazione del maltrattamento.

²⁵² M. K. ADDO - N. GRIEF, *Is There a Policy Behind the Decisions and Judgments Relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights?*, cit., p. 188.

condotte illecite sono quelle che superano un livello minimo di gravità e si caratterizzano per il disprezzo per l'umanità della persona²⁵³.

Condizione necessaria affinché l'art. 3 possa trovare applicazione è che il trattamento o la condizione in esame raggiungano il livello minimo di gravità tale per cui ne derivi una violazione del principio.

La Corte utilizza il criterio della gravità sia come limite esterno sia come restrizione interna. Nel primo caso, i giudici adoperano come filtro l'intensità della gravità del maltrattamento per selezionare dalle varie tipologie di condotte quelle capaci di avvilire l'umanità e la dignità della persona²⁵⁴. Nella seconda ipotesi il criterio serve a specificare quale tipo di comportamento viene in rilievo.

Per comprendere se sia stata superata o meno la soglia minima di gravità, la Corte si serve di un criterio legato alle circostanze oggettive del fatto, quali la durata del trattamento e la gravità dello stesso, e di un altro e opposto criterio richiamante le qualità soggettive della vittima, come ad esempio l'età, il sesso, le condizioni psicologiche, etc.²⁵⁵

3.5. Il criterio della relatività

Accanto al generale criterio della soglia minima di gravità (o severità) sviluppato dalla Corte in merito all'inclusione di un determinato maltrattamento nella disciplina prevista dall'art. 3 Cedu, si è andato consolidando un secondo criterio, più specifico, che permette di classificare e affrontare i trattamenti che siano stati ritenuti sufficientemente gravi.

Secondo la Corte, il criterio di valutazione per l'attivazione della tutela dell'art. 3 Cedu è “relativo”: è quindi necessario considerare tutte le circostanze della fattispecie, quali la durata del trattamento, gli effetti fisici o psichici, e in taluni casi anche il sesso, l'età e lo stato di salute del soggetto sottoposto a maltrattamenti²⁵⁶.

Influenza sul margine di giudizio deve essere riconosciuta inoltre alla situazione storica della violazione: la distinzione si fa in genere tra periodi di crisi (ad esempio il regime dittoriale

²⁵³ Così ad esempio: Corte Edu, sentenza *Tomasi contro Francia*, cit., p. 114 (per il numero e l'intensità dei colpi inferti alla vittima); Corte Edu, sentenza *Klaas contro Germania*, del 22 settembre 1993, rif. n. 15473/89, pp. 23 ss. (per i maltrattamenti inflitti al detenuto ricorrente, in presenza della figlia minore); Corte Edu, sentenza *Hurtado contro Svizzera*, del 28 gennaio 1994, rif. n. 17549/90, p. 12 (per il rifiuto di assistenza medica e sanitaria nonostante le lesioni del ricorrente).

²⁵⁴ Di recente, i giudici di Strasburgo hanno preso in considerazione, ai fini della valutazione sul raggiungimento della soglia minima di gravità, anche condizioni di natura soggettiva, quali l'appartenenza della vittima a un gruppo svantaggiato e vulnerabile o la sua qualità di richiedente asilo.

²⁵⁵ Corte Edu, sentenza *Oršuš e a. contro Croazia*, del 21 marzo 2010.

²⁵⁶ Corte Edu, sentenza *Moldovan e altri contro Romania*, del 12 luglio 2005, ricorsi nn. 41138/98 e 64320/01, p. 100.

dei colonnelli nel *Caso greco*) e circostanze normali, dove nei primi è probabile che i maltrattamenti si inseriscano in una pratica sistematica e non occasionale²⁵⁷.

La relatività di valutazione prescritta dalla Corte Edu serve a confermare al principio dell'art. 3 Cedu il carattere di un divieto tutt'altro che statico, bensì di una previsione cui va data un'interpretazione evolutiva sempre rispondente alle mutate circostanze.

3.6. Tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti

In conformità alla lettera della legge, la giurisprudenza della Corte Edu ha manifestato la tendenza a scomporre la formulazione della previsione in tre componenti, nella specie “tortura”, “pene o trattamenti inumani” e “pene o trattamenti degradanti”, ciascuna della quali investita di una propria connotazione²⁵⁸.

È stata così riconosciuta l'esistenza di una gerarchia a tre livelli nelle forme di maltrattamento indicate nell'art. 3 Cedu²⁵⁹.

Nel “Caso greco” la *Commissione Europea dei Diritti Umani*²⁶⁰ confermò questa classificazione dichiarando che ogni forma di tortura deve già costituire un trattamento inumano e degradante e che un trattamento inumano è anche degradante²⁶¹.

Similmente la Corte osservò, nel caso *Tyrrer contro Regno Unito*, che tutte le manifestazioni di pena o trattamento degradante non si configurano automaticamente come inumane²⁶².

La Corte e la Commissione hanno perciò introdotto un principio di gradazione nell'impianto della disciplina dettata all'art. 3 Cedu, fissando la soglia più bassa di severità del trattamento in corrispondenza dei casi di pena o trattamento degradante. Si tratta tuttavia pur sempre di una ripartizione fluida, che risponde a quella “flessibilità” di interpretazione che la Corte ha voluto accordare alla Convenzione nella forma di strumento in grado di adattarsi al progresso sociale.

I termini adoperati dall'art. 3 Cedu si riferiscono quindi a tre differenti livelli di severità del maltrattamento.

²⁵⁷ M. K. ADDO - N. GRIEF, *Is There a Policy Behind the Decisions and Judgments Relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights?*, cit., p. 190.

²⁵⁸ M. D. EVANS – R. MORGAN, *Preventing Torture. A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, Diane Pub Co, 1998, p. 74.

²⁵⁹ A. YOKOI, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3*, cit., p. 386.

²⁶⁰ La Commissione è stata abolita nel 1998. Così la Commissione nel Rapporto del 18 novembre 1969 sul cosiddetto *Caso Greco*, rapporto nato da un ricorso interstatale presentato congiuntamente dai Paesi scandinavi e dall'Olanda, in cui si esaminavano le massicce violazioni dei diritti umani commesse nella Grecia del cosiddetto *regime dei Colonnelli*; a seguito del rapporto, per sfuggire a ben più gravi conseguenze - nello specifico, la sospensione - il Paese ellenico decideva di uscire spontaneamente dal Consiglio d'Europa.

²⁶¹ *Yearbook of the European Commission on Human Rights. The Greek Case*, 1969. The Hague, 1972, p. 186.

²⁶² Corte Edu, sentenza *Tyrrer contro Regno Unito*, cit., p. 31.

Da una parte, come si è detto, il requisito della severità è stato considerato propedeutico all'applicazione dell'art. 3 Cedu in generale, nel senso che è necessario che ci sia un minimo di severità del maltrattamento perché questi sia considerato contrario alla norma in analisi (limite esterno); dall'altra, una volta riscontrata la violazione, il parametro della severità è stato usato come metro con cui classificare le tre tipologie di condotte vietate (limite interno)²⁶³.

3.6.1. Il divieto di tortura: applicazione dei criteri

Quanto fin qui illustrato ha messo in luce due quesiti essenziali circa l'applicazione dell'art. 3 Cedu. La Corte fonda la distinzione tra tortura e trattamento inumano su due piani: in primo luogo la tortura è una forma di maltrattamento più seria e grave, nella misura in cui provoca un maggior grado di sofferenza; in secondo luogo essa è sempre praticata per uno scopo, rimanendo comunque fermo il divieto assoluto anche davanti a finalità pubbliche²⁶⁴.

Un'interpretazione di questo tipo, che appunto definisce la tortura sul soddisfacimento di due soglie, segnatamente quella della gravità o della particolare intensità del trattamento inflitto e quella della rispondenza del maltrattamento a un fine specifico, non è stata rispettata con coerenza. Invero, la giurisprudenza della Corte si è spesso espressa utilizzando il solo criterio della severità della sofferenza subita. Soltanto successivamente si è formato un approccio parallelo, che contempla anche lo scopo del maltrattamento²⁶⁵.

Ad esempio, nel *Caso greco* la Commissione affrontò la definizione di trattamento inumano, argomentando che il discriminio tra tortura e trattamento inumano non si basava sulla gravità della sofferenza inflitta, quanto piuttosto sul fatto che la violenza impiegata nella tortura era funzionale ad ottenere un determinato scopo: «*torture was the purposive use of inhuman treatment*»²⁶⁶.

Nonostante ciò, è prevalso il criterio della progressione gerarchica che regola le tre categorie di maltrattamento e la soglia di separazione è data dal livello della sofferenza provocata. La conseguenza è stata una tradizionale marginalizzazione dell'elemento “finalistico”²⁶⁷.

Una delle principali obiezioni mosse all'applicazione del criterio della severità è rappresentata dalla difficoltà a comprendere come un maltrattamento “inumano” possa essere

²⁶³ C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, CONTROH. Beck- Hart-Nomos-HLV, p. 32; A. CASSESE, P. GAETA, A. ZAPPALÀ, *The human dimension of international law: select papers of Antonio Cassese*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 241.

²⁶⁴ A. YOKOI, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3*, cit., p. 421.

²⁶⁵ Corte Edu, sentenza *Aksoy contro Turchia*, cit.

²⁶⁶ M. D. EVANS – R. MORGAN, *Preventing Torture*, cit., p. 77.

²⁶⁷ Si tratta di un'impostazione che si discosta da quella accolta nella *Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 1984, la quale definisce la tortura come «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitte ad una persona dolore o sofferenze, fisiche o mentali, con l'intenzione di ottenerne dalla persona stessa o da un terzo una confessione o un'informazione».

“aggravato” e come la tortura possa essere, di conseguenza, considerata una forma di pena o trattamento “ancora più inumano” di un trattamento già inumano di per sé. Secondo questa impostazione di pensiero, sebbene minoritaria, la vera differenza tra gli elementi dell’art. 3 Cedu, dunque, non si fonderebbe sulla mera severità della sofferenza cagionata: la tortura e i trattamenti inumani coesisterebbero invece sullo stesso piano, ma sarebbero distinti solo dalla finalità della violenza, che è prerogativa della tortura²⁶⁸. Così opinando si avvalorà il criterio dello scopo.

Alla luce della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, quindi, la tortura consiste in una particolare forma di maltrattamento specificatamente volta a causare una sofferenza crudele e molto grave; essa costituisce il livello più alto di severità del comportamento illecito e si connota per la presenza di una ferma volontà di infliggere tale sofferenza.

Elemento di differenziazione tra le tre categorie dell’art. 3 della Convenzione sono i patimenti inflitti, sia sotto il profilo della tipologia sia sotto quello dell’intensità.

3.6.2. Pene e trattamenti inumani

Nelle prime pronunce in merito a violazioni dell’art. 3 Cedu, la Corte affermò che la categoria di pene o trattamenti inumani si colloca su un piano più generale rispetto alla tortura, la quale costituisce una forma particolarmente seria e grave di pena o trattamento inumano. Come più volte ribadito nella giurisprudenza, la nozione di trattamento inumano è tale da inglobare quelle modalità di maltrattamento che si caratterizzano perché causano deliberatamente un’intensa sofferenza, fisica o mentale, ingiustificata nella particolare circostanza considerata²⁶⁹.

Il riferimento alla specificità della circostanza vale a richiamare quel relativismo interpretativo che la Corte Edu ha dichiarato di seguire nell’applicazione dell’art. 3 Cedu con riguardo a tutte le tre forme di maltrattamento considerate nella previsione, ovvero la tendenza a valutare il maltrattamento anche alla luce delle caratteristiche soggettive dell’individuo sottoposto a maltrattamento, salvo in ogni caso lo spazio per un esame oggettivo delle circostanze.

Inoltre, la volontà di infliggere un danno fisico o mentale, presupposto anche della tortura, non deve confondersi con la presenza di uno scopo determinato della violenza (quale ad esempio l’estorsione di informazioni), che invece è carattere esclusivo della tortura²⁷⁰.

Dalla definizione della Corte si evince come almeno tre elementi sono necessari perché si concreti una violazione dell’art. 3 Cedu nella forma di pene o trattamenti inumani: l’intenzione di

²⁶⁸ J. E. S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 78.

²⁶⁹ *Yearbook of the European Commission on Human Rights. The Greek Case*, cit., p. 186.

²⁷⁰ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, p. 312.

causare un maltrattamento, una grave sofferenza (fisica o psicologica) e l'assenza di qualsiasi giustificazione²⁷¹.

3.6.3. Trattamento o punizione degradante

Quanto alla definizione di trattamento degradante, una dottrina ormai consolidata²⁷² richiama la definizione contenuta nel parere espresso dalla Commissione europea nel 1973 nel cosiddetto *caso degli Asiatici dell'Africa Orientale*. La Commissione dà atto di una definizione di trattamento degradante che ancora oggi è considerata valida e attuale: «L'espressione “trattamenti degradanti” mette in evidenza che tale disposizione tende in generale ad impedire lesioni particolarmente gravi della dignità umana. Di conseguenza, una misura che scredisca una persona nel suo ceto sociale, nella sua situazione o nella sua reputazione, può essere considerata un “trattamento degradante” [...] solo se raggiunge una certa soglia di gravità»²⁷³.

Successivamente, anche la Corte Edu, con la sentenza *Price contro Regno Unito*²⁷⁴, ha specificato cosa debba intendersi con il termine “degradante”, ovverosia quella pena o trattamento che umilia e svilisce l'individuo in maniera tale da sminuire o palesare una mancanza di rispetto per la sua dignità o tale da suscitare sentimenti di paura, angoscia e inferiorità in grado di minarne la resistenza fisica e morale e da portare l'individuo ad agire contro la propria coscienza o volontà²⁷⁵.

La Corte ha più volte voluto enfatizzare che, perché il maltrattamento possa definirsi degradante, l'umiliazione che ne deriva deve collocarsi a un livello particolare e deve in ogni caso essere diversa dall'umiliazione normalmente connaturata in una condanna.

Inoltre, perché si attivi la fattispecie prevista dall'art. 3 Cedu, non è necessario che il trattamento umiliante causi gravi o durature sofferenze sul piano fisico o mentale: pur essendo probabile che si verifichino, queste non costituiscono tuttavia un elemento indispensabile della nozione. Ciò che invece è percepito come fondamentale è che la pena o il trattamento degradante rappresenti una minaccia a uno dei principi che è negli scopi dell'art. 3 Cedu, vale a dire la tutela della dignità e dell'integrità fisica dell'individuo.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 300.

²⁷² L. PROSPERI, *Articolo 3 Cedu - Proibizione della Tortura*, in *Unilink, diritti e libertà/cedu*.

²⁷³ Commissione europea, *caso Asiatici dell'Africa Orientale contro Regno Unito*, parere del 1 dicembre 1973. In questo caso la soglia minima di gravità era stata individuata nella discriminazione fondata sulla razza, in ragione della quale, si applicava a un gruppo di persone, un regime particolarmente restrittivo che creava una disparità di trattamento inesistente se tale distinzione si fosse fondata su altri elementi.

²⁷⁴ Corte Edu, sentenza *Price contro Regno Unito*, del 10 luglio 2001, rif. n. 33394/96.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 24-30; Corte Edu, sentenza *Tyler contro Regno Unito*, cit.

Nell'opinione della Corte il concetto di pena o trattamento degradante non sembra quindi richiedere né i tre elementi stabiliti per le pene o trattamenti inumani, né quel grado estremo di violenza e una particolare finalità che caratterizzano la tortura.

3.7. Obblighi positivi e negativi derivanti dal divieto di tortura e trattamento disumano o degradante

In ragione dell'art. 3 della Convenzione, grava sugli Stati membri un obbligo negativo di astensione, che sancisce il divieto di infliggere agli individui un trattamento disumano o degradante oppure un atto di tortura; in particolare la norma costituisce una garanzia importante per coloro che sono detenuti e dunque privati della libertà e soggetti a un'autorità.

Grazie all'opera interpretativa dei giudici di Strasburgo si sono notevolmente ampliate le maglie dei diritti dei detenuti, la cui disciplina è spesso marginale o assente nei trattati internazionali e che è stata valorizzata e dotata di tutele grazie alla tecnica di protezione *par ricochet*, ossia di riflesso.

Al fine di garantire un'applicazione effettiva del dispositivo di cui all'art. 3 Cedu e di proteggere l'integrità psico-fisica della persona privata della libertà, accanto agli obblighi negativi espressi nel testo – ossia il divieto di porre in essere tortura, trattamenti e pene inumane o degradanti – la giurisprudenza ha introdotto obblighi positivi, del tutto innovativi.

Sono così stati previsti per i Paesi membri una serie di obblighi di fare, capaci di offrire una prevenzione e, in caso di violazione, una repressione del comportamento vietato ai sensi dell'art. 3 Cedu. Il contenuto di tali obblighi è in continuo sviluppo e può variare sulla base delle circostanze dei singoli casi, includendo misure che ne tengano conto.

Segue un'analisi degli sviluppi operati dalla giurisprudenza di Strasburgo al fine di arricchire il novero degli obblighi positivi previsti per gli Stati firmatari e di conseguenza la tutela offerta alle persone poste sotto custodia da un'autorità.

3.7.1. Obbligo di avviare una procedura di inchiesta

L'art. 3 della Convenzione, così come è stato interpretato dal giudice di Strasburgo, fa sorgere in capo agli Stati contraenti l'obbligo di avviare un'inchiesta effettiva e ufficiale ogni qual volta vi sia la denuncia o il sospetto ragionevole²⁷⁶ che siano stati perpetrati atti di tortura o trattamento disumano o degradante ai danni di una persona sottoposta a custodia.

²⁷⁶ Corte Edu, sentenza *Stella e a. contro Italia*, del 16 settembre 2014, rif. n. 49169/09.

In questo senso, la tutela di tipo sostanziale sancita dal divieto *ex art. 3* della Convenzione si arricchisce di un’ulteriore garanzia sul piano procedurale che ne rinforza gli effetti.

I due piani, sostanziale e procedurale, non si sovrappongono, ma anzi, rimangono distinti, infatti uno Stato può essere condannato per la violazione dell’obbligo d’inchiesta sancito dall’art. 3 Cedu ed essere comunque scagionato dalla violazione sostanziale della stessa norma durante il medesimo giudizio²⁷⁷.

Quest’obbligo positivo trova riscontro normativo all’interno dell’art. 6 della stessa *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, che regola il diritto a un giusto processo, ovvero un processo che sia celere, pubblico, equo e amministrato da un organo costituito per legge, giudicato da una giuria terza e imparziale²⁷⁸.

Altrettanto importante è l’art. 13 Cedu, il quale sancisce il diritto a ottenere un ricorso effettivo contro qualsiasi violazione della Convenzione, ovvero un ricorso che permetta concretamente di attivare un procedimento finalizzato all’accertamento della violazione.

L’effettività della tutela giurisdizionale è generalmente intesa come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell’interesse.

La Corte ha utilizzato nella propria giurisprudenza il combinato disposto degli artt. 13 e 3 della Convenzione per individuare un fondamento giuridico all’obbligo positivo degli Stati di avviare un’inchiesta in caso di denuncia di maltrattamenti (o sospetto) ai danni di persone detenute.

Un ulteriore riferimento normativo è rappresentato dalla *Convenzione ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, conclusa a New York il 10 dicembre 1984, in cui all’art. 12 si legge che «Ogni Stato Parte vigila affinché le autorità competenti procedano immediatamente ad un’inchiesta imparziale, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione». In questo fondamentale documento si fa riferimento, per la prima volta, al diritto a ottenere un’indagine accurata nei casi in cui sia denunciato un atto di tortura.

La Corte nelle proprie sentenze ha spesso richiamato l’art. 12 della Convenzione ONU statuendo che, pur non essendo presente nella Cedu una disposizione parimenti esplicita, non si può non interpretare lo strumento del ricorso effettivo come comprendente anche l’obbligo di indagine in ipotesi di maltrattamento, altrimenti le tutele sostanziali *ex art. 3* Cedu perderebbero di forza.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 24.

²⁷⁸ L’articolo costituisce un baluardo della salvaguardia dell’accusato poiché definisce sia i suoi diritti, sia i limiti entro cui l’autorità giudiziaria può agire durante il processo in modo da garantire il diritto di difesa del convenuto in ogni stato e grado del giudizio. Il diritto a potersi difendere dalle accuse ricevute trova il proprio corrispettivo nella possibilità di far valere in giudizio i propri diritti; senza queste garanzie procedurali, il diritto sostanziale rischia di rimanere privo di forza.

Non è ammissibile secondo la Corte che le autorità possano abusare degli individui posti sotto la loro custodia e rimanere impuniti a causa di un'indagine scarsa o mai avviata²⁷⁹.

Nei casi sottoposti all'attenzione della Corte Edu²⁸⁰, si è registrato che una tra le principali difficoltà per le vittime di abusi in custodia è quella di dimostrare che le lesioni subite in carcere sono conseguenza di violenza compiuta da pubblici ufficiali; difficoltà spesso aggravata dal trascorrere di un ampio lasso di tempo tra i fatti e il ricorso sottoposto all'attenzione dei giudici di Strasburgo²⁸¹.

Proprio per superare quest'ostacolo, la Corte Edu ha sostenuto che il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 3 Cedu deve essere inteso non solo come atto a vietare una condotta lesiva da parte della polizia, ma anche come suscettibile di imporre allo Stato un concreto obbligo d'inchiesta circa le denunce di abusi²⁸².

La norma in analisi è stata intesa come comprendente non solo un diritto sostanziale, ma anche una componente procedurale. Quest'ultima, viste le difficoltà di dimostrare la responsabilità per la tortura e gli abusi della polizia, è stata spesso utile ai fini della prova in giudizio²⁸³.

Per la prima volta, con la sentenza *Broniowski contro Polonia*²⁸⁴, accanto all'obbligo di avviare un'indagine in caso di denuncia di maltrattamenti, la Corte ha sviluppato un ulteriore profilo relativo alle violazioni procedurali negli specifici casi in cui l'imputato di reati di violenze ex art. 3 Cedu venga assolto a seguito di cause di estinzione del reato o della pena.

Il percorso argomentativo della Corte, nella successiva giurisprudenza, si è incentrato così sul concetto di rapidità del giudizio; ad esempio, nella sentenza *Slimani contro Francia*, dopo aver ribadito la necessità di un'indagine imparziale ed efficace, volta all'identificazione e punizione dei responsabili, il giudice europeo ha espressamente statuito che essa deve anche essere celere²⁸⁵.

²⁷⁹ Corte Edu, sentenza *Aksoy e Assenov contro Bulgaria*, cit., p. 41.

²⁸⁰ Si veda la giurisprudenza inaugurata con i casi *Aksoy e Assenov*.

²⁸¹ M. NOWAK, *The European Convention on Human Rights and its Control System*, in Murdoch, *The Treatment of Prisoners. European Standards*, Strasbourg, 2006, p. 38.

²⁸² L'argomento secondo cui un diritto sostanziale garantito nella Convenzione necessita di un certo procedimento, in questo caso l'inchiesta, è fondato su due fonti: *in primis*, la decisione della Corte Edu, nel caso *McCann contro Regno Unito* del 27 settembre 1995, che istituiva un simile obbligo d'inchiesta a carico degli Stati circa il rispetto per il diritto alla vita di cui all'art. 2. In secondo luogo, l'argomento ha trovato fondamento in analoghe disposizioni di diritto internazionale, compresa la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura*.

²⁸³ Corte Edu, sentenza *Labita contro Italia*, cit. La Corte Edu non ritenne ammissibile che dopo una lunga inchiesta, il Pubblico Ministero fosse riuscito solo a reperire alcune fotocopie in bianco e nero dei presunti aggressori e che, in seguito alla difficoltà del ricorrente di riconoscere da tali elementi le guardie carcerarie che lo avevano aggredito, il Pubblico Ministero abbia optato per l'archiviazione del caso perché ignoti gli autori.

²⁸⁴ Corte Edu, sentenza *Broniowski contro Polonia*, del 28 settembre 2005, rif. 50425/1999, pp. 190-191.

²⁸⁵ Il requisito della rapidità era già stato richiamato in precedenza nel caso *Tomasi contro Francia*, cit., in cui si dichiarava irragionevole il tempo impiegato per lo svolgimento dell'inchiesta relativa alla denuncia di presunti maltrattamenti.

Come corollario del requisito della celerità la Corte ha affermato che, in caso di prescrizione del reato durante il processo, si debba ritenere comunque violato l'obbligo positivo derivante dall'art. 3 Cedu, poiché il rimedio in cui consiste il procedimento penale non è stato sufficiente per la vittima della violenza²⁸⁶. Lo scopo della previsione giurisprudenziale dell'obbligo di inchiesta, sarebbe vanificato se non vi fosse correlata un'aspettativa di instaurazione del processo parimenti vincolante.

3.7.2. *Onere probatorio*

L'impegno della Corte ad assicurare l'avvio delle indagini ogni qualvolta vi sia una denuncia da parte di un soggetto *in vinculis* è strettamente legata alla giurisprudenza in tema di onere probatorio.

Lo *standard* probatorio richiesto dalla Corte, in caso di violenze nei confronti di persone detenute, ha subito evoluzioni di notevole portata. Originariamente, nelle pronunce in materia di violazione del divieto di tortura e trattamento disumano e degradante nei confronti di un Paese membro, la Corte si è dimostrata particolarmente sensibile allo stigma connesso a una simile accusa. Per questo si è orientata verso la richiesta di una rigorosa prova della condotta lesiva, la quale doveva essere sufficiente a fondare il convincimento dei giudici *oltre ogni ragionevole dubbio*. La Corte Edu richiedeva di fornire indizi gravi, precisi e concordanti, come deriva dalla sua più vecchia pronuncia in materia, il caso *Irlanda contro Regno Unito*.

La Corte ha successivamente mutato il proprio orientamento in tema di onere della prova. In particolare, con le sentenze *Tomasi contro Francia* e *Selmouni contro Francia*²⁸⁷ si apprezza un cambiamento di criterio: non più quello dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, bensì una *presunzione di responsabilità* in capo alle autorità statali.

In verità, la Corte, in tema di onere probatorio, ha deciso di utilizzare due *standard* distinti: uno per il momento genetico dell'accusa del ricorrente, in cui questi deve provare oltre ogni ragionevole dubbio di aver subito maltrattamenti; l'altro legato alla prova liberatoria dello Stato convenuto, addossando ogni onere probatorio su quest'ultimo attraverso il criterio della presunzione di responsabilità.

La Corte ha giustificato una simile struttura in ragione delle evidenti difficoltà pratiche per la vittima di raccogliere prove sul nesso causale.

²⁸⁶ Corte Edu, sentenza *Ananyev contro Russia*, cit.

²⁸⁷ Corte Edu, sentenza *Tomasi contro Francia*, cit., pp. 108-111 e Corte Edu, sentenza, *Selmouni contro Francia*, cit., p. 87.

Sebbene l'inversione dell'onere probatorio riguardi esclusivamente i soggetti *in vinculis*, ritenuti particolarmente svantaggiati da necessitare un'attenuazione di rigore, le recenti pronunce della Corte mostrano un cambiamento di orientamento anche con riferimento ai ricorsi in cui parte siano privati non soggetti a restrizione della libertà²⁸⁸.

4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti

Il sistema di protezione e controllo attuato dal Consiglio d'Europa con l'adozione della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* e l'istituzione della Corte, ha prodotto risultati importanti. Tuttavia, i redattori della Convenzione hanno ritenuto necessario affiancare al sistema di tutela un meccanismo a carattere preventivo, volto a monitorare il trattamento cui fossero sottoposti gli individui detenuti o privati della libertà²⁸⁹.

Al fine di evitare o far cessare atti di tortura o pene e trattamenti disumani e degradanti nei confronti di tali soggetti, è stata promulgata, il 26 novembre 1987, la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, la quale ha previsto la creazione del *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (CPT). Il compito del Comitato consiste nell'effettuare visite in qualsiasi luogo posto sotto la giurisdizione degli Stati firmatari, in cui si trovino individui privati della libertà ad opera delle autorità pubbliche²⁹⁰.

Lo Scopo del CPT è quello di garantire un maggiore effetto protettivo nei confronti di quei soggetti che si trovano in condizioni di privazione della libertà personale da parte di un'istituzione e quindi potrebbero avere maggiori difficoltà a denunciare la violazione dei diritti sottesti alla Convenzione Edu.

²⁸⁸ Nel caso *Kaboulov contro Ucraina*, del 19 novembre 2009, in materia di estradizione, i giudici hanno applicato il criterio dell'inversione dell'onere della prova nei confronti dello Stato verso cui sarebbe dovuto essere estradato il ricorrente, il Kazakistan, in questo caso la Corte ha ritenuto di dover valutare negativamente l'incapacità del Governo di smentire la violazione potenziale dell'art. 3 Cedu avanzata dai rapporti di organizzazioni nazionali e internazionali. Tuttavia, l'apertura della Corte a espandere il criterio probatorio anche in ipotesi di soggetti non detenuti, ha trovato un contemperamento nell'opinione dissidente dei giudici Zagrebelsky e Sajo, i quali hanno ritenuto che nelle ipotesi in cui il ricorrente non si trova in stato di detenzione, l'inversione dell'onere della prova deve considerarsi priva di qualsiasi giustificazione e di fatto impone alle autorità statali il soddisfacimento di una *probatio diabolica*.

²⁸⁹ M. FORNARI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, cit., p. 205.

²⁹⁰ *Rapporto Esplicativo della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, p. 13. Questo strumento settoriale non persegue lo scopo di esplicitare i contenuti e le conseguenze del divieto di tortura, ma si configura come uno statuto costitutivo di un nuovo organo – il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura*, o CPT – con compiti, appunto, di prevenzione.

Il progetto di rafforzamento della tutela del detenuto europeo, quale concepito nella *Convenzione per la prevenzione della tortura*, si realizza in maniera innovativa mediante l'attività continua di monitoraggio nei centri detentivi e l'incoraggiamento al dialogo e alla cooperazione costante con i rappresentanti degli Stati interessati dai controlli. La *Convenzione per la Prevenzione della Tortura* si configura così quale strumento complementare alla Convenzione Edu²⁹¹.

La Convenzione in esame è nata dall'idea che «la protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti delle persone private di libertà potrebbe essere rafforzata da un sistema non giudiziario di natura preventiva, basato su sopralluoghi»²⁹². Per questo, la Convenzione comporta la creazione di un corpo di ispettori internazionali, incaricati di recarsi nel territorio degli Stati europei per accettare preventivamente se si praticano la tortura o gli altri trattamenti vietati nelle prigioni, caserme, carceri di alta sicurezza e altri luoghi di detenzione²⁹³. Si tratta della prima ipotesi di controllo preventivo a favore dei diritti fondamentali dell'uomo²⁹⁴.

La costituzione del CPT non è ridondante rispetto al lavoro dei giudici europei²⁹⁵. Il carattere “d'ufficio” dell'iniziativa colma, anzi, le lacune del precedente sistema, con una funzione diversa e aggiuntiva: mentre la *Corte europea dei diritti dell'uomo* impedisce che si facciano passare per pene legittime quelli che in realtà sono maltrattamenti vietati, il *Comitato per la prevenzione della tortura* cerca di limitare le situazioni in cui tali comportamenti non vengono nemmeno alla luce²⁹⁶.

L'art. 1 della Convenzione istituisce il CPT affidandogli il compito di esaminare, per mezzo di sopralluoghi nel territorio degli Stati contraenti, «il trattamento delle persone private della libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti».

Il Comitato, composto «di un numero di membri eguale a quello delle Parti» (art. 4), è autorizzato dunque ad accedere in ogni luogo dipendente dalla giurisdizione degli Stati firmatari «nel quale vi siano persone private di libertà da un'autorità pubblica» (art. 2); fatta eccezione però per i luoghi «che sono visitati effettivamente e regolarmente da rappresentanti o delegati di Potenze vigilanti o del Comitato internazionale della Croce Rossa a termini delle Convenzioni di Ginevra» (art. 17, comma 3).

²⁹¹ M. D. EVANS – R. MORGAN, *Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, cit., p. 85.

²⁹² Preambolo della Convenzione.

²⁹³ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 189.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 189.

²⁹⁵ G. PIGHI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, pp. 1644-1645.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 1645.

L'attività del Comitato si articola in due tipologie di sopralluoghi: le visite periodiche (di consistente durata e localizzate in più mete all'interno dello stesso Stato)²⁹⁷ e le visite a sorpresa (più brevi e mirate)²⁹⁸, ossia ogni sopralluogo «che sia a suo giudizio richiesto dalle circostanze» (art. 7). Durante i sopralluoghi, al Comitato sono garantiti: l'accesso e la libera circolazione nel territorio dello Stato; tutte le informazioni sui luoghi di limitazione della libertà personale e il diritto di circolare senza intralci all'interno di questi luoghi (art. 8, comma 2). Inoltre, il CPT può intrattenersi senza testimoni con i prigionieri (art. 8, comma 3) o con qualsiasi altra persona che possa fornire informazioni utili (art. 8, comma 4).

È richiesto che il CPT dia preventiva notifica al governo dello Stato nel cui territorio intende recarsi (art. 8): nonostante non si tratti di una richiesta di autorizzazione, ma piuttosto di una misura per permettere allo Stato di collaborare appieno con il Comitato²⁹⁹, tale Stato può far conoscere al CPT le proprie obiezioni al sopralluogo «nel momento prospettato dal Comitato o nel luogo specifico che il Comitato è intenzionato a visitare. Tali obiezioni possono essere formulate solo per motivi di difesa nazionale o di sicurezza pubblica o a causa di gravi disordini nei luoghi nei quali vi siano persone private di libertà, dello stato di salute di una persona o di un interrogatorio urgente nell'ambito di un'inchiesta in corso, connessa a un'infrazione penale grave» (art. 9, comma 1). L'obiezione, comunque, non toglie al Comitato la facoltà di effettuare la visita, ma conduce a una consultazione tra il CPT e la Parte in questione, volta a consentire al Comitato «di esercitare le sue funzioni più rapidamente possibile» (art. 9, comma 2).

Dalla lettera dell'art. 9, comma 1, potrebbe apparire all'interprete che lo Stato sia a conoscenza, quando formula l'obiezione, del momento e del luogo in cui sarà effettuata la visita (perché, si ricorda, l'obiezione è relativa al sopralluogo «nel momento prospettato dal Comitato o nel luogo specifico che il Comitato è intenzionato a visitare»). In realtà, una serie di elementi permettono di affermare che la notifica di cui all'art. 8 non contiene affatto queste informazioni che, altrimenti, mortificherebbero l'effetto “a sorpresa” delle visite *ad hoc*.

Innanzitutto, l'art. 8 configura in capo al Comitato l'obbligo generico di comunicare «il suo intento di procedere a un sopralluogo», senza ulteriori specificazioni; in secondo luogo, lo stesso comma 1 dell'art. 8 prosegue stabilendo che «[a] seguito di tale notifica il Comitato è abilitato a visitare in qualsiasi momento, i luoghi di cui all'art. 2».

Deve allora concludersi che, quando nell'art. 9 si parla di obiezioni riguardo a un determinato momento o luogo, non si intendono il momento e il luogo della visita come comunicati

²⁹⁷ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 189.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 189.

²⁹⁹ G. CONSO – A. SAUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 531; A. SAUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 194.

dal CPT (la comunicazione non specifica questi parametri); ciò che si intende è che gli Stati possono formulare un’obiezione alla visita solo a condizione di specificare la temporaneità della situazione e di allegare un’analitica illustrazione dei luoghi che potranno formare oggetto di visita solo in un successivo momento³⁰⁰. Durante le visite, se la situazione accertata lo richiede, «il Comitato comunica immediatamente le sue osservazioni alle Autorità competenti della Parte interessata» (art. 8, comma 5).

Al termine di ciascuna visita, che si svolge con l’assistenza «di esperti e di interpreti» (art. 7), il Comitato raccoglie le proprie osservazioni sugli accertamenti effettuati in un rapporto, formulando delle raccomandazioni rivolte allo Stato, allo scopo di migliorare, dove necessario, la protezione delle persone private di libertà dalla tortura e dagli altri trattamenti vietati (art. 10).

Il rapporto finale³⁰¹, come tutte le informazioni raccolte durante la visita o durante le attività successive di aggiornamento, è soggetto a segretezza (artt. 11 e 13). Questa è una delle conseguenze della natura dell’attività svolta dal Comitato, che non è finalizzata a punire – come quella della Corte – o a denunciare – come quella delle ONG –, ma a instaurare un rapporto di collaborazione spontanea con gli Stati, per migliorare, tramite il dialogo, le misure di prevenzione dei maltrattamenti e di protezione dei detenuti.

Solo in due ordini di casi si può derogare alla regola della riservatezza.

Innanzitutto, ciò avviene quando è lo stesso Stato destinatario delle raccomandazioni a chiedere che il rapporto venga pubblicato, insieme alle controdeduzioni del governo (art. 11, comma 2).

Il Comitato da sempre si sforza di incentivare questa trasparenza e, in quasi tutti i casi, gli Stati hanno cominciato ad acconsentire regolarmente alla pubblicazione delle informazioni.

³⁰⁰ G. PIGHI, *La Convenzione europea*, cit., p. 1646.

³⁰¹ Lo scorso 8 settembre 2017 è stato pubblicato il rapporto del *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti* (CPT) relativo alla visita periodica condotta in Italia dall’8 al 21 aprile 2016, accompagnato dalla risposta del governo italiano, che ne ha autorizzato la pubblicazione. Il rapporto fa particolare riferimento ai numerosi casi di maltrattamenti fisici inflitti a persone private della libertà dalle forze dell’ordine o detenute in carcere denunciati in Italia. Nel testo si specifica, inoltre, che le persone in custodia non sempre godono delle garanzie previste dalla legge. La delegazione del Comitato ha riscontrato condizioni detentive carenti in alcune strutture della Polizia di Stato e dei Carabinieri. Il rapporto, inoltre, mette in luce la particolare gravità delle condizioni detentive in regime di carcere duro ai sensi dell’art. 41-bis. Il CPT ha potuto verificare il miglioramento della condizione degli internati dopo il passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) alle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), pur rimanendo alcune situazioni critiche. Tra le altre questioni affrontate nel rapporto, il CPT prende atto della creazione dell’istituzione del *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale* e la sua designazione come Meccanismo Preventivo Nazionale. Per quanto riguarda l’introduzione del reato di tortura nel codice penale – di cui si dirà meglio nel prossimo capitolo – il Comitato esprime i propri dubbi sulla formulazione delle disposizioni, ritenendole non pienamente conformi alle precedenti raccomandazioni del CPT, alla giurisprudenza della *Corte europea dei diritti umani* e la *Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura* del 1984. È possibile consultare il rapporto nella sua integrale versione al sito del Consiglio d’Europa alla pagina internet www.coe.int/en/web/cpt/Italy.

La seconda ipotesi di pubblicazione avviene invece a prescindere dalla volontà dello Stato: infatti, «se la parte non coopera o rifiuta di migliorare la situazione in base alle raccomandazioni del Comitato, esso può decidere a maggioranza di due terzi dei suoi membri [...] di effettuare una dichiarazione pubblica a tale proposito» (art. 10, comma 2). Questo è l'unico potere del CPT che possa in qualche modo forzare la volontà degli Stati e convincerli, con la minaccia di una stigmatizzazione, a cooperare attivamente: si tratta infatti di una sanzione di fronte alla comunità internazionale, che vuole avere un effetto deterrente³⁰².

Il sistema di prevenzione fondato con la Convenzione del 1987 si basa sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di tortura e ciò accade in due direzioni.

In un primo senso, essa ha funzione di orientamento all'interpretazione dell'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, al fine di individuare astrattamente le tipologie lesive del divieto di tortura che il CPT deve cercare di prevenire.

In un secondo senso, la giurisprudenza fornisce al Comitato un orientamento all'attività: individuando ed elaborando le situazioni di pericolo già emerse, la Corte orienta la discrezionalità tecnica dell'intervento preventivo, suggerendo indirettamente i luoghi in cui agire, le modalità più opportune di intervento e i rimedi più efficaci da suggerire alla parte³⁰³.

Nonostante questa forte interazione, va precisato che il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura* non svolge, come invece fa la Corte Edu, un'opera di applicazione o di interpretazione dell'art. 3 della Convenzione³⁰⁴. Gli Stati se ne sono preoccupati sin dalla Relazione esplorativa allegata alla Convenzione, in cui si legge: «la giurisprudenza della Corte e della Commissione europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 fornisce una guida al Comitato. Tuttavia le attività di quest'ultimo sono orientate verso la prevenzione e non verso l'applicazione di esigenze giuridiche a situazioni concrete. Il Comitato non dovrà cercare di intervenire nell'interpretazione e nell'applicazione di questo art. 3»³⁰⁵.

Con riferimento ai due concetti di tortura e trattamento disumano o degradante, il Comitato, se in generale segue l'interpretazione data dalla *Corte europea per i diritti umani*, di fatto ha consolidato una prassi in base alla quale non si ritiene vincolato dalla giurisprudenza di istituzioni

³⁰² C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 43; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 191: il Comitato, consapevole del fatto che nella lotta a un fenomeno diffuso e occulto come la tortura sono necessari tempo e pazienza, evita di norma un atteggiamento sanzionatorio e cerca piuttosto la collaborazione degli Stati, per persuaderli gradualmente a rispettare le raccomandazioni. A tal fine ha elaborato e resi pubblici una serie di *standard* sul trattamento delle persone private della libertà.

³⁰³ Preambolo della Convenzione; G. PIGHI, *La Convenzione europea*, cit., p. 1647.

³⁰⁴ G. PIGHI, *La Convenzione europea*, cit., p. 1647; C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Codice dei diritti umani*, cit., p. 181.

³⁰⁵ Rapporto esplorativo alla *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, punto 27; G. PIGHI, *La Convenzione europea*, cit., p. 1647.

giudiziarie o semi-giudiziarie. Ad esempio, oltre alla giurisprudenza della Corte, il Comitato ha come riferimento anche l'attività della *Commissione delle Nazioni Unite contro la tortura*, le *Regole minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri*, la *Dichiarazione delle Nazioni Unite per la protezione di tutti gli individui da atti di tortura e trattamenti o pene disumani o degradanti*.

Il CPT non deve necessariamente attenersi all'interpretazione che la Corte Edu fornisce dell'art. 3 della Convenzione, ma è libera di sviluppare una propria esegesi della norma.

Questa libertà d'azione consente al Comitato di interpretare i concetti di tortura e trattamento inumano o degradante anche discostandosi in certa misura dall'indirizzo espresso dai giudici della *Corte europea per i diritti umani*.

La tendenza generale del CPT è quella di non utilizzare la classica tripartizione: tortura e trattamento inumano e degradante, ma di riferirsi a solo due categorie di condotte – quella della tortura, da un lato, e del trattamento inumano e degradante, dall'altro –, cosicché, anche quando una situazione è definita dal solo aggettivo “inumana”, è da ritenere che essa rientri comunque nella sfera dei trattamenti degradanti e che non qualifichi una categoria a parte. Nonostante sia l'art. 3 della Convenzione, sia la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura* utilizzino la dicitura di trattamenti “inumani o degradanti”, il CPT, spesso, nei suoi rapporti, impiega l'espressione “inumani e degradanti”, quasi che il primo dei due termini comprenda il secondo³⁰⁶.

In questo senso i commissari hanno potuto seguire una linea diversa rispetto alla Corte in tema di trattamenti disumani e degradanti; se per i giudici questi comportamenti integrano un maltrattamento, fisico o psichico, che non raggiunge la gravità di un atto di tortura, il Comitato ha inteso il concetto nel senso di ampliare i criteri e le circostanze che devono essere presi in considerazione, facendovi rientrare, ad esempio nel caso delle carceri, anche le condizioni di vita, il sovraffollamento, l'assenza di assistenza sanitaria ottimale, la possibilità di uscire fuori dal blocco e svolgere attività all'aperto. Solo in seguito il giudizio della Corte seguirà su questo tipo di interpretazione.

5. Il diritto dell'Unione Europea

Anche l'Unione Europea si è occupata del fenomeno della tortura, cercando di arginarlo e combatterlo. La promozione e la protezione dei diritti umani è un aspetto chiave del multilateralismo, il pilastro centrale non solo del sistema delle Nazioni Unite e del Consiglio

³⁰⁶ M. D. EVANS – R. MORGAN, *Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, cit., p. 74.

d'Europa, ma anche valore fondamentale dell'Unione Europea. Adoperarsi ai fini della prevenzione e dell'eliminazione di ogni forma di tortura e maltrattamento all'interno dell'Europa e nel mondo è un obiettivo politico di tutti gli Stati membri dell'Unione: la promozione e la protezione di tale divieto costituiscono una priorità della politica dell'UE in materia di diritti dell'uomo.

6. Le fonti del diritto dell'Unione Europea sul divieto di tortura

6.1. La Carta di Nizza

A livello europeo, tra gli strumenti di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo spicca la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*³⁰⁷ che raccoglie in un unico testo i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei.

La Carta ha acquistato lo stesso rango dei Trattati istitutivi in quanto, secondo l'art. 6, par. I, del *Trattato sull'Unione Europea*, ha «lo stesso valore giuridico» di quest'ultimo e del *Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*. Il nuovo TUE prevede ancora che i diritti consacrati nella Cedu vadano considerati quali principi generali del diritto comunitario³⁰⁸.

Numerosi diritti previsti dalla Cedu sono stati tuttavia riprodotti nella *Carta di Nizza*: tra questi il divieto di tortura, inserito nell'art. 4. Esso corrisponde a quello garantito dall'art. 3 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, la cui formulazione è identica: «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Ai sensi dell'art. 52, paragrafo 3 della *Carta di Nizza*, esso ha pertanto significato e portata identici a quelli del suddetto articolo. La norma prevede infatti che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà Fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»³⁰⁹.

L'art. 4 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* è inserito nel Capo I riguardante il valore della dignità umana, presupposto indispensabile per il godimento e la garanzia di tutti i diritti e le libertà previste successivamente dalla Carta. La dignità non è solo un diritto fondamentale per se stessa, ma rappresenta la pietra angolare di tutti gli altri diritti. Il Capo dedicato alla dignità non a caso precede tutti gli altri (libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e

³⁰⁷ La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (CDFUE), in Italia anche nota come *Carta di Nizza*, è stata proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza.

³⁰⁸ A. SCUTELLARI, *Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti*, P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo Il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 518.

³⁰⁹ Per ogni considerazione si rimanda ai paragrafi precedenti di questa sezione.

giustizia) poiché la dignità costituisce una sorta di «*prius* culturale e giuridico degli altri principi fondamentali»³¹⁰.

L'esigenza della tutela della dignità è avvertita in modo particolare in situazioni nelle quali l'essere umano verte in condizioni di debolezza e inferiorità, allorché si trovi in certa misura soggiacere a un'autorità o potere esterno. Trovano dunque tutela in questi contesti – oltre che ovviamente il diritto alla vita – il diritto all'integrità psichica e fisica della persona che si manifesta, tra l'altro, nei divieti delle condotte di cui all'art. 4, disposizione che individua nella tortura e nei trattamenti inumani e degradanti la forma più estrema di attacco alla dignità umana³¹¹.

6.2. Gli orientamenti dell'UE

Nell'ambito della lotta contro la tortura, oltre alla specifica previsione contenuta nella Carta di Nizza, l'Unione Europea ha adottato degli orientamenti³¹² con l'obiettivo di fornire uno strumento operativo da utilizzare nei contatti con i Paesi terzi, nonché nelle sedi multilaterali competenti per i diritti umani, al fine di sostenere e rafforzare gli sforzi attualmente intrapresi per prevenire ed eliminare la tortura e altri maltrattamenti in tutte le parti del mondo³¹³.

Anche se lo scopo principale è trattare i temi specifici della tortura e di altri trattamenti inumani o degradanti, gli orientamenti contribuiscono a rafforzare la politica generale dell'UE in materia di diritti umani e a promuovere l'osservanza del diritto internazionale umanitario. Tramite questi orientamenti l'UE sostiene attivamente il lavoro degli attori interessati come il *Comitato contro la tortura*, il *Comitato dei diritti dell'uomo*, il *Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa*, il *Sottocomitato sulla prevenzione della tortura* nonché i meccanismi speciali delle Nazioni Unite e altri soggetti interessati³¹⁴. A tal fine, l'Unione si ispira alle pertinenti norme e *standard* internazionali e regionali in materia di diritti dell'uomo, amministrazione della giustizia e conduzione dei conflitti armati, ivi compresi, tra gli altri, quelli contenuti negli strumenti internazionali come, ad esempio, la *Dichiarazione universale dei diritti umani*, le *Convenzioni di*

³¹⁰ Si veda in proposito C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 162.

³¹¹ A. SCUTELLARI, *Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti*, P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 518.

³¹² I primi orientamenti sono stati adottati dalla Commissione delle Comunità Europee, *Il ruolo dell'Unione Europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei Paesi terzi*, Bruxelles, 8 maggio 2001 e sono stati successivamente oggetto di aggiornamenti, da ultimo con Consiglio dell'Unione Europea, Bruxelles, 20 maggio 2012.

³¹³ Consiglio dell'Unione Europea, Bruxelles, 20 maggio 2012, Premessa.

³¹⁴ L'UE raccomanda che una prossima revisione del piano d'azione definisca azioni più ambiziose e specifiche per l'eliminazione della tortura, come ad esempio un'informazione e una condivisione degli oneri più efficienti; una formazione e iniziative congiunte con gli uffici regionali dell'ONU e i pertinenti relatori speciali dell'ONU e altri attori internazionali, come l'*Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa* (OSCE) e il *Consiglio d'Europa* e un sostegno alla creazione e al rafforzamento di meccanismi regionali di prevenzione della tortura.

Ginevra, lo *Statuto della Corte penale internazionale*³¹⁵. L'UE rende omaggio a tutte le organizzazioni della società civile, alle istituzioni nazionali per i diritti umani, ai meccanismi nazionali di prevenzione e ai singoli individui che si impegnano a offrire ricorso e risarcimento alle vittime, lottando l'impunità e prevenendo attivamente la piaga della tortura e del maltrattamento nel mondo.

Tra gli obiettivi che l'UE si prefigge vi è anche quello di includere i diritti umani e la democratizzazione nel suo dialogo con i Paesi terzi³¹⁶. L'importanza e la specificità del dialogo sui diritti umani è considerato un elemento costitutivo dell'intesa politica, a norma dell'articolo 8 dell'*Accordo di partenariato di Cotonou*³¹⁷, e ogni dialogo sui diritti umani con i Paesi terzi dovrebbe abbracciare questioni tematiche quali la pena di morte, la tortura, il razzismo, la xenofobia e, non da ultimo, perseguire la finalità di costituire coalizioni e raccogliere sostegno per le posizioni dell'UE in ambito internazionale³¹⁸.

L'Unione Europea attribuisce priorità all'eliminazione della tortura ovunque nel mondo e alla piena riabilitazione delle vittime³¹⁹. Viene così ribadita l'importanza dei centri di recupero per coloro che subiscono tortura sia all'interno sia all'esterno dell'UE per affrontare non soltanto i problemi fisici, ma anche quelli psicologici di lungo termine. Per concretizzare questi obiettivi l'UE finanzia i centri di riabilitazione delle vittime della tortura nel mondo intero e adotta un approccio pluridisciplinare nelle attività da essi svolte che preveda al contempo un *follow-up* psicologico, un accesso a un trattamento medico e un sostegno sociale e giuridico³²⁰.

L'UE ritiene inoltre che la pena di morte, in quanto violazione del diritto all'integrità personale e alla dignità umana, sia incompatibile con il divieto di pena crudele, disumana o degradante in virtù del diritto internazionale e invita gli Stati membri a riconoscere formalmente tale incompatibilità e adattare di conseguenza la politica UE sulla pena capitale; ritiene deplorevole l'isolamento fisico e psicologico dei prigionieri detenuti nel braccio della morte e le pressioni esercitate su di essi, ribadisce l'esigenza di uno studio giuridico completo e di discussioni a livello delle Nazioni Unite sui collegamenti tra l'applicazione della pena di morte, incluso il fenomeno del

³¹⁵ Consiglio dell'Unione Europea, *Orientamenti per una politica dell'UE nei confronti dei Paesi terzi in materia di tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti*, Bruxelles, 18 aprile 2008.

³¹⁶ Consiglio dell'Unione Europea, Bruxelles, 20 maggio 2012.

³¹⁷ L'*accordo di Cotonou* è il quadro generale per le relazioni dell'UE con i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP). È stato adottato nel 2000 per sostituire la convenzione di Lomé del 1975. L'accordo è inteso a ridurre e in definitiva eliminare la povertà e contribuire all'integrazione progressiva dei paesi ACP nell'economia mondiale. Si basa su tre pilastri: la cooperazione allo sviluppo; la cooperazione economica e commerciale; la dimensione politica.

³¹⁸ Commissione delle Comunità Europee, *Il ruolo dell'Unione Europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei Paesi terzi*, Bruxelles, 8 maggio 2001, par. 4.

³¹⁹ *Ibidem*, par. 3.

³²⁰ *Ibidem*, par. 3.

braccio della morte di gravi traumi mentali e del deterioramento fisico, e il divieto della tortura e del trattamento o di pene crudeli, disumani o degradanti³²¹.

Fondamentale è poi istituire una strategia integrata e globale per combattere la tortura, agendo sulle cause di fondo delle stesse, che dovrebbe comprendere una trasparenza istituzionale generale e una più forte volontà politica a livello degli Stati per la lotta ai maltrattamenti. Tra i rimedi pensati, l'UE sottolinea l'urgente necessità di affrontare la povertà, la disuguaglianza, la discriminazione e la violenza attraverso meccanismi nazionali di prevenzione e il rafforzamento delle autorità locali e delle ONG, di potenziare la cooperazione allo sviluppo dell'UE e il meccanismo di attuazione dei diritti umani al fine di affrontare le cause di fondo della violenza e osserva altresì che l'accesso alla giustizia, la lotta all'impunità, le indagini imparziali, il conferimento di poteri e di responsabilità alla società civile e la promozione dell'educazione contro i maltrattamenti sono elementi essenziali per combattere la tortura³²².

Nei suoi indirizzi l'Unione Europea esorta il Consiglio e la Commissione a incoraggiare i Paesi *partner* ad adottare un approccio nella lotta contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti che presti particolare attenzione alle esigenze delle vittime nel quadro della politica di cooperazione allo sviluppo; ritiene necessario il coinvolgimento della società civile, il rafforzamento delle capacità nazionali e l'attenzione specifica agli incentivi. L'UE ha altresì colto l'opportunità del ventesimo anniversario dell'entrata in vigore della *Convenzione internazionale contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti* per esortare gli Stati che non erano ancora parti della convenzione ad aderirvi senza indugio³²³.

È stata inoltre ribadita l'assolutezza del divieto di tortura ai sensi del diritto internazionale e umanitario, nonché della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura* (CAT): la tortura costituisce una delle massime violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ha ripercussioni gravissime per milioni di individui e per le loro famiglie e non può essere giustificata in alcuna circostanza. Viene ribadita la sua condanna assoluta, tali atti sono e devono restare vietati in qualsiasi momento e in qualsiasi luogo e non possono mai essere giustificati³²⁴.

Negli orientamenti dell'UE si afferma poi che – a differenza della CAT secondo la quale il termine “tortura” indica qualsiasi atto con il quale «sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, intenzionalmente (...) da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o

³²¹ *Ibidem*, par. 2.

³²² Consiglio dell'Unione Europea, Bruxelles, 20 maggio 2012.

³²³ Dichiarazione annuale in occasione della giornata internazionale a sostegno delle vittime della tortura, 26 giugno 2007.

³²⁴ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2014 sull'eliminazione della tortura nel mondo.

tacito» – devono essere affrontati mediante misure politiche volte alla prevenzione, alla responsabilità e alla riabilitazione anche i casi in cui l'atto di tortura o di altro trattamento o pena crudele, disumano o degradante si verifichi con la partecipazione di attori diversi dai funzionari statali o pubblici.

Come si evince dal contenuto degli orientamenti sopra esposti, l'Unione europea svolge un ruolo attivo nella promozione del rispetto dei diritti dell'uomo e nella lotta contro le violazioni dei diritti della persona in tutto il mondo e ha sempre più integrato la dimensione dei diritti umani nei suoi strumenti generali di politica estera. Il rispetto dei diritti dell'uomo fa quindi parte degli obiettivi fondamentali della politica estera e di sicurezza comune dell'UE (PESC). Un esempio di misure già intraprese nell'ambito della politica estera di sicurezza comune è l'adozione del *Regolamento sul commercio di strumenti di tortura* del 27 giugno 2005 che vieta la commercializzazione e il transito di attrezzature utilizzate per la tortura in Paesi terzi.

7. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

Come già si è detto, la portata applicativa dell'art. 4 della *Carta di Nizza* coincide del tutto con quella di cui all'art. 3 della Convenzione Edu, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Non sembrano esservi infatti significative pronunce della *Corte di Giustizia Europea* relative all'accertamento di episodi di tortura o trattamenti inumani o degradanti, essendo questo principalmente “il campo d'azione” della Corte Edu, in applicazione dell'omonima Convenzione.

Ciò non significa che la CGE non si sia occupata – e non si occupi – del fenomeno della tortura, ma la sua attenzione si è concentrata su specifiche questioni che attengono, perlopiù, a due ambiti distinti: quello relativo al tipo di protezione da riconoscere in capo alle vittime di tortura e quello inherente le relazioni che intercorrono tra il mandato d'arresto europeo e la salvaguardia dei diritti fondamentali, *in primis*, appunto, il diritto a non subire torture e maltrattamenti inumani o degradanti.

Di seguito verranno illustrate ambedue le questioni e le rispettive soluzioni proposte dalla Corte di Lussemburgo.

7.1. Gli effetti della tortura e il riconoscimento della protezione sussidiaria

La tortura (se ad essa si sopravvive) lascia segni indelebili non solo sul corpo, ma anche sulla psiche. Dunque, non solo è necessario prevenirla e contrastala, ma indispensabile è curarne gli effetti che essa provoca nelle persone che la subiscono ovvero garantire successivamente loro un'adeguata cura dello stato di salute mentale compromesso.

Negli ultimi anni è andato crescendo l'interesse per gli effetti della migrazione forzata sulle condizioni psichiche. Diversi studi sottolineano l'incremento del disagio psichico dei migranti³²⁵ e, al tempo stesso, la difficoltà e la diffusa scarsità delle risposte all'interno del sistema di accoglienza e integrazione³²⁶. A fronte di questo drammatico quadro, non possono non tenersi in considerazione le conseguenze fisiche e psicologiche di passati episodi di tortura. Ma in che modo si riconosce rilevanza a questi effetti nefasti sulla psiche umana?

Sono previste una serie di misure finalizzate a tutelare i migranti che versano in particolari condizioni di vulnerabilità, con una diversa gradazione di incisività a seconda della gamma più o meno ristretta di diritti che viene concessa loro³²⁷. È dunque importante comprendere, a seconda dei

³²⁵ M. ARAGONA, D. PUCCI, M. MAZZETTI, B. MAISANO, S. GERACI, *Traumatic events, post-migration living difficulties and post-traumatic symptoms in first generation immigrants: a primary care study*, in *Annali Istituto Superiore di Sanità*, 2013, 49, pp. 169-175; M. FAZEL, J. WHEELER, J. DANESH, *Prevalence of serious mental disorder in 7000 refugees resettled in western countries: a systematic review*, in *The Lancet*, 2005, 365, pp. 1309-1314; B.L. CARDOZO, O.O. BILUKHA, C.A. CRAWFORD, I. SHAIKH, M.I. WOLFE, M.L. GERBER, ET AL., *Mental health, social functioning, and disability in postwar Afghanistan*, in *Journal of the American Medical Association*, 2004, 292, pp. 575-584.

³²⁶ MSF, *Traumi ignorati. Richiedenti asilo in Italia: un'indagine sul disagio mentale e l'accesso ai servizi sanitari territoriali*, Roma, Medici Senza Frontiere, 2016. Le problematiche sulla salute mentale, almeno in un numero considerevole di casi, concernono gli esiti di esperienze altamente traumatiche, a volte di violenze prolungate e perpetrare intenzionalmente, come la tortura, lo stupro, la riduzione in schiavitù, la tratta, etc. Le persone che giungono sulle coste europee hanno infatti spesso subito torture e deprivazioni materiali, assistito a violenze e perduto persone affettivamente significative durante l'intero arco della loro vita; l'esperienza del viaggio può aver comportato momenti di intenso allarme, di impotenza o addirittura di orrore (non è infrequente per esempio che abbiano assistito alla morte per annegamento di altre persone che viaggiavano con loro); possono inoltre soffrire per l'isolamento culturale, per l'impossibilità di fare ritorno nel proprio Paese e per la preoccupazione per la sorte dei familiari rimasti a casa. Si veda anche M. ARAGONA, D. PUCCI, M. MAZZETTI, S. GERACI, *Post-migration living difficulties as a significant risk factor for PTSD in immigrants: a primary care study*, *Italian Journal of Public Health*, 2012, 9; K.E. MILLER, A. RASMUSSEN, *War exposure, daily stressors, and mental health in conflict and post-conflict settings: bridging the divide between trauma-focused and psychosocial frameworks*, in *Soc Sci Med.*, 2010, 70, pp. 7-16. Le esperienze di tortura sono considerate il principale fattore di rischio per lo sviluppo di un disturbo post traumatico da stress (PTSD) complesso, oltre che per altri disturbi mentali come depressione, disturbi dissociativi, psicosi. Sul punto: S. EKBLAND, H. PROCHAZKA, G. ROTH, *Psychological impact of torture: a 3-month follow-up of mass-evacuated Kosovan adults in Sweden. Lessons learnt for prevention*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 2002, 412, pp. 30-36; D. SILOVE, Z. STEEL, V. MILES, J. DROBNY, *The impact of torture on post-traumatic stress symptoms in war-affected Tamil refugees and immigrants*, in *Comprehensive Psychiatry* 2002, 43, pp. 49-55.; M. GERMANI, L. MOSCA, M. LUCI, C. LAI, *Specificity of dissociative disorder in survivors of torture and extreme trauma: Identification of some specific "clusters" in the Dissociative Experience Scale*, in *European Journal of Psychotraumatology*, Supplement 1, 2011.

³²⁷ Per maggior completezza espositiva, ma senza pretesa di esaustività, si illustreranno le disposizioni italiane che prevedono una serie di strumenti dal carattere umanitario, la cui disciplina è contenuta negli artt. 18 ss. del T.U. immigrazione, che è di recente stato oggetto di una sensibile modifica da parte del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132 (Decreto "sicurezza" o "Salvini"). Il più importante aspetto del decreto legge "sicurezza" è l'abrogazione della norma che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno qualora lo straniero non potesse essere rimpatriato per motivi umanitari derivanti anche da obblighi costituzionali (come il diritto di asilo) o da obblighi internazionali. Tale permesso aveva la durata di due anni e consentiva l'accesso al lavoro, al servizio sanitario nazionale, all'assistenza sociale e all'edilizia residenziale. La protezione umanitaria era riconosciuta a tanti stranieri che non avevano i requisiti per ottenere la protezione internazionale, sulla base di presupposti interpretati in modo molto variabile da caso a caso. Essa si aggiungeva alla protezione internazionale che è riconosciuta in tutta la Ue nelle due forme dello *status* di rifugiato (basato sul timore legittimo di subire persecuzione per motivi religioni, politici, etnici, sessuali) e dello *status* di protezione sussidiaria (fondato sul pericolo di subire un danno grave derivante da condanna a morte, torture o pene e trattamenti inumani e degradanti e violenza generalizzata in situazione di conflitto interno e internazionale), per le quali i permessi hanno la durata di cinque anni e prevedono un trattamento lavorativo e assistenziale assai vicino a quello previsto per i cittadini

casi, quale tipo di tutela accordare. A tal riguardo, ci si è in particolare chiesti se anche i gravi effetti della tortura possano consentire il riconoscimento della protezione sussidiaria nel sistema comune europeo di asilo oppure debbano considerarsi “semplici” cause ostative all’espulsione del migrante³²⁸.

A proposito, la *Corte di Giustizia Europea*, in seguito al rinvio pregiudiziale sollevato dalla Suprema Corte del Regno Unito, ha chiarito con la sentenza del 24 aprile 2018, causa C-353/16³²⁹, se la protezione sussidiaria di cui all’art. 2 lett. e), in combinato disposto con l’art. 15 lett. b) della direttiva 2004/83/CE potesse essere concessa anche a fronte di «*un rischio effettivo di danno grave*

dell’Ue. Il decreto mira ora a rendere del tutto eccezionali e tipizzate le ipotesi di protezione umanitaria, sostituendo i permessi di soggiorno per motivi umanitari (salvo quelli rilasciati fino al 5 ottobre scorso) con cinque tipi di permessi di soggiorno, che danno al titolare una condizione giuridica assai più precaria che, ad esempio, non consentono l’iscrizione al servizio sanitario nazionale, ma solo cure urgenti ed essenziali. Gli attuali permessi di soggiorno sono: il permesso per “protezione speciale”, della durata di un anno (rinnovabile finché dura il pericolo, che consente il lavoro, ma che non è convertibile in permesso di soggiorno per lavoro) rilasciato su richiesta della Commissione territoriale per la protezione internazionale allorché non riconosca allo straniero lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, ma ritenga impossibile il suo allontanamento per il rischio di subire persecuzioni o torture. Il permesso “per calamità”, della durata di sei mesi (rinnovabile, che consente l’accesso al lavoro, ma non è convertibile in altro permesso di soggiorno), rilasciato e rinnovato allo straniero che non possa rientrare nel Paese di appartenenza in condizioni di sicurezza a causa di una “situazione di contingente eccezionale calamità”. Il permesso “per cure mediche” (della durata di un anno, rinnovabile, che sembra non consentire l’accesso al lavoro, ma non è convertibile in altro permesso di soggiorno) rilasciato allo straniero che documenti di versare in “condizioni di salute di eccezionale gravità” che impediscono il rimpatrio senza ledere la sua salute. Il permesso “per atti di particolare valore civile”, rilasciabile su indicazione del Ministro dell’Interno. I permessi di soggiorno “per casi speciali”, rilasciati in altre ipotesi in cui finora era rilasciato un permesso per motivi umanitari: a) protezione sociale (con permesso di durata di sei mesi, rinnovabile finché perdurano le esigenze giudiziarie) delle vittime di delitti oggetto di violenza o grave sfruttamento che sono in pericolo per avere collaborato o essersi sottratte ai condizionamenti dell’organizzazione criminale e partecipino ad un programma di assistenza e integrazione sociale; b) vittime di violenza domestica che denuncino l’autore del reato; c) particolare sfruttamento lavorativo su denuncia del lavoratore sfruttato che denunci il datore di lavoro. Con decisione n. 4890/2019, la Suprema Corte di Cassazione ha risolto i dubbi in tema di regime intertemporale della nuova disciplina sulla protezione umanitaria. Dopo l’orientamento di molti Tribunali (alcune ordinanze sono disponibili nella sezione giurisprudenza di Melting Pot al sito internet www.meltingpot.org), questa sentenza stabilisce che il decreto sicurezza è irretroattivo. I giudici hanno definitivamente stabilito che le istanze di protezione internazionale già presentate prima del 5 ottobre devono essere esaminate con la vecchia normativa.

³²⁸ Certamente, rispetto a un mero divieto di espulsione, la protezione sussidiaria attribuisce una maggior tutela alla persona in quanto tale protezione, definita dall’art. 2, lett. g) del decreto legislativo n. 251/2007, attuativo della direttiva 2004/83/CE (la disposizione recita: «*persona ammissibile alla protezione sussidiaria*: il cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese») è una forma di tutela internazionale finalizzata a salvaguardare chi ne è titolare – pur non possedendo i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato sanciti dall’art. 1 della *Convenzione di Ginevra* del 1951 – poiché, se ritornasse nel Paese di origine, andrebbe incontro al rischio di subire un danno grave. Per danno grave si intende: la condanna a morte o l’esecuzione, la tortura o altra forma di trattamento inumano, la minaccia grave e individuale alla vita derivante dalla violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato interno o internazionale. Quando una persona straniera entra in Italia, non importa se legalmente o meno, ha diritto a fare richiesta di protezione internazionale allo Stato italiano, come stabilito dalla Direttiva europea n. 83 del 2004, recepita in Italia con il Decreto Legislativo n. 251 del 2007. La domanda viene poi esaminata dalla Commissione Territoriale competente che, dopo apposita audizione, decide se concedere o meno la protezione internazionale.

³²⁹ Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, sentenza 24 aprile 2018, Causa C-353/16, avente a oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla *Supreme Court of the United Kingdom* (Corte suprema del Regno Unito), con decisione del 22 giugno 2016, pervenuta in cancelleria il 27 giugno 2016, nel procedimento *MP contro Secretary of State for the Home Department*.

alla salute fisica o psichica del richiedente in caso di ritorno nel paese di origine, derivante da precedenti episodi di tortura o di trattamento inumano o degradante imputabili a detto paese»³³⁰.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che l'articolo 2, lettera e), e l'articolo 15, lettera b), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, letti alla luce dell'articolo 4 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, devono essere interpretati nel senso che è ammissibile allo *status* di protezione sussidiaria il cittadino di un paese terzo torturato in passato dalle autorità del suo Paese di origine e non più esposto a un rischio di tortura in caso di ritorno in detto Paese, ma le cui condizioni di salute fisica e mentale potrebbero, in un tale caso, deteriorarsi gravemente, con il rischio che il cittadino di cui trattasi commetta suicidio, in ragione di un trauma derivante dagli atti di tortura subiti, se sussiste un rischio effettivo di privazione intenzionale in detto Paese delle cure adeguate al trattamento delle conseguenze fisiche o mentali di tali atti di tortura, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare³³¹.

Il ragionamento della Corte si articola in alcuni passaggi fondamentali.

Innanzitutto viene sottolineato come, stante i requisiti dell'attualità e dell'effettività del rischio di danno grave, il solo fatto di avere subito in precedenza torture, pur dovendo essere considerato un indizio rilevante del bisogno di protezione, non è sufficiente di per sé ai fini del riconoscimento della stessa. Inoltre, quando il rischio effettivo di danno grave consiste nell'essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti, esso deve essere interpretato e applicato nel rispetto dei diritti garantiti dall'articolo 4 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. La Corte si richiama alla giurisprudenza più recente³³² che ricomprende nell'alveo dell'articolo 3 Cedu anche i casi in cui un'espulsione, un allontanamento o anche un trasferimento siano idonei a esacerbare in modo «significativo e irrimediabile» il disturbo mentale di cui soffre la persona³³³.

Ai fini della concessione della protezione sussidiaria, però, la Corte ritiene che debba essere necessariamente soddisfatto un requisito ulteriore. Infatti, se l'allegazione di un aggravamento sostanziale delle condizioni di salute fisiche o psichiche della persona può, nei limiti di cui sopra, dirsi sufficiente a impedirne l'allontanamento, lo stesso non può essere detto ai fini della protezione sussidiaria: occorre che accanto ad esso si riscontri la privazione intenzionale dell'assistenza

³³⁰ La vicenda alla base della domanda pregiudiziale riguarda un cittadino dello Sri Lanka, che nel gennaio 2009 aveva presentato una domanda di protezione internazionale basata sul timore di essere sottoposto, in caso di rimpatrio nel Paese d'origine, a persecuzione in ragione della propria appartenenza all'organizzazione “Tigri per la liberazione dell'Îlam Tamil”. A sostegno della propria domanda egli adduceva di avere subito in precedenza torture e allegava documentazione medica comprovante le gravi conseguenze psicologiche delle stesse, le quali avrebbero potuto aggravarsi irrimediabilmente in caso di rimpatrio a causa della carenza e delle difficoltà di accesso alle strutture di assistenza psichiatrica nel Paese d'origine.

³³¹ CGUE, Grande Sezione, Causa C-353/16, cit., p. 57.

³³² Corte Edu, sentenza *Paposhvili contro Belgio*, 13 dicembre 2016, rif. n. 41738/10; Corte di Giustizia, sentenza 16 febbraio 2017, Causa C-578/16.

³³³ CGUE, Grande Sezione, sentenza 24 aprile 2018, Causa C-353/16, p. 41.

necessaria al fine di trattare i disturbi di cui la persona soffre e che sono conseguenza delle torture subite. Tale requisito si verificherebbe secondo la Corte quando le stesse autorità, nonostante l’obbligo di cui all’articolo 14 della *Convenzione Contro la Tortura*³³⁴, non siano disposte a garantirne la riabilitazione³³⁵.

Un rischio del genere potrebbe anche presentarsi qualora risultasse che dette autorità abbiano un comportamento discriminatorio in termini di accesso ai servizi di assistenza sanitaria, avente l’effetto di rendere più difficile, per taluni gruppi etnici o alcune categorie di persone l’accesso al trattamento dei postumi fisici o mentali degli atti di tortura commessi da tali autorità³³⁶.

7.2. *Mandato di arresto europeo e divieto di tortura*

Altra grande tematica di cui la *Corte di Giustizia Europea* si è occupata è quella relativa al problema del rapporto fra il meccanismo del mandato di arresto europeo³³⁷ e la tutela dei diritti fondamentali della persona ricercata.

La decisione quadro sul mandato di arresto europeo prevede, oltre a ipotesi di consegna condizionata (art. 5), casi tassativi di rifiuto, obbligatori (art. 3) e facoltativi (artt. 4 e 4-bis), tra i

³³⁴ L’art. 14 recita: «1. Ogni Stato Parte, nel proprio ordinamento giuridico, garantisce alla vittima di un atto di tortura il diritto ad una riparazione e ad un risarcimento equo ed adeguato che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile. Se la vittima muore in seguito ad un atto di tortura, gli aventi causa hanno diritto ad un risarcimento. 2. Il presente articolo lascia impregiudicato ogni diritto ad un risarcimento di cui la vittima, o qualsiasi altra persona, gode in virtù delle leggi nazionali».

³³⁵ CGUE, Grande Sezione, Causa C-353/16, cit., p. 57.

³³⁶ *Ibidem*, p. 57.

³³⁷ Considerando n. 6 e art. 1, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. La decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo è il primo strumento basato sul principio del reciproco riconoscimento, inteso come “pietra angolare” della cooperazione giudiziaria in materia penale, risalente al *Consiglio europeo di Tampere* del 1999 (in proposito si veda J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 313 ss. Si vedano altresì i rilievi di T. WISCHMEYER, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the “Principle of Mutual Trust”*, in *German Law Journal*, 2016, vol. 17, issue 3, p. 354-360, in ordine alla fiducia «as a Precondition and a Justification for Mutual Recognition in the Context of Judicial Cooperation») e poi recepito nell’art. 82, par. 1, T.F.U.E.(Ai sensi dell’art. 82, par. 1 T.F.U.E. la cooperazione giudiziaria in materia penale nell’Unione «è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all’articolo 83»). Il principio del reciproco riconoscimento presuppone la vicendevole fiducia tra Stati membri sul rispetto dei diritti fondamentali, infatti, per il considerando n. 10 decisione quadro sul mandato di arresto europeo, il meccanismo del mandato «si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri», tanto che la sua attuazione «può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all’articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull’Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell’articolo 7, paragrafo 1, dello stesso trattato, e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo». Ma, perché tale fiducia sia effettiva e non solo apparente, bisogna considerare la «*symbiotic relationship*» fra *mutual trust* e *fundamental rights* (V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 457 ss.). Tale interrelazione simbiotica si traduce nel ruolo di limite alla *mutual trust* che può essere svolto dalla tutela dei diritti fondamentali, trattandosi in sostanza di verificare se la loro violazione possa costituire un motivo di rifiuto per l’esecuzione dell’euro-mandato.

quali non è contemplata la «*non-compliance with fundamental rights*»³³⁸. D'altra parte, l'art. 1, par. 3 dell'atto europeo si cura di precisare che l'obbligo di rispettare «i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti» dall'art. 6 T.U.E. «non può essere modificato per effetto» della decisione quadro, facendo sorgere la domanda sulla sua possibile interpretazione quale motivo implicito di rifiuto in caso di violazione dei diritti fondamentali ivi richiamati.

Attualmente poi la mancanza di un motivo di rifiuto basato sulla violazione dei diritti fondamentali in un procedimento, come quello di esecuzione del mandato di arresto europeo, dove è in gioco la limitazione della libertà personale, ha una maggiore visibilità perché la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale³³⁹ prevede, viceversa (art. 11, par. 1 lett. f), che l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un ordine europeo di indagine (o.e.i.) qualora «sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto» nell'o.e.i. «sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione» ai sensi dell'art. 6 T.U.E. e della Carta³⁴⁰: come si è criticamente notato, la discrepanza «*does not seem to be acceptable from a legal stand point. But, what is worse, is that it does not contribute to strengthening the consistency of criminal justice in the EU*»³⁴¹.

Con la sentenza del 5 aprile 2016 la *Grande Camera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*³⁴² ha affermato per la prima volta che, prima di consegnare una persona in esecuzione di un mandato d'arresto europeo, lo Stato d'esecuzione deve accertarsi che le condizioni di detenzione nello Stato emittente siano conformi all'art. 4 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, che sancisce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti, e al corrispondente art. 3 Cedu, come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo³⁴³.

³³⁸ *Ibidem*, p. 466.

³³⁹ Direttiva 2014/41/UE, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

³⁴⁰ Per il considerando n. 19 della direttiva 2014/41/UE, la creazione di «uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali». Tuttavia, tale presunzione è relativa. Di conseguenza, se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un o.e.i. comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'o.e.i. dovrebbe essere rifiutata.

³⁴¹ L. BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 515.

³⁴² Corte di Giustizia Europea, Grande Camera, sentenza 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldaru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU.

³⁴³ Il primo caso riguarda due mandati di arresto europeo emessi da un tribunale ungherese nei confronti del sig. Aranyosi, accusato di aver commesso alcuni reati contro il patrimonio. Questi veniva arrestato il 14 gennaio 2015 in Germania, a Brema, grazie alla segnalazione del sistema d'informazione *Schengen*. Nell'ambito della procedura di consegna, il tribunale di Brema rilevava l'assenza di indicazioni convincenti rispetto al fatto che, se consegnato all'autorità giudiziaria ungherese, il signor Aranyosi non sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu, nonché coi diritti fondamentali e coi principi generali del diritto sanciti dall'articolo 6 TUE. Il giudice tedesco motivava tale conclusione osservando che l'Ungheria è stata recentemente condannata per violazione dell'art. 3 Cedu a causa dello strutturale del sovraffollamento carcerario (Corte Edu, sentenza *Varga e altri contro Ungheria*, 10 marzo 2015), fenomeno altresì riscontrato dal

Nella vicenda *de qua*, il Tribunale di Brema decideva di sospendere l'esecuzione dei mandati di arresto europeo e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«*1) se l'articolo 1, comma 3, della decisione quadro sul MAE debba essere interpretato nel senso che, in presenza di seri elementi indicanti che le condizioni di detenzione nello Stato di emissione violano i diritti fondamentali, l'esecuzione del mandato d'arresto - sia esso finalizzato all'esercizio dell'azione penale (come nel caso del Sig. Aranyosi) o all'esecuzione di una pena detentiva (come nel caso del Sig. Caldararu) - possa o debba essere rifiutata, oppure se la consegna della persona possa o debba essere subordinata all'ottenimento di informazioni da parte dello Stato membro d'emissione che consentano di ritenere le condizioni detentive conformi ai diritti fondamentali.*

2) se gli articoli 5 e 6, paragrafo 1, della decisione quadro debbano essere interpretati nel senso che le informazioni sul rispetto dei diritti fondamentali nello Stato di emissione possono essere fornite dall'autorità giudiziaria che ha emesso il MAE oppure se, per il rilascio di queste informazioni, rileva la ripartizione delle competenze all'interno dello Stato emittente».

Nella sua decisione, la Corte ha ricordato anzitutto che il principio di mutuo riconoscimento su cui poggia il sistema del mandato d'arresto europeo è a sua volta fondato sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri circa il fatto che i loro rispettivi sistemi giuridici siano in grado di fornire una protezione equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti a livello UE, in particolare dalla *Carta dei diritti fondamentali*³⁴⁴.

In linea di principio, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro non può rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo se non nei casi previsti dagli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione quadro (che elencano una serie di ipotesi eterogenee tra cui, ad esempio, l'amnistia, la non imputabilità, la prescrizione del reato etc.). Inoltre, l'art. 5 prevede una serie di ipotesi (processo *in absentia*; ergastolo; cittadinanza o residenza della persona oggetto del mandato nello Stato di esecuzione) in cui l'esecuzione può essere subordinata alla prestazione di determinate garanzie da parte dello Stato emittente.

Comitato per la Prevenzione della Tortura tra il 2009 e il 2013. Il secondo caso riguarda il sig. Caldararu, cittadino rumeno condannato in via definitiva nel suo Paese a scontare un anno e otto mesi di reclusione per guida senza patente. Il 29 ottobre 2015 il competente tribunale rumeno emetteva un mandato d'arresto europeo, a seguito del quale il sig. Caldararu veniva arrestato a Brema. Anche in questo caso, tuttavia, il tribunale tedesco osservava che, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu sulle condizioni di detenzione nello Stato emittente, nonché dei rapporti del CPT, non vi erano indicazioni convincenti per escludere che il signor Caldararu sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu e l'articolo 6 TUE.

³⁴⁴ CGE, Grande Camera, cause C-404/15 e C-659/15, cit., p. 13.

I giudici europei hanno ricordato altresì che gli Stati membri sono vincolati al rispetto dell'articolo 4 della *Carta dei diritti fondamentali*, che sancisce il divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti. Il carattere assoluto dell'art. 4 della Carta è confermato dall'art. 3 Cedu, che ha contenuto corrispondente ed è inderogabile ai sensi dell'art. 15 par. 2³⁴⁵.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, la Corte ha affermato che, se l'autorità giudiziaria dello Stato d'esecuzione dispone di elementi che attestano un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti per le persone detenute in uno Stato membro, è tenuta a valutare l'esistenza di questo rischio quando deve decidere sulla consegna alle autorità di tale Stato della persona oggetto di un mandato d'arresto europeo. Diversamente, l'attuazione del mandato di esecuzione europeo si tradurrebbe in un trattamento inumano o degradante per la persona consegnata³⁴⁶.

L'autorità giudiziaria deve appurare in modo concreto e preciso se vi sono fondati motivi per ritenere che proprio l'interessato verrà sottoposto al rischio di trattamenti inumani o degradanti. La semplice esistenza di elementi che riflettono problemi sistematici o generalizzati rispetto alle condizioni di detenzione, in effetti, non implica necessariamente che, nel caso concreto, la persona interessata possa essere sottoposta a trattamento inumano o degradante se consegnata alle autorità di tale Stato membro³⁴⁷.

Se l'autorità giudiziaria constata che esiste un rischio effettivo di trattamenti inumani o degradanti, l'esecuzione del mandato deve essere rinviata, ma non abbandonata³⁴⁸.

Nell'ipotesi dunque in cui le informazioni ricevute consentano di escludere un rischio reale di trattamenti inumani e degradanti nello Stato richiedente, l'autorità giudiziaria deve adottare, entro i termini stabiliti dalla decisione quadro, la propria decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto³⁴⁹. Viceversa, se l'esistenza del rischio non può essere esclusa in un tempo ragionevole, l'autorità deve decidere se porre fine alla procedura di consegna³⁵⁰.

Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ha risposto al quesito sottopostole nella maniera seguente: «*L'art. 1, par. 3, l'art. 5 e l'art. 6, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle*

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 83-87.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 88.

³⁴⁷ Al fine di appurare il rispetto dell'art. 4 della *Carta dei diritti fondamentali* nel caso concreto l'autorità giudiziaria di esecuzione deve, ai sensi dell'articolo 15, par. 2 della decisione quadro, chiedere all'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione di fornire con urgenza le informazioni sulle condizioni a cui sarà sottoposta la persona oggetto del mandato di arresto europeo. Tale richiesta può riguardare anche l'esistenza, nello Stato membro di emissione, di procedure e meccanismi nazionali o internazionali di controllo delle condizioni di detenzione, consistenti, ad esempio, in sopralluoghi all'interno dei penitenziari. *Ibidem*, pp. 91-96.

³⁴⁸ Sul punto la Corte richiama il proprio precedente *Lanigan*, C-237/15 PPU, 16 luglio 2015, p 38.

³⁴⁹ *Ibidem*, 103.

³⁵⁰ *Ibidem*, 104.

procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, devono essere interpretati nel senso che, in presenza di elementi obiettivi, affidabili, precisi e aggiornati, che dimostrino l'esistenza di carenze vuoi sistematiche o generalizzate, vuoi nei confronti di determinati gruppi di persone, vuoi ancora rispetto ad alcuni centri di detenzione dello Stato membro di emissione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve verificare, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi seri e fondati per ritenere che la persona oggetto del MAE emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, corra il rischio reale, a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in caso di consegna allo Stato membro di emissione.

A tal fine, l'autorità giudiziaria d'esecuzione deve richiedere informazioni supplementari all'autorità giudiziaria di emissione, la quale, dopo avere domandato, se necessario, l'assistenza dell'autorità centrale o di una delle autorità centrali dello Stato membro di emissione, ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro, deve comunicare tali informazioni entro il termine fissato nella richiesta. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve rimandare la sua decisione sulla consegna della persona fino a quando riceve informazioni che consentano di escludere l'esistenza del rischio di trattamenti inumani o degradanti. Se l'esistenza del rischio non può essere esclusa in un tempo ragionevole, l'autorità deve decidere se porre fine alla procedura di consegna»³⁵¹.

La pronuncia risulta significativa in quanto per la prima volta la Corte di Giustizia afferma che l'esecuzione del mandato di arresto europeo può essere subordinata all'accertamento in ordine al rispetto dei diritti fondamentali della persona oggetto di consegna da parte dello Stato emittente.

8. L'efficacia della tutela locale

Come reazione alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* delle Nazioni Unite del 1948 sono proliferate Carte di diritti in diverse macro-aree regionali.

Si è acquisita la consapevolezza che la pretesa universalità dei diritti umani appariva priva di concretezza e meramente declaratoria in quanto, nell'applicazione e nell'interpretazione, la Dichiarazione si calava e si scontrava in una realtà di Stati e popoli fortemente eterogenea, per

³⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

concezioni esistenziali, lingue, usi e culture³⁵². I diritti, d'altronde, allorché soggettivi e di pertinenza individuale, hanno sempre una loro dimensione di comunità che non può essere sottaciuta nella sua espressione etnica e culturale³⁵³.

Invero, il processo di regionalizzazione dei diritti fondamentali non è per nulla indicativo dell'inadeguatezza della categoria dell'universalità dei diritti umani né di un loro sostanziale relativismo, ma al contrario il fenomeno della regionalizzazione si rivela quale processo di specificazione, incremento e garanzia, in via sussidiaria, degli stessi diritti³⁵⁴.

In generale, le Carte regionali hanno notevolmente rafforzato le garanzie previste dai trattati delle Nazioni Unite e, in particolare, hanno assunto nel tempo un ruolo da protagonista nel contrasto alla tortura grazie alla specifica previsione di divieto, ma anche alla scelta frequente di individuare nell'organo giudiziario un organismo di protezione ulteriore avente funzioni di controllo.

In Europa, nel 1959, è stata istituita la *Corte europea dei diritti dell'uomo* che si occupa di garantire il rispetto e l'applicazione della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Successivamente, sempre in Europa, è stata adottata la *Carta di Nizza*, il cui rispetto è sottoposto all'attento controllo della *Corte di Giustizia Europea*. Nel 1969, è stata adottata la *Convenzione americana dei diritti umani* che portò nello stesso anno alla costituzione della *Corte interamericana dei diritti umani* e nel 1981, la *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* e la relativa *Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*. Più complesso, e probabilmente ancora non terminato, il processo di evoluzione del riconoscimento dei diritti fondamentali nella macro regione arabo-islamica nella quale solo recentemente (2004) è stata adottata la *Carta araba dei diritti dell'uomo* e nel 2014 lo *Statuto della Corte araba dei diritti umani* e nella regione asiatica, in cui le tutele previste nella *Carta dei diritti umani dell'Asia* non sono ancora sufficienti.

Il pregio che le previsioni di tutela a livello locale hanno è certamente quello di riuscire a innalzare gli *standard* di protezione, garantiti da strumenti di controllo più efficaci, che non potevano essere assicurati a livello internazionale stante il contesto in cui dovevano confrontarsi Stati molto diversi tra loro³⁵⁵.

³⁵² C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 2.

³⁵³ *Ibidem*, p. 2.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 2.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 2.

CAPITOLO III

LE FONTI NAZIONALI DEL DIVIETO DI TORTURA

SOMMARIO: 1. I fondamenti costituzionali del reato di tortura - 2. L'inadeguatezza delle disposizioni incriminatrici pre-esistenti al delitto di tortura - 2.1. Il codice penale militare di guerra - 2.2. Le incriminazioni esistenti nel codice penale prima dell'introduzione di un reato *ad hoc* - 3. Il reato di tortura introdotto dalla legge n. 110/2017 - 3.1. Di alcuni dubbi sull'assolvimento degli obblighi costituzionali e internazionali

1. I fondamenti costituzionali del reato di tortura

Il 14 luglio 2017 è stata promulgata la legge n. 110 che introduce nell'ordinamento italiano il delitto di tortura³⁵⁶. Sembra così che, finalmente, sia stata data attuazione alla *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti* (CAT) che prevede, infatti, l'obbligo per gli Stati firmatari di sanzionare penalmente atti qualificabili in termini di tortura (art. 4). L'inosservanza, da parte dell'Italia, di tale obbligo aveva ingenerato una situazione paradossale in cui un reato come la tortura, che in alcuni casi può configurare addirittura un crimine contro l'umanità, per l'ordinamento italiano non costituiva uno specifico reato³⁵⁷.

Per molto tempo lo Stato italiano aveva sostenuto non fosse necessaria l'introduzione nel sistema penale di un apposito reato *ad hoc*, ritenendo che l'impianto sanzionatorio vigente fosse idoneo a reprimere atti di violenza integranti tortura³⁵⁸. La Corte Europea dei Diritti dell'uomo nel 2015 ha invece censurato la lacuna dell'ordinamento italiano, nella sentenza *Cestaro contro Italia* ha affermato che è «necessario che l'ordinamento giuridico italiano si doti degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rispetto all'articolo 3 e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte»³⁵⁹.

Invero, l'art. 3 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo* – come si è visto – afferma che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»³⁶⁰, senza

³⁵⁶ La legge è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale serie generale del 18 luglio 2017, n. 166, p. 15.

³⁵⁷ Cassazione penale, sez. VI, sentenza del 12 novembre 2014, n. 46634, par. 5.3.

³⁵⁸ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, 2014, p. 6.

³⁵⁹ Corte Edu, sentenza *Cestaro contro Italia*, cit.. Si deve evidenziare che la Corte costituzionale con le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 ha elevato la normativa della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* a fonte integratrice del parametro di costituzionalità: la Corte costituzionale nelle citate sentenze ha affermato che la Convenzione deve essere valutata così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Questa regola dovrebbe logicamente essere estesa – quanto meno quando rilevano diritti o libertà fondamentali dell'uomo – anche alle norme di altre convenzioni, il cui contenuto dovrebbe determinarsi non sulla base del mero dato positivo, ma alla luce dell'interpretazione fornita dagli organi istituiti nell'ambito delle convenzioni stesse.

³⁶⁰ Oltre alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* del 1950 (ratificata dalla l. 848/1955), numerosi atti internazionali prevedono che nessuno possa essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti: tra

tuttavia fornire una specifica definizione, la quale si ricava invece grazie alla ricca giurisprudenza della Corte Edu che, con i suoi molteplici interventi, ha colorato di significato una disposizione particolarmente scarna³⁶¹.

Una precisa definizione è invece contenuta nell'art. 1 della citata Convenzione ONU secondo cui «*il termine “tortura” designa qualsiasi atto con il quale sono intenzionalmente inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».*

Come si evince da questa definizione, nella CAT, il reato di tortura è saldamente agganciato alla partecipazione agli atti di violenza nei confronti di quanti sono sottoposti a limitazioni di libertà da parte di chi è titolare di una funzione pubblica: la tortura è dunque un reato proprio del pubblico ufficiale, che trova la sua specifica manifestazione nell'abuso di potere, nell'esercizio arbitrario e illegale di una forza legittima.

Ma prima ancora che ottemperare a obblighi di natura internazionale, l'introduzione del delitto di tortura dà attuazione alla Carta costituzionale.

Lo specifico obbligo che ricade sul legislatore di perseguire e punire le torture compiute da pubblici ufficiali sembra, infatti, discendere direttamente dal dettato costituzionale e, in particolar modo, dall'art. 13, comma 4, Cost., che testualmente dispone: «è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»³⁶².

gli altri, la *Convenzione di Ginevra* del 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra; la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, il *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 1966 (ratificata dalla l. 881/1977), la *Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti* (la CAT) del 1984, ratificata dall'Italia con la legge n. 489/1988; lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998 ratificata dall'Italia con l. 232/1999, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000.

³⁶¹ Si vedano: Corte Edu, sentenza *Irlanda contro Regno Unito*, cit.; Corte Edu, caso *Tyler contro Regno Unito*, cit.; Corte Edu, sentenza *Aksoy contro Turchia*, cit.; Corte Edu, sentenza *Aydin contro Turchia*, 25 settembre 1997, rif. n. 23178/94; Gran Camera, *Selmouni contro Francia*, cit.; Corte Edu, sentenza *Corsacov contro Moldavia*, 4 aprile 2006, rif. n. 18944/02; Corte Edu, sentenza *Polonskiy contro Russia*, 19 marzo 2009, rif. n. 30033/05; Corte Edu, sentenza *Tigran Ayrapetyan contro Russia*, 16 settembre 2010, rif. n. 75472/01; Corte Edu, sentenza *Nechiporuk e Yonkalo contro Ucraina*, 21 aprile 2011; Corte Edu, sentenza *Savin contro Ucraina*, 16 febbraio 2012, rif. n. 21987/93; Corte Edu, sentenza *Buntov contro Russia*, 5 giugno 2012, rif. n. 27026/10. Per un maggior approfondimento si rimanda al cap. II, Sezione II.

³⁶² G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario sulla tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, cit., nota 3 riporta che «In Assemblea costituente vi

È evidente come la tortura raffiguri una forma di “violenza fisica e morale” ed è altrettanto palese che quella di contenere “persone sottoposte a restrizioni di libertà” è, per definizione, la vocazione storica principale del carcere³⁶³. È poi indubbio che la disposizione è rivolta soprattutto ai pubblici ufficiali che prestano servizio all’interno dei luoghi di detenzione e che sono quindi i principali destinatari del divieto comportamentale. Non è un caso, d’altronde, che la norma esaminata sia stata inserita nell’articolo 13, i cui commi 2 e 5 fanno espressa menzione, rispettivamente, della «detenzione» e della «carcerazione preventiva»³⁶⁴.

Sebbene il carcere sia senza dubbio il settore principale in cui la norma opera, il comma 4 dell’art. 13 ha, invero, un ambito applicativo più ampio di quello meramente penitenziario, in quanto impone allo Stato di punire genericamente qualunque violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a qualunque forma di restrizione di libertà³⁶⁵.

Com’è stato osservato, «in un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione citata è la sola ad imporre una repressione penale»³⁶⁶, venendo così a configurarsi la tortura quale «unico delitto costituzionalmente necessario»³⁶⁷. La scelta di prevedere espressamente la punizione della tortura si ricava dal fatto che l’esperienza di violenze e supplizi non era affatto sconosciuta a molti Costituenti³⁶⁸.

furono proposte soppressive del comma e si propose anche di sostituire «è punita» con «è vietata» o «è repressa». La Commissione dei 75 tenne ferma la sua formulazione: secondo l’On. Tupini (seduta Assemblea Costituente del 10 aprile 1947) nell’affermazione di punizione è implicito così il concetto di repressione come quello di divieto; per cui le parole «è punita» significano «è vietata ed è repressa con punizione». L’Assemblea preferì tuttavia «è vietata»; ma in sede di coordinamento finale il Comitato dei 18 ripristinò «è punita», e non sorsero poi obiezioni».

³⁶³ È interessante notare come, nel testo costituzionale, non venga mai usata la parola “tortura”. Ciò deriva probabilmente dal fatto che, al tempo, la parola “tortura” in ambito giuridico veniva impiegata soprattutto con riferimento alla tortura giudiziaria, mentre la Costituente voleva che l’art. 13, pur pensato soprattutto in relazione alla tortura *ad eruendam veritatem*, avesse una portata più ampia. Come si nota in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, Milano, 1976, p. 67, infatti, «la garanzia stabilita al quarto comma vale non soltanto per gli arrestati ma anche per i detenuti a seguito di condanna; e con la formulazione “violenza morale” si è voluto comprendere e vietare ogni forma di pressione morale (vessazione, intimidazione, ecc.), specialmente durante l’interrogatorio». Per altro verso, l’impiego della parola “tortura” in senso generico sarebbe stato superfluo, visto che il contenuto dell’art. 13 consiste, praticamente, nella definizione della stessa.

³⁶⁴ G. SERGES, *L’introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, cit., p. 3. La garanzia stabilita al comma 4 vale non soltanto per gli arrestati e per i fermati, ma anche per i detenuti in seguito a condanna.

³⁶⁵ Si pensi, a titolo di esempio, agli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (O.P.G.), ora denominati Residenza Esecuzione Misure di Sicurezza (R.E.M.S.).

³⁶⁶ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 113.

³⁶⁷ P. GONNELLA, *Un reato fantasma ma è l’unico chiesto dalla Costituzione*, in *Il Manifesto*, 18 maggio 2012, p. 6. I Costituenti dimostrarono così una notevole lungimiranza, anticipando di quasi quarant’anni l’art. 4 della Convenzione ONU contro la tortura del 1984.

³⁶⁸ P. CALAMANDREI, *L’inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, in *Il Ponte*, 1949, pp. 228 ss. di cui si riporta un breve estratto: «Ora, questa esperienza di dolore che i nostri colleghi hanno fatto non deve andare perduta. In Italia il pubblico non sa abbastanza (...) che cosa siano certe carceri italiane»; (ma l’intero fascicolo 3 di quella Rivista è una testimonianza collettiva e generazionale della piena coscienza che i Costituenti avevano – per esperienza diretta – della condizione carceraria e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti).

Già con l'entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948, dunque, è sorto l'imperativo legislativo di proibire la tortura e criminalizzarne il ricorso³⁶⁹.

La libertà personale ricomprende, inoltre, anche quella morale, intesa come libertà da ogni forma di coazione della volontà e della psiche di qualsiasi persona, anche di quella sottoposta in qualsiasi modo a una restrizione della libertà fisica. «Con l'enunciato «violenza morale» sì è voluto intendere e vietare ogni forma di pressione morale (persecuzione, minaccia, etc.)»³⁷⁰. Sulla punizione della violenza morale la dottrina ha fondato l'ampliamento della nozione di libertà personale: dalla consolidata nozione tradizionale di libertà degli arresti si è passati a una nozione più ampia che ricomprende la libertà morale³⁷¹.

Il comma 4 dell'art. 13 Cost. si pone poi in stretto rapporto con l'art. 28 della medesima Carta costituzionale, per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti secondo le leggi penali, civili e amministrative³⁷². La norma, da un lato, esprime un'esigenza di tutela dei singoli contro i possibili abusi dei poteri pubblici, dall'altro impone al singolo dipendente pubblico di rispettare la legge nello svolgimento delle proprie funzioni³⁷³.

Il riconoscimento costituzionale del divieto di tortura imposto, in specie, nei confronti dei pubblici ufficiali trova un'ulteriore fonte nell'art. 27, comma 3, Cost. il quale prevede che le pene non possano consistere in «trattamenti contrari al senso di umanità» e debbano «tendere alla rieducazione del condannato»³⁷⁴.

Non v'è dubbio che il divieto dei trattamenti contrari al senso di umanità riguardi il legame tra carcere e tortura e coinvolge perciò tutti coloro che lì svolgono le proprie mansioni istituzionali. Da un lato, la reclusione in carcere rappresenta una pena e, dall'altro, la tortura può essere sussunta sotto la categoria dei trattamenti disumani. Anche il divieto di pene che non tendano alla rieducazione o “risocializzazione”³⁷⁵ del condannato sottintende un legame tra carcere e tortura,

³⁶⁹ P. GONNELLA, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, cit., p. 6.

³⁷⁰ V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 67. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 30 del 1962, ha escluso che possano rientrare nella tutela della libertà persona eventuali limitazioni di lievi entità previste dalla legge, come prelievi di sangue, rilievi dattiloskopici, etc. che rispettino interessi superiori quali la salute e la sicurezza pubblica e comunque non siano giuridicamente degradanti.

³⁷¹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, II, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 111.

³⁷² V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 67.

³⁷³ L'art. 61, n. 9, c.p. prevede l'applicazione di una circostanza aggravante nei confronti del dipendente dello Stato che durante l'esercizio delle sue funzioni viola una norma incriminatrice.

³⁷⁴ Sul “principio di umanizzazione” della pena si veda M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 35 ss.

³⁷⁵ La Corte costituzionale ha adoperato il termine “risocializzazione” nelle sentenze nn. 282/1989, 296/2005 e 257/2006. In altre decisioni ha invece preferito usare espressioni diverse per esprimere il concetto di “rieducazione”, quali: «reinserimento nell'ordine sociale», sent. n. 168/1972; «reinserimento nel contesto economico e sociale», sent. n.

poiché un trattamento penitenziario che tenda a “risocializzare” il reo comporta inevitabilmente l’esclusione di qualunque forma di violenza – fisica o morale – sul detenuto³⁷⁶.

Alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra illustrate, si dovrà riconoscere il rapporto di strumentalità tra l’art. 13, comma 4, Cost. e l’art. 27, comma 3, Cost.³⁷⁷ anche tenendo in considerazione il comma 2 dell’art. 3 della Carta costituzionale. Quest’ultimo prevede infatti che spetti alla Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l’egualanza dei cittadini di fronte alla legge, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. È evidente che rientrino tra i suddetti ostacoli tanto una concezione meramente retributiva del carcere, quanto trattamenti violenti sui prigionieri. È quindi compito dello Stato garantire un “carcere senza tortura” e, a tal fine, è necessario predisporre degli strumenti sanzionatori idonei nei confronti di chi pratica atti di violenza fisica e morale sui soggetti sottoposti a regime detentivo, così come sancito l’articolo 13, comma 4, Cost.³⁷⁸

La nostra Carta costituzionale ammette dunque la forza, ma non la violenza³⁷⁹: in sede cautelare (art. 13, comma 4), in sede di esecuzione della pena (art. 27, comma 3) e in sede di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, comma 3).

162/1983; «reinserimento nel corpo sociale», sent. n. 274/1983; «reinserimento nella società», sent. nn. 161/1997 e 450/1998; «reinserimento del condannato nel consorzio civile», sent. n. 257/2006, «riadattamento alla vita sociale», sent. n. 204/1974, “ravvedimento” e “recupero sociale”, sent. n. 271/1998 (G. SERGES, *L’introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, cit., nota 6). In linea di massima si può comunque concordare con l’affermazione secondo la quale «a prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società»: S. MAGNANENSI - E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l’esecuzione penale*, su www.cortecostituzionale.it, sez. Documentazione/Studi e ricerche, Roma, 2008.

³⁷⁶ G. SERGES, *L’introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, cit., p. 4. Come nota G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 376, «una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità». L’incompatibilità tra tortura e funzione rieducativa della pena può essere sostenuta solo qualora ci s’intenda riferire a una rieducazione sociale e non morale. Chi la intende invece come rieducazione morale non esclude sia necessaria anche la tortura per educare moralmente una persona e “cambiarla in meglio”: P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parola, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Derive Approdi, Roma, 2013, pp. 35-36.

³⁷⁷ Ad esempio, L. ELIA, in *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962 e nel *Le misure di prevenzione tra l’articolo 13 e l’art. 25 della Costituzione in Giur. Cost.*, 1964, 938 ss., sottolinea il rapporto di strumentalità con la repressione dei reati, l’istruzione e l’educazione dei minori e la tutela della salute. Si veda anche D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L’art. 23 Cost. come norma di chiusura*, in A. D’ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 946. Si noti, peraltro, come già nel dibattito in Assemblea Costituente fosse chiaro il legame intercorrente tra il quarto comma dell’art. 13 (nonché di quest’ultimo nel suo complesso) e l’art. 27: sul punto V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 67. M. RUOTOLI, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 334; G. E. VIGEVANI, *Art. 13*, in S. BARTOLE E R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 112.

³⁷⁸ G. SERGES, *L’introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, cit., p. 4.

³⁷⁹ La polizia è forza, la guerra è violenza. La differenza riguarda l’etica e le finalità delle due azioni: E. PEIRETTI, *Per perdere la guerra*, Beppe Grande editore, Torino, 1999, pp. 39-41.

Alle norme costituzionali si sono poi aggiunte, nel tempo, le citate disposizioni di provenienza internazionale la cui ratifica da parte dell'Italia «obbedisce ad un dovere di coerenza costituzionale come per una sorta di rima davvero obbligata»³⁸⁰ e che ora, in virtù dell'art. 117, comma 1, Cost., possono anche dirsi vincoli costituzionali.

2. L'inadeguatezza delle disposizioni incriminatrici pre-esistenti al delitto di tortura

Di fronte a una condotta che potrebbe essere descritta come tortura, prima dell'entrata in vigore della legge 110/2017, le autorità giudiziarie italiane sono intervenute con gli strumenti esistenti nel codice penale e nel codice penale militare di guerra.

Le incriminazioni esistenti, però, si sono dimostrate pienamente inadeguate a svolgere il compito che viene loro affidato dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte.

2.1. Il codice penale militare di guerra

In occasione della partecipazione di un contingente italiano all'operazione multinazionale in Afghanistan denominata *Enduring Freedom*, il legislatore ha introdotto con la legge 31 gennaio 2002, n. 6, di conversione del decreto legge 1 dicembre 2001, n. 421, alcune modificazioni al codice penale militare di guerra.

Ciò che qui interessa³⁸¹ è l'introduzione, ad opera dell'art. 2 della l. 6 del 2002, dell'art. 185 bis c.p.mil.guerra, rubricato *Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali*, che così recita: «salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da uno a cinque anni».

La legge 27 febbraio 2002 ha successivamente aumentato il minimo edittale a due anni di reclusione militare, lasciando invariato il tetto massimo di pena.

La norma, però, non è esente da critiche.

³⁸⁰ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 133.

³⁸¹ La legge ha modificato anche altri interessanti profili, relativi fra l'altro alle condizioni di procedibilità per i reati contro le leggi e gli usi di guerra, alla giurisdizione dei fatti commessi all'estero e all'applicabilità del codice penale militare di guerra nelle operazioni di pace. Per approfondire questi aspetti, si veda R. RIVELLO, *Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, 2002, n. 6, pp. 26 ss.

Innanzitutto, la disposizione in esame raggruppa una serie di condotte tra loro eterogenee, che sarebbe stato forse opportuno differenziare³⁸².

In secondo luogo, la norma non è adeguatamente coordinata né con la sezione in cui è inserita, né con l'articolo subito precedente³⁸³.

In terzo luogo, la fattispecie non è compiutamente determinata, come richiederebbe il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Infatti, è assente una descrizione del fatto tipico: i semplici riferimenti ai termini «tortura» e «trattamenti inumani» si prestano facilmente a molteplici interpretazioni.

In quarto luogo, la sanzione non risulta affatto adeguata al disvalore delle condotte vietate. Addirittura, c'è la concreta possibilità che la pena detentiva effettivamente inflitta non sia superiore a due anni, rendendo così applicabile al torturatore il beneficio della sospensione condizionale *ex art. 163 c.p.*³⁸⁴ I comportamenti di cui si tratta sono necessariamente dolosi e implicano particolare crudeltà ed efferatezza: la previsione di «pene miti nei confronti dei militari italiani che si rendano responsabili di crimini di guerra così gravi costituisce, oltre che una violazione di trattati di cui l'Italia è parte, anche un'offesa alla dignità dello Stato»³⁸⁵.

Inoltre, considerato che pene così lievi potrebbero essere sintomo di una non effettiva intenzione dello Stato di esercitare la sua giurisdizione, l'art. 185 *bis* potrebbe comportare la sottoposizione degli individui già giudicati dalle autorità italiane a un nuovo giudizio di fronte alla Corte penale internazionale, che ha competenza complementare, *inter alia*, quando «il procedimento è o è stato condotto, ovvero la decisione dello Stato è stata adottata, nell'intento di proteggere la persona interessata dalla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte»³⁸⁶.

Ad evidenziare l'inadeguatezza del quadro sanzionatorio interviene anche l'estrema importanza pratica della clausola di riserva contenuta in apertura della disposizione: «salvo che il fatto costituisca più grave reato». La clausola mira a evitare che, alla luce del principio di specialità, venga applicato solo l'art. 185 *bis* c.p.mil.guerra anche quando le condotte realizzate integrano reati

³⁸² P. P. RIVELLO, *Le 'risposte' nazionali ai crimini di guerra: analisi di una serie di incertezze e lacune*, in *La Comunità internazionale*, 2003, p. 65; R. RIVELLO, *Gli episodi di tortura*, cit., p. 25.

³⁸³ L'art. 185, che dovrebbe sanzionare condotte più gravi, comprende tra i possibili soggetti lesi solo i “privati nemici” e non tutte le “persone protette dalle convenzioni internazionali”, con la conseguenza paradossale che, nei confronti di molti soggetti, avranno sanzione adeguata solo le violenze più lievi (R. RIVELLO, *Gli episodi di tortura*, cit., pp. 25-26). Anche l'intitolazione della sezione II, capo III, titolo IV del libro III c.p.mil.guerra, richiederebbe una modifica, considerato che si riferisce solo a offese “contro le persone private nemiche o a danno di beni nemici” (*Ibidem*, p. 26 e P. P. RIVELLO, *Le “risposte” nazionali ai crimini di guerra*, cit., pp. 65-66).

³⁸⁴ Si veda A. LANZI- T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 690.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 692.

³⁸⁶ Art. 17, comma 2, lett. a) dello Statuto della Corte penale internazionale. *Ibidem*, cit., p. 694.

più severamente puniti, come, ad esempio, i delitti di lesione personale e lesione personale aggravata (artt. 582 e 583 c.p.) o di maltrattamenti verso infermi, feriti o naufraghi (art. 192, comma 2, c.p.mil.guerra)³⁸⁷. Di conseguenza, proprio gli illeciti più gravi, che meriterebbero la qualificazione di vera e propria tortura, ricadranno nella previsione di fattispecie penali comuni, perché per queste sono previste pene più gravi³⁸⁸.

Questo risultato pratico porta a pensare che il legislatore non abbia inteso seriamente punire il reato di tortura: se così fosse stato, avrebbe previsto per il delitto una cornice edittale consona al suo disvalore e tale da renderlo applicabile alle condotte caratterizzate da maggiore efferatezza.

2.2. Le incriminazioni esistenti nel codice penale prima dell'introduzione di un reato *ad hoc*

Anche nel codice penale, nella versione precedente all'introduzione di un reato *ad hoc*, la ricerca di norme applicabili a un caso di tortura mostrava un quadro normativo del tutto insoddisfacente.

In passato si riteneva che l'obbligo espresso di incriminazione formulato dall'art. 13, comma 4, Cost. fosse attuato per mezzo dell'art. 608 c.p. ai sensi del quale «1. Il pubblico ufficiale, che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente, è punito con la reclusione fino a trenta mesi. 2. La stessa pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale rivestito, per ragione del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita».

Tuttavia, la norma non è volta a tutelare l'integrità psicofisica del detenuto, ma solo la sua libertà personale³⁸⁹: le misure di rigore non consentite dalla legge sono «tutte quelle modificazioni in senso peggiorativo del trattamento che si risolvano in una limitazione della libertà personale ulteriore rispetto a quella cui il soggetto passivo è legittimamente sottoposto»³⁹⁰. L'art. 608 c.p. vieta dunque una particolare figura di sequestro di persona, integrato dall'atteggiamento di un pubblico ufficiale che imponga al soggetto *in vinculis* limitazioni ulteriori (o applicate con modalità diverse) rispetto a quelle che sono legalmente prescritte. «Non rientrano, invece, nella condotta descritta dall'art. 608 tutti quei fatti lesivi di beni giuridici diversi dalla libertà personale del soggetto passivo: non, in particolare, percosse e lesioni, né ingiurie, molestie sessuali o altri maltrattamenti»³⁹¹. La disposizione è quindi completamente inadatta a punire «ogni violenza fisica

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 690.

³⁸⁸ R. RIVELLO, *Gli episodi di tortura*, cit., p. 26.

³⁸⁹ A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1838-1839.

³⁹⁰ E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Vol II, 2006, art. 608, p. 4206.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 4206.

e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», come richiede l'art. 13, comma 4, Cost.

Quanto agli obblighi di repressione penale della tortura che discendono dall'adesione dell'Italia a diversi accordi internazionali, sia il Comitato ONU per i diritti umani, sia il Comitato ONU contro la tortura, sia il Comitato europeo per la prevenzione della tortura avevano più volte espressamente chiesto al nostro Paese di creare un'apposita norma incriminatrice.

Fin dalle prime sollecitazioni in tal senso, il governo italiano si era limitato a informare le istituzioni sovrannazionali del fatto che sussistevano diversi disegni di legge i quali erano sottoposti all'esame delle Camere, che stavano «*studying the implications of the procedures necessary to put into effect*»³⁹².

Nel contempo, però, lo stesso Governo aveva continuato ad avanzare con insistenza la tesi della non necessità di una norma incriminatrice *ad hoc*, basandosi su due principali ragioni.

La prima argomentazione si fondata sulla conformità dell'ordinamento italiano agli obblighi di prevedere la tortura come reato, poiché tutte le condotte di cui si richiedeva l'incriminazione erano sanzionate da un complesso di figure criminose non specifiche³⁹³. In particolare, ogni possibile forma di maltrattamento sarebbe stata “coperta” dalle norme che proibiscono le percosse (art. 581 c.p.); le lesioni (artt. 582-583 c.p.); il sequestro di persona (art. 605 c.p.); l'arresto illegale (art. 606 c.p.); l'indebita limitazione della libertà personale (art. 607); l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.); la violenza privata (art. 610 c.p.); la minaccia (art. 612); lo stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.).

Un primo profilo di criticità era individuabile nella mitezza delle pene previste dalle disposizioni citate. Le figure di delitto con le quali in Italia si reprimeva la tortura prevedevano pene detentive che vanno da un minimo di quindici giorni a un massimo (nelle forme non aggravate) di soli quattro anni (fatta eccezione solo per il sequestro di persona). Risultava evidente che simili quadri edittali non garantivano una severità repressiva adeguata alla gravità dei comportamenti che si intendevano proibire³⁹⁴. Inoltre, data la tendenza invalsa nella prassi di irrogare la pena in un

³⁹² Rapporto periodico dell'Italia, (1997) CCPR/C/103/Add. 4, p. 9. Si tratta di una formula certo non molto impegnativa (A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 464, nota 4).

³⁹³ Si veda, ad esempio, *Summary Records* sull'Italia, (1998) CCPR/C/SR.1679, p. 20: «*no act of ill treatment or torture could go unpunished and judges were in a position to ensure that the penalties imposed were commensurate with the gravity of the offence*» e p. 21; oppure Rapporto periodico dell'Italia, CAT/C/9/Add. 9, p. 36; Rapporto periodico dell'Italia, (1994) CAT/C/25/Add. 4, p. 5. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali*, cit., pp. 464 - 465, 467; M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura*, cit., pp. 14-15.

³⁹⁴ L'espressione è di M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura e le responsabilità internazionali dell'Italia*, su *Centro Studi Difesa Civile*, Roma, 2008, p. 15.

quantum prossimo al minimo edittale, era possibile (e facile) che venissero bagatellizzate condotte invece meritevoli di forte repressione e stigmatizzazione³⁹⁵.

Il secondo profilo di criticità della tesi governativa era una conseguenza diretta del primo. La previsione di pene miti portava con sé l'applicabilità di una serie di istituti a favore del reo, evidentemente troppo indulgenti rispetto a condotte riprovevoli come quelle di tortura. La gran parte dei reati citati, infatti, ricade agevolmente nell'ambito di applicazione della sospensione condizionale della pena, dell'affidamento in prova ai servizi sociali, di eventuali provvedimenti di indulto³⁹⁶.

Inoltre, i termini di prescrizione che conseguono a pene tanto basse sono estremamente brevi, tanto da non permettere a un'inchiesta delicata di arrivare in tempo utile a una condanna definitiva, con la conseguenza che spesso le sanzioni non venivano neanche irrogate o eseguite³⁹⁷.

Dunque, le norme incriminatrici contemplate dall'ordinamento penale italiano non sono dotate di effettività e capacità dissuasiva, tali da garantire adeguatamente il fondamentale diritto all'integrità fisica³⁹⁸. Anzi, di fronte al quadro normativo pre-esistente, i torturatori avrebbero potuto sentirsi liberi di agire, nella presunzione di una quasi totale impunità³⁹⁹.

Proseguendo con le obiezioni alla giustificazione del Governo, si può rilevare che le forme di tortura e maltrattamento solo psicologiche o morali non risultavano “coperte” da alcuna delle incriminazioni pre-esistenti⁴⁰⁰.

Quindi, anche volendo trascurare tutte le considerazioni in merito all'adeguatezza della pena e alla portata simbolica di una norma *ad hoc*, la tesi secondo cui tutti gli atti di tortura sarebbero comunque incriminati dalla legge italiana non sarebbe stata veritiera.

Ed ancora, una copertura frammentaria delle condotte vietate dalla *Convenzione contro la tortura* del 1984 sembrerebbe soddisfare solo alcuni profili di questo accordo. È vero che l'art. 4, comma 1, CAT stabilisce semplicemente che «qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale»⁴⁰¹, e non richiede espressamente una specifica, autonoma incriminazione.

³⁹⁵ A. COELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1839.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 1839.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 15.

³⁹⁸ A. COELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1838.

³⁹⁹ M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura*, cit., p. 17.

⁴⁰⁰ A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 466-468; M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura*, cit., p. 15.

⁴⁰¹ Tesi sostenuta da J. H. BURGERS - H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, cit., pp. 129-130. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali*, cit., pp. 469-470.

Tuttavia, una copertura frammentaria del reato non soddisfa gli obblighi sanciti negli artt. 4, comma 2, e 5 della CAT⁴⁰².

La prima di queste disposizioni decreta che le torture dovranno essere reppresse con «pene adeguate che ne prendano in considerazione la gravità»: sembra difficile che tale obbligo possa essere attuato tramite l’invocazione di una serie di reati generici, che coprono disorganicamente e solo in parte la gamma degli atti di tortura.

L’art. 5, poi, sancisce il principio della giurisdizione universale in merito alle trasgressioni del divieto di tortura.

La seconda tesi che i rappresentanti dello Stato italiano adducevano a giustificazione della non introduzione del reato di tortura si fondava sulla presa efficacia diretta delle norme convenzionali che obbligano gli Stati in tal senso. Sarebbe stato cioè superfluo un intervento delle Camere, dal momento che le norme che proibiscono la tortura, contenute in alcuni strumenti internazionali ratificati dall’Italia, avrebbero carattere *self-executing* e sarebbero quindi direttamente applicabili nell’ordinamento interno⁴⁰³. Questa argomentazione è però esposta a critiche. Infatti, il supposto adattamento automatico non avrebbe dotato comunque il nostro ordinamento di una cornice edittale, perché le norme internazionali non fissano *standard* sanzionatori (e non potrebbero farlo, considerato il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁰⁴.

Il compito di comminare la sanzione penale poteva essere svolto solo attraverso l’introduzione di una norma incriminatrice interna.

3. Il reato di tortura introdotto dalla legge n. 110/2017

Se nel Parlamento italiano il dibattito si è incentrato a lungo sull’opportunità di una formulazione del reato di tortura quanto più possibile attinente a quella della Convenzione ONU del 1984, la legge alla fine approvata, dal punto di vista sistematico, connota il delitto in modo non del tutto coincidente con quello previsto dalla Convenzione.

Nello specifico, la legge si compone di sei articoli.

L’articolo 1 introduce nel titolo XII (*Delitti contro la persona*), sez. III (*Delitti contro la libertà morale*), del codice penale gli articoli 613-bis e 613-ter.

⁴⁰² *Ibidem*, pp. 472-473.

⁴⁰³ M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura*, cit., p. 15; A. MARCHESI, *L’attuazione in Italia degli obblighi internazionali*, cit., pp. 465, 467, che cita il rapporto iniziale dell’Italia al CAT (Rapporto periodico dell’Italia, CAT/C/9/Add. 9, pp. 32-33); F. GRAZIANI, *L’adattamento dell’Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura: una riflessione sulla proposta di legge n. 2168*, in *La Comunità Internazionale*, 4, 2014, p. 595.

⁴⁰⁴ A. MARCHESI, *L’attuazione in Italia degli obblighi internazionali*, cit., pp. 465-466, 468 e M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura*, cit., p. 15

L’art. 613-*bis* c.p., comma 1, disciplina la fattispecie incriminatrice del delitto di tortura e punisce con la reclusione da quattro a dieci anni «chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, [...] se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona»⁴⁰⁵.

Il primo elemento di immediata evidenza è che il Parlamento italiano ha concepito il delitto di tortura come un reato comune, anziché come fattispecie propria del pubblico ufficiale: questa è la principale diffidenza della previsione legislativa italiana rispetto a quanto previsto nella Convenzione di New York; in entrambe il delitto di tortura è connotato dalla gravità delle sofferenze “acute” inflitte alla vittima o il verificabile trauma psichico.

La commissione del reato da parte del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio costituisce, anziché un elemento costitutivo, un’aggravante del delitto di tortura, prevista al comma 2, dell’art. 613-*bis*, c.p., come si illustrerà nel prosieguo.

Inoltre, a differenza dell’articolo 1 della Convenzione Onu, il quale non descrive le modalità della condotta dell’autore del reato, l’art. 613-*bis* c.p. prevede esplicitamente che la tortura si realizza mediante “violenze” o “minacce gravi” o “crudeltà” ovvero attraverso un “trattamento inumano e degradante”.

La necessità della molteplicità delle condotte (violenze o minacce) non sembra consentire la configurazione del reato di tortura in presenza di un solo atto di violenza o minaccia: peraltro, dalla lettera della disposizione, pare che, pur in assenza di una pluralità di comportamenti, si perfezioni il reato di tortura qualora si sia determinato un trattamento inumano o degradante per la dignità della

⁴⁰⁵ Rispetto al testo che era stato approvato dalla Camera si segnala, in particolare: a) la necessaria pluralità delle violenze o delle minacce. Il testo, elaborato nel corso dell’esame in terza lettura dalla Commissione Giustizia del Senato e sottoposto all’esame dell’Assemblea puniva chi cagiona acute sofferenze con «reiterate violenze o minacce gravi». L’Assemblea del Senato, nella seduta del 14 luglio 2016, ha soppresso la parola «reiterate». Successivamente, nella seduta del 16 maggio 2017, ha aggiunto in coda al primo comma dell’art. 613-*bis* c.p. una nuova condizione per il perfezionamento del reato, consistente nella commissione del fatto mediante più condotte ovvero se esso comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona; b) il requisito della gravità delle violenze e delle minacce; c) l’estensione della fattispecie agli atti commessi con crudeltà; d) la soppressione del richiamo alla violazione degli obblighi di protezione, cura o assistenza; e) la soppressione del riferimento alla intenzionalità nel provocare acute sofferenze; f) l’esplicito riferimento alle persone private della libertà personale e alla condizione di minorata difesa. Il codice penale all’art. 61, n. 5, prevede come aggravante del reato la condizione di minorata difesa ovvero «l’avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»; g) l’estensione dell’elenco dei casi di affidamento della vittima al potere del reo; h) in relazione agli effetti dell’illecito, l’introduzione del richiamo al verificabile trauma psichico provocato dalla tortura; i) la soppressione del riferimento alla commissione della tortura per motivi etnici, orientamento sessuale od opinioni politiche o religiose; l) la scomparsa del dolo specifico (nel testo trasmesso al Senato lo scopo della tortura era quello di ottenere informazioni, infliggere una punizione o vincere una resistenza); m) il riferimento alla tortura come trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

persona: in tale ultima ipotesi, per la contestazione del reato, si dovrebbe prescindere dalla pluralità delle condotte.

L'art. 613-*bis* prevede poi specifiche figure aggravate del reato di tortura.

La prima fattispecie aggravata, prevista nel comma 2, conseguente all'opzione del delitto come reato comune, interessa – come detto – la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio dell'autore del reato, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio⁴⁰⁶.

L'aggravante in questione non si applica se le sofferenze per la tortura derivano unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti⁴⁰⁷.

Il secondo gruppo di fattispecie aggravate, previste al comma 4, consiste nell'avere causato lesioni personali comuni (aumento fino a 1/3 della pena), gravi (aumento di 1/3 della pena) o gravissime (aumento della metà della pena). Anche in questo caso il reato aggravato si perfeziona solo in presenza di una pluralità di azioni⁴⁰⁸.

Le altre fattispecie aggravate, previste al comma 5, riguardano la morte come conseguenza della tortura nelle due diverse ipotesi: di morte non voluta, ma conseguenza dell'attività di tortura (30 anni di reclusione); di morte come conseguenza voluta da parte dell'autore del reato (pena dell'ergastolo)⁴⁰⁹.

Mentre i commi 2 e 5 prevedono un'autonoma determinazione della pena, il quarto comma fa riferimento all'aumento di pena rispetto al primo comma. La diversa formulazione sembra indice della scelta del legislatore di configurare rispettivamente due autonome fattispecie di reato (commi 2 e 5) e un delitto circostanziato (comma 4). Inoltre, alcune di tali figure sono caratterizzate da pena fissa⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Art. 613-*bis*, comma 2, c.p.: «Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni».

⁴⁰⁷ Art. 613-*bis*, comma 3, c.p.: «Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». Il testo approvato dalla Camera, nell'ipotesi di legittima esecuzione di misure privative o limitative di diritti, non escludeva solo l'applicazione dell'aggravante, ma escludeva espressamente anche la sussistenza della stessa fattispecie di tortura di cui al primo comma. Inoltre, stando alla lettera della disposizione, l'inapplicabilità dell'aggravante è prevista solo con riferimento alle sofferenze fisiche e non anche al trauma psichico.

⁴⁰⁸ Art. 613-*bis*, comma 4, c.p.: «Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate fino a un terzo; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà».

⁴⁰⁹ Art. 613-*bis*, comma 5, c.p.: «Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo». Anche in questo caso, il Senato ha precisato che tali fattispecie aggravate derivano «dai fatti» indicati dal primo comma.

⁴¹⁰ La Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione della legittimità costituzionale delle “pene fisse”, ovvero quelle pene che non prevedono un minimo né un massimo. Superando un primo orientamento volto a riconoscere la legittimità costituzionale delle pene fisse (sentenze n. 67 del 1963 e n. 167 del 1971), la Corte ha ritenuto

L'art. 1 della legge n. 110 del 2017 aggiunge poi al codice penale l'art. 613-ter con cui si punisce il reato proprio consistente nell'istigazione a commettere tortura posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, sempre nei confronti di altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio⁴¹¹.

Per ciò che riguarda i rapporti con la nuova figura criminosa introdotta dall'art. 613-ter e l'art. 414 c.p.⁴¹², che punisce l'istigazione a delinquere, si rileva che la prima fattispecie non è connotata dalla pubblicità della condotta. Inoltre, al testo approvato dalla Camera è stata soppressa la clausola di specialità del reato di cui all'art. 613-ter rispetto all'istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p. («fuori dei casi previsti dall'articolo 414»). A seguito di tale soppressione, l'istigazione pubblica a commettere tortura sembra possa comunque essere sanzionata in base all'irrogazione della pena più severa prevista all'art. 414 c.p.⁴¹³

L'istigazione è punibile sia nel caso in cui non sia accolta, sia nel caso in cui sia accolta ma ad essa non seguia alcun reato. La rilevanza penale conferita all'istigazione deve desumersi dal fatto che si è in presenza di istigazione a commettere non un generico reato, bensì il delitto di tortura, che

che l'ordinamento costituzionale richieda una commisurazione «individualizzata» della sanzione penale: nella sentenza n. 50 del 1980, la Corte ha infatti affermato che «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti - in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento - contribuisce, da un lato, a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, comma 1; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, comma 3, Cost.». Si rileva che la pena fissa prevista in caso di morte quale conseguenza non voluta del reato di tortura (30 anni di reclusione) risulta pari al triplo della sanzione massima prevista per il reato-base di tortura (punito con la reclusione da quattro a dieci anni). Una pena fissa della stessa entità (30 anni di reclusione) è prevista in caso di morte quale conseguenza non voluta del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630, comma 2, c.p.). In tale ipotesi la sanzione prevista per il reato-base di sequestro di persona a scopo di estorsione è della reclusione da venticinque a trenta anni. Per il reato di omicidio preterintenzionale (che punisce chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti di percosse o lesione personale, cagiona la morte di un uomo) è prevista la pena della reclusione da dieci a diciotto anni (art. 584 c.p.).

⁴¹¹ Art. 613-ter (*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*). - «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

⁴¹² Art. 414 c.p.: «Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione: con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti; con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a euro 206, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni (primo comma). Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena da uno a cinque anni (secondo comma). Alla medesima pena soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti. Le pene sono aumentate se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici (terzo comma). Fuori dei casi di cui all'articolo 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità la pena è aumentata della metà. La pena è aumentata fino a due terzi se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici (quarto comma).

⁴¹³ In ultima modifica, è stato introdotto il riferimento alle modalità concretamente idonee proprie della istigazione alla tortura. Questo riferimento pare superfluo, in quanto la condotta tipica, per configurare reato, deve necessariamente essere offensiva e dunque idonea a porre in pericolo o a ledere il bene giuridico tutelato. È stata inoltre ridotta l'entità della sanzione (ora da sei mesi a tre anni, nel testo della Camera era da uno a sei anni).

avviene in un contesto caratterizzato dalla presenza di due (o più) pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio⁴¹⁴.

L'articolo 2 della legge 110 del 2017 è norma procedurale che novella l'art. 191 c.p.p., inserendovi un comma 2-bis che introduce il principio dell'inutilizzabilità, nel processo penale, delle dichiarazioni ottenute per effetto di tortura. La norma fa eccezione a tale principio solo nel caso in cui tali dichiarazioni vengano utilizzate contro l'autore del fatto e solo al fine di provarne la responsabilità penale⁴¹⁵.

Il Senato ha soppresso la disposizione del testo pervenuto dalla Camera (già art. 3), volto a modificare l'art. 157 c.p., che prevedeva l'inserimento del delitto di tortura fra i reati per i quali sono raddoppiati i termini di prescrizione. La previsione sarebbe stata infatti in conflitto con lo Statuto della Corte penale internazionale, secondo il quale il reato di tortura è imprescrittibile, in quanto reato contro l'umanità⁴¹⁶.

L'articolo 3 della legge 110/2017 modifica l'art. 19 del TU immigrazione (D.Lgs. 286/1998), a cui è aggiunto il comma 1-1 che impedisce l'espulsione, il respingimento e l'estradizione ogni volta sussistano fondati motivi di ritenere che, nei Paesi nei confronti dei quali queste misure amministrative dovrebbero produrre i loro effetti, la persona rischi di essere sottoposta a tortura⁴¹⁷. La disposizione - sostanzialmente aderente al contenuto dell'art. 3 della Convenzione ONU⁴¹⁸ - precisa che tale valutazione tiene conto se nel Paese in questione vi siano violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani⁴¹⁹.

⁴¹⁴ G. ALPA E R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, XI edizione, Nel diritto editore, Roma, 2015, pp. 640 ss.

⁴¹⁵ Art. 2. *Modifica all'articolo 191 del codice di procedura penale*: «1. All'articolo 191 c.p.p., dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: 2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». L'art. 191 c.p.p. prevede che le prove acquisite in violazione dei divieti prescritti dalla legge non possono essere utilizzate. La norma mira a riaffermare il principio di legalità della prova: solo le prove acquisite in modo conforme alle previsioni di legge possono essere utilizzate ai fini della corretta formazione del convincimento del giudice.

⁴¹⁶ Art. 29 dello Statuto della Corte penale internazionale.

⁴¹⁷ Art. 3. *Modifica all'articolo 19 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*: «1. All'articolo 19 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dopo il comma 1 è inserito il seguente: “1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani”».

⁴¹⁸ L'art. 3 della Convenzione contro la tortura ha previsto, per ogni Stato parte, il divieto di espulsione, respingimento ed estradizione di una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura. Per determinare l'esistenza di tali condizioni, le autorità competenti terranno conto di tutte le considerazioni pertinenti, ivi compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, flagranti o massicce.

⁴¹⁹ Diversamente, il testo deliberato dalla Camera integrava col riferimento alla tortura il contenuto del comma 1 dello stesso art. 19 TU che, attualmente, prevede il divieto di espulsione e respingimento (manca il riferimento all'estradizione) ogni qualvolta, nei Paesi di provenienza degli stranieri, essi avrebbero potuto essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni

Questa disposizione – che è dovuta ai sensi dell’art. 10, comma 3, Cost. – rischia, però, di generare problemi di ordine pratico relativamente alle effettive possibilità di procedere all’allontanamento degli immigrati irregolari sul territorio italiano: è infatti dato certo che la maggior parte dei migranti proviene da zone in cui è accertato che sistematicamente vengono violati i diritti e le libertà fondamentali della persona⁴²⁰.

L’articolo 4 della legge 110/2017⁴²¹ esclude, per converso, il riconoscimento di ogni «forma di immunità» per gli stranieri che siano indagati o siano stati condannati per il delitto di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale⁴²².

Il comma 2 dell’articolo 4, non modificato dal Senato, prevede l’obbligo di estradizione verso lo Stato richiedente dello straniero indagato o condannato per il reato di tortura; nel caso di procedimento davanti a un tribunale internazionale, lo straniero è estradato verso il Paese individuato in base alla normativa internazionale.

3.1. Di alcuni dubbi sull’assolvimento degli obblighi costituzionali e internazionali

Il dibattito politico che si è svolto in Parlamento in occasione dell’approvazione della legge n. 110/2017 si è sviluppato a partire dalla necessità di adeguare l’ordinamento italiano agli obblighi previsti dalla Convenzione di New York del 1984. Ma, come detto, l’introduzione di un apposito reato di tortura trova precisi fondamenti già nella Carta costituzionale italiana. La disciplina uscita dalle aule parlamentari non sembra ottemperare però alle disposizioni costituzionali, né, tanto meno, al contenuto delle fonti internazionali, che prevedrebbero un reato proprio del pubblico ufficiale.

personalì o sociali. Il comma 1 era integrato dal riferimento al pericolo di tortura della persona oggetto della misura ovvero al rischio di rinvio verso un altro Stato nel quale non sarebbe protetto dalla persecuzione o dalla tortura ovvero da violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani.

⁴²⁰ Si veda il cap. V.

⁴²¹ Art. 4. *Esclusione dall’immunità. Estradizione nei casi di tortura:* «1. Non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale. 2. Nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, nei casi di cui al comma 1, lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale».

⁴²² L’immunità diplomatica di cui si tratta riguarda in via principale i Capi di Stato o di governo stranieri quando si trovino in Italia e secondariamente il personale diplomatico-consolare eventualmente da accreditare presso l’Italia da parte di uno Stato estero. La fonte normativa del riconoscimento delle immunità diplomatiche risiede nella ratifica, da parte del nostro paese (l. n. 804 del 1967), delle due Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche (1961) e sulle relazioni consolari (1963). La codificazione di questo tema riguarda però direttamente i soli agenti diplomatici o consolari accreditati presso uno Stato estero. In relazione a tale previsione, che costituirebbe norma di rango ordinario, andrebbe valutato se la sua portata possa configurare una limitazione a immunità penali costituzionalmente tutelate. Infatti, occorre considerare non solo le Convenzioni di Vienna del 1961 e del 1963 sulle relazioni diplomatiche e consolari, ma anche la giurisprudenza della Corte costituzionale (si vedano le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007), nonché gli articoli 10, 11, 87 e soprattutto 117, comma 1, Cost., che conferisce ai trattati natura di norma interposta. Le immunità delle quali godono gli agenti diplomatici rappresenterebbero pertanto immunità coperte dal diritto costituzionale.

La nuova fattispecie (art. 613-*bis*) viene innanzi tutto inquadrata all'interno del “Libro II” (“Dei delitti in particolare”), Titolo XII (“Dei delitti contro la persona”), “Capo III” (“Dei delitti contro la libertà individuale”), “Sezione III” (“Dei delitti contro la libertà morale”), dopo l'art. 613 c.p. (“Stato di incapacità procurato mediante violenza”) e non rientra quindi nel novero dei reati contro la pubblica amministrazione. La scelta sistematica del legislatore si giustifica dalla preminente compromissione dell'incolumità individuale piuttosto che della libertà morale: conclusione alla quale sembra necessario addivenire, nonostante il carattere plurioffensivo della tortura, attesa la valorizzazione nel nuovo disposto normativo della gravità del dolore o delle sofferenze arredate e la scelta del dolo generico.

Secondo una parte della dottrina, l'introduzione di un'ipotesi di reato comune non può ritenersi soddisfacente⁴²³.

La Costituzione e le fonti internazionali avrebbero infatti palesemente voluto distinguere le condotte violente tenute da un privato da quelle poste in essere da un pubblico ufficiale, riconducendo a mera violenza le prime e alla nozione di tortura solo le seconde.

Nonostante le critiche rivolte alla formulazione del reato in termini di delitto comune⁴²⁴, tuttavia la scelta per una fattispecie che può essere commessa da chiunque può considerarsi razionale: non sembra, infatti, che, in relazione all'intensità delle sofferenze o del dolore patiti dalla vittima di tortura, possa assumere carattere dirimente la qualità personale del soggetto attivo del reato. La qualifica soggettiva dell'autore della condotta fonda, pur sempre, una circostanza aggravante la pena, che d'altra parte risponde alla *ratio* delle norme costituzionali e internazionali.

Si potrebbe obiettare che la previsione di una specifica aggravante della pena, nel caso in cui il fatto sia commesso da un pubblico ufficiale, sia comunque più favorevole per le forze dell'ordine rispetto all'ipotesi in cui il legislatore non avesse individuato la specifica aggravante. In assenza della puntuale aggravante, avrebbe trovato infatti applicazione l'art. 61, n. 9, c.p., che avrebbe reso possibile l'aumento, della pena base sino a un terzo, e dunque l'irrogazione di una pena superiore rispetto al massimo edittale previsto al comma 2 dell'art. 613-*bis* c.p.⁴²⁵ È quindi possibile sostenere che sarebbe stato maggiormente opportuno non prevedere un'aggravante *ad hoc*, ma lasciare operare gli istituti generali di diritto penale pre-esistenti, così da sanzionare con maggior rigore le condotte di tortura compiute dal pubblico ufficiale. Tuttavia a questa osservazione è facile replicare che spetta al singolo Stato il monopolio delle scelte concernenti l'entità della pena

⁴²³ M. RUOTOLI, *Dignità e carcere*, cit., pp. 35 ss.

⁴²⁴ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 133.

⁴²⁵ La pena massima è di anni 12, in luogo di quella di anni 13, mesi 3 e giorni 18, che si ricava in forza dell'incremento di un terzo, applicato sul massimo edittale della pena base, cioè 10 anni.

da comminare: *quantum* che in relazione alla gravità dell’offesa pare ottemperare ai principi di proporzionalità e di adeguatezza.

Il legislatore ha poi ideato una fattispecie a dolo generico, che appare del tutto coerente rispetto all’individuazione di un reato comune, ma che, ancora una volta, registra un profilo di discontinuità rispetto alla previsione internazionale, che invece ammette il dolo specifico⁴²⁶. Ma in questo modo il legislatore ha esteso l’ambito di applicazione del reato. L’effetto estensivo si realizza non solo perché il delitto può configurarsi anche al di fuori di specifici fini che l’autore della condotta intende perseguire, ma anche e soprattutto in quanto la fattispecie tipica può essere commessa da chiunque.

Accanto a un’operazione di dilatazione dell’ambito applicativo del delitto in esame, si registra però anche un’opposta attività: il testo è infatti formulato nel senso di limitare il novero dei soggetti che possono essere sottoposti ad atti di tortura, cioè coloro i quali sono «*privat(i) della libertà personale o affidat(i) alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza (dell’agente), ovvero che si trovi(no) in condizioni di minorata difesa*», di fatto limitando le ipotesi in cui il reato possa essere contestato.

Ulteriore spunto di riflessione riguarda la compatibilità tra il principio di determinatezza (art. 25, comma 2, Cost.) e la formulazione del nuovo delitto. Il testo di legge enuncia che, ai fini della configurabilità del reato, l’autore della condotta deve perpetrare “violenze o minacce gravi”. L’enunciazione del disposto penale sembra prospettare una problematica interpretativa che attiene alla possibilità di riferire o meno la condizione di gravità non solo alle minacce, ma anche alle violenze. Non è infatti chiaro se siano sufficienti plurime violenze, anche non connotate da una tipica gravità, ovvero se anche le stesse debbano, al pari delle minacce, essere caratterizzate da una particolare intensità.

Un’alternativa all’azione violenta o minacciosa è la condotta dell’autore che agisce con crudeltà. Per parte della giurisprudenza, «la crudeltà è un contenuto psichico soggettivo non facilmente ravvisabile nell’agire del pubblico ufficiale che potrebbe sempre opporre di aver operato avendo di mira finalità istituzionali»⁴²⁷. Consegue che difficilmente, qualora la tortura sia

⁴²⁶ Si veda l’art. 1 Convenzione ONU: «Al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione».

⁴²⁷ Estratto della *lettera indirizzata all’Onorevole Presidente della Camera dei Deputati sig.ra Laura Boldrini* (Genova, 25 giugno 2017), dai Magistrati: Salvatore Sinagra, già Presidente di Sezione della Corte di Appello di Genova e del Collegio giudicante nel processo per i fatti della scuola Diaz, Francesco Mazza Galanti, Presidente di Sezione del Tribunale di Genova già Consigliere di Appello e membro del Collegio giudicante per i fatti della Diaz, Giuseppe Diomeda, Consigliere della Corte di Appello estensore della sentenza di Appello nel caso Diaz, Roberto Settembre, già Consigliere della Corte di Appello estensore della sentenza nel caso Bolzaneto, Lucia Vignale, Giudice

commessa da un pubblico ufficiale, è possibile ricorrere a quella che pare configurarsi come una condotta alternativa: l'agire con crudeltà.

Ed ancora, il reato è integrato solo qualora il fatto è commesso con più condotte ovvero comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Alla luce di questa osservazione si dovrà concludere che il singolo atto di violenza crudele non può essere qualificato come tortura e dunque non è sanzionabile attraverso l'applicazione della nuova fattispecie criminosa.

Anche in questo caso la decisione del legislatore può essere giudicata come ragionevole: il singolo atto violento, per quanto brutale, assume un disvalore meno intenso rispetto a una pluralità di comportamenti atroci compiuti dall'agente, così che sembra giustificata l'applicazione di una sanzione meno grave nel primo caso e l'irrogazione della pena prevista per il reato di tortura nella seconda ipotesi.

Si è però obiettato che la necessità che il reato di tortura si perfezioni solo qualora siano perpetrare più condotte rende inapplicabile la fattispecie criminosa al massimo esempio di tortura di massa avvenuto nel nostro Paese, cioè il G8 di Genova nel 2001⁴²⁸. È infatti indubbio che alcune delle più gravi condotte accertate nei processi relativi all'irruzione delle forze di Polizia all'interno della "scuola Diaz" e concernenti la vicenda di "Bolzaneto" siano state realizzate mediante un'unica azione. La legge in discussione, invece, prevede che per esservi tortura il fatto debba essere commesso mediante più condotte⁴²⁹.

Ma non solo. «La necessità, imposta dalla norma, di inquadrare la relazione tra l'autore e la vittima (quest'ultima deve essere privata della libertà personale; oppure affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza dell'autore del reato; ovvero trovarsi in condizioni di minorata difesa) è conseguenza della scelta di configurare la tortura come un reato comune, ma esclude dall'ambito operativo della fattispecie molte delle situazioni in cui si sono trovate le

del Tribunale di Genova Giudice delle indagini preliminari nei casi Diaz e Bolzaneto, Daniela Faraggi, Giudice del Tribunale di Genova e Giudice dell'udienza Preliminare nel caso Diaz, Enrico Zucca, Sostituto Procuratore Generale e pubblico ministero nel processo Diaz, Francesco Cardona Albini, sostituto procuratore della Repubblica pubblico ministero nel processo Diaz, Francesco Pinto, Procuratore Aggiunto della procura di Genova pubblico ministero nelle indagini nei casi Diaz e Bolzaneto, Vittorio Ranieri Miniati, Procuratore Aggiunto della procura di Genova pubblico ministero nel processo Bolzaneto, Patrizia Petruzziello, sostituto procuratore della Repubblica di Genova pubblico ministero nel processo Bolzaneto: questa lettera è consultabile sul sito www.ilfattoquotidiano.it, (sezione diritti) del 26 giugno 2017.

⁴²⁸ La Cedu ha condannato ancora una volta l'Italia (Corte Edu, sentenza *Bartesaghi, Gallo e altri contro Italia* del 22 del giugno 2017 – Rif. nn. 12131/13 e 43390/13) per gli atti di tortura commessi dalle forze dell'ordine nella notte tra il 20 e 21 luglio 2001 nella scuola Diaz, durante il G8 di Genova. I giudici di Strasburgo hanno anche condannato l'Italia per non aver punito in modo adeguato i responsabili: una sentenza molto simile a quella pronunciata nel 2015 sul caso *Cestaro*, nella quale si chiedeva al nostro Paese di introdurre il reato di tortura (Corte Edu, sentenza *Cestaro contro Italia*, cit.).

⁴²⁹ Estratto della lettera indirizzata all'Onorevole Presidente della Camera dei Deputati sig.ra Laura Boldrini, cit.

vittime dell’irruzione nella scuola Diaz, che non erano sottoposte a privazione della libertà personale da parte delle forze di Polizia e non si trovavano in una situazione necessariamente riconducibile al sintagma della minorata difesa»⁴³⁰. In pratica con la legge approvata non si potrebbe parlare di tortura per i fatti successivi all’irruzione nella scuola genovese, perché le persone presenti all’interno in quel momento non erano state private della propria libertà e non si trovavano in nessuna delle condizioni determinate dalla legge *de qua*⁴³¹.

Quindi ecco la paradossale conclusione: «una nuova legge, volta a colmare un vuoto normativo in una materia disciplinata da convenzioni internazionali, sarebbe in concreto inapplicabile a fatti analoghi a quelli verificatisi a Genova, che sono già stati qualificati come tortura dalla *Corte Europea dei diritti dell’uomo*, garante della applicazione di quelle convenzioni. Sarebbe così clamorosamente disattesa anche l’esecuzione delle sentenze di condanna già pronunciate dalla Corte Edu nei confronti dello Stato Italiano»⁴³².

Dunque, il principale problema che la novella legislativa pone non è tanto la previsione di una fattispecie comune, piuttosto che propria; retta dal dolo generico, piuttosto che da quello intenzionale.

La discussione sul punto sembra essere un “falso problema”.

Tutt’al più, la formulazione odierna della norma penale *de qua* produce l’effetto di estendere a ulteriori casi l’operatività della disposizione, che interessa anche coloro che sono privi di una qualifica giuridica. Inoltre, la previsione di un’aggravante specifica, che sanziona più severamente i fatti compiuti dal pubblico ufficiale, pare ricondurre il reato in linea con la *ratio* delle previsioni internazionali e costituzionali le quali ultime, come si è già precisato, prediligono, ma non impongono, l’introduzione di un reato proprio⁴³³.

L’inadeguatezza della disciplina vigente sembra invece trarre origine dalle limitazioni della sua applicazione e quindi dai riferimenti alle pluralità di azioni necessarie affinché si configuri la fattispecie e dalle particolari condizioni in cui si deve trovare la persona offesa.

Soprattutto sotto questo profilo potrebbero sorgere dubbi di legittimità costituzionale della nuova legge, per violazione dei citati parametri costituzionali (artt. 13, comma 4; 27, comma 3; e, in particolar modo, 117, comma 1).

Inoltre, si potrebbe sospettare anche della legittimità dell’art. 613-bis c.p. con riguardo all’ulteriore parametro costituzionale di cui all’art. 3 Cost., nella sua duplice accezione di principio

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ G. SERGES, *L’introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, cit., p. 3.

di uguaglianza e di ragionevolezza, nella parte in cui la legge non garantisce tutela a situazioni come quella di Bolzaneto, ma sanziona condotte similari o addirittura meno gravi.

Ed ancora, potrebbe essere oggetto di riflessione anche la compatibilità della nuova fattispecie incriminatrice rispetto all'art. 2 Cost., norma posta a generale presidio della tutela e promozione dei diritti inviolabili dell'uomo, dal momento in cui il diritto a non essere soggetto ad atti di tortura non viene pienamente garantito.

PARTE II

CAPITOLO IV IL CARCERE

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Le Regole minime *standard* delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri (Regole Mandela) - 3. I Principi di etica medica relativi al ruolo del personale sanitario, in particolare medici, nella protezione dei prigionieri e dei detenuti contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti delle Nazioni Unite - 4. Il Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualunque forma di detenzione o restrizione delle Nazioni Unite - 5. I Principi fondamentali sul trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite - 6. Condizioni di detenzione nelle carceri tra diritto europeo e diritto interno - 6.1. L'assistenza medica necessaria - 6.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu sul regime particolare dell'art. 41 *bis* - 6.2.1. Art. 41 *bis* e diritto alla salute - 6.2.2. Il "caso Riina" - 6.2.3. Il caso "Provenzano" e il riconoscimento parziale della violazione dell'art. 3 Cedu - 6.3. Ergastolo - 6.3.1. L'ergastolo ostativo - 6.3.2. La giurisprudenza sembra avere mutato il proprio orientamento sull'ergastolo ostativo - 7. Il divieto dell'uso sproporzionato della forza - 7.1. I fatti di Genova - 7.2. La morte di Aldrovandi - 7.3. La morte di Cucchi - 7.4. Prime contestazioni del reato di tortura - 8. Il sovraffollamento delle carceri - 8.1. La riforma dell'ordinamento penitenziario - 9. I Garanti delle persone detenute - 9.1. Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute - 9.2. Garanti Regionali - 9.3. Garanti provinciali e comunali - 10. Estradizione - 10.1. Pena di morte - 11. Conclusione

1. Introduzione

Come si evince da quanto esposto nei capitoli precedenti, gli episodi di maltrattamento che possono integrare una violazione dell'art. 3 Cedu si registrano con maggiore frequenza a danno delle persone *in vinculis*, che per la loro particolare posizione sono maggiormente esposte agli abusi e necessitano, di conseguenza, di pregnanti garanzie a tutela della loro incolumità psico-fisica. Uno dei luoghi principali in cui si può concretizzare il rischio del compimento di atti di tortura e trattamenti o pene inumane e degradanti è quindi il carcere o comunque qualsiasi altro luogo in cui si trovi colui che viene privato della propria libertà personale (si pensi alle celle di sicurezza, alla casa circondariale, etc.).

Anche la comunità internazionale ha avuto percezione della problematica e con l'adozione di alcuni strumenti *ad hoc* ha cercato di intervenire sui mezzi di tutela da fornire ai detenuti. La tecnica accolta dai documenti sovrannazionali non è stata quella di limitarsi ad affermare le regole minime per permettere loro un'esistenza dignitosa all'interno dei luoghi di reclusione o restrizione della libertà. Invero, sono state previste anche regole di condotta alle quali coloro che hanno contatti con i prigionieri devono attenersi e delle quali si darà conto nei seguenti paragrafi.

2. Le Regole minime standard delle Nazioni Unite per il trattamento dei prigionieri (*Regole Mandela*)

Uno dei principali atti che enuncia le garanzie indispensabili di cui ogni detenuto deve beneficiare è rappresentato dalla disciplina organica che individua le tutele garantite al detenuto durante la sua permanenza all'interno della prigione. Il documento in esame, che definisce le cosiddette *Regole Mandela*, è stato adottato con Risoluzione N. 663C (XXIV) dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite il 31 luglio del 1957, con lo scopo di dettare una disciplina puntuale sul trattamento dei prigionieri che, seppur non vincolante, incentivi gli Stati a raggiungere «le condizioni minime che sono ritenute adeguate dalle Nazioni Unite» (art. 2).

Il documento è composto da 95 articoli che illustrano puntualmente le condizioni ambientali, igieniche, ricreative, sociali e assistenziali minimali che dovrebbero essere assicurate in ogni penitenziario.

Partendo dall'assunto che la limitazione della libertà individuale ha un contenuto per sua natura afflittivo, in quanto sottrae alla persona la facoltà di autodeterminarsi, l'intento delle *Regole Mandela* è quello di sottolineare che «il sistema carcerario non deve aggravare la sofferenza insita in una tale situazione» (art. 3).

Affinché le modalità di esecuzione della pena legittima non vadano a integrare un maltrattamento, è indispensabile la somministrazione di assistenza medica adeguata.

La nutrita elencazione di *standard* minimi nel trattamento in carcere comprende anche un elevato numero di disposizioni che interessano il rapporto tra il personale penitenziario e i detenuti o internati nell'istituto.

Se da una parte la disciplina e l'ordine nella struttura devono essere mantenute con fermezza, non possono comunque essere adottate restrizioni ulteriori rispetto a quelle necessarie per «garantire la custodia, il funzionamento sicuro della prigione e di una ben ordinata vita comunitaria» (art. 36). In nessun caso possono avversi «restrizioni o sanzioni disciplinari fino alla tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti». In particolare, è vietato il posizionamento di un detenuto in una cella buia o costantemente illuminata; la punizione corporale o la restrizione da cibo o da acqua (art. 43). Inoltre, «l'uso delle catene, dei ferri o altri strumenti di restrizione, che sono per natura degradanti o dolorose sono proibiti» e, comunque, tutti gli strumenti di coercizione non dovrebbero essere utilizzati oltre lo stretto necessario (art. 47).

Il fine sotteso alla previsione di questo *corpus* normativo è quello di diminuire le differenze tra «la vita in carcere e la vita in libertà, che tendono a ridurre la responsabilità dei detenuti o il rispetto dovuto alla loro dignità di esseri umani» (art. 5).

3. I Principi di etica medica relativi al ruolo del personale sanitario, in particolare medici, nella protezione dei prigionieri e dei detenuti contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti delle Nazioni Unite

L'Assemblea generale dell'ONU, dopo essersi dedicata pienamente al fenomeno della tortura, redigendo un'intera Dichiarazione in materia, è tornata sull'argomento con una serie di documenti specifici sullo stesso oggetto, nell'ottica di un'attenzione sempre maggiore al problema, che porterà poi all'approvazione della *Convenzione contro la tortura*⁴³⁴.

Anche i medici che svolgono la loro attività nelle carceri sono esposti al rischio di compiere atti inumani contro i prigionieri. I principi in esame si prefiggono proprio lo scopo di ridurre l'apporto del personale sanitario nell'inflizione della tortura e degli altri trattamenti vietati.

Il principio 1 raccomanda ai medici di non prestare, all'interno dei luoghi di detenzione, un servizio di qualità inferiore a quello che offrirebbero all'esterno. Il Principio 4 proibisce, alla lettera a), al personale sanitario, in particolare ai medici, di applicare le loro conoscenze e competenze al fine di assistere agli interrogatori dei prigionieri in un modo che può influire negativamente sulla loro salute o sulle loro condizioni: vieta quindi di mettere la scienza medica al servizio dell'interrogatorio, al fine di indebolire la capacità dell'interrogato di rispondere liberamente. La lettera b) dello stesso articolo proibisce ai medici di partecipare all'inflizione di trattamenti o punizioni che non sono conformi con gli strumenti internazionali pertinenti. Il principio 5 afferma che costituisce violazione dell'etica medica la partecipazione del personale sanitario al contenimento e all'immobilizzazione di un detenuto, a meno che ciò non si renda necessario per la salute dello stesso, dei suoi compagni detenuti o del personale penitenziario e sempre se non presenta rischi per la sua salute. Tutti i principi su esposti sono assolutamente inderogabili.

4. Il Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualunque forma di detenzione o restrizione delle Nazioni Unite

Tra i documenti delle Nazioni Unite che fissano criteri e regole di comportamento per gli operatori della giustizia, vi è il *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualsiasi detenzione o restrizione*, approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite l'8 dicembre 1988.

Questo strumento, regolando la vita e i diritti delle persone private della libertà personale, incide significativamente sul tema della tortura, posto che questo fenomeno si realizza nella gran parte dei casi ai danni di soggetti *in vinculis*.

⁴³⁴ Per un approfondimento si veda il capitolo I.

Innanzitutto, è stabilito genericamente che «tutte le persone sotto qualsiasi forma di detenzione o reclusione devono essere trattate in modo umano e nel rispetto della dignità intrinseca della persona umana» (art. 1) e che le persone sottoposte a detenzione o in condizioni simili non devono subire alcuna limitazione né deroga a tutti i diritti umani di cui godono le persone in stato di libertà (art. 3).

L'art. 5, comma 1, si premura di specificare che tutti i diritti sanciti trovano applicazione nei confronti di ogni uomo, senza discriminazioni di alcun genere.

Un secondo diritto, strettamente connesso a quello di non subire maltrattamenti, è sancito dall'art. 24, che impone di prestare assistenza medica gratuita ai prigionieri sia al momento dell'accesso nel luogo di privazione della libertà sia in ogni momento successivo in cui ciò si renda necessario.

Infine, l'art. 36, comma 2, vieta l'uso di forme di restrizione che non sono strettamente necessarie per le finalità della detenzione, o per impedire intralci alle indagini o all'amministrazione della giustizia, o per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine nel luogo di detenzione.

Il divieto di tortura ha trovato nel *Corpo di principi per la protezione dei detenuti* anche un'enunciazione diretta, contenuta nell'art. 6, che recita: «nessuna persona sotto alcuna forma di detenzione o reclusione deve essere sottoposta a tortura o a trattamento o punizione crudele, inumana o degradante».

Il divieto di tortura è sempre inderogabile, in quanto l'art. 6 prosegue aggiungendo che «nessuna circostanza può essere invocata come giustificazione per tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti».

L'enunciazione del divieto di tortura è rafforzata da alcune imposizioni poste in capo agli Stati. In primo luogo, sono previsti obblighi procedurali e di incriminazione, con la precisazione che le pene irrogate per le violazioni dei diritti devono essere adeguate alla gravità della condotta (art. 7, comma 1). In secondo luogo, è affermato il diritto/dovere di denunciare i fatti lesivi dei diritti umani in capo a chiunque sia a conoscenza degli stessi (art. 7, comma 2 e 7, comma 3). In terzo luogo, i soggetti sottoposti a un regime di limitazione della libertà personale, i loro difensori e – nei casi in cui questi non possano – i membri della famiglia del detenuto o qualsiasi altra persona a conoscenza dei fatti (art. 33, comma 2) «hanno il diritto di presentare una richiesta o un reclamo in merito al suo trattamento, in particolare in caso di tortura o altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, alle autorità responsabili dell'amministrazione del luogo di detenzione e alle autorità superiori e, se necessario, alle autorità competenti dotate di poteri di revisione o correttivi» (art. 33, comma 1); richiesta o denuncia che il prigioniero o chi per esso ha il diritto di mantenere strettamente riservata

(art. 33, comma 3) e dalla quale non deve poter derivare alcun pregiudizio al denunciante (art. 33, comma 4).

5. I Principi fondamentali sul trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite

Il più recente passo delle Nazioni Unite nello sforzo per l'umanizzazione della giustizia penale è stato approvato dall'Assemblea generale, con Risoluzione A/RES/45/111, il 14 dicembre 1990, con il nome di *Principi fondamentali sul trattamento dei detenuti*. Lo strumento è stato emanato allo scopo di favorire «la piena attuazione delle Regole minime standard».

Gli undici brevi articoli che compongono il documento riassumono in effetti il nucleo duro delle *Regole minime standard per il trattamento dei detenuti*, ricordando in particolare che «tutti i prigionieri devono essere trattati con il rispetto dovuto alla loro dignità e valore in quanto esseri umani» (art. 1); affinché questo avvenga, lo Stato deve ricordare che il dovere di custodire i detenuti e proteggere la società dal crimine va adempiuto in linea con gli altri obiettivi sociali della nazione, per promuovere il benessere e lo sviluppo di tutti i membri della società (art. 4). In secondo luogo, le persone sottoposte a limitazione della libertà personale hanno il diritto di ricevere un trattamento senza discriminazioni di alcun tipo (art. 2) e nel rispetto della loro fede religiosa e dei loro precetti culturali (art. 3). Ancora, i prigionieri devono essere trattati in conformità a quanto prevedono le convenzioni emanate dall'ONU sui diritti dell'uomo, quindi – se non quando ciò sia assolutamente necessario ai fini della detenzione – nessuno dei loro diritti può essere ridotto o derogato in ragione della loro condizione legale (art. 5), nemmeno, com'è ovvio, il diritto a non essere sottoposti a tortura. Gli Stati sono inoltre chiamati a effettuare ogni sforzo possibile per eliminare dal proprio ordinamento la punizione dell'isolamento, o almeno per limitarne l'applicazione (art. 7). Infine, i detenuti e gli internati hanno il diritto a ricevere lo stesso trattamento medico disponibile per i cittadini liberi dello stesso Stato (art. 9).

Le violazioni dei principi citati integrano altrettante violazioni del divieto di non sottoporre a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, poiché certamente la discriminazione, il mantenimento in condizioni non dignitose, l'isolamento prolungato e l'assenza o la scarsa qualità dell'assistenza sanitaria, costituiscono forme di maltrattamento vietate, secondo la prassi ormai consolidata del diritto internazionale.

6. Condizioni di detenzione nelle carceri tra diritto europeo e diritto interno

Volgendo lo sguardo alla *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, si osserva come essa non contenga alcun riferimento specifico alla condizione dei soggetti privati della libertà; a differenza di altri documenti internazionali, quali il *Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni*

Unite del 1966 o la *Convenzione Americana sui diritti Umani* del 1969, l'art. 3 Cedu della Convenzione, nel sancire che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», non positivizza alcun principio di tutela in proposito. La norma è molto sintetica, quasi a voler indicare un principio generale che poi verrà concretizzato nelle varie declinazioni da normative nazionali o sovranazionali e dagli organi giurisdizionali del Consiglio d'Europa.

La lacuna della Convenzione, tuttavia, è stata colmata dall'attività giurisprudenziale della Corte Edu e della Commissione Europea, le quali hanno operato fin dalla metà degli anni Sessanta per riempire questo vuoto normativo.

La Commissione, nel 1968, ha gettato le prime basi per un'estensione della portata dell'art. 3 Cedu: nel parere sul caso *Ilse Koch contro Austria*⁴³⁵, ha stabilito che la detenzione non priva il detenuto della garanzia dei diritti e delle libertà protetti dalla Convenzione, principio in seguito richiamato anche dalla Corte Edu nel caso *Campbell e Fell contro Regno Unito*⁴³⁶.

La Commissione però non si è limitata a una mera affermazione di principio: estendendo la portata dell'art. 3 Cedu ha enunciato la cosiddetta “teoria delle libertà implicite”, in ragione della quale è possibile passare al vaglio della Convenzione anche materie non direttamente ricomprese in essa, qualora uno Stato eserciti un potere di per sé lecito che però nelle sue ripercussioni lede uno dei diritti tutelati.

La “teoria delle libertà implicite” è stata applicata al caso *Kotalla contro Paesi Bassi*⁴³⁷ per poter ricomprendere nell’ambito della protezione della Convenzione anche la materia della tutela dei soggetti privati della libertà. Essa afferma infatti che «una pena regolarmente inflitta, può sollevare un problema rispetto all'art. 3 per il modo in cui è realizzata», di tal ché si è venuto a formare un sostrato giurisprudenziale da cui la Corte ha potuto trarre le basi per affermare la portata del diritto fin qui analizzato.

Le condizioni di detenzione dei prigionieri o delle persone sottoposte a custodia da parte della polizia sono rimesse alla tutela dello Stato, il quale è obbligato a garantire uno *standard* minimo delle condizioni delle carceri, in virtù dell'art. 3 della Convenzione⁴³⁸. Questo livello minimo di protezione deve tener conto del rispetto della dignità dell'uomo e in particolare dei detenuti, i quali versano in una condizione particolarmente delicata e vulnerabile⁴³⁹.

⁴³⁵ Commissione Europea, rapporto *Ilse Koch contro Austria*, 8 marzo 1962, p. 127.

⁴³⁶ Corte Edu, sentenza *Campbell e Fell contro Regno Unito*, 28 giugno 1984, rif. nn. 7819/77 - 7878/77.

⁴³⁷ Commissione Europea, parere sul caso *Kotalla contro Paesi Bassi*, 6 maggio 1978, p. 243.

⁴³⁸ Corte Edu, sentenza *Poltoratskiy contro Ucraina*, 29 marzo 2003, rif. n. 308812/97, p. 132.

⁴³⁹ C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, cit., p. 42.

Un recente orientamento giurisprudenziale ha individuato una violazione dell'art. 3 Cedu in riferimento alle condizioni di detenzione anche rispetto all'uso delle manette durante la permanenza nel penitenziario⁴⁴⁰. L'uso di manette o di altri strumenti di contenzione normalmente non dà luogo a una questione ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, invece, quando la misura è stata irrogata regolarmente e non comporta l'uso della forza⁴⁴¹. Questo orientamento è stato confermato anche nella sentenza *Kaverzin contro Ukraina*⁴⁴².

6.1. L'assistenza medica necessaria

Oltre a non prevedere nessuna norma puntuale sulla protezione dei soggetti *in vinculis*, nessuna disposizione della Convenzione tutela espressamente il diritto alla salute: solo l'attività giurisprudenziale della Corte Edu ha permesso di ricondurlo nell'alveo dei diritti garantiti.

Nelle sentenze, il diritto alla salute è configurato come corollario del diritto alla vita, della tutela della dignità umana, del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio; la tutela che è stata accordata è indiretta in quanto la lesione al diritto alla salute rileva solo quando viene leso o messo in pericolo uno dei diritti tutelati dalla Convenzione⁴⁴³.

In tema di cure mediche in carcere, con la sentenza *Mouisel contro Francia*⁴⁴⁴, il giudice di Strasburgo si è pronunciato su un caso in cui era messa in dubbio la compatibilità della detenzione con il grave stato di salute del ricorrente, il quale aveva quattro arti inutilizzabili. La Corte Edu nella propria decisione ha osservato che le condizioni del ricorrente erano peggiorate con il perdurare dello stato di reclusione; inoltre i giudici hanno riscontrato un'inerzia dell'amministrazione penitenziaria a trovare una soluzione adeguata per ovviare alle problematiche del detenuto. La Corte ha anche ribadito il diritto di tutti i detenuti a godere di condizioni di detenzione compatibili con la dignità umana, così da garantire che il modo e il metodo di esecuzione delle misure imposte non li sottopongano a disagio o difficoltà di un'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inherente alla detenzione⁴⁴⁵. Per questi motivi i Giudici di Strasburgo hanno dichiarato che la detenzione in simili condizioni di salute è tale da integrare una lesione della dignità del ricorrente, tanto da qualificarsi come trattamento disumano ai sensi dell'art. 3 della Convenzione.

⁴⁴⁰ Corte Edu, sentenza *Kashavelov contro Russia*, 20 gennaio 2011, rif. n. 891/05, pp. 38-40.

⁴⁴¹ C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, cit., p. 42.

⁴⁴² Corte Edu, sentenza *Kaverzin contro Ukraina*, 15 maggio 2012, rif. n. 23893/03, pp. 161-163. Un ulteriore profilo trattato dalla Corte Edu riguarda le condizioni dei detenuti durante le traduzioni, da e per il tribunale; sul punto si veda Corte Edu, sentenza *Idalov contro Russia*, 22 maggio 2012, rif. n. 5826/03, pp. 58-61 e 103 e ss.

⁴⁴³ D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, vol. II, 2013, pp. 157 e ss.

⁴⁴⁴ Corte Edu, sentenza *Mouisel contro Francia*, 14 novembre 2002, rif. n. 67263/01, pp. 37 e ss.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 40.

La Corte ha meglio specificato il contenuto di quest'obbligo nella sentenza *Xiros contro Grecia*⁴⁴⁶ in cui, richiamando i propri precedenti, ha evidenziato tre distinte obbligazioni per gli Stati membri: verificare che lo stato di salute del detenuto sia compatibile con la detenzione⁴⁴⁷; provvedere a somministrare le cure mediche necessarie⁴⁴⁸; adattare, in caso di bisogno, le condizioni di detenzione alle esigenze specifiche legate allo stato di salute dell'interessato⁴⁴⁹.

Un ulteriore profilo su cui la Corte si è soffermata è stato quello dell'isolamento; questo istituto, in linea di principio, non è incompatibile con la previsione di cui all'art. 3 della Convenzione, anche se la Commissione in numerose decisioni o pareri lo ha definito come uno strumento capace, potenzialmente, di distruggere la personalità del detenuto e pertanto costituisce una pena disumana che non trova giustificazione nelle esigenze di sicurezza⁴⁵⁰.

6.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu sul regime particolare dell'art. 41 bis

Altra tematica di interesse riguarda l'applicazione di regimi detentivi speciali e maggiormente incisivi sulla libertà personale.

A fronte di un quadro costituzionale da cui emerge con chiarezza l'esigenza di porre al centro dell'esecuzione penale la dignità dell'individuo e il principio di umanizzazione della pena, si pone il problema del regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. che, potendo comportare una notevole compressione dei diritti dei detenuti, sembra porsi in netto contrasto con l'ideale rieducativo e con la valorizzazione della persona umana.

La Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a sindacare sulla legittimità di tale disposizione, fornendo preziosi chiarimenti sulla natura del regime speciale e cercando, di volta in volta, una lettura costituzionalmente orientata. La Consulta ha compiuto una serie di interventi correttivi restringendo la portata interpretativa della norma, ridisegnandone le modalità applicative per adeguare la disposizione in oggetto ai principi costituzionali⁴⁵¹.

In particolare, nella sentenza n. 351 del 1996 il Giudice delle leggi ha individuato nell'art. 14 *quater*, comma 4, ord. penit.⁴⁵² quel nucleo incomprimibile di diritti minimi che

⁴⁴⁶ Corte Edu, sentenza *Xiros contro Grecia*, 9 settembre 2010, rif. n. 1033/07, pp. 73 e ss.

⁴⁴⁷ Corte Edu, sentenza *Mouisel contro Francia*, cit.

⁴⁴⁸ Corte Edu, sentenza *Paladi contro Moldavia*, 10 marzo 2009, rif. n. 39806/05, p. 72; Corte Edu, sentenza *Oshurko contro Ucraina*, 8 settembre 2011, rif. n. 33108/05, p. 82.

⁴⁴⁹ Corte Edu, sentenza *Vladimir Vasilyev contro Russia*, 10 gennaio 2012, rif. n. 28370/05, p. 58.

⁴⁵⁰ Commissione Europea, rapporto *Kröcher e Müller contro Svizzera*, 16 dicembre 1982, pp. 87 e 116; Commissione Europea, rapporto *Dhoest contro Belgio*, 14 maggio 1987, pp. 6 e 42, p. 116.

⁴⁵¹ Si tratta delle sentenze costituzionali n. 349 del 1993; n. 410 del 1993; n. 351 del 1996; n. 376 del 1997.

⁴⁵² Il comma 4 dell'art. 14 *quater* ord. penit. recita: «In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti

devono, in ogni caso, essere garantiti affinché la pena non possa considerarsi contraria al senso di umanità e, come tale, illegittima⁴⁵³.

Ulteriori considerazioni sono contenute nella successiva sentenza n. 376 del 1997, in cui risulta evidente come il regime differenziato di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, «non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento (...»). Da ciò discende che per i giudici costituzionali «l'applicazione dell'art. 41 *bis* non può equivalere, (...), a riconoscere una categoria di detenuti che sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di risocializzazione».

È evidente come tali pronunce siano imprescindibili per una lettura dell'istituto in chiave costituzionale; tuttavia, in ordine alla forte compressione dei diritti dei soggetti sottoposti a tale regime, c'è ancora da chiedersi, se l'attuale quadro normativo sia conforme ai principi di umanizzazione e finalità rieducativa.

Invero, anche dopo le sentenze della Corte costituzionale, parte della dottrina ha continuato a sostenere che «residua ancora nel mutato quadro complessivo qualche perplessità circa la conformità della disposizione al principio di umanità del trattamento inerente alla pena che implica (e presuppone) pur sempre l'esclusione dalla pena di ogni e qualsivoglia carattere affittivo che non sia inscindibilmente connesso alla restrizione della libertà personale»⁴⁵⁴. Ed ancora che «il carcere duro si caratterizza per un livello di afflittività tale da porre quantomeno indubbio il rispetto della dignità della persona e, in generale, dei diritti inviolabili del cittadino tutelati dalla Costituzione nonché delle norme internazionali poste a tutela della popolazione detenuta»⁴⁵⁵.

In via generale, le doglianze mosse da alcuni detenuti sottoposti al regime speciale descritto all'art. 41 *bis*, ord. penit., si sono incentrate essenzialmente su tre diversi addebiti: il

permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli».

⁴⁵³ Secondo la Corte costituzionale, con sentenza n. 351 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 3054, «deve rilevarsi che non può mancare la indicazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e che da questo punto di vista le indicazioni fornite dal legislatore con il comma 4 dell'art. 14 *quater* appaiono particolarmente pregnanti».

⁴⁵⁴ R. D'AMICO, *Nota in calce alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 3637; A. MARTINI, *Commento al d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (antimafia)*, Sub art. 19, in *Leg. Pen.*, 1993, p. 213.

⁴⁵⁵ A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 756.

trattamento imposto configurava trattamento inumano o degradante e, come tale, si poneva in contrasto con l'art. 3 Cedu; la lesione della libertà di comunicazione e del rispetto della vita privata e familiare, tutelati dall'art. 8 Cedu; la mancanza di un ricorso effettivo avverso il decreto applicativo (o di proroga) che dispone il “carcere duro”, in violazione degli artt. 6 e 13 Cedu⁴⁵⁶.

La *Corte europea dei diritti dell'uomo*, con le pronunce *Labita e Natoli contro Italia*⁴⁵⁷, ha ritenuto che il regime carcerario di rigore applicato nel caso di specie non raggiungesse quel minimo di gravità necessario affinché si potesse configurare un trattamento inumano o degradante e che le restrizioni cui era stato sottoposto il ricorrente erano «misure severe ma proporzionate alla gravità dei reati commessi»⁴⁵⁸.

Secondo i Giudici di Strasburgo, le deroghe all'ordinario regime detentivo che prevedono, tra l'altro, il divieto di contatti con altre persone per ragioni di sicurezza, disciplina o protezione, non costituirebbe in sé un trattamento inumano o degradante, stante anche la sussistenza dei legami del detenuto con la criminalità organizzata e le ripetute condanne subite. D'altra parte, la Corte Edu ricorda come il regime di massima sicurezza sia risultato attenuato da una pronuncia della Corte costituzionale (la n. 376 del 1997, sopra richiamata), mentre il Governo italiano avrebbe fatto grossi sforzi (tesi a rendere la pena più umana e ad ammorbidente il “carcere duro”) per cercare di bilanciare il rispetto dei diritti dei detenuti sottoposti a un regime differenziato con le difficoltà incontrate dalle autorità carcerarie per affrontare i cambiamenti di tale regime⁴⁵⁹.

6.2.1. Art. 41 bis e diritto alla salute

Sebbene dalle indicate pronunce della *Corte europea dei diritti dell'uomo* e della Corte Costituzionale sembra arrivare, in via generale, l'avallo della compatibilità del “carcere duro”, rispettivamente, con l'art. 3 Cedu e l'art. 27, comma 3, Cost., problemi di compatibilità

⁴⁵⁶ Corte Edu, sentenza *Messana contro Italia*, 16 novembre 2017, rif. 30801/06 e Corte Edu, sentenza *Ganci contro Italia*, 30 ottobre 2003, rif. 41576/98.

⁴⁵⁷ Corte Edu, sentenza *Labita contro Italia*, cit. e Corte Edu, sentenza *Natoli contro Italia*, 9 gennaio 2001.

⁴⁵⁸ Corte Edu, sentenza *Moni contro Italia*, 8 giugno 1999, in *Leg. Pen.*, 200, p. 159.

⁴⁵⁹ I grossi sforzi del Governo italiano ai quali allude la Corte Edu sono quelli indicati nella circolare del DAP n. 5391381-1 del 7 febbraio 1997, con cui sono state impartite disposizioni per l'organizzazione delle sezioni dove sono ristretti detenuti sottoposti al carcere duro. In particolare, si disciplinano espressamente le modalità di svolgimento delle attività sportive e della fruizione della biblioteca dei detenuti in regime di 41 bis, comma 2, ord. penit. Si dà incarico alle direzioni dei singoli istituti di reperire «appositi locali che dovranno essere dotati di attrezzi ginnici e di altri attrezzi per lo svago ritenuti compatibili con le esigenze di sicurezza» e di approntare una piccola biblioteca di sezione. Si veda G. LA GRECA, *L'applicazione dell'art. 41 bis sotto costante verifica*, in *Dir. Pen. proc.*, 1997, p. 754. Inoltre, nella circolare viene specificato il complesso delle attività trattamentali necessarie per consentire l'offerta di strumenti risocializzanti, per consentire anche ai sottoposti al trattamento di rigore di accedere ai benefici penitenziari, adempiendo così alle indicazioni contenute nella sentenza costituzionale n. 376 del 1997.

potrebbero sorgere, invece, tutte le volte in cui il detenuto sottoposto al regime previsto all'art. 41 bis ord. penit. versi in gravi condizioni di salute⁴⁶⁰.

Invero, da un lato, la Corte Edu, in alcune decisioni⁴⁶¹, ha sostenuto che l'applicazione del predetto rigido regime a detenuti affetti da gravi patologie integrasse violazione dell'art. 3 della Convenzione; dall'altro lato, la giurisprudenza interna ha tentato di giungere a un delicato equilibrio tra interessi contrapposti, finendo per ritenere prevalente il principio di umanizzazione della pena a fronte di uno specifico quadro clinico del detenuto sottoposto al 41 bis, ord. penit.

Pesanti rilievi alla disciplina *de qua* sono stati inoltre sollevati dal *Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (CPT)⁴⁶². Nella seconda visita periodica effettuata nel 1995 in Italia, il CPT ha preso atto che i detenuti sottoposti al 41 bis sono assoggettati per lunghi periodi a un regime assimilabile all'isolamento⁴⁶³ e «senza dubbio il sistema è tale da provocare effetti dannosi concretatisi in alterazione delle facoltà sociali e mentali spesso irreversibili»⁴⁶⁴.

6.2.1.1. Il “caso Riina”

La problematica del “carcere duro” – specialmente quando il detenuto è un esponente di spicco della criminalità organizzata – rileva quindi anche sotto il profilo del bilanciamento tra la tutela della dignità del carcerato e della sua salute, da una parte, e della salvaguardia della collettività, dall'altra.

Ad esempio, nella vicenda che ha interessato Salvatore Riina, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 27766 del 22 marzo 2017 ha annullato con rinvio l'ordinanza n. 299 emessa dal Tribunale di sorveglianza di Bologna il 20 maggio 2016, con cui venivano rigettate le richieste di

⁴⁶⁰ Ad esempio, a causa dello stato di salute e delle patologie di cui soffriva il capo-mafia Salvatore Riina, la difesa aveva chiesto la revoca del trattamento di rigore (41 bis, ord. penit.) in quanto incompatibile con lo *status detentionis*, potendo configurare la permanenza nell'istituto penitenziario un trattamento inumano o degradante.

⁴⁶¹ Corte Edu, sentenza *Scoppola contro Italia*, 17 settembre 2009, rif. n. 10249/03; Corte Edu, sentenza *Contrada contro Italia*, 11 febbraio 2014, rif. n. 66655/13; Corte Edu, sentenza *Provenzano contro Italia*, 25 ottobre 2018, rif. n. 55080/13.

⁴⁶² Nel rapporto esplicativo della *Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti* si è affermato che l'intento dei redattori era quello di completare il sistema di protezione stabilito dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* con la previsione di un «meccanismo non giudiziario a carattere preventivo con il compito di esaminare il trattamento delle persone private della libertà in vista di rafforzare la loro protezione contro la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti».

⁴⁶³ Sul punto, si deve dare atto che la Corte di Cassazione ha considerato radicalmente differenti l'istituto dell'isolamento diurno *ex art. 72 c.p.* (cui ha riconosciuto il carattere di vera e propria azione penale) e quello della sospensione delle ordinarie regole di trattamento *ex art. 41 bis ord. penit.* (che incide soltanto sulle modalità di attuazione del regime di detenzione); Cass., Sez. I, 28 gennaio 2000, n. 613, in *Cass. pen.*, 2001, p.197.

⁴⁶⁴ Rapporto al Governo italiano relativo alla visita effettuata dal *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti* in Italia, dal 22 ottobre al 6 novembre 1995, pubblicato il 4 dicembre 1997.

differimento dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147 c.p.⁴⁶⁵ e, in subordine, di esecuzione della pena nelle forme della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, delle legge 26 luglio 1975, n. 354.

Per concedere il differimento della pena, nel caso in esame, l'autorità giudiziaria deve verificare, da un lato, lo stato di grave infermità fisica del detenuto e, dall'altro, la sua pericolosità sociale.

Innanzi tutto, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 1979⁴⁶⁶, la condizione di grave infermità fisica pretesa dalla norma (art. 147 c.p.), e idonea a determinare l'eventuale rinvio dell'esecuzione della pena, dovrà necessariamente essere valutata dal giudice di merito, di volta in volta, tenendo conto dei seguenti parametri: le condizioni di salute del condannato che, per dar luogo al rinvio dell'esecuzione della pena, dovranno essere oggettivamente gravi, così da determinare un trattamento contrario al senso di umanità⁴⁶⁷; le condizioni dell'ambiente carcerario in cui il condannato si trova, e, segnatamente, l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di fare ricorso, all'interno delle strutture dell'amministrazione penitenziaria, ai trattamenti sanitari necessari per fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli che la malattia stessa produce⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ L'art. 147 c.p. "Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena" dispone che: «l'esecuzione di una pena può essere differita: 1. se è presentata domanda di grazia e l'esecuzione della pena non deve esser differita a norma dell'articolo precedente; 2. se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica; 3. se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni. Nel caso indicato nel n. 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata. Nel caso indicato nel numero 3) del primo comma il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla potestà sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre. Il provvedimento di cui al primo comma non può essere adottato o, se adottato, è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti». In particolare, l'art. 147 c.p. enuncia tre diversi casi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena. Ad eccezione della prima ipotesi che riguarda il caso di presentazione della domanda di grazia, le altre due soddisfano, sia pure in base a differenti presupposti e limiti di applicazione, le medesime esigenze di tutela umanitaria, riguardando la salute e la dignità del malato, da una parte (n. 2), e della madre e del bambino, dall'altra (n. 3). Per un maggior approfondimento, si rimanda a F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 4 ss. Il rinvio facoltativo per grave infermità fisica trova un solido fondamento sia nel divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3, Cost.) sia nel diritto alla salute del condannato (art. 32, Cost.). «La potestà punitiva dello Stato, che l'esecuzione della pena attua con la costrizione del condannato, ha un limite costituito dalla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo, che neppure la generale inderogabilità dell'esecuzione della condanna può sopravanzare allorquando la pena, per le condizioni di grave infermità fisica del soggetto (art. 147, comma 1, n. 2, c.p.), finisce col costituire un trattamento contrario al senso di umanità, perdendo la tendenza alla rieducazione» (Cass. Pen., 19 maggio 1993, n. 1121).

⁴⁶⁶ Corte cost., sentenza n. 114 del 1979, in in *Giur. Cost.*, 1979, p. 803.

⁴⁶⁷ Cass. Pen., 17 novembre 2015, n. 15790.

⁴⁶⁸ Il Tribunale di sorveglianza di Bologna ha riassunto le condizioni di salute del condannato e ha evidenziato come lo stato di infermità del medesimo – pur connotato da oggettiva gravità – non fosse tale da dar luogo a un trattamento contrario e collidente con il senso di umanità, trattandosi di patologie trattabili in modo idoneo in ambiente carcerario, in considerazione del continuo monitoraggio delle patologie medesime e dell'adeguatezza degli interventi, anche d'urgenza, operati *ex art.* 11 della legge n. 354 del 1975, al fine di prevenire danni maggiori, a mezzo di tempestivi ricoveri del detenuto presso l'Azienda ospedaliera Universitaria di Parma. Ha, inoltre, valutato le condizioni

Sotto il diverso profilo della valutazione dell'attuale pericolosità del soggetto tale da configurare quelle eccezionali esigenze che devono imporre l'inderogabilità dell'esecuzione della pena, la Suprema Corte, nella sentenza n. 27766/2017, ha affermato che, ferma restando l'altissima pericolosità del detenuto e il suo indiscusso spessore criminale (si trattava infatti, come già detto, di Salvatore Riina), il provvedimento del Tribunale di sorveglianza bolognese avrebbe dovuto fondare il giudizio di eccezionale pericolosità su precisi argomenti di fatto, rapportati all'attuale capacità del soggetto di compiere, nonostante lo stato di decozione, la sopravvenuta precarietà delle condizioni di salute e del più generale stato di decadimento fisico in cui versava, azioni idonee in concreto a integrare il pericolo di recidivanza⁴⁶⁹.

Il giudizio sulla pericolosità non deve trarsi in virtù di una mera presunzione fondata sulla gravità dei crimini commessi o sull'assenza di qualsivoglia indice di dissociazione dal sodalizio criminale, bensì sulla base dell'attualità del suo tasso di pericolosità che il tribunale della libertà aveva desunto dalla circostanza che, nonostante il lunghissimo periodo di detenzione, il "capo dei capi", per il tramite di figli e nipoti, aveva continuato a impartire direttive a una organizzazione criminale, la quale – per la tipologia dei delitti alla medesima riferibili – non necessita notoriamente della presenza fisica quantomeno dei suoi capi e dei suoi promotori, potendosi un mandato omicidiario disporre anche attraverso meri cenni del capo e, in punto di morte, finanche con un battito di ciglia⁴⁷⁰.

La stessa *Corte europea dei diritti dell'uomo* si è inoltre anche occupata della vicenda di Salvatore Riina⁴⁷¹, il quale lamentava la violazione dell'articolo 3 della Convenzione Edu, sostenendo che il suo mantenimento in stato detentivo sotto il regime 41 bis, ord. penit. costituisse

dell'ambiente carcerario in cui il condannato si trovava, e in particolare la possibilità concreta di fare ricorso ai trattamenti sanitari necessari per fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli derivanti dalla malattia e valutato, infine, la sussistenza della pericolosità sociale del condannato, perché ha dato atto del fatto che Riina Salvatore ha ricoperto, e ricopra ancora al tempo della decisione, una posizione di vertice assoluto dell'organizzazione criminale siciliana denominata "Cosa Nostra". (Tribunale di Sorveglianza di Bologna, ordinanza n. 1391 del 28 maggio 2016). La Suprema Corte ha invece affermato che, «affinché la pena non si risolva in un trattamento inumano e degradante, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 27, comma 3, Cost. e 3 della Convenzione Edu, lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria». In presenza di patologie implicanti un significativo scadimento delle condizioni generali e di salute del detenuto, a giudizio della Suprema Corte, il giudice di merito avrebbe dovuto verificare se lo stato di detenzione carceraria fosse tale da comportare una sofferenza e un'afflizione così intensa da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione di una pena e se, al di là della trattabilità delle singole patologie, lo stato di logoramento fisico in cui versava il soggetto potesse ritenersi aggravato da altre cause non patologiche come, nella specie, la vecchiaia; dovendosi, al contrario, affermare l'esistenza di un diritto di morire dignitosamente che, invece, dovrebbe essere sempre assicurato al recluso, ancorché condannato alla pena dell'ergastolo, ai sensi dell'art. 27 Cost. (Cass. Pen., 9 febbraio 1994, n. 5508).

⁴⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 27766 del 22 marzo 2017, p. 8.

⁴⁷⁰ Tribunale di Sorveglianza di Bologna, ordinanza n. 1391 del 28 maggio 2016, p. 5.

⁴⁷¹ Corte Edu, *Salvatore Riina contro Italia*, 11 marzo 2014, rif. n. 43575/09.

un trattamento inumano e degradante, con ripercussioni sul suo stato di salute; lamentava inoltre l'illuminazione notturna della sua cella, il controllo continuo della corrispondenza, la videosorveglianza costante, compreso nel bagno, le restrizioni temporali e modali applicate alle visite di familiari.

Nella vicenda la Corte Edu ha fatto applicazione dei suoi consolidati principi⁴⁷², ritenendo il motivo di ricorso manifestamente infondato in quanto le autorità nazionali avevano adempiuto all'obbligo di tutelare l'integrità fisica del ricorrente, seguendo attentamente l'evoluzione del suo stato di salute e dispensando cure adeguate nell'ambito del servizio medico interno del carcere, o all'occorrenza in ambiente ospedaliero. Il trattamento riservato al ricorrente non eccedeva quindi l'inevitabile livello di sofferenza inherente alla detenzione e non era stata raggiunta la soglia minima di gravità per l'applicazione dell'articolo 3 Cedu⁴⁷³.

Con la medesima sentenza sono stati rigettati anche gli altri profili di ricorso, ritenendosi l'illuminazione notturna della cella, il controllo continuo della corrispondenza, le restrizioni temporali e modali applicate alle visite di familiari, ed in generale il trattamento detentivo di cui all'art. 41 bis, ord. penit. giustificate in relazione alla pericolosità del condannato e compatibili con la Convenzione.

Appare degno di nota rammentare le coordinate che, a livello europeo, sono state seguite per la valutazione di casi analoghi.

Va debitamente ricordato che non esiste alcuna disposizione della *Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo* che tuteli espressamente il diritto alla salute, né nei confronti dei soggetti liberi né nei confronti della popolazione carceraria, ma la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ne ha permesso il suo riconoscimento sia in forza di un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 Cedu, sia tramite la sua riconduzione nell'alveo dei diritti garantiti, quale corollario, di volta in volta, del

⁴⁷² La corte Edu ha precisato i criteri che presiedono all'applicazione dell'articolo 3 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* in materia di esecuzione della pena nei confronti di detenuti affetti da patologie, statuendo che: perché una pena e il trattamento ad essa associato possano essere definiti «inumani» o «degradanti», la sofferenza o l'umiliazione devono comunque eccedere quelle che comporta inevitabilmente una data forma di trattamento o di pena legittimi (Corte Edu, sentenza *Jalloh contro Germania*, 11 luglio 2006, rif. 54810/00, p. 6); che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del detenuto devono essere garantiti in modo adeguato, in particolare attraverso la somministrazione delle cure mediche necessarie (Corte Edu, sentenza *Kudla contro Polonia*, 26 ottobre 2000, rif. n. 30210/96, p. 94 e Corte Edu, sentenza *Rivière contro Francia*, 11 luglio 2006, rif. n. 33834/03, p. 62), sicché la mancanza di cure mediche appropriate e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni inadeguate possono in linea di principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3 (Corte Edu, sentenza *İlhan contro Turchia*, 10 febbraio 2004, rif. n. 22277/93, p. 87 e Corte Edu, sentenza *Papon contro Francia*, 7 giugno 2001, rif. n. 64666/01); che la Corte, nell'esaminare la compatibilità del mantenimento in stato detentivo di un ricorrente con uno stato di salute preoccupante, deve tenere conto di questi tre elementi in particolare: a) le condizioni del detenuto; b) la qualità delle cure dispensate; c) l'opportunità di mantenere lo stato detentivo alla luce delle condizioni di salute del ricorrente (Corte Edu, sentenza *Farbtuhs contro Lettonia*, 2 dicembre 2004, rif. n. 4672/02, p. 53).

⁴⁷³ Corte Edu, sentenza *Salvatore Riina contro Italia*, cit., p. 22.

diritto alla vita⁴⁷⁴, della tutela della dignità umana⁴⁷⁵, del diritto al rispetto della vita privata e familiare⁴⁷⁶ e del domicilio⁴⁷⁷.

L'attenzione della Corte Edu alle ipotesi di incompatibilità della detenzione rispetto a un quadro clinico del detenuto fortemente compromesso si è sviluppata a partire dalla sentenza *Scoppola contro Italia* del 10 giugno 2008⁴⁷⁸, per affinarsi nel corso degli ultimi anni con importanti pronunce di condanna⁴⁷⁹ ed assestarsi definitivamente nella sentenza *Contrada contro Italia* dell'11 febbraio 2014⁴⁸⁰.

Tanto premesso, ciò che in tale contesto interessa è l'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha dato con riguardo alla più generale questione della qualificazione di trattamento inumano e degradante a seguito del mancato tempestivo intervento delle autorità competenti sulla diagnosi, sull'assistenza e sulla cura dello stato di salute del detenuto.

La Corte Edu ha enunciato in modo analitico gli obblighi che incombono sugli Stati in materia di assistenza e cura medica dei detenuti⁴⁸¹, ovverosia il dovere di verificare che lo stato di salute del prigioniero sia compatibile con la detenzione. Sicché, se non può certamente dedursi dalla Convenzione un generico dovere di rimettere in libertà, ovvero di garantire un ricovero in una struttura ospedaliera esterna, a ogni detenuto che necessiti di particolari cure mediche, tuttavia, a parere dei Giudici di Strasburgo, l'art. 3 Cedu impone in ogni caso allo Stato di tutelare l'integrità fisica delle persone private della libertà e può comportare, in condizioni di incompatibilità con la detenzione, persino l'obbligo di scarcerazione. Lo Stato ha poi il dovere di provvedere a somministrare cure mediche necessarie e di adattare, in caso di bisogno, le condizioni di detenzione alle esigenze specifiche legate allo stato di salute del detenuto.

La Corte, in definitiva, ha individuato un nucleo di tutela del diritto alla salute del detenuto in riferimento all'art. 3 Cedu ed è giunta a qualificare come trattamento inumano e degradante solamente quelle ipotesi in cui, di fronte a un preciso quadro clinico del prigioniero affetto da una grave patologia, le autorità competenti avessero omesso di apprestare le cure mediche adeguate e necessarie compromettendo in tal modo la sua salute.

⁴⁷⁴ Corte Edu, sentenza *Slimani contro Francia*, 27 luglio 2004.

⁴⁷⁵ Corte Edu, sentenza *N. contro Regno Unito*, 27 maggio 2008, rif. n. 26565/05.

⁴⁷⁶ Corte Edu, sentenza *Pretty contro Regno Unito*, 29 aprile 2002, rif. n. 2346/02.

⁴⁷⁷ Corte Edu, sentenza *Moreno Gomez contro Spagna*, 16 novembre 2004, rif. n. 4143/02.

⁴⁷⁸ Corte Edu, sentenza *Scoppola contro Italia*, cit.

⁴⁷⁹ Corte Edu, sentenza *Enea contro Italia*, 17 settembre 2009, rif. n. 74912/01; Corte Edu, sentenza *Caradamiani contro Italia*, 7 febbraio 2012, rif. n. 2447/05; Corte Edu, sentenza *Scoppola contro Italia*, cit. Per un approfondimento si veda M. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, cit., pp. 158-172.

⁴⁸⁰ Corte Edu, sentenza *Contrada contro Italia*, cit.

⁴⁸¹ Corte Edu, sentenza *Xiros contro Grecia*, cit.

Anche con riguardo al requisito della pericolosità, appare opportuno rammentare che, a far data dal caso esaminato nella sentenza *Enea contro Italia* del 17 settembre 2009⁴⁸², la Corte di Strasburgo non ha ritenuto di riscontrare una violazione dell'art. 3 Cedu – e segnatamente l'incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto affetto da tetraplegia rispetto al regime detentivo *ex art. 41 bis* ord. penit. – considerando preponderante, ai fini della valutazione, l'appartenenza del soggetto a un'organizzazione criminale e, al contempo, la circostanza che le autorità competenti avevano correttamente adempiuto ai loro doveri di assistenza e di cura del detenuto, sia in fase di diagnosi sia in fase di trattamento delle gravi patologie di cui era affetto⁴⁸³.

Orbene sembra però che, a partire dal caso *Contrada contro Italia*⁴⁸⁴, la Corte Edu abbia dato un nuovo assetto di principi fino a quel momento di consolidata applicazione. È stato infatti affermato che il requisito della pericolosità sociale del detenuto, in relazione alla sua appartenenza a organizzazioni criminali, non può rappresentare più un argomento ostativo e che costituisce trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu l'ipotesi di incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto rispetto a uno stato di detenzione in carcere prolungato nel tempo.

Pare quindi che la Corte abbia ridimensionato il requisito della pericolosità⁴⁸⁵.

6.2.3. Il caso “Provenzano” e il riconoscimento parziale della violazione dell'art. 3 Cedu

Diversamente, con la sentenza *Provenzano contro Italia* del 25 settembre 2018⁴⁸⁶, la Corte Edu ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, con riferimento al provvedimento di proroga del regime di cui all'art. 41 bis, ord. penit., emesso nei confronti di un altro esponente di spicco di “Cosa Nostra”, Bernardo Provenzano, il 23 marzo 2016, qualche mese prima della sua morte, avvenuta il 13 luglio 2016.

La Corte Edu, accogliendo solo parzialmente una delle doglianze formulate dal ricorrente, ha motivato la riconosciuta violazione del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti facendo riferimento alla insufficiente valutazione, nel provvedimento di proroga, del deterioramento delle funzioni cognitive del detenuto.

Non è stata, invece, rinvenuta alcuna violazione dell'art. 3, né rispetto alla precedente proroga del regime differenziato – pur avvenuta in presenza di un deterioramento delle

⁴⁸² Corte Edu, sentenza *Enea contro Italia*, cit.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ Corte Edu, sentenza *Contrada contro Italia*, cit.

⁴⁸⁵ Viene infatti imposta al giudice la valutazione – unitamente al presupposto della pericolosità – della sussistenza di uno stato di salute del soggetto fortemente deficitario e compromesso da gravi patologie, della produzione di documentazione medico-sanitaria del quadro clinico del detenuto quale fonte di prova dell'incompatibilità oggettiva e soggettiva del detenuto rispetto alla sua permanenza in carcere, dell'assenza di motivi ostativi alla concessione di misure alternative alla detenzione in carcere quali – appunto – la pericolosità sociale del soggetto.

⁴⁸⁶ Corte Edu, sentenza *Provenzano contro Italia*, cit.

condizioni cognitive, in quel caso però, ad avviso della Corte, prese adeguatamente in considerazione –, né con riferimento alla lamentata incompatibilità tra il regime di cui all’art. 41 *bis*, ord. penit., e le condizioni di salute del ricorrente, né rispetto alle doglianze inerenti all’inadeguatezza delle cure ricevute⁴⁸⁷.

Il ricorrente, per mezzo del figlio, nominato suo amministratore di sostegno, si rivolgeva, esauriti i rimedi interni, alla *Corte europea dei diritti dell'uomo* sostenendo la violazione dell’art. 3 Cedu sotto due profili: da un lato, quello inerente allo stato di detenzione rispetto al quale lamentava sia l’incompatibilità della detenzione con le sue condizioni di salute, sia l’inadeguatezza delle cure ricevute e, dall’altro, quello concernente la perdurante sottoposizione al regime di cui all’art. 41 *bis*, ord. penit., ritenuta non più giustificata, in ragione del significativo deterioramento delle sue funzioni cognitive.

Quanto allo stato di detenzione, la Corte Edu ricorda che all’art. 3 Cedu è riconducibile il dovere dello Stato di assicurare che la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente garantiti⁴⁸⁸. Affinché un trattamento possa essere ritenuto adeguato, oltre alla possibilità di sottoporre il detenuto a visite mediche, è necessario pervenire a diagnosi ed effettuare cure appropriate e tempestive, nell’ambito di un trattamento personalizzato, di cui deve essere tenuta adeguata documentazione. Tanto premesso, la Corte Edu non ha ritenuto sussistente la violazione dell’art. 3 Cedu, valutando come adeguate le cure mediche garantite a Provenzano⁴⁸⁹.

Con riferimento alla sottoposizione al 41 *bis* ord. penit., la Corte Edu ha riscontrato una violazione dell’art. 3 Cedu, limitatamente alla proroga disposta con decreto ministeriale del 23 marzo 2016, in ragione della sostanziale assenza di un’aggiornata rivalutazione delle ulteriormente peggiorate condizioni cognitive del ricorrente.

Per la Corte Edu, «sottoporre un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive, imposte discrezionalmente, senza fornire sufficienti e rilevanti ragioni basate su una valutazione individualizzata di necessità, minerebbe la sua dignità umana e integrerebbe una violazione del diritto sancito dall’articolo 3 Cedu»⁴⁹⁰.

Tanto premesso, rispetto alla proroga del 26 marzo 2014, la Corte Edu ha ritenuto che, sebbene il decreto non avesse dedicato particolare attenzione all’esame del deterioramento delle

⁴⁸⁷ Le preoccupanti condizioni di salute del detenuto sono state poste a fondamento di istanze di revoca del 41 *bis* ord. penit. avverso i decreti ministeriali di proroga del regime differenziatore di rinvio dell’esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

⁴⁸⁸ Corte Edu, sentenza *Provenzano contro Italia*, cit., p. 100.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp. 116 ss.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 152.

condizioni cognitive del detenuto, nella pronuncia del Tribunale di Sorveglianza sul reclamo proposto, è comunque riscontrabile un ampio esame della documentazione medica in forza della quale il Tribunale ha raggiunto una motivata conclusione sull'impossibilità di escludere la capacità per il ricorrente di comunicare con l'esterno.

Rispetto alla proroga del 23 marzo 2016, invece, la Corte Edu è pervenuta a una conclusione opposta: il provvedimento ministeriale non ha preso adeguatamente in considerazione l'ulteriore peggioramento delle condizioni cognitive del ricorrente e per questo viola l'art. 3 Cedu. Infatti, per i Giudici di Strasburgo, «la gravità della situazione avrebbe richiesto non solo una più dettagliata e attenta motivazione delle ragioni in favore della proroga, ma anche la necessaria valorizzazione del progressivo deterioramento delle funzioni cognitive del ricorrente»⁴⁹¹.

La ragione della violazione dell'art. 3 Cedu, dunque, risiede nel non aver dimostrato, nel provvedimento ministeriale, che il ricorrente, «nonostante lo stato di deterioramento psichico, sarebbe stato in grado di comunicare con l'associazione, qualora fosse stato collocato in regime ordinario»⁴⁹². La Corte Edu, dunque, collega la contrarietà all'art. 3 della Convenzione alla carenza di un'attenta considerazione del peggioramento delle condizioni cognitive del detenuto, nell'ambito delle valutazioni inerenti alla sussistenza delle finalità preventive che, ai sensi dell'art. 41 bis ord. penit., devono giustificare l'applicazione del regime differenziato.

Infine, pare interessante evidenziare come un simile ragionamento, fondato sulla necessità di una valutazione attuale e in concreto della pericolosità del detenuto, sia stato posto a fondamento, unitamente ad altre considerazioni, della pronuncia della Cassazione nel caso Riina, sopra menzionata.

6.3. Ergastolo

Altro ambito di discussione è quello della conciliabilità tra la previsione di una pena perpetua e le disposizioni di cui agli artt. 27, Cost., comma 3, e 3 Cedu: la perpetuità della pena potrebbe, invero, collidere sia con la finalità rieducativa che la nostra Carta costituzionale eleva a fine principale della pena, sia rappresentare un trattamento quanto meno degradante commesso nei confronti del detenuto.

Per ciò che concerne la giurisprudenza interna, prima di approdare a una soluzione sulla questione relativa alla compatibilità della previsione dell'ergastolo con i principi costituzionali, la Consulta ha dapprima dovuto risolvere una diversa problematica ad essa preliminare, riguardante

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 156.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 1.

l'individuazione della finalità della pena. Per la prima volta, con la sentenza n. 204 del 1974, la Corte costituzionale ha menzionato il diritto alla rieducazione riconoscendo l'esistenza del «diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»⁴⁹³. Una più marcata accoglienza dell'ideale rieducativo, pur restando nel terreno della teoria polifunzionale, è avvenuta a opera della sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 1989⁴⁹⁴.

Solo con la sentenza n. 313 del 26 giugno 1990 è stato però abbandonato l'orientamento volto a intendere la funzione rieducativa come mero attributo proprio della sola fase finale del trattamento penitenziario⁴⁹⁵ e si è affermato esplicitamente che essa «indica [...] proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁴⁹⁶.

La successiva giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di consolidare e rinvigorire gli innovativi principi in materia penale elaborati dalla Corte nel 1990. Si è così inaugurato un orientamento volto a potenziare il divieto di trattamenti inumani e il connotato rieducativo della vicenda sanzionatoria. Abbracciando una lettura congiunta degli articoli 3 e 27 della Carta fondamentale, si è inteso concepire la pena in un'ottica umana⁴⁹⁷, «quale strumento capace di favorire il reinserimento del condannato nella società»⁴⁹⁸.

Da queste premesse, la Corte costituzionale ha tratto le sue conclusioni in merito alla compatibilità dell'ergastolo con la funzione rieducativa della pena e, ognualvolta interpellata, ha salvato l'istituto, sebbene con motivazioni che hanno spesso sollevato critiche in dottrina. In

⁴⁹³ Corte cost., sentenza n. 204 del 27 giugno 1974, in www.giurcost.it. Questa prima apertura è avvenuta in un contesto impenniato sulla concezione polifunzionale della pena, come confermato dalla sentenza n. 264 del novembre di quello stesso anno, nella quale si afferma che «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile» e si precisa che «dissuasione, prevenzione, difesa sociale siano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena».

⁴⁹⁴ Corte cost., sentenza n. 264 del 1974, in www.giurcost.org. In essa, da un lato, si ribadisce che «non è consentito stabilire a priori, [...] (neppure a favore della finalità rieducativa)» una gerarchia tra i vari scopi della pena, ai quali è invece assicurata differente prevalenza in considerazione delle «varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o [...] [dei] diversi istituti di volta in volta considerati»; dall'altro, si sancisce che la finalità rieducativa deve prevalere su ogni altra nell'ipotesi in cui «l'esame della personalità del reo e il conseguente giudizio prognostico sulla sua "futura" vita nella società impongano [...] di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa».

⁴⁹⁵ D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, su www.archiviopenale.it, Archivio Penale, 1/2015.

⁴⁹⁶ Corte cost., sentenza n. 313 del 1990, in www.giurcost.org.

⁴⁹⁷ E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo: Aspetti costituzionali in Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 65–77.

⁴⁹⁸ I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in www.rivistaaic.it, Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2/2014.

particolare, già con la sentenza n. 264 del 21 novembre 1974 la Consulta ha rigettato la questione di legittimità prospettatale, giudicandola non fondata in base a due presupposti. In primo luogo, ha ritenuto che il riadattamento sociale del detenuto, peraltro non sempre possibile, non sia l'unica «funzione (e fine) della pena»⁴⁹⁹ dal momento che «dissuasione, prevenzione, difesa sociale [...] [sono], non meno della sperata emenda, alla radice»⁵⁰⁰ della stessa, e ciò «a prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili»⁵⁰¹.

Inoltre, per escludere l'illegittimità dell'ergastolo, la Corte costituzionale ha fatto leva sulla liberazione condizionale *ex art.* 176 c.p., istituto che la legge n. 16 del 1962 aveva esteso anche ai condannati alla pena perpetua. Ne conseguiva dunque – secondo la sentenza – che tale beneficio sarebbe stato concesso «in base ad una decisione dell'autorità giudiziaria (cui l'interessato avrà diritto di rivolgersi) che con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale accerterà se il condannato abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento»⁵⁰².

Degna di nota è anche la sentenza n. 274 del 21 settembre 1983, la quale – secondo la dottrina⁵⁰³ – condivide con la precedente pronuncia del 1974 quello stesso imbarazzo dovuto all'orientamento secondo il quale deve essere fatta salva la compatibilità della pena perpetua con la Legge fondamentale solo grazie alla presenza di istituti che consentano al detenuto di recuperare un giorno la propria libertà. In altre parole, nella decisione del 1983 (come d'altronde in quella del 1974) «è la stessa Corte Costituzionale che ha dovuto ammettere l'incompatibilità dell'ergastolo con la finalità [...] della rieducazione del reo. Ma lo ha fatto nella medesima sentenza con la quale [...] ne ha ribadito la costituzionalità»⁵⁰⁴: costituzionalità possibile solo grazie alla possibilità di applicare – *in primis* – l'istituto della liberazione condizionale.

Con la sentenza n. 168 del 28 aprile 1994, la Corte costituzionale ha però sancito l'inapplicabilità dell'ergastolo ai minorenni. In questa pronuncia la Corte ha, da una parte, ribadito quanto già espresso precedentemente, confermando il suo granitico orientamento (quanto meno con riferimento a persone maggiorenni), ritenendo che la presenza dei benefici di ordinamento penitenziario garantivano il rispetto del finalismo rieducativo di cui all'articolo 27, comma 3, Cost. D'altra parte, però, alla luce dell'*art.* 31, comma 2, Cost, la Corte ha ritenuto in precipuo riferimento

⁴⁹⁹ Corte cost., sent. n. 264 del 1974, cit.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ *Ibidem*. Come si è già evidenziato, è questo un rilevante indicatore della teoria polifunzionale della pena sposata dalla giurisprudenza dell'epoca.

⁵⁰² Corte cost, sentenza n. 264 del 22 novembre 1974, cit.

⁵⁰³ G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015, p. 7.

⁵⁰⁴ L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, pp. 79–87.

ai minori, una diversificazione del trattamento punitivo che attribuisca alla pena, «proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale»⁵⁰⁵. La Corte, riconoscendo che tale finalità «per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente»⁵⁰⁶, ha considerato fondata la questione di legittimità prospettata e ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 17 e 22 c.p. – e, in via consequenziale, degli articoli 69 e 73, comma 2, c.p. – per contrasto con l'articolo 31, comma 2, Cost., in relazione all'articolo 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non escludevano il minore dalla previsione, sia pure astratta, della pena perpetua.

La pena diviene così strumento di ausilio offerto al reo; ed è esattamente questa tensione verso la rieducazione a porre lo Stato in una situazione di superiorità morale, grazie alla quale è legittimato a punire chi ha delinquito⁵⁰⁷.

Per comprendere quanto complesso e attuale sia il dibattito sulla pena perpetua non solo a livello locale, ma anche in ambito europeo, basti considerare che tale problematica è stata ritenuta «la più importante questione penalistica nella agenda europea di oggi»⁵⁰⁸.

La ricostruzione della giurisprudenza della Corte Edu in tema di ergastolo prende le mosse dal caso *Kafkaris contro Cipro*⁵⁰⁹. Oggetto di discussione era la compatibilità tra il carcere a vita e il divieto di pena disumana o degradante di cui all'art. 3 della Convenzione. La Corte, nella sentenza in analisi, ha stabilito che la pena dell'ergastolo non costituisce di per sé un trattamento inumano o degradante. Ciò nonostante ha precisato che la sanzione non deve avere un carattere manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità dei fatti compiuti; la protrazione dello stato di detenzione deve essere giustificata in relazione ai fini legittimi della pena stessa; la sanzione deve essere *de facto* e *de jure* riducibile⁵¹⁰.

Di recente, i Giudici di Strasburgo sono tornati sull'argomento con la sentenza *Vinter contro Regno Unito*⁵¹¹, con cui la Corte Edu ha conferito alla funzione rieducativa della pena un ruolo di limite alle altre funzioni, in particolare a quella retributiva. L'aspetto principale della sentenza in esame consiste nel riconoscimento del valore centrale della dignità umana all'interno della funzione

⁵⁰⁵ Corte cost., sent. n. 168 del 1994, cit.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1989, p. 340.

⁵⁰⁸ P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life imprisonment and the European right to hope*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015, p. 1.

⁵⁰⁹ Corte Edu, sentenza *Kafkaris contro Cipro*, 12 febbraio 2008, rif. n. 66069/09, pp. 95-99.

⁵¹⁰ Corte Edu, sentenza *Ramirez Sanchez contro Francia*, 4 luglio 2006, rif. n. 59450/00; si veda anche Corte Edu, sentenza *Popov contro Russia*, 13 luglio 2006, rif. n. 26853/04, p. 208.

⁵¹¹ Corte Edu, sentenza *Vinter e a. contro Regno Unito*, 9 luglio 2013, rif. n. 66069/09, pp. 108-110

retributiva della pena. La valorizzazione di tale principio ha comportato una doppia conseguenza: da una parte ha permesso di riconoscere il diritto a sperare in una futura liberazione fin dal momento dell’infilzione della sanzione penale⁵¹². Dall’altra, trascorso un certo lasso di tempo, il carattere retributivo della pena o le esigenze della prevenzione generale non sono più sufficienti, di per sé, per giustificare il permanere della detenzione⁵¹³.

6.3.1. L’ergastolo ostantivo

Si è detto di come la possibilità di concedere la liberazione condizionale ai condannati all’ergastolo abbia reso compatibile con il quadro costituzionale la pena perpetua contemplata dall’art. 22 c.p., consentendo un effettivo reinserimento sociale di tali soggetti nel consorzio civile⁵¹⁴. Inoltre la perpetuità dell’ergastolo è venuta ad attenuarsi grazie alla l. 663/1986 di riforma del sistema penitenziario e all’intervento della Corte costituzionale⁵¹⁵.

La sentenza 135/2003 della Corte costituzionale si inserisce nel contesto delle preclusioni predisposte dall’art. 4-bis ord. penit. e incide sul delicato aspetto dei rapporti tra liberazione condizionale, prevista dall’art. 176 c.p. e la pena dell’ergastolo⁵¹⁶.

In particolare oggetto della pronuncia è l’istituto dell’ergastolo ostantivo, ossia quel peculiare regime previsto nell’ipotesi in cui l’individuo sia condannato all’ergastolo per uno dei gravi delitti di cui all’art. 4-bis ord.penit. (tra i quali figura quello di associazione di tipo

⁵¹² *Ibidem*, p. 122.

⁵¹³ Nel caso di specie, tuttavia, la Corte Edu ha considerato che l’assenza di un percorso di risocializzazione da parte del detenuto, associato a un elevato tasso di pericolosità, giustificava un rifiuto della modificazione della pena e dunque una conferma della misura detentiva a vita. Si veda anche, tra le tante, la recente decisione della Corte costituzionale n. 149 del 21 giugno 2018, la quale getta uno sguardo sulla *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, evidenziando – in assenza nella Cedu di un equivalente del principio della rieducazione del condannato ex art. 27 comma 3 Cost. – il nesso inscindibile che intercorre tra dignità della persona e risocializzazione del condannato: un nesso per effetto del quale la Corte di Strasburgo ha dato, e continua a dare, significativi contributi all’evoluzione della legislazione penale degli Stati membri del Consiglio d’Europa anche in tema di pena detentiva a vita, dalla quale la Corte pretende – in primo luogo – che sia «riducibile, ossia sottoposta a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l’esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione» (Corte Edu, sentenza *Vinter contro Regno Unito*, cit.). Si richiama E. FASSONE, *Fine pena ora*, Sellerio Editore, Palermo, 2015, pp. 194 ss.

⁵¹⁴ Corte cost. 24 giugno 1974, n. 264.

⁵¹⁵ Corte cost. 21 settembre 1983, n. 274, che ha esteso al condannato all’ergastolo la possibilità di beneficiare della liberazione anticipata di cui all’art. 54 ord. penit.

⁵¹⁶ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135. Nella sentenza del 2003, viene sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze questione di legittimità costituzionale sulla base del fatto che la preclusione contenuta nell’art. 4-bis ord. penit., negando all’ergastolano non collaborante con la giustizia l’accesso alla liberazione condizionale, renderebbe in concreto perpetua la sanzione penale, con conseguente possibile violazione del principio rieducativo scolpito nell’art. 27, comma 3, Cost. poiché al soggetto condannato non rimane alcuna prospettiva di decarcerizzazione e di effettivo reinserimento sociale.

mafioso *ex art. 416-bis c.p.*) e non collabori con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord.penit.⁵¹⁷, precludendosi così la possibilità di fruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario.

La Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ha rigettato la questione di legittimità ritenendo non contrastante con la Costituzione l'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui rende necessario il requisito della collaborazione con la giustizia ai fini della concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo. Secondo i Giudici delle leggi la preclusione prevista dall'art. 4- *bis* ord. penit. non è assoluta e permanente poiché al condannato all'ergastolo è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta, collaborando, con conseguente cessazione del carattere effettivamente perpetuo dell'ergastolo senza liberazione condizionale.

La Corte costituzionale, con questa sentenza, conferma i precedenti orientamenti in materia di liberazione condizionale, all'interno dei quali centrale è la collaborazione “oggettivamente esigibile” in un'ottica di reinserimento sociale del reo.

Fino a quando il carattere effettivamente perpetuo dell'ergastolo sarà conseguenza di un comportamento del condannato che, pur trovandosi nella possibilità di poter aiutare gli organi inquirenti con il fine di accertare fatti e nuove responsabilità penali, decida di non venir meno al sodalizio criminoso, non potrà ritenersi violato il principio rieducativo della pena poiché permane la possibilità di una successiva modifica della condotta del reo.

La decisione della Corte costituzionale è stata oggetto di critiche da parte della dottrina⁵¹⁸: da un lato si contesta l'automatismo imposto dall'art. 4- *bis* ord. penit. per il quale la non collaborazione è sintomo di collegamento attivo con l'associazione criminale, dall'altro lato ci si interroga se l'esecuzione di una pena realmente perpetua, senza nessuna possibilità di accedere ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, non si configuri come una pena o in un trattamento contrario al senso di umanità contrastando con la Costituzione e numerose convenzioni internazionali, tra cui la Cedu.

Il profilo problematico emergente sarebbe la troppa rigidità del sistema che tende a considerare “rieducato” il solo condannato che collabora, senza tener conto dell'effettivo percorso rieducativo svolto e dei motivi per cui non è sempre facile collaborare, come a causa del timore del condannato di subire gravi ritorsioni ai danni dei suoi familiari.

⁵¹⁷ Quest'ultima disposizione, in particolare, definisce quali persone che collaborano con la giustizia coloro che «anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati».

⁵¹⁸ Tra i molti, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, su *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018; F. FIORENTIN, *L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo*, su *Diritti penale contemporaneo*, 14 marzo 2018; A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, su *Diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2016.

In ogni caso, poi, anche laddove non possa rinvenirsi un contrasto con il principio della rieducazione, l'ergastolo ostativo, in quanto pena necessariamente perpetua, si porrebbe in contrasto - ad avviso di questa dottrina - con un altro principio fondamentale, ossia quello del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti.

6.3.2. *La giurisprudenza sembra avere mutato il proprio orientamento sull'ergastolo ostativo*

Recentemente, il 13 giugno 2019, la *Corte europea dei diritti dell'uomo* si è pronunciata sulla compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo, censurando la sua attuale fisionomia per contrasto con il principio della dignità umana⁵¹⁹.

Nella specie, il ricorrente decideva di rivolgersi alla *Corte europea dei diritti dell'uomo* sostenendo che il sistema che pone l'ergastolano di fronte alla scelta di decidere di collaborare, rinunciando però alla propria convinzione di essere innocente (e accettando il rischio di mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari) oppure di non collaborare, così di fatto rinunciando ad ogni possibilità di accedere alla liberazione condizionale, è lesivo dell'art. 3 Cedu.

L'impossibilità di accedere, *de facto*, alla liberazione condizionale frustra poi, a parere del ricorrente, il suo percorso di risocializzazione e reinserimento, così ponendosi in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu.

La Corte Edu ha accolto le istanze del ricorrente affermando che le concrete possibilità di liberazione attualmente a disposizione di un ergastolano ostativo sono eccessivamente limitate, sì che la pena perpetua non può essere considerata, di fatto, "riducibile" ai sensi dell'art. 3 Cedu, con conseguente violazione del principio della dignità umana.

Nell'ipotesi in cui l'ergastolano sia condannato per uno dei gravi delitti di cui all'art. 4-*bis* ord.penit. (tra i quali figura quello di associazione di tipo mafioso *ex art. 416-bis c.p.*) e non collabori con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord.penit.⁵²⁰, è a lui preclusa la possibilità di accedere ad una serie di benefici penitenziari, quali il lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione e, ai sensi della l. 203/1991, la liberazione condizionale. In tali casi, dunque, la mancata collaborazione con la giustizia genera una presunzione assoluta di

⁵¹⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *Viola contro Italia*, 13 giugno 2019, rif. n. 77633/16. Si veda anche G. PICARO, *La Corte E.D.U. dichiara l'ergastolo ostateivo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza "Viola"*, su *Archivio Penale*, fascicolo 2/2019.

⁵²⁰ Quest'ultima disposizione, in particolare, definisce quali persone che collaborano con la giustizia coloro che «anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati».

permanenza dei legami con l'organizzazione criminale e dunque una presunzione assoluta di pericolosità sociale.

Fanno eccezione a tale regola le due ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante di cui all'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord.penit., e cioè i casi in cui: i fatti e le responsabilità sono già stati accertati così rendendo «comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia» (*collaborazione impossibile*); il condannato non sia in grado di rivelare informazioni rilevanti, in ragione «della limitata partecipazione al fatto criminoso» (*collaborazione irrilevante*). In tali casi, l'ergastolano può accedere ai benefici penitenziari di cui sopra anche in assenza di collaborazione con la giustizia, purché «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata [...]»⁵²¹.

La Corte Edu richiama in primo luogo i principi elaborati nella già richiamata sentenza *Vinter e Hutchinson contro Regno Unito* secondo i quali il sistema di tutela dei diritti creato dalla Convenzione non osta, di per sé, all'applicazione di una pena perpetua là dove siano commessi gravi delitti. Tuttavia, affinché sia rispettato il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 Cedu, è necessario che tale pena sia riducibile *de iure* e *de facto*, vale a dire è necessario che l'ordinamento assicuri un meccanismo di revisione della condanna alla pena perpetua che offre al condannato, decorso un certo periodo di detenzione, concrete possibilità di liberazione.

La Corte Edu ritiene che l'art. 4-*bis* ord.penit. non precluda in maniera assoluta e con effetto automatico la possibilità per l'ergastolano di accedere alla liberazione condizionale, pur subordinando tale possibilità alla scelta di collaborare con la giustizia.

Tuttavia, la Corte osserva che la scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia non è sempre dettata da una permanente adesione ai “valori criminali”, ma piuttosto dalla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari a seguito della collaborazione. Proprio per tale motivo, a parere dei giudici di Strasburgo, la scelta del detenuto di collaborare o non collaborare non può essere intesa come libera e volontaria. Inoltre – prosegue la Corte Edu – non va trascurata l'ipotesi di una collaborazione con la giustizia determinata da finalità meramente opportunistiche: in tali casi, la scelta di collaborare non corrisponde a una effettiva rivisitazione critica della propria condotta criminale o ad un'effettiva interruzione dei contatti con l'associazione mafiosa.

La Corte evidenzia poi come l'equiparazione operata dalla normativa italiana tra la mancata collaborazione con la giustizia e la presunzione assoluta di pericolosità del condannato

⁵²¹ Art. 58-*ter*, ord. penit.

finisce, di fatto, con il parametrare la pericolosità del soggetto esclusivamente al momento della commissione del fatto, senza tenere in alcuna considerazione l’eventuale percorso di reinserimento e gli eventuali progressi compiuti durante la fase dell’esecuzione della pena.

Le legittime esigenze di tutela della collettività e di prevenzione generale perseguitate dal legislatore italiano – particolarmente pressanti dinanzi alla gravità del fenomeno mafioso – non possono giustificare deroghe all’art. 3 Cedu.

Pur non trattandosi di una sentenza pilota, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato l’esistenza di un problema strutturale dell’ordinamento giuridico italiano⁵²². E proprio per tali motivi è necessario, a parere della Corte Edu, che l’ordinamento italiano adotti (preferibilmente per via legislativa) una riforma dell’ergastolo ostativo, che garantisca ai detenuti una concreta e reale possibilità di riesame della sentenza di condanna e di ottenere la liberazione, anche in assenza di collaborazione con la giustizia. Una tale riforma dovrà consentire, in particolare, all’autorità giudiziaria di valutare caso per caso se, nel corso del trattamento rieducativo, il detenuto abbia compiuto quei progressi, soprattutto in punto di rivisitazione critica della propria condotta criminosa, che non rendono più necessario il mantenimento del regime detentivo.

Compito dello Stato dovrà essere quello di prevedere uno strumento che consenta al detenuto di fornire la prova della propria dissociazione anche attraverso condotte diverse rispetto a quelle di collaborazione con la giustizia.

Il Governo si è opposto alla decisione, ma la Grande Camera ha rigettato il ricorso, confermando la decisione della Corte.

Con la sentenza della *Grande Chambre* della Corte Europea che ha ritenuto definitivamente incompatibile con i diritti fondamentali dell’uomo l’istituto italiano dell’ergastolo ostativo, che vieta permessi e sconti di pena (anche) per i mafiosi che non collaborino con la giustizia, viene di fatto cancellato il “fine pena mai” di cui all’art. 4 bis dell’ordinamento penitenziario, per contrasto con l’art. 3 Cedu, che vieta il trattamento inumano e degradante dei carcerati.

La sentenza genera molte perplessità.

La prima è culturale.

I giudici di Strasburgo hanno deciso sulla base della piena consapevolezza delle peculiarità del fenomeno mafioso?

La mafia, ammoniva Falcone, è molto più di un crimine, è un’appartenenza, uno *status* sociale, un *habitus* mentale, un cancro dell’anima. «Un mafioso resta mafioso fin quando non

⁵²² Per una panoramica sulle possibili soluzioni prospettate in dottrina si rimanda a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

muore o non decide di collaborare». Il pentimento interiore, non confortato dalla dissociazione tangibile, rischia di essere solo una straordinaria utopia.

Sembra troppo facile nascondersi dietro la scelta di non collaborare per il timore di ritorsioni alla propria persona o nei confronti dei propri cari e famigliari. Esistono infatti idonei programmi di protezione che lo Stato predispone per tutelare i collaboratori di giustizia e le loro famiglie.

La seconda perplessità è giuridica.

E in particolare: a chi compete fissare il punto di equilibrio tra diritti del singolo e sicurezza collettiva e, quindi, la sintesi tra legittima voglia di futuro del detenuto ed efficacia della lotta al crimine organizzato? È una scelta che spetta agli organismi sovranazionali o alla legge autonoma dello Stato? Fino a che punto l'adesione al consesso europeo ha implicato la limitazione della nostra sovranità su questioni nevralgiche che riguardano da vicino il nostro futuro e i nostri destini?

Sulla scia della decisione dei giudici sovranazionali, anche la Corte costituzionale, nuovamente investita sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 *bis*, comma 1, dell'Ordinamento penitenziario là dove impedisce che per i reati in esso indicati siano concessi permessi premio ai condannati che non collaborano con la giustizia, si è espressa dichiarandone l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo⁵²³.

In questo caso, la Corte ha sottratto la concessione del solo permesso premio alla generale applicazione del meccanismo “ostativo” (secondo cui i condannati per i reati previsti dall'articolo 4 *bis* ord. penit. che dopo la condanna non collaborano con la giustizia non possono accedere ai benefici previsti dall'Ordinamento penitenziario per la generalità dei detenuti). In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di “pericolosità sociale” del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa e quindi può essere superata dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni del carcere nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Bisognerà attendere le motivazioni della decisione per capire meglio le ragioni della pronuncia.

⁵²³ Ufficio stampa della Corte costituzionale, Comunicato del 23 ottobre 2019.

Al momento è possibile constatare il mutamento di opinione della Corte costituzionale sul tema dell’ergastolo ostativo e della sua conformità ai principi costituzionali. Solo nel 2003 la Corte aveva difeso l’istituto, sostenendo che la mancata collaborazione con la giustizia sia una scelta del condannato. Pochi giorni fa, però, il massimo tribunale italiano ha dichiarato l’ergastolo ostativo sancito dall’articolo 4 *bis* incostituzionale, e ha affermato che anche ai mafiosi che non collaborano possono essere concessi permessi premio.

Le decisioni delle Corti, nazionale e sovranazionale, sembrano convergere ed entrambe paiono sottovalutare l’importanza dell’ergastolo ostativo, che rappresenta uno strumento efficace per combattere le mafie. Non a caso «l’abolizione dell’ergastolo era uno dei punti del papello di richieste che Riina pretendeva dallo Stato per fermare le stragi»⁵²⁴.

7. Il divieto dell’uso sproporzionato della forza

Connesso con il tema delle tutele degli individui privati della libertà è l’obbligo di utilizzare la forza da parte della polizia in modo proporzionato alle esigenze del caso specifico.

L’art. 3 Cedu non proibisce l’uso della forza durante le operazioni di polizia, quando si rende necessario. Il principio è riscontrabile in molte sentenze della Corte di Strasburgo⁵²⁵.

La giurisprudenza della Corte Edu ha però evidenziato che il ricorso alla forza fisica, quando non è strettamente necessaria, lede la dignità umana ed è, in linea di principio, una violazione del diritto di cui all’art. 3 della Convenzione⁵²⁶. Dunque, per determinare se le condotte delle forze di polizia sono state tali da violare il minimo di gravità previsto dalla norma in analisi, e dunque attestarsi tra i comportamenti vietati, la Corte Edu ha fatto ricorso al principio di proporzionalità.

Per ciò che concerne l’ambito dell’uso della forza da parte delle forze dell’ordine, si deve dare atto che, anche in Italia, si sono registrati episodi di maltrattamenti nei confronti di coloro che si trovavano in condizioni di detenzione o comunque sotto l’autorità delle forze di polizia e che la Corte Edu ha qualificato come fatti integranti tortura.

⁵²⁴ P. GRASSO, commento sul *Il secolo XIX* dell’8 ottobre 2019.

⁵²⁵ Si veda ad esempio: Corte Edu, sentenza *Ivan Vasilev contro Bulgaria*, 12 aprile 2007, rif. n. 48130/99, p. 63; Corte Edu, sentenza *Kurnaz e a. contro Turchia*, 24 luglio 2007, rif. n. 36672/97, pp. 53-55; Corte Edu, sentenza *Staszewska contro Polonia*, 3 novembre 2009, rif. n. 100049/04, p. 53; Corte Edu, sentenza *Muradova contro Azerbaijan*, 2 aprile 2009, rif. n. 22684/05, p. 109.

⁵²⁶ Così, ad esempio, Corte Edu, sentenza *Rachwalski e Ferenc contro Polonia*, 28 luglio 2009, rif. n. 47709/99, p. 59; Corte Edu, sentenza *Kop contro Turchia*, 20 ottobre 2009, rif. n. 12728/05, p. 27.

7.1. I fatti di Genova

Più precisamente, già con la sentenza 7 aprile 2015, *Cestaro contro Italia*⁵²⁷ – che trae origine dal ricorso presentato da un cittadino italiano, sessantaduenne all’epoca dei fatti oggetto di dogliananza, gravemente ferito dalle forze di polizia a seguito dell’irruzione compiuta dalle stesse all’interno dei plessi scolastici “Diaz-Pertini” e “Diaz-Pascoli” di Genova – ha condannato l’Italia per la violazione dell’art. 3 Cedu.

A giudizio della Corte Edu, la polizia italiana, attraverso l’adozione di modalità operative non conformi all’ineludibile necessità di rispettare i valori protetti dall’art. 3 Cedu⁵²⁸, ha contravvenuto all’obbligo negativo, discendente dalla medesima previsione convenzionale, di evitare condotte lesive del diritto all’integrità personale. I Giudici hanno qualificato i maltrattamenti subiti dal ricorrente come contrari al senso di umanità e, in specie, come tortura⁵²⁹.

Il ricorrente lamentava, inoltre, la violazione del divieto di tortura *ex art. 3 Cedu* sul versante processuale. Infatti, il combinato disposto degli artt. 3 e 1 Cedu esige che, quando la polizia o altre autorità pubbliche sono accusate di avere posto in essere un trattamento contrario all’art. 3 Cedu, lo Stato ha il dovere di compiere un’indagine ufficiale ed effettiva⁵³⁰. L’indagine – da svolgere celermente⁵³¹ – deve condurre all’identificazione e alla punizione dei responsabili: è certo che forme di «quasi-impunità» sono incompatibili, in concreto, con l’«interdizione formale» delle pratiche di tortura⁵³². Le pene e le sanzioni disciplinari, così come il sistema giudiziario, debbono, poi, possedere un «effetto dissuasivo», strumentale alla prevenzione di condotte rilevanti ai sensi dell’art. 3 Cedu⁵³³. Dal canto loro, le autorità giudiziarie precedenti, e segnatamente gli organi investiti del giudizio, «non devono in alcun modo mostrare di lasciare impunite» tali condotte⁵³⁴. Conseguentemente, posto che il sistema convenzionale mira alla protezione di diritti «non teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi»⁵³⁵, le sanzioni penali per tali fatti devono essere coerenti con gli scopi di prevenzione: spetta alla Corte effettuare un controllo nel caso in cui le pene irrogate siano non proporzionate alla gravità dei fatti. Ancora, in tema di divieto di trattamenti contrari all’art. 3 Cedu inflitti da funzionari pubblici, l’azione penale non può subire gli effetti della prescrizione.

⁵²⁷ Corte Edu, sentenza *Cestaro contro Italia*, cit.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 189.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 190.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 204.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 205.

⁵³² *Ibidem*, p. 204.

⁵³³ *Ibidem*, p. 205.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 206.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 207.

La Corte Edu ha così valutato la legge italiana in vigore al tempo in cui sono occorsi i fatti di Genova inadeguata a tutelare i diritti fondamentali sanciti dall'art. 3 Cedu⁵³⁶. Per tale motivo essa aveva auspicato che l'ordinamento giuridico italiano si dotasse di strumenti idonei a punire in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura e di altri trattamenti inumani ai sensi dell'art. 3 Cedu, nonché idonei «a evitare che costoro possano beneficiare di norme in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo»⁵³⁷.

Successivamente, il 26 ottobre 2017, la prima sezione della *Corte europea dei diritti dell'uomo* ha pronunciato tre sentenze con le quali ha condannato nuovamente l'Italia per la violazione del divieto di tortura di cui all'art. 3 Cedu, sia sotto il profilo sostanziale sia procedurale. Con i casi *Azzolina ed altri contro Italia*⁵³⁸ e *Blair e altri contro Italia*⁵³⁹ sono stati portati a conoscenza della Corte Edu ulteriori abusi avvenuti nella caserma di Bolzaneto a margine del G8 di Genova nel 2001; mentre con il caso *Cirino e Renne contro Italia*⁵⁴⁰ i Giudici di Strasburgo sono stati chiamati vagliare alcuni episodi di maltrattamenti subiti da due detenuti nel carcere di Asti nel 2004.

In tutte le sentenze, dal punto di vista sostanziale, è stato accertato che gli atti di tortura sono stati perpetrati dalle forze dell'ordine in modo sistematico e organizzato nei confronti di soggetti privati della libertà personale. Sotto il profilo procedurale, i giudici hanno invece riscontrato che, nonostante lo sforzo compiuto dalle autorità giurisdizionali italiane per accettare i fatti e individuare i responsabili, da un lato la risposta dell'ordinamento penale è stata inadeguata in ragione dell'assenza, all'epoca dei fatti, del reato di tortura; dall'altro lato anche i giudizi disciplinari a carico dei responsabili non sono stati efficaci, o perché non sono state proprio adottate misure disciplinari o perché i procedimenti sono stati privi di effetto sospensivo.

7.2. *La morte di Aldrovandi*

Non solo la giurisprudenza sovranazionale, ma anche quella italiana ha apertamente qualificato alcuni episodi come tortura.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 225. La Corte Edu ha, inoltre, rammentato come, quando esigenze di ordine pubblico e di sicurezza richiedano che gli agenti di polizia siano mascherati e protetti da caschi, sia necessario dotarli di un numero d'identificazione, utile per mantenerne l'anonimato nel caso in cui fosse necessario raccogliere da loro informazioni nel corso di un'indagine.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 246.

⁵³⁸ Corte Edu, sentenza *Azzolina ed altri contro Italia*, 26 ottobre 2017, rif. n. 28923/09 e n. 67599/10.

⁵³⁹ Corte Edu, sentenza *Blair e altri contro Italia*, 26 ottobre 2017, rif. nn. 1442/14, 21319/14 e 21911/14.

⁵⁴⁰ Corte Edu, sentenza *Cirino e Renne contro Italia*, 26 ottobre 2017, rif. nn. 2539/13 e 4705/13. Nella vicenda in esame, le condotte vessatorie e reiterate nel tempo consistevano principalmente in violenze fisiche perpetrato a danno di detenuti che erano soggetti a continui pestaggi ad opera delle guardie carcerarie. A tali atti di violenza si aggiungevano le privazioni: del sonno, del cibo, dell'acqua – ber bere e per lavarsi –, dei vestiti e della compagnia di altre persone. Si veda J. M. RAMPONE, *Commento alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - Cirino e Renne contro Italia del 26 ottobre 2017 – Ricorsi nn. 2539/13 e 4705/13*, su *Diritti fondamentali*, 2018.

Ad esempio, il 25 settembre 2005, l’Italia è stata scossa dalla notizia della morte di Federico Aldrovandi, un ragazzo di 18 anni⁵⁴¹.

Il giovane era uscito con gli amici e aveva assunto una piccola quantità di stupefacenti. All’alba, mentre si avviava da solo a piedi verso casa, è stato fermato da quattro agenti di polizia ed è, in seguito, deceduto.

I poliziotti hanno sostenuto che al loro arrivo il giovane stava dando in escandescenze e sbatteva la testa contro i pali della luce, urlando frasi sconnesse. Sempre secondo loro, Federico Aldrovandi era salito sul cofano della volante e, nel tentativo di colpire con un calcio un agente, era caduto, procurandosi ulteriori lesioni. Per immobilizzare il giovane, poi, gli sono state applicate le manette e, durante la colluttazione, gli agenti hanno dovuto usare gli sfollagente, sia per parare i calci che il giovane continuava a tirare, sia per sbilanciarlo. Due sfollagente si sono rotti in corrispondenza dell’impugnatura.

I quattro agenti, la cui ricostruzione dell’accaduto è risultata inverosimile, sono stati condannati a tre anni e sei mesi di reclusione per eccesso colposo in omicidio colposo, in primo grado il 6 luglio 2009 e in appello il 10 giugno 2011. La sentenza è poi stata confermata dalla Corte di Cassazione.

È stato accertato che la morte del giovane ragazzo non era dovuta, secondo l’autopsia, a overdose, come sostenuto dalla difesa, bensì ad ipofissia-asfissia posturale; sul corpo del ragazzo erano presenti cinquantaquattro lesioni, minuziosamente descritte dai medici, il cui insieme appariva indiscutibilmente indicativo di uno scontro violento, prolungato, doloroso, di una serie continua di contatti violenti, effetto delle colluttazioni in cui Aldrovandi fu coinvolto⁵⁴².

7.3. *La morte di Cucchi*

Anche la morte di Stefano Cucchi è un caso di cronaca giudiziaria che, sebbene non ancora conclusosi, richiama alla mente gravi atti perpetrati dalle forze dell’ordine, verosimilmente classificabili in termini di tortura⁵⁴³.

La vicenda giudiziaria si è articolata tra episodi di omertà e ricerca della giustizia e la strada per comprendere la verità – quanto meno quella processuale – è ancora lunga. Basti pensare che i

⁵⁴¹ La vicenda è stata ricostruita in L. MANCONI – V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Il Saggiatore, Milano, 2011, pp. 71 ss.

⁵⁴² A conferma di questa ricostruzione, si veda Corte di Cassazione n. 36280/2012, con cui si è definitivamente conclusa la vicenda processuale.

⁵⁴³ «Stefano Cucchi è stato vittima di tortura come Giulio Regeni»: così il Procuratore Eugenio Rubolino nella sua requisitoria al processo d’appello *bis* sulla morte del geometra romano.

fatti in oggetto risalgono al mese di ottobre del 2009 e, ancora oggi, non si è addivenuti a un accertamento dei colpevoli della morte del geometra romano.

Tutto è iniziato nella tarda serata del 15 ottobre 2009, quando Stefano Cucchi è stato arrestato perché possedeva venti grammi di *hashish* e alcune pastiglie (credute *ecstasy*, poi rivelatisi farmaci).

Di notte, dopo l'arresto, Cucchi – che presentava due ematomi intorno agli occhi – si è sentito male, ma ha rifiutato l'assistenza medica.

Il giorno dopo, l'uomo è stato portato in tribunale; il giudice ha deciso per la custodia cautelare in carcere (forse anche perché il verbale d'arresto indicava erroneamente che l'uomo non aveva fissa dimora) e Cucchi è stato accompagnato nel penitenziario romano di *Regina Coeli*.

Qui il dolore di Cucchi si è aggravato; il ragazzo è stato trasportato all'ospedale *Fatebenefratelli*, in cui sono state diagnosticate due fratture vertebrali. Nonostante le insistenze dei medici, Cucchi ha rifiutato il ricovero ed è stato quindi trasportato nel settore detentivo dell'ospedale *Pertini*, anziché in un reparto attrezzato più idoneamente.

Nel frattempo, il paziente in ospedale era visibilmente dimagrito. Il diario clinico testimonia che, fin dal suo ingresso in ospedale, «il paziente rifiuta[va] di alimentarsi ed idratarsi finché non avrà modo di parlare con il proprio avvocato o con un operatore della comunità terapeutica Ceis». Dunque, l'uomo stava attuando uno sciopero della fame al fine di veder riconosciuto il proprio diritto alla difesa, che gli era stato illegalmente negato fin dal primo momento dell'arresto⁵⁴⁴.

Plausibilmente, l'astensione dal cibo e dall'acqua per diversi giorni, nelle condizioni in cui il detenuto si trovava dopo aver subito violenze fisiche, lo hanno portato alla morte.

Il 5 giugno 2013 la III Corte d'Assise di Roma ha condannato in primo grado quattro medici dell'ospedale “Sandro Pertini” di Roma a 1 anno e 4 mesi e il primario a 2 anni di reclusione per omicidio colposo (con pena sospesa), un medico a 8 mesi per falso ideologico, mentre ha assolto sei tra infermieri e guardie penitenziarie.

Il 31 ottobre 2014, in appello, sono stati assolti tutti gli imputati, fra cui i medici.

La Corte di Cassazione nell'udienza pubblica del 15 dicembre 2015 ha disposto il parziale annullamento della sentenza di appello, ordinando un nuovo processo per cinque dei sei medici dell'ospedale *Pertini*, precedentemente assolti. Secondo la sentenza, gli stati patologici di Cucchi, preesistenti e concomitanti con il politraumatismo per il quale fu ricoverato, avrebbero dovuto imporre maggiore attenzione e approfondimento da parte dei sanitari.

⁵⁴⁴ Il verbale d'arresto riporta il rifiuto di Cucchi di nominare un avvocato di fiducia, ma, in almeno due occasioni, il ragazzo ha manifestamente richiesto che venisse chiamato l'avvocato di famiglia: subito dopo l'arresto, quando è stato condotto a casa dei genitori per la perquisizione, e il giorno successivo all'arresto, quando – al giudizio per direttissima – ha visto arrivare l'avvocato d'ufficio.

Il 18 luglio 2016 i cinque medici accusati di omicidio colposo sono stati nuovamente assolti perché “il fatto non sussiste”.

La I Sezione Penale della Cassazione, nell’udienza pubblica del 19 aprile 2017, ha disposto l’annullamento dell’ulteriore sentenza di appello, ordinando un nuovo processo per i cinque medici dell’ospedale *Pertini*. Secondo la Corte di legittimità, i sanitari avevano dimostrato gravi negligenze per ritardi sia nella diagnosi, sia nelle cure, e per tale motivo la sentenza di assoluzione era contraddittoria ed illogica.

Nel settembre 2015 la Procura della Repubblica di Roma ha riaperto le indagini sul caso, questa volta a carico dei carabinieri presenti nelle due caserme dov’era avvenuta dapprima l’identificazione, quindi la custodia in camera di sicurezza di Stefano Cucchi, tra la sera del 15 e la mattina del 16 ottobre 2009, data dell’udienza del processo per direttissima.

Alla conclusione delle indagini preliminari, è stato chiesto il rinvio a giudizio per omicidio preterintenzionale e abuso di autorità nei confronti dei militari dell’Arma dei Carabinieri, accusati di aver colpito Cucchi con schiaffi, pugni e calci, facendolo cadere e procurandogli lesioni divenute mortali per una successiva condotta omissiva da parte dei medici curanti, e per averlo comunque sottoposto a misure restrittive non consentite dalla legge⁵⁴⁵.

Uno dei militari rinviati a giudizio ha successivamente presentato una denuncia contro ignoti, nella quale ha lamentato la scomparsa di un’annotazione di servizio da lui redatta il 22 ottobre 2009 e indirizzata ai suoi superiori nella quale esponeva i fatti accaduti nella notte fra il 15 e il 16 ottobre precedente. In particolare, egli descriveva di avere assistito al pestaggio del geometra romano presso la caserma dei carabinieri di “Roma Casilina” da parte dei suoi colleghi, violenza a cui inutilmente aveva cercato di porre fine.

A seguito di tale denuncia, il Pubblico Ministero ha iscritto nel registro degli indagati ulteriori militari dell’Arma, accusati di falso, di aver sviato i processi verso persone che non avevano alcuna responsabilità e di omicidio preterintenzionale.

Il “Processo-bis” contro i militari è tutt’ora in atto. La Corte d’Assise di appello di Roma ha condannato, il 14 novembre 2019, a 12 anni di carcere per omicidio preterintenzionale due dei carabinieri imputati; la seconda Corte d’Assise di appello di Roma ha deciso quattro prescrizioni e un’assoluzione nei confronti dei cinque medici dell’ospedale Sandro Pertini, in cui Cucchi morì il 22 ottobre 2009, sette giorni dopo il suo arresto. Un altro processo legato al caso Cucchi – in

⁵⁴⁵ Il carabiniere Francesco Tedesco, insieme con il collega Vincenzo Nicolardi e il maresciallo Roberto Mandolini, deve altresì rispondere dell’accusa di falso e calunnia, per l’omissione nel verbale d’arresto dei nomi di Di Bernardo e D’Alessandro, e per l’accusa di aver testimoniato il falso al processo di primo grado, avendo fatto dichiarazioni che portarono all’accusa di tre agenti della polizia penitenziaria per i reati di lesioni personali e abuso di autorità nei confronti di Cucchi.

particolare alle accuse di depistaggio nei confronti di otto carabinieri – è di recente stato rinviaio per l’astensione del giudice incaricato.

7.4. Prime contestazioni del reato di tortura

Dopo l’entrata in vigore del reato di tortura, iniziano ad esservi le prime applicazioni della fattispecie, sia nei confronti di pubblici ufficiali sia di privati.

La Procura di Siena ha infatti contestato a quindici indagati, tutti agenti penitenziari, una serie di reati tra cui quello di tortura. Gli atti di violenza sarebbero stati perpetrati nei confronti di un detenuto, picchiato con pugni e calci in un corridoio e poi lasciato svenuto in una cella. L’organo inquirente sospetta non si tratti però di un caso isolato. Nel carcere di San Gimignano sarebbero infatti avvenute anche altre violenze, almeno secondo la denuncia presentata da altri detenuti di quello stesso carcere.

Il nuovo reato di tortura viene contestato altresì dalla Procura di Milano non nelle dinamiche patologiche all’interno di carceri, uffici di forze di polizia o centri di detenzione di migranti, ma nell’ambito domestico di violenze in famiglia: a un padre accusato di aver torturato (maltrattato e ucciso) il figlio di due anni.

Mehmed fu trovato morto in casa a Milano il 22 maggio scorso, e subito era emerso un contesto di violenze paterne. Ma adesso, nell’avviso di conclusione delle indagini, al padre Aljica Hrustic il pubblico ministero imputa non soltanto l’omicidio volontario e i costanti maltrattamenti nei mesi precedenti, ma appunto anche la «tortura» nell’ultima notte: la configurabilità del reato, secondo la linea sviluppata dall’accusa, viene individuata in alcuni gesti di violenza che, nel contesto delle condotte di maltrattamenti, sarebbero stati connotati da gratuita crudeltà provocando acute sofferenze fisiche al bimbo sottoposto alla sua custodia, potestà e cura: pugni e calci in testa, la lacerazione del labbro superiore, morsi sulle braccia e sulla schiena, e ustioni con fiamma viva sotto le piante dei piedi.

Le prime contestazioni del reato di tortura nei confronti di soggetti, siano essi pubblici ufficiali o “semplici” privati, per fatti connotati di un’inaudita crudeltà e gravità lasciano riflettere su quando l’introduzione della fattispecie fosse necessaria per attuare una “vera” giustizia penale e fornire il nostro sistema di strumenti idonei a sanzionare in maniera proporzionata crimini efferati.

8. Il sovraffollamento delle carceri

Uno dei temi centrali affrontato dalla giurisprudenza in tema di violazione dell’art. 3 della Convenzione è quello del sovraffollamento carcerario, strettamente connesso al diritto a godere di condizioni detentive adeguate.

I prigionieri devono spesso confrontarsi con spazi personali esigui, con la scarsa mobilità nella cella e con conseguenti problemi di precarie condizioni igieniche e rischio di diffusione di malattie contagiose⁵⁴⁶.

Il problema del sovraffollamento riguarda due profili distinti dell'esecuzione della pena: da una parte, lo spazio vitale che simili circostanze consentono a ciascun detenuto è talmente poco da sollevare una questione di contrasto con l'art. 3 della Convenzione nella misura il cui vieta il trattamento o le pene disumane e degradanti; d'altra parte, tali condizioni di prigonia possono arrivare a mettere in dubbio la reale perseguitabilità del fine rieducativo e riabilitativo, proprio dell'odierno sistema penale interno ed europeo⁵⁴⁷.

In armonia con la giurisprudenza ora richiamata, nel 2009, con la sentenza *Sulejmanovic contro Italia*⁵⁴⁸, la Corte Edu è pervenuta a una svolta nell'ambito dell'analisi del problema del sovraffollamento nelle carceri italiane. In tale occasione i Giudici di Strasburgo hanno affermato che la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 m² è sufficiente a integrare una violazione dell'art. 3 Cedu. Questo parametro assume valenza assorbente, proprio perché la «mancanza di spazio è così macroscopica da costituire di per sé un trattamento disumano e degradante»⁵⁴⁹.

Solo con la sentenza *Torreggiani e altri contro Italia* dell'8 gennaio 2013⁵⁵⁰, però, i Giudici di Strasburgo hanno constatato il carattere strutturale e sistematico della situazione di sovraffollamento degli istituti italiani. La *Corte europea dei diritti dell'uomo* ha così nuovamente accertato in capo allo Stato italiano la violazione dell'art. 3 Cedu, pronunciando una sentenza pilota per effetto della quale sono stati sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani aventi ad oggetto il riconoscimento della predetta violazione.

È stato quindi concesso al nostro Paese il termine di un anno dalla data del passaggio in giudicato della sentenza entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione. L'Italia è così tenuta a eseguire quanto ordinato dalla *Corte europea dei diritti dell'uomo*. L'adempimento, infatti, è dovuto sotto molteplici profili: da un punto di vista morale, in

⁵⁴⁶ Il *leading case* sul tema del sovraffollamento è individuato dalla dottrina nella sentenza della Corte Edu, *Kalashnikov contro Russiadel* 15 luglio 2002, rif. n. 47095/99.

⁵⁴⁷ L. CESARIS, *Prassi giudiziarie e sovraffollamento*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, vol. I, 2013, p. 157.

⁵⁴⁸ Corte Edu, sentenza *Sulejmanovic contro Italia*, del 16 luglio 2009 – rif. n. 22635/03.

⁵⁴⁹ Il ricorrente era un detenuto del carcere romano di Rebibbia che aveva condiviso dal gennaio all'aprile del 2003 una cella di 16,20 m² con altri 5 detenuti (risultando così lo spazio disponibile per ciascuno di 2,7 m²). Tenuto conto che il *Comitato per la prevenzione della tortura* istituito dal Consiglio d'Europa ha fissato in 7 m² lo spazio minimo per detenuto, la Corte ha constatato una violazione dell'art. 3 della Convenzione in quanto - sebbene non sia possibile stabilire in maniera certa e definitiva lo spazio personale che deve essere riconosciuto a ciascun detenuto ai termini della Convenzione - la mancanza evidente di spazio personale costituisce violazione dell'art. 3 Cedu, relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti.

⁵⁵⁰ Corte Edu, sentenza *Torreggiani contro Italia*, 8 gennaio 2013, rif. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

considerazione delle condizioni di degrado nelle quali il sovraffollamento costringe migliaia di uomini all'interno dei nostri istituti penitenziari; è un obbligo costituzionale, che deriva dall'art. 117 Cost., comma 1, secondo il quale la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali quello di conformarsi alle sentenze definitive della Corte Edu, così come stabilito dall'art. 46 Cedu; nonché anche dagli artt. 2 e 27, comma 3, Cost., che impongono una tutela inderogabile della dignità dell'uomo, anche quando privato della libertà personale. Infine, è un atto opportuno in considerazione dei costi che altrimenti si dovrebbero affrontare per le possibili sanzioni che verrebbero irrogate.

La sentenza *Torreggiani contro Italia* ha fatto sorgere in capo allo Stato il dovere di risolvere strutturalmente il problema del sovraffollamento carcerario, eliminandone le cause attraverso interventi volti a diminuire il numero dei detenuti che è assai maggiore rispetto al numero dei posti disponibili all'interno degli istituti.

La Corte, però, appare perfettamente consapevole del fatto che il processo di rimozione delle cause del sovraffollamento non può realizzarsi in tempi brevi, ma che anzi esso implichì «sforzi sostenuti sul lungo periodo»⁵⁵¹. Da qui l'individuazione di un secondo piano d'azione, che fa sorgere il diverso e più circoscritto dovere dello Stato di predisporre «un ricorso o una combinazione di ricorsi»⁵⁵² che consentano di riparare le violazioni in atto: uno strumento cioè attraverso il quale i giudici siano in grado, in primo luogo, di sottrarre con rapidità il detenuto da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani (rimedio preventivo) e, in secondo luogo, di attribuire un ristoro a chi abbia subito tale violazione (rimedio compensativo).

Nell'anno di tempo a sua disposizione, il Governo italiano si è adoperato per adottare misure in grado di ridurre la pressione nelle carceri nazionali e così facendo, adempiere alle richieste avanzate dalla Corte europea nella sentenza pilota *Torreggiani contro Italia*⁵⁵³.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 93.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 99.

⁵⁵³ Nella sentenza della Corte Edu, *Stella e a. contro Italia*, cit., pp. 10-19, i giudici hanno richiamato puntualmente tutti i provvedimenti adottati dal Governo italiano allo scopo di migliorare la condizione delle carceri del nostro Paese e ridurre il sovraffollamento che le affliggeva. Si richiamano: il decreto legge n. 78/2013, convertito in legge e modificato dalla legge n. 94 del 9 agosto 2013, che prevede un accesso facilitato al beneficio della liberazione anticipata e alle misure alternative alla detenzione, nonché una maggiore applicazione della detenzione domiciliare. Il decreto legge n. 146/2013, convertito con legge n. 10 del 21 febbraio 2014, che prevede un maggiore utilizzo del braccialetto elettronico, l'esecuzione presso il domicilio delle pene o dei residui di pena inferiori a 18 mesi, delle riduzioni di pena più importanti per le persone che hanno partecipato con successo alle attività di reinserimento durante il periodo 2010-2015, e la presentazione di un reclamo di tipo giurisdizionale dinanzi al magistrato di sorveglianza per denunciare, all'occorrenza, le condizioni materiali di detenzione. Detta legge prevede anche l'istituzione di un garante per i detenuti, un nuovo organo composto da tre persone nominate dal Presidente della Repubblica che ha il potere di controllare che tutte le limitazioni della libertà avvengano nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone. La legge n. 67 del 28 aprile 2014 che ha modificato il sistema delle sanzioni per i reati minori. In particolare, essa prevede la sospensione del processo e l'affidamento in prova per le persone imputate di reati punibili con la reclusione fino a

La Corte di Strasburgo, oltre al carente spazio vitale, ha iniziato a considerare lesive della dignità del detenuto anche ulteriori fattori strutturali, talvolta connessi con il primo, come la mancanza di ventilazione e della luce naturale, l'impossibilità di effettuare quotidiane passeggiate all'aperto o la totale assenza di riservatezza all'interno della cella⁵⁵⁴.

Un ulteriore sviluppo nella giurisprudenza riguardante il sovraffollamento è rappresentato dalle due sentenze pilota *Orchowski contro Polonia*⁵⁵⁵ e *Norbert Sikorski contro Polonia*⁵⁵⁶, nelle quali i giudici di Strasburgo hanno sviluppato il principio secondo cui è inammissibile che difficoltà di carattere finanziario o logistico possano rilevare ai fini dell'esclusione della responsabilità dello

quattro anni, l'esecuzione presso il domicilio come pena principale, applicabile direttamente dal giudice, e un maggiore ricorso al lavoro di interesse pubblico. La legge prevede inoltre la depenalizzazione dell'immigrazione clandestina. La legge n. 79 del 16 maggio 2014 ha nuovamente introdotto nel sistema italiano la distinzione, ai fini del sistema sanzionatorio, tra le condotte illecite legate alle droghe leggere e quelle legate alle droghe pesanti. In tal modo, i reati riguardanti le droghe leggere, prima sanzionati con pene comprese tra 6 e 20 anni di reclusione, sono ormai punite con pene comprese tra 2 e 6 anni di reclusione. Inoltre, le persone condannate per reati minori in materia di sostanze stupefacenti possono accedere più facilmente alle misure alternative alla detenzione. Tali disposizioni hanno effetto immediato e sono applicabili alle persone già condannate per questi tipi di reato. Il piano di azione presentato dallo Stato italiano prevedeva anche l'introduzione di una serie di misure volte a migliorare le condizioni di vita nelle carceri. Tali misure riguardano in particolare una maggiore libertà di movimento dei detenuti fuori dalla cella, un accesso più facile al lavoro e un aumento del numero di visite familiari. I decreti legge n. 146 del 23 dicembre 2013 – convertito con la legge n. 10 del 21 febbraio 2014 – e n. 92 del 28 giugno 2014 – e successivamente la legge n. 117 dell'11 agosto 2014 – hanno modificato la legge n. 354 del 1975 («la legge sull'ordinamento penitenziario») introducendo rispettivamente gli articoli 35 bis e 35 ter. Il nuovo articolo 35 bis della legge sull'ordinamento penitenziario prevede la possibilità per i detenuti di presentare dinanzi al magistrato di sorveglianza un reclamo giurisdizionale per contestare l'inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria delle disposizioni contenute nella presente legge da cui deriva un grave pregiudizio per l'esercizio dei diritti del detenuto. Il reclamo può essere presentato dal detenuto personalmente o per il tramite di un avvocato. L'amministrazione penitenziaria è invitata a comparire in udienza. Quando accoglie il reclamo, il giudice ordina all'amministrazione penitenziaria di porre rimedio alla situazione entro un certo termine. La decisione del magistrato di sorveglianza può essere oggetto di appello dinanzi al tribunale di sorveglianza o di ricorso per cassazione. In caso di mancata esecuzione da parte dell'amministrazione entro il termine fissato dal giudice, l'interessato o il suo rappresentante possono chiedere che il giudice disponga l'ottemperanza della decisione. Il giudice può, all'occorrenza, nominare un commissario *ad acta* incaricato di far eseguire il suo provvedimento. L'articolo 35 ter della legge sull'ordinamento penitenziario riguarda i rimedi risarcitorii conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*. Nelle parti pertinenti tale articolo recita: «1.(...)le persone che sono state detenute per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione (...), come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, possono chiedere, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, al magistrato di sorveglianza di disporre, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere (...). Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2».

⁵⁵⁴ Corte Edu, sentenza *Poltoratskiy contro Ucraina*, 29 aprile 2003, rif. n. 308812/97, p. 132.

⁵⁵⁵ Corte Edu, sentenza *Orchowski contro Polonia*, 22 ottobre 2009, rif. n. 17885/04.

⁵⁵⁶ Corte Edu, sentenza *Norbert Sikorski contro Polonia*, 22 gennaio 2010, rif. n. 17599/05.

Stato e in particolare dell’obbligo di garantire condizioni di detenzione adeguate⁵⁵⁷. La Corte Edu, ha affermato che il problema del sovraffollamento carcerario, qualora origini da fattori strutturali, potrà comportare la condanna dello Stato contraente all’adozione di misure generali e individuali idonee a porvi rimedio, come l’introduzione di dispositivi elettronici di sorveglianza, l’avvio di politiche di edilizia carceraria o l’adozione di misure alternative alla detenzione⁵⁵⁸.

8.1. La riforma dell’ordinamento penitenziario

Conseguenza dell’aumento dei detenuti nelle prigioni è l’inesorabile degrado delle condizioni di vita intra-muraria che non consente alla pena di svolgere efficacemente quella finalità rieducativa che la Costituzione le attribuisce (art. 27, comma 3, Cost.).

Fino ai primi anni novanta del XX secolo, in Italia si è cercato di porre rimedio al problema del sovraffollamento carcerario soprattutto con gli strumenti dell’amnistia e dell’indulto⁵⁵⁹; dopo la riforma dell’art. 79 Cost.⁵⁶⁰, realizzata nel 1992, il legislatore ha invece prevalentemente cercato di incidere sugli istituti di diritto processuale o di diritto sostanziale⁵⁶¹.

Il problema del sovraffollamento carcerario, mai definitivamente risolto e che ciclicamente si ripropone, ha quindi condotto all’attuazione di nuovi provvedimenti finalizzati al suo contrasto e, contestualmente, anche di misure atte a migliorare le condizioni di vita dei prigionieri che non possono fruire del circuito alternativo alla detenzione⁵⁶².

⁵⁵⁷ J. BARANOWSKI, *Le misure alternative alla detenzione nell’esperienza polacca*, R. DEL COCO - L. MARAFIOTI – N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Giappicchelli Editore, Torino, 2014, p. 126.

⁵⁵⁸ A. COLELLA, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 Cedu*, in *Diritto penale Contemporaneo*, p. 238 e ss.

⁵⁵⁹ Sulla prassi dei provvedimenti di amnistia e indulto si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto dall’indulgentia principis all’idea dello scopo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 225 ss.

⁵⁶⁰ A proposito della “nuova” versione dell’art. 79 Cost., che ha introdotto per l’amnistia e l’indulto un regime di riserva di legge assoluta e rinforzata, si rimanda a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 455 ss.

⁵⁶¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, III ed., Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 358.

⁵⁶² In questo settore lo spartiacque tra “il vecchio” e “il nuovo” è rappresentato dalla riforma penitenziaria del 1975, la quale sostituisce definitivamente il regolamento carcerario di epoca fascista, varato nel 1931, la cui sottostante ideologia della pena, ancorata ad una concezione risalente nel tempo, attingeva ancora ad un sistema di valori imperniato a privazioni e sofferenze fisiche quali strumenti privilegiati per favorire il pentimento e la rieducazione del reo. In quella visone, la collocazione del carcere nel contesto della società era dettata da esigenze di isolamento, dando sostanza ad una disciplina che limitava moltissimo i rapporti con l’esterno. Il sistema penitenziario condensato nel regolamento del 1931 non poteva più essere tollerato con l’avvento dei principi democratici della Carta costituzionale repubblicana, informata ai valori della dignità della persona umana e della sua inviolabilità, dell’uguaglianza formale e sostanziale, della tutela dell’integrità psicofisica di ogni uomo, e più specificamente orientata al ripudio dei trattamenti contrari al senso di umanità nonché alla instaurazione di misure prioritariamente volte alla rieducazione del condannato. Il clima politico-istituzionale riguardo alla detenzione carceraria mutò radicalmente. Punto di approdo della nuova sensibilità fu la legge 26 luglio 1975, n. 354 recante “Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative della libertà”, che recepisce, dopo molti anni, il dettato costituzionale di un nuovo sistema penale,

Con legge 23 giugno 2017, n. 103, recante *Modifiche del codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, il Governo è stato delegato a modificare – per quello che qui interessa – la disciplina dell'ordinamento penitenziario al fine di rendere effettiva la finalità rieducativa della pena⁵⁶³. «Questa enunciazione programmatica non consente di lasciare inevasa una domanda: come è possibile che a quasi settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione si sia avvertita l'esigenza di dar vento alla vela della finalità rieducativa, l'unica finalità che la Carta fondamentale assegna espressamente alla pena (art. 27, comma 3)?»⁵⁶⁴.

L'introduzione della legge 26 luglio 1975, n. 354, sull'ordinamento penitenziario, si è dimostrata non sufficiente a evitare che nelle carceri italiane venissero perpetrati trattamenti crudeli e degradanti, così come dimostra la decisione della *Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani contro Italia* (di cui sopra), tramite la quale è stato accertato che nello Stato italiano, «non soltanto era stato tradito il principio rieducativo della pena, ma difettava l'indispensabile presupposto del suo inverarsi e cioè che le pene non consistano – come significativamente pretende lo stesso comma 3 dell'art. 27 – in trattamenti inumani e degradanti»⁵⁶⁵.

tendenzialmente fondato sulla rieducazione e finalizzato al reinserimento sociale del detenuto. Nella legge del '75 la centralità della figura del detenuto declina una serie di conseguenze intese alla sua promozione e al suo riscatto sociale, assicurando *in primis* il lavoro al detenuto, sia all'esterno sia all'interno del carcere. Il concetto di umanizzazione della pena è comunque ben evidente sin dall'art. 1, comma 1, della legge di riforma, con la quale è sancito che «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona». L'ultimo comma dello stesso articolo centra invece l'obiettivo del recupero e dell'individualizzazione della pena: «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti». La riforma del '75 - come già evidenziato – tende a realizzare il recupero e reinserimento sociale del detenuto avvalendosi di "spazi" e "attività" tipicamente volte alla promozione e sviluppo della persona umana, vale a dire anzitutto per il tramite dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività ricreative, culturali e sportive, nonché favorendo opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. Sono questi i nuovi elementi del trattamento che mirano a superare la chiusura e l'isolamento del mondo carcerario. Un altro importante principio, infatti, è quello che prevede l'apertura ai mondi vitali della società libera e quindi il coinvolgimento della comunità esterna, profilando l'abitudine a uno scambio assolutamente nuovo tra popolazione detenuta e popolazione libera, finalizzato alla rieducazione e al reinserimento dei detenuti nella società. Vi è poi il capitolo delle misure alternative alla detenzione, che costituiscono senz'altro il profilo più innovativo della riforma del '75. Tali misure possono consistere nell'affidamento in prova al servizio sociale, nella semilibertà o nella detenzione domiciliare. Dal '75 in poi, la condanna non è, dunque, fissa e immutabile, stabilita dal giudice della cognizione, ma può essere rimodulata in relazione a quelli che sono i progressi che il soggetto ha compiuto all'interno dell'istituto sul piano della rieducazione, colti dall'amministrazione e valutati dal magistrato di sorveglianza. Questo perché si era compreso che una volta ottenuta la rieducazione del soggetto una sua ulteriore permanenza all'interno dell'istituto risulterebbe inutile e anzi dannosa, non soltanto per il soggetto stesso, per il quale la pena diventerebbe solo afflittiva, ma anche per la stessa collettività, la quale sarebbe chiamata a sostenere dei costi superflui. La magistratura di sorveglianza è deputata a gestire l'attivazione di quest'insieme di misure attuando una collaborazione inedita tra organo giudiziario ed amministrazione penitenziaria.

⁵⁶³ Per un maggior approfondimento si veda N. D'ANGELO – A. DI TULLIO, *Riforma penale, Guida commentata alla legge 103/2017*, Maggioli Editore, Rimini, 2017.

⁵⁶⁴ G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo 4/2018, p. 119.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pp. 119 - 120.

Con l'adozione dei decreti legislativi che hanno dato attuazione alla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (riforma Orlando) – e, in particolare, del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*; del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, *Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*; del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, *Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103* – lo Stato italiano ha cercato di porre rimedio alle sistematiche infrazioni degli artt. 3 Cedu e 27, comma 3, Cost.

Tra i decreti di attuazione, quello che più di tutti è destinato a incidere sulle modalità di trattamento del detenuto, ai fini che qui interessano, cercando di migliorarne la condizione, è certamente il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il quale introduce alcune novità di rilievo.

In primo luogo, merita di essere menzionata la disciplina relativa alla visita medica a cui il detenuto o l'internato è sottoposto all'atto dell'ingresso in istituto. Il nuovo comma 7 dell'art. 11 ord. penit. prevede che, fermo l'obbligo di referto, il medico che riscontri «segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti» deve darne comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza⁵⁶⁶. La novità introdotta è certamente di non poco conto in quanto la comunicazione al direttore e al magistrato di sorveglianza può rappresentare uno strumento importante per l'emersione di eventuali violenze occorse in una fase precedente all'ingresso in istituto e dunque rappresenta una forma deterrente ovvero di verifica di eventuali atti di violenza ai quali la persona può essere sottoposta quando si trova in custodia, prima di essere tradotta nell'istituto penitenziario⁵⁶⁷.

Di rilievo è poi il capo IV, *Disposizioni in tema di vita penitenziaria*, dedicato alle modifiche al regime intra-murario. All'art. 1 ord. penit. è stata introdotta la disposizione secondo cui «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali»: solo il riconoscimento del fatto che la perdita della libertà personale non priva la persona dei suoi diritti

⁵⁶⁶ L'art. 1, comma 7, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, che modifica l'art. 11 ord. penit., sancisce che: «all'atto dell'ingresso nell'istituto il detenuto e l'internato sono sottoposti a visita medica generale e ricevono dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute. Nella cartella clinica il medico annota immediatamente ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti e, fermo l'obbligo di referto, ne dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza».

⁵⁶⁷ A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2018, p. 4.

può assicurare un trattamento conforme al senso di umanità e un percorso di esecuzione della pena proteso alla rieducazione del condannato⁵⁶⁸.

Anche l'espressa menzione nel tessuto dell'art. 1 del divieto di ogni violenza fisica e morale nei confronti delle persone private della libertà⁵⁶⁹, richiamando chiaramente il contenuto degli artt. 13, comma 4, e 27, comma 3, Cost., ha un importante significato poiché ribadisce il dovere dello Stato di tutelare l'incolumità e la dignità di coloro che, in quanto privati della libertà personale, sono affidati alla sua custodia.

Passando ad analizzare le principali novità contenute nel d.lgs. 124/2018, si deve dare atto della struttura in due capi del decreto: un primo comprendente le *Disposizioni in tema di vita penitenziaria* e un secondo contenente le *Disposizioni in tema di lavoro penitenziario*.

Il capo I include alcune modifiche agli artt. 5, 6 e 8 ord. penit.: si afferma che le strutture penitenziarie debbano possedere spazi per lo svolgimento delle attività lavorative e formative (art. 5); che le aree residenziali siano strutturate in modo da consentire una gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica (art. 6); che i servizi igienici siano collocati in spazi riservati (art. 8). Sicuramente queste disposizioni sono sottese a migliorare le condizioni di vita dei detenuti.

Nel capo II sono inserite le modifiche alle norme sul lavoro penitenziario. Gli obiettivi della riforma sono quelli di potenziare il lavoro che soffre nella prassi di una gravissima carenza di effettività, per le sue enormi potenzialità come strumento per il processo risocializzativo e come mezzo indispensabile per assicurare e promuovere la dignità della persona.

Importanti novità riguardano, infine, il lavoro di pubblica utilità da parte di detenuti ed internati, che viene configurato nel nuovo art. 20 *ter* ord. penit.⁵⁷⁰ come un elemento del trattamento rieducativo.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁶⁹ L'art. 11, comma 3, d.lgs. 123/2018 stabilisce che «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno».

⁵⁷⁰ L'art. 20 *ter* "Lavoro di pubblica utilità" stabilisce che «1. I detenuti e gli internati possono chiedere di essere ammessi a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito nell'ambito di progetti di pubblica utilità, tenendo conto anche delle specifiche professionalità e attitudini lavorative. 2. La partecipazione ai progetti può consistere in attività da svolgersi a favore di amministrazioni dello Stato, regioni, province, comuni, comunità montane, unioni di comuni, aziende sanitarie locali, enti o organizzazioni, anche internazionali, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato, sulla base di apposite convenzioni stipulate ai sensi dell'articolo 47, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230. Le attività relative ai progetti possono svolgersi anche all'interno degli istituti penitenziari e non possono in alcun caso avere ad oggetto la gestione o l'esecuzione dei servizi d'istituto. 3. Le attività di cui al comma 2 possono essere organizzate dall'amministrazione penitenziaria anche affidando la direzione tecnica a persone estranee all'amministrazione, ai sensi dell'articolo 20 *bis*. 4. La partecipazione a progetti di pubblica utilità deve svolgersi con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dei condannati e degli internati. 5. Si applicano le disposizioni dell'articolo 21, comma 4, e, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 48 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, nonché quelle del decreto del Ministro della giustizia 26 marzo 2001. 6. I detenuti e gli internati per il delitto di cui all'articolo 416 *bis* del codice

9. I Garanti delle persone detenute

Un ruolo importante nel monitoraggio delle condizioni alle quali sono sottoposti i soggetti *in vinculis* è ricoperto dal Garante delle persone detenute. La sua missione è quella di assicurare l'effettività dei diritti dei detenuti e in genere delle persone ristrette.

9.1. Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute

Offrire tutela alle persone sottoposte a restrizione della propria libertà personale è un obiettivo che da sempre il legislatore si impone di perseguire. Va in questa direzione il decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modifiche nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, con cui è stata prevista l'istituzione della figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale.

Il Garante nazionale è un organo di garanzia che, in ambito penitenziario, svolge funzioni di tutela delle persone private o ristrette della libertà personale⁵⁷¹.

Il suo ruolo si inscrive nell'ambito della tutela extragiudiziale delle persone detenute e ha attribuite una serie di competenze riconducibili per lo più alla vigilanza sulla concreta rispondenza di ogni forma di limitazione della libertà personale alle norme e ai principi stabiliti dalla Costituzione, dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti⁵⁷².

L'attenzione del legislatore si è focalizzata su un concetto sostanziale di detenzione, in quanto l'incarico del Garante nazionale, descritto dall'art. 7, comma 5, lett. a), del d.l. 146 del 2013, è quello di vigilare sulla «esecuzione della custodia dei detenuti, degli internati, dei soggetti

penale e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste non possono essere assegnati a prestare la propria attività all'esterno dell'istituto. I detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'articolo 15. Se si tratta di detenuti e internati per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1 *ter* e 1 *quater* dell'articolo 4 *bis*, diversi da quelli indicati al primo periodo, ai fini di cui all'articolo 21, comma 4, per l'assegnazione al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno il magistrato di sorveglianza tiene prioritariamente conto delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati, della natura del reato commesso, della condotta tenuta, nonché del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua. 7. Il numero e la qualità dei progetti di pubblica utilità promossi dagli istituti penitenziari costituiscono titolo di priorità nell'assegnazione agli stessi dei fondi di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e d), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2017, n. 102, nei termini e secondo le modalità stabilite dalle apposite disposizioni di attuazione adottate dalla Cassa delle ammende».

⁵⁷¹ Istituito per la prima volta in Svezia nel 1809 con il compito principale di sorvegliare l'applicazione delle leggi e dei regolamenti da parte dei giudici e degli ufficiali, nella seconda metà dell'Ottocento si è trasformato in un organo di controllo della pubblica amministrazione e di difesa del cittadino *in vinculis* contro ogni abuso.

⁵⁷² L. SCOMPARIN, *Il Garante nazionale*, F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 287.

sottoposti a custodia cautelare in carcere», ma anche di coloro che sono sottoposti ad «altre forme di limitazione della libertà personale»⁵⁷³.

Egli può visitare, senza bisogno di autorizzazione, gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari e le strutture sanitarie destinate ad ospitare le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive, le comunità terapeutiche e di accoglienza o comunque le strutture pubbliche e private dove si trovano persone sottoposte a misure alternative o alla misura cautelare degli arresti domiciliari, gli istituti penali per minori e le comunità di accoglienza per minori sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria nonché, previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso, le camere di sicurezza delle Forze di polizia, accedendo, senza restrizioni, a qualunque locale adibito o comunque funzionale alle esigenze restrittive (art. 7, comma 5, lett. b)). Previo consenso dell'interessato, può prendere visione degli atti contenuti nel fascicolo della persona detenuta o privata della libertà personale e comunque degli atti riferibili alle condizioni di detenzione o di privazione della libertà (art. 7, comma 5, lett.c)), nonché richiedere alle amministrazioni responsabili delle strutture sopra indicate le informazioni e i documenti necessari e, nel caso in cui l'amministrazione non fornisca risposta nel termine di trenta giorni, informare il magistrato di sorveglianza competente e richiedere l'emissione di un ordine di esibizione (art. 7, comma 5, lett. d))⁵⁷⁴. Tra i suoi compiti vi è anche quello di verificare il rispetto degli adempimenti normativi connessi alla tutela dei diritti nei centri di identificazione e di espulsione nei cui locali accede senza restrizione alcuna (art. 7, comma 5, lett. e)); formulare specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'articolo 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (art. 7, comma 5, lett. f)); trasmettere annualmente una relazione sull'attività svolta ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché al Ministro dell'interno e al Ministro della giustizia; monitorare le procedure relative ai rimpatri forzati rientrando nel sistema previsto dall'art. 8, comma 6, della Direttiva UE n. 115 del 2008 (art. 7, comma 5, lett. g)).

Il Garante Nazionale è costituito in collegio composto dal presidente e da due membri scelti tra persone non dipendenti delle pubbliche amministrazioni e nominati, previa delibera del

⁵⁷³ Attraverso quest'ultimo riferimento le funzioni del Garante nazionale sembrano trovare estensione anche con riguardo alle condizioni dei soggetti sottoposti a misura alternativa alla detenzione.

⁵⁷⁴ Per alcune perplessità sull'attribuzione di tale competenza in capo al magistrato di sorveglianza si veda F. FIORENTIN, *Decreto Svuotacarceri*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 83. Le funzioni del Garante descritte dalle lett. c) e d) meritano specifica attenzione perché, rispetto all'attività di ispezione di vigilanza di cui alle lett. a) e b), possono rendere più evidenti problemi di sovrapposizione tra le funzioni di controllo e garanzia svolte dalla autorità garanti in genere (*in primis* il Garante nazionale) e quelle attribuite dal legislatore ad altri soggetti istituzionali ed in particolare al magistrato di sorveglianza. È nelle modalità di intervento che si manifesta la differenza di ruolo in quanto il Garante nazionale non è dotato di poteri di annullamento o riforma di atti amministrativi.

Consiglio dei Ministri, con decreto del Presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari.

Sul piano nazionale, coordina il lavoro dei garanti regionali, mentre sul piano internazionale è organismo di monitoraggio indipendente richiesto agli stati aderenti al Protocollo opzionale per la prevenzione della tortura (OPCAT).

9.2. Garanti Regionali

Oltre al Garante Nazionale, vi sono anche quelli regionali, provinciali e comunali, le cui funzioni sono definite dai relativi atti istitutivi⁵⁷⁵.

Diverse leggi regionali hanno designato la figura del Garante dei detenuti al fine di migliorare la tollerabilità del regime carcerario e di promuovere il rispetto dell'integrità psico-fisica cui ha diritto ogni persona *in vinculis*, in base ai principi della Costituzione e a quelli del diritto internazionale e comunitario⁵⁷⁶.

In alcune Regioni, le funzioni di garante dei detenuti sono state attribuite al difensore civico, senza creare appositi organi⁵⁷⁷, mentre altre Regioni hanno preferito istituire organismi *ad hoc*⁵⁷⁸.

Tali corpi svolgono funzioni di informazione, di impulso e di promozione di attività finalizzate al miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti. Il loro fine è quello di adottare una serie di iniziative utili ad assicurare alle persone sottoposte a limitazioni della libertà individuale il godimento dei diritti sociali e la reale funzione rieducativa della pena e, al medesimo scopo, si attivano anche nei confronti delle amministrazioni interessate, verso le quali evidenziano eventuali carenze o inosservanze di leggi statali o regionali⁵⁷⁹.

I garanti regionali sono poi interlocutori privilegiati del Consiglio regionale in quanto, pur non essendo titolari del potere di iniziativa legislativa, a seguito delle loro proposte, talvolta, il Consiglio regionale e la Giunta compiono interventi legislativi e amministrativi, come ad esempio

⁵⁷⁵ Ad oggi le Regioni ancora prive di una legge sul garante dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale sono: la Calabria, la Liguria e la Basilicata.

⁵⁷⁶ M. QUATTROCHI, *Diritti dei detenuti*, A. MORELLI – L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 20.

⁵⁷⁷ Così, ad esempio, in Lombardia, dove l'art. 8, comma 2, della l. reg. 18 del 2010 prevede che il Difensore civico svolga funzioni di Garante e tutela dei detenuti, dei contribuenti, dei pensionati, dei consumatori e degli utenti; nelle Marche, dove la l. reg. n. 23 del 2008 ha istituito l'Autorità di garanzia per il rispetto dei diritti di adulti e bambini-*Ombudsman* regionale, alla quale sono stati attribuiti i compiti inerenti all'ufficio del Difensore civico, a quello di garante per l'infanzia e l'adolescenza e a quello di Garante dei diritti dei detenuti (art. 1); in Valle d'Aosta dove, secondo quanto previsto dall'art. 2 ter della l. reg. n. 17 del 2001, così come modificata dalla l. reg. 19 del 2011, il Difensore civico regionale svolge anche le funzioni di Garante dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale attuate nel territorio regionale.

⁵⁷⁸ Così in Campania, Emilia Romagna, Lazio, Piemonte, Puglia, Sardegna, Sicilia, Toscana, Umbria.

⁵⁷⁹ M. QUATTROCHI, *Diritti dei detenuti*, cit., pp. 21-22.

la richiesta di finanziare attività che favoriscono il lavoro in carcere⁵⁸⁰.

Inoltre, essi effettuano comunicazioni scritte al Ministro della Giustizia, denunciando anche fattori di rischio o di danno per i detenuti⁵⁸¹.

Per ciò che riguarda la Regione Piemonte, il Garante regionale delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale contribuisce a garantire i diritti delle persone ristrette negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni, nonché di coloro che sono ammessi a misure alternative, presenti nelle strutture sanitarie in quanto sottoposte al trattamento sanitario obbligatorio, dei soggetti ospiti dei centri di prima accoglienza o presenti nei centri di identificazione ed espulsione per stranieri. In particolare, il Garante, secondo quanto previsto dalla legge regionale piemontese 2 dicembre 2009, n. 28, su istanza di chiunque vi abbia interesse o d'ufficio assume ogni iniziativa atta ad assicurare e garantire alle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale i diritti fondamentali del cittadino e che «siano erogate le prestazioni inerenti al diritto alla salute, al miglioramento della qualità della vita, all'istruzione e alla formazione professionale e ogni altra prestazione finalizzata al recupero, alla reintegrazione sociale e all'inserimento nel mondo del lavoro» (lett. a)).

Egli «segnala agli organi regionali eventuali fattori di rischio o di danno per le persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale, dei quali venga a conoscenza in qualsiasi forma» (lett. b)); «si attiva nei confronti dell'amministrazione interessata, affinché questa assuma le necessarie iniziative volte ad assicurare le prestazioni di cui alla lettera a)» (lett. c)); e «interviene, nel rispetto delle proprie competenze, nei confronti delle strutture e degli enti regionali, in caso di accertate omissioni o inosservanze che compromettano l'erogazione delle prestazioni di cui alla lettera a)» e, allorché dette omissioni o inosservanze permangano, propone agli organi regionali titolari della vigilanza su tali strutture ed enti le opportune iniziative, ivi compreso l'esercizio dei poteri sostitutivi (lett. d)). Tra i compiti del Garante dei detenuti piemontese vi è anche quello di indicare agli organi regionali competenti gli interventi amministrativi e legislativi necessari ad assicurare il pieno rispetto dei diritti delle persone *in vinculis* e, su richiesta degli stessi organi, esprime pareri su atti che possono riguardare anche dette persone (lett. e)). Può anche proporre all'assessorato regionale competente iniziative informative e di promozione culturale sui temi dei diritti e delle garanzie delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale (lett. f)). Infine, «può visitare gli istituti penitenziari in conformità a quanto disposto dall'articolo 67 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (“Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”) come modificato dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 12

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

bis, decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207 (“Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti”), convertito in legge, con modificazioni, dall’articolo 1, legge 27 febbraio 2009, n. 14» (lett. g)).

9.3. Garanti provinciali e comunali

Sul territorio nazionale operano anche garanti provinciali e comunali.

I garanti provinciali svolgono e propongono interventi e azioni volti a promuovere l’effettiva garanzia dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone genericamente sottoposte a restrizione della libertà individuale. Essi esercitano attività di cooperazione con gli istituti penitenziari e con tutte le istituzioni interessate, segnalando criticità e proponendo eventuali interventi; promuovendo, altresì, iniziative di sensibilizzazione pubblica in materia; verificano che siano erogate le prestazioni necessarie all’esercizio dei diritti sociali dei detenuti, segnalando agli organi competenti eventuali fattori di rischio o di danno per i soggetti *in vinculis*, attivandosi nei confronti delle amministrazioni interessate e, a fronte di segnalazioni ricevute, rivolgendosi alle autorità competenti⁵⁸².

Numerosi sono anche i garanti comunali⁵⁸³.

Per quanto riguarda i loro compiti, essi risultano omogenei rispetto a quelli attribuiti ai garanti regionali e provinciali: promozione di iniziative volte a consentire l’esercizio dei diritti e la fruizione dei servizi comunali da parte dei detenuti (pur tenendo conto della loro condizione di restrizione); promozione di iniziative volte a sensibilizzare l’opinione pubblica sul tema dei diritti umani delle persone private della libertà personale; iniziative rivolte alle autorità competenti, in seguito a segnalazioni relative alla violazione dei diritti dei detenuti, etc.⁵⁸⁴

Gli organi nazionali, regionali e locali di garanzia dei diritti delle persone sottoposte a restrizioni della libertà personale svolgono una funzione di sostegno e di promozione di iniziative volte al miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti e, al contempo, un’importante attività di sensibilizzazione dell’opinione pubblica sul tema della tutela dei diritti umani.

La rete di organismi regionali e locali offre un modello promozionale dei diritti nel quale le autonomie possono svolgere un ruolo fondamentale. Un modello che, tuttavia, considerando che la materia della sicurezza appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. d), Cost., non può prescindere dall’intervento di organi centrali. In questi casi, la rete delle autonomie territoriali può risultare utile alle ragioni dei diritti soltanto se riesce a

⁵⁸² *Ibidem*, pp. 23-24.

⁵⁸³ Anche a questo livello si registra una varietà di soluzioni in merito alla scelta dei soggetti.

⁵⁸⁴ M. QUATTROCHI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 24.

operare in sinergia con il centro⁵⁸⁵.

10. Estradizione

Altro tema su cui si sono concentrati gli sforzi da parte della giurisprudenza è quello relativo all’estradizione, e in particolare al divieto di estradare un soggetto quando questo potrebbe nel Paese richiedente subire una violazione di un diritto protetto dalla Convenzione Edu.

La nostra Costituzione prevede espressamente in ben due disposizioni (artt. 10, comma 4⁵⁸⁶ e 26, comma 2⁵⁸⁷) il divieto di estradare lo straniero per reati politici. In tema di estradizione per l’estero costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale la nozione di reato politico a fini extradizionali trova fondamento non nell’art. 8 c.p., nel quale il reato politico è definito in funzione repressiva, bensì nelle norme costituzionali, che lo assumono in una più ampia funzione di garanzia della persona umana, finalizzata a limitare il diritto punitivo dello Stato straniero⁵⁸⁸.

La lettera c) dell’art. 705, comma 2, c.p.p. nega l’estradizione riproducendo la “clausola di non discriminazione”⁵⁸⁹ prevista in varie convenzioni internazionali, come ad esempio nell’art. 3, comma 2, della *Convenzione europea sull’estradizione*⁵⁹⁰. A fronte della lettera della legge citata, la Suprema Corte nel 2014 ha stabilito che è legittimo non consentire l’estradizione ritenendo sussistente il pericolo che la persona estradanda, ove sia consegnata allo Stato richiedente, sarà

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁵⁸⁶ L’art. 10, comma 4, recita: «Non è ammessa l’estradizione dello straniero per reati politici».

⁵⁸⁷ L’art. 26 afferma: «L’estradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non può in alcun caso essere ammessa per reati politici».

⁵⁸⁸ Così, *ex multis*, Cass. pen. Sez. 6, n. 31123 del 19/06/2003, *Baazaoui*, Rv. 226520. L’art. 8, comma 3, c.p. definisce delitto politico quello che «offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici».

⁵⁸⁹ L’art. 705, comma 2, c.p.p. recita: «La corte di appello pronuncia comunque sentenza contraria all’estradizione: a) se, per il reato per il quale l’estradizione è stata domandata, la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali; b) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l’estradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell’ordinamento giuridico dello Stato; c) se vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero alla pena di morte o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona; c-bis) se ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta».

⁵⁹⁰ L’art. 3, comma 2, della *Convenzione europea sull’estradizione* afferma: «1. L’estradizione non sarà concessa, se il reato, per il quale essa è domandata, è considerato dalla Parte richiesta come un reato politico o come un fatto connesso a un siffatto reato. 2. La stessa regola sarà applicata se la Parte richiesta ha motivi seri per credere che la domanda d’estradizione motivata con un reato di diritto comune è stata presentata con lo scopo di perseguire o di punire un individuo per considerazioni di razza, di religione, di nazionalità o di opinioni politiche o che la condizione di questo individuo arrischi di essere aggravata per l’uno o l’altro di questi motivi».

sottoposta per motivi di opinioni politiche ad atti persecutori ovvero a trattamenti disumani o degradanti, e ciò anche desumendolo dallo *status* di rifugiato politico⁵⁹¹.

Infine, occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte Suprema, la disposizione dell'art. 698, comma 1, c.p.p., che prevede, quale causa ostativa all'estradizione, la fondata ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verranno sottoposti ad atti persecutori o discriminatori per motivi, fra gli altri, di razza o di religione costituisce applicazione del più generale principio di salvaguardia del diritto fondamentale dell'individuo alla libertà e alla sicurezza contro qualsiasi forma di discriminazione che potrebbe essere attuata con lo strumento della domanda di estradizione da parte dello Stato estero. L'atto persecutorio e discriminatorio è pertanto, quello che, in quanto mascherato sotto forma di domanda di estradizione per perseguire un determinato reato, costituisce lo scopo dissimulato che lo stesso Stato richiedente mira a realizzare per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, laddove dallo *status* del soggetto connesso ad una o più delle suddette posizioni dipendano nell'ordinamento interno del suddetto Stato richiedente situazioni di oggettivo pregiudizio reale o potenziale⁵⁹².

Il divieto di tortura o di trattamenti inumani o degradanti costituisce a ben vedere il nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale. La violazione del divieto di *refoulement* verso Stati in cui il rimpatriato correrebbe il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, costituirebbe essa stessa

⁵⁹¹ Nel caso esaminato si trattava della Turchia, Corte di Cassazione, Sez. VI, sent. 28-01-2014, ud. 18/12/2013, n. 3746. «L'art. 704 c.p.p. , comma 2, disponendo che la corte d'appello decide sull'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della domanda di estradizione "dopo avere assunto le informazioni e disposto gli accertamenti ritenuti necessari", affida alla valutazione discrezionale del giudice il compito di stabilire se e quali accertamenti siano necessari ai fini della decisione. Nel caso concreto, la Corte territoriale ha recepito il risultato degli accertamenti effettuati dalla Commissione preposta al riconoscimento della protezione internazionale e ha altresì ritenuto di condividerne la valutazione conclusiva e tale decisione non merita censura. Occorre infatti considerare che il provvedimento che accorda allo straniero la protezione internazionale nelle forme del riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria viene emesso all'esito di un'istruttoria specificamente regolamentata, che accerta sulla base di criteri di valutazione prestabiliti l'effettiva esistenza dei presupposti di fatto tipizzati dalla legge, compendiati nelle due distinte categorie degli "atti di persecuzione" e del "danno grave", che giustifichino il fondato timore, rispettivamente, di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità od opinione politica oppure di subire un grave danno alla vita o alla persona. L'accertamento, condotto dall'autorità amministrativa istituzionalmente chiamata a verificare la sussistenza dei presupposti di fatto legittimanti il riconoscimento della protezione internazionale, pur non essendo vincolante per la giurisdizione a causa del principio della separazione dei poteri dello Stato, può essere però assunto dal giudice come utile elemento di valutazione da porre a fondamento della propria decisione, ove ritenuto completo, certo e affidabile. A tal fine assume particolare rilievo la motivazione del provvedimento amministrativo, nella parte in cui illustra i fatti addotti e le prove esibite dal richiedente la protezione, gli accertamenti compiuti d'ufficio e il relativo risultato probatorio, sul quale si innesterà l'autonoma - anche se generalmente coincidente - previsione circa il pericolo che quella persona, se ritornasse nel Paese di origine, potrebbe subire atti persecutori o trattamenti disumani o degradanti».

⁵⁹² Cass. pen. Sez. VI, (ud. 15/11/2002) 23-11-2002, n. 39709.

una violazione dello Stato richiesto all'art. 3 Cedu⁵⁹³; si noti peraltro che con la “lisbonizzazione”⁵⁹⁴ della *Carta dei diritti fondamentali* vengono in rilievo anche gli articoli 4 e 19 Carta medesima⁵⁹⁵.

Si registra però un contrasto giurisprudenziale da parte della Suprema Corte sul fatto se il giudice italiano possa fondare il proprio giudizio anche sulla base di documenti e di rapporti elaborati da organizzazioni non governative, la cui affidabilità sia generalmente riconosciuta sul piano internazionale⁵⁹⁶.

Spesso, però, la sola esistenza di dichiarazioni e l'accettazione di trattati internazionali che garantiscono, in via di principio, il rispetto dei diritti fondamentali sono riconosciute dalla giurisprudenza italiana come sufficienti, da sole, ad assicurare una protezione adeguata contro il rischio di maltrattamenti, nonostante fonti affidabili riportano pratiche delle autorità – o da esse tollerate – manifestamente contrarie ai principi della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*⁵⁹⁷; del resto, la Suprema Corte in tema di estradizione è arrivata ad affermare che «il giudizio sull'eventuale sussistenza di una estradizione cosiddetta mascherata o di altra situazione idonea ad incidere negativamente sui diritti fondamentali dell'estradando deve peraltro basarsi su elementi idonei a far ritenere fondato il pericolo in questione e detti elementi debbono potersi ricavare dagli atti ovvero debbono essere prospettati dall'interessato secondo un preciso onere di allegazione: l'esercizio, in via esclusiva, di un potere di iniziativa officioso del giudice, in assenza di concreti ed apprezzabili sospetti, costituirebbe fatto

⁵⁹³ Come si approfondirà meglio di seguito, la Corte Edu ha costantemente ribadito che l'espulsione verso un Paese in cui il soggetto può essere esposto al rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti fa sorgere una responsabilità dello Stato espellente.

⁵⁹⁴ L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha riformato definitivamente il sistema comunitario e dell'Unione europea, segnando l'avvio di una nuova fase del rapporto tra quest'ultima e gli ordinamenti nazionali. Il settore della cooperazione giudiziaria penale, disciplinato al capitolo IV del titolo V dedicato all'area di libertà, sicurezza e giustizia (artt. 82-86) è quello che presenta i tratti di maggiore innovazione, risultando definitivamente superato il metodo da III pilastro, cioè della cooperazione intergovernativa; la cooperazione giudiziaria, inoltre, diventa solo una delle componenti, sia la più significativa, per la creazione di uno spazio comune di sicurezza, giustizia e di libertà. Il testo del nuovo Trattato, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, è stato pubblicato in GUCE, 17-12-2007, n. 306. La sua versione consolidata è stata pubblicata in GUCE, 9-5-2008, n. C-115.

⁵⁹⁵ Scrive la CGUE, Grande Sezione, con sentenza 6 settembre 2016, C-182/15: «La decisione di uno Stato membro di estradare un cittadino dell'Unione, (...) rientra nell'ambito di applicazione degli articoli 18 e 21 TFUE e quindi del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta (v. in tal senso, per analogia, CGE, sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punti da 25 a 27). Ne consegue che le disposizioni della Carta e in particolare del suo articolo 19 sono idonee a essere applicate a tale decisione. Ai sensi dell'articolo 19, nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti. A tale proposito occorre fare riferimento all'articolo 4 della Carta che proibisce le pene o i trattamenti inumani o degradanti e rammentare che tale proibizione ha carattere assoluto in quanto è strettamente connessa al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta (v. sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Calderaru, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, cit., punto 85) (par. 52 ss.).

⁵⁹⁶ A favore, Cassazione penale, Sez. VI, 8.7.2010, P.G. e altri, in Mass. Uff., n. 248002, e Cass. pen. VI, 29.4.2014, n. 25267. *Contra*, Cass. pen., VI, 11.7.2014, n. 30864; VI, 20.12.2013, n. 2657; VI, 6.12.2013, n. 49881; VI, 5.2.2008, n. 15626.

⁵⁹⁷ *Contra*, Corte Edu, sentenza *Saadi contro Italia*, cit., p. 147; CGUE, C-182/15, cit., p. 57.

non amichevole e non corretto nei confronti dello Stato richiedente, il quale, con l'accettazione di clausole comuni europee, consente, peraltro, il controllo dell'osservanza dei diritti riconosciuti nella fondamentale Carta europea»⁵⁹⁸.

Anche a livello sovranazionale, in alcuni casi, i documenti redatti dalle organizzazioni non governative sono stati ritenuti utilizzabili sia dalla *Corte di Giustizia*⁵⁹⁹ e della *Corte europea dei diritti dell'uomo* per affermare che l'espulsione verso un Paese dove si pratica la tortura integra una violazione dell'art. 3 della Cedu⁶⁰⁰.

In tale contesto, è da rilevare come debba essere sufficiente non la certezza, ma anche solo un pericolo concreto di realizzazione di tortura o trattamenti inumani o degradanti⁶⁰¹.

I diritti dei detenuti, specialmente quelli attinenti i casi di espulsione ed estradizione, sono spesso trattati marginalmente o addirittura assenti nei testi convenzionali. La stessa *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'uomo* non contempla espressamente alcuna tutela sul punto. Per ovviare a tale lacuna, la Commissione, nel *rapporto X contro RFA*⁶⁰², ha affermato che «se la materia dell'estradizione, dell'espulsione e del diritto di asilo non rientrano tra quelle espressamente previste dalla Convenzione, gli Stati contraenti hanno non di meno accettato di restringere i poteri loro conferiti dal diritto internazionale generale ivi compreso quello di controllare l'ingresso e l'uscita degli stranieri, nella misura e nel limite degli obblighi che essi hanno assunto in virtù della Convenzione. Allora l'espulsione o l'estradizione di un individuo può, in alcuni casi eccezionali, essere contraria alla Convenzione e in particolare all'articolo 3, quando ci sono serie ragioni di credere che quello sarà sottoposto nello Stato di destinazione a trattamenti proibiti da questo articolo».

Sulla base delle dichiarazioni della Commissione, la Corte ha costruito una serie di tutele prima inesistenti. Ad esempio, nel caso *Soering contro Regno Unito*⁶⁰³, in materia di diritti dei detenuti, essa ha dichiarato che gli Stati possono essere giudicati anche in ambiti non direttamente rientranti nella Convenzione, qualora vi sia stata in tali settori una violazione dei diritti

⁵⁹⁸ Cass. pen. Sez. VI, 27-09-1995, n. 3281 (rv. 203308), *Celik*.

⁵⁹⁹ CGUE, Grande Sezione, sentenza 6 settembre 2016, C-182/15: «l'autorità competente dello Stato membro richiesto deve fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati. Tali elementi possono risultare in particolare da decisioni giudiziarie internazionali, quali le sentenze della Corte Edu, da decisioni giudiziarie dello Stato terzo richiedente, nonché da decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite» (par. 59).

⁶⁰⁰ Corte Edu, sentenza *Saadi contro Italia*, cit.

⁶⁰¹ Cass., Sez. VI, 12.7.2004, *Sumanschi*, in Mass. Uff., n. 229964, in riferimento alla condizioni di salute. Il principio è stato di recente ribadito dalla Suprema Corte, richiamando gli *standard* internazionali fissati dalla *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* nella sentenza *Torreggiani e altri contro Italia*, cit. che ha chiarito che «osta ad una pronuncia favorevole all'estradizione non solo la certezza ma anche il pericolo concreto che l'estradando venga sottoposto ad un trattamento avente un oggettivo carattere inumano o degradante, nell'ottica delineata dalla Cedu».

⁶⁰² Commissione Europea, rapporto *X contro RFA*, 30 settembre 1974, rif. n. 6315/73.

⁶⁰³ Corte Edu, sentenza *Soering contro Regno Unito*, cit.

convenzionali, nel caso di specie, dell'art. 3 Cedu. Nello specifico, la Corte ha statuito che, in materie poco disciplinate come estradizione o espulsione e diritti dei detenuti, ci può essere una violazione dei diritti convenzionali anche nel caso in cui le condizioni di detenzione o la decisione di espulsione non siano direttamente lesivi di un diritto tutelato dalla Convenzione.

A partire dalla sentenza *Soering contro Regno Unito*, la Corte ha fornito un'interpretazione estensiva dell'art. 3 della Convenzione, in base alla quale nessuno può essere espulso se, nel Paese d'arrivo, vi è il rischio di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti. Lo Stato che intende estradare un proprio detenuto dovrà sincerarsi che costui non rischi di subire un trattamento contrario all'art. 3 Cedu. Tuttavia, il pericolo deve essere concreto e attuale; una mera possibilità, non comprovata nella sostanza, non esporrà il Paese membro a violazione della Convenzione qualora disponga l'estradizione verso uno Stato terzo.

La Corte si è trovata sempre più spesso a dover trovare un equilibrio tra il principio della sentenza *Soering contro Regno Unito* e la realtà delle condizioni di reclusione dei detenuti nei Paesi *extra europei*.

Le conclusioni alle quali i Giudici di Strasburgo pervengono sembrano diversificarsi a seconda che la Corte debba decidere sulla violazione della Convenzione in ambito europeo o debba esprimersi sui rischi di subire trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu al di fuori dei confini di competenza della Convenzione.

Nel primo caso i Giudici di Strasburgo hanno fatto applicazione del criterio di valutazione risultante dalla giurisprudenza consolidata negli anni, ovvero si costituiscono violazione dell'art. 3 Cedu: detenzione in condizioni igieniche insufficienti, scarsa possibilità di uscire dalla cella o di fare attività fisica, mancanza di luce naturale o impianto di ventilazione e riscaldamento, mancanza di una rete fognaria, spazio della cella pro capite inferiore a 3 m² e così discorrendo.

Nel secondo caso questi criteri non vengono presi in considerazione e se l'assenza di una rete idrica e fognaria in un centro di detenzione è sufficiente a integrare violazione in un Paese europeo, non lo è se ad essere valutato è un carcere extraeuropeo in un caso di estradizione.

Appare evidente l'applicazione di una deroga all'art. 3 della Convenzione in caso di estradizione di un detenuto in un Paese terzo, forse anche in virtù della considerazione secondo cui, la richiesta degli stessi *standard* dentro e fuori l'Europa impedirebbe di fatto l'estradizione, se non in pochi casi rispetto a quelli presentati. Un'autorevole dottrina si attesta sulle medesime conclusioni, affermando esistente una deroga all'art. 3 della Convenzione⁶⁰⁴. La tutela invocata ai sensi della norma in analisi da parte di una persona colpita da un provvedimento di espulsione non è

⁶⁰⁴ J.F. FLAUX, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (février-août 2005), in AJDA, 10 ottobre 2005.

dunque la stessa, a seconda del paese di destinazione, se europeo o extraeuropeo; infatti la soglia minima di gravità sarà valutata nel primo caso, in modo più restrittivo, e nel secondo, ammettendo una deroga al principio di cui all'art. 3 della Convenzione.

Con la sentenza *Chahal contro Regno Unito*⁶⁰⁵, i giudici hanno poi parificato all'estradizione della persona l'ipotesi di espulsione, estendendo le stesse argomentazioni utilizzate per la prima.

Dalla giurisprudenza sul divieto di eccezioni all'art. 3, deriva una responsabilità per lo Stato nel caso applichi un decreto di espulsione della persona, se nel Paese di arrivo vi siano forti possibilità che questa subisca maltrattamenti contrari al dispositivo dell'art. 3 Cedu⁶⁰⁶.

Un ulteriore profilo di sviluppo operato dai Giudici di Strasburgo in riferimento al tema in analisi riguarda l'estensione della copertura di garanzia offerta dall'art. 3 Cedu nell'ipotesi in cui l'estradizione o l'espulsione di un detenuto comporti un rischio per la sua salute. Per la Corte Edu, anche l'impossibilità di ricevere cure adeguate può integrare un serio rischio, tale per cui l'allontanamento del ricorrente comporterebbe una violazione ai sensi dell'art. 3 Cedu.

Più recentemente, il tema del divieto di espulsione o estradizione quando nel Paese di destinazione vi sia il rischio per l'individuo di patire torture o trattamenti disumani o degradanti è stato affrontato anche nel nostro Paese. Emblematica è la sentenza *Saadi contro Italia*⁶⁰⁷, la quale giunge in un momento in cui il rinvio in Paesi noti per la pratica di tortura e maltrattamenti avviene con una frequenza preoccupante in nome della “guerra al terrorismo”. La Corte Edu ha riaffermato la regola espressa *in primis* nel caso *Soering contro Regno Unito* secondo cui nessuna circostanza, comprese la minaccia di terrorismo o le preoccupazioni per la sicurezza nazionale, può giustificare l'esposizione di un individuo al rischio concreto di seri abusi di diritti umani⁶⁰⁸.

I Giudici di Strasburgo hanno rilevato anzitutto che gli Stati sono chiamati ad affrontare serie difficoltà nei tempi moderni. Nel proteggere le loro comunità dalla violenza terroristica, però, lo Stato non deve mai mettere in discussione la natura assoluta dell'art. 3 Cedu.

La sentenza ha anche affrontato il problema delle “assicurazioni diplomatiche” e, in particolare, di come deve comportarsi uno Stato qualora vi sia il rischio di tortura o maltrattamento, ma il Paese dove l'individuo verrà deportato assicura che il detenuto sarà destinatario di un

⁶⁰⁵ Corte Edu, sentenza *Chahal contro Regno Unito*, cit.

⁶⁰⁶ Corte Edu, sentenza *Hamed contro Austria*, 17 dicembre 1996, rif. n. 25964/94, pp. 39-41.

⁶⁰⁷ Corte Edu, sentenza *Saadi contro Italia*, cit. Il caso di specie riguarda la decisione delle autorità italiane di estradare in Tunisia Nassim Saadi, un cittadino tunisino legalmente residente in Italia. Il ricorrente è stato processato in contumacia in Tunisia per reati di stampo terroristico e condannato a venti anni di carcere. Di fronte alla Corte Europea, Saadi ha dichiarato che sarebbe andato incontro al rischio di tortura e maltrattamenti in Tunisia, un Paese in cui gli abusi sui presunti terroristi sono una pratica abituale e documentata.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p.124.

trattamento umano e non degradante. La Corte Edu ha ritenuto che tali assicurazioni non bilancino automaticamente un rischio reale, sottolineando «che l'esistenza di leggi nazionali e l'adesione a trattati non sono sufficienti ad assicurare protezione adeguata contro il rischio di maltrattamento»⁶⁰⁹. Di fatto, una volta che tale rischio è stabilito, la Corte non ha mai riconosciuto assicurazioni in grado di rimuoverlo⁶¹⁰.

Un numero crescente di attori internazionali – tra cui l'Alto Commissario per i diritti umani, il relatore speciale sulla tortura e il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa – ritengono che le assicurazioni diplomatiche contro la tortura e i maltrattamenti siano intrinsecamente inaffidabili e praticamente inattuabili, e che pertanto non costituiscano una salvaguardia efficace contro la tortura e i maltrattamenti.

10.1. Pena di morte

Anche la pena capitale può essere considerata una forma di tortura sia perché, da una parte, l'esecuzione di una condanna a morte può causare acute sofferenze fisiche (si pensi ai casi in cui il sedativo con cui si procede all'iniezione non ha immediato effetto) sia in quanto, dall'altra parte, il periodo di attesa nel “braccio della morte” ha delle forti ripercussioni sulla psiche del condannato, che in genere è ossessionato dal pensiero di morire.

In Italia «non è ammessa la pena di morte» (art. 27 Cost.).

Questo precetto comporta non soltanto che l'ordinamento giuridico italiano non preveda tra i vari modelli di pena da infliggere quella capitale, ma anche che non sia possibile estradare una persona la quale nel Paese d'arrivo sarebbe condannata alla morte in esecuzione di una condanna. A fronte di tutto ciò, con la sentenza n. 54 del 1979, è stata dichiarata illegittima la disciplina della Convenzione italo-francese di estradizione del 1870, che ammetteva l'estradizione per reati punibili con la pena di morte. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato la superiorità del diritto fondamentale alla vita – che si riflette nel quarto comma dell'art. 27 Cost., ove è bandita la pena di morte – rispetto ad ogni possibile norma interna o esterna, anche di diritto internazionale pattizio, che, in qualsiasi modo, la avalli.

Successivamente, con la sentenza n. 223 del 1996, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina che consentiva l'estradizione verso gli Stati che prevedono la pena di morte per il reato in ordine al quale è richiesta l'estradizione medesima. Non è stata ritenuta sufficiente la garanzia dello Stato richiedente che la pena di morte non sarebbe stata in concreto

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p.124.

⁶¹⁰ G. CAGGIANO, *Nuove politiche dell'immigrazione nello SLSG*, P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione di diritti fondamentali*, Sirente, Roma, 2008, p. 134.

irrogata, o che comunque non sarebbe stata eseguita. Ciò conferma l'orientamento della Corte a ritenere il bando della pena di morte un principio supremo dell'ordinamento costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale italiana è ispirata nel suo complesso al principio della massima espansione dei diritti fondamentali anche nei procedimenti di cooperazione internazionale ai fini della repressione dei delitti, considerando prevalenti le ragioni della tutela di tali diritti su valutazioni di carattere processuale o ordinamentale o su scelte politiche, sia del legislatore che delle convenzioni internazionali.

Diversamente dal diritto interno, la Convenzione Edu non prevede il divieto di introdurre la pena di morte né quello, indiretto, di non estradare un soggetto verso un Paese che preveda la pena capitale come sanzione per il fatto da questi commesso. Invero, il comma 1 dell'art. 2 della Convenzione afferma che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena».

Per il pensiero dei Giudici di Strasburgo, l'art. 3 della Convenzione non può essere interpretato come grimaldello per dichiarare la pena di morte come disumana e degradante a priori, in quanto ciò non era riconducibile alla volontà dei redattori.

Tuttavia il collegio non ha escluso la possibilità di sottoporre la pena capitale al vaglio dell'art. 3 Cedu, dichiarando che di volta in volta è necessario valutare se dalle circostanze del caso è possibile evincere un superamento della soglia di gravità, richiesto dalla norma in analisi⁶¹¹.

Applicando tali considerazioni al dato fattuale, la Corte Edu nel caso *Soering contro Regno Unito* ha tenuto conto delle argomentazioni del ricorrente, secondo cui, i tempi molto lunghi del sistema di ricorsi in sede penale dello stato della Virginia, verso cui il detenuto avrebbe dovuto essere estradato, lo avrebbero costretto a stare nel cosiddetto “braccio della morte” per circa sei/otto anni, periodo in cui a causa della giovane età e del disturbo psichico di cui era affetto, avrebbe rischiato con ogni probabilità di subire violenze fisiche anche di natura sessuale. In aggiunta a tutto ciò, il periodo particolarmente lungo di attesa del responso avrebbe causato un forte turbamento psicologico tale da integrare una violazione dell'art. 3 Cedu.

11. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti si è detto di come la protezione delle persone recluse sia stata oggetto di interesse *in primis* da parte delle Nazioni Unite che sono intervenute redigendo una disciplina normativa, caratterizzata da apprezzabile diversificazione delle tutele.

⁶¹¹ La Corte evidenzia alcuni elementi utili a valutare il superamento della soglia di gravità: Corte Edu, sentenza *Soering contro Regno Unito*, cit., p.104.

Da una parte, infatti, vengono sancite le garanzie minime riservate al detenuto, salvaguardandolo così nella sfera dei diritti fondamentali. Viene quindi ribadito l'inderogabile divieto di tortura e di sottoporre i prigionieri a trattamenti inumani e degradanti.

Dall'altra parte, l'attenzione si focalizza sull'educazione del personale sanitario che deve prestare la propria attività di cura e assistenza a favore di soggetti *in vinculis*.

Assicurare livelli di assistenza e salvaguardia della salute dei detenuti si riflette necessariamente sul garantire loro un'esecuzione della pena decorosa e rispettosa della dignità dell'uomo.

Lo sforzo di dettare disposizioni che devono essere rigorosamente seguite dagli operatori sanitari è certamente pregevole in quanto incide sulla loro *forma mentis* e li esorta a vigilare in maniera più attenta sulle condizioni di salute di coloro che si trovano in stato di restrizione della libertà.

Deve sottolinearsi, ancora una volta, l'importanza del ruolo degli organismi sovrannazionali nell'indirizzare i Governi dei singoli Stati a introdurre meccanismi analoghi a quelli sovra-statuali già esistenti, ma che se previsti a livello nazionale si possono dimostrare maggiormente incisivi.

Si pensi all'istituzione del Garante dei detenuti a vari livelli (comunale, provinciale, regionale, statale) che manifesta l'intenzione di monitorare meglio la condizione dei prigionieri, prevenendo casi di tortura e di esecuzione della pena o trattamenti inumani o degradanti. Fondamentale per la nascita di questi organi è stata infatti l'istituzione del *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*⁶¹².

Si registra invece una carenza di fonti legislative disciplinanti il diritto alla salute dei detenuti. A ben vedere, però, tale assenza non deve suggerire un'approssimata tutela del suddetto diritto, data l'interpretazione estensiva che dei diritti sociali hanno fornito le Corti sovranazionali, soprattutto la *Corte europea dei diritti dell'uomo*. Tuttavia, il diritto alla protezione della salute «riceve dalla Corte di Strasburgo una tutela solo indiretta, di riflesso, o *par richocet*, qualora il pregiudizio alla salute si riflette nella lesione o messa in pericolo di altri diritti garantiti dalla Convenzione»⁶¹³.

⁶¹² Per un approfondimento si rimanda al Cap. II, par 4,

⁶¹³ F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017. All'interno di uno scenario normativo poco o per nulla soddisfacente, il diritto alla salute si radica dunque nella previsione di cui agli artt. 2, 3 ed 8 della Cedu: più in particolare, è l'art. 3, inherente il divieto di trattamenti inumani e degradanti, che ha esercitato la maggiore influenza all'interno dei confini nazionali, in ragione della nota vicenda dell'assoluta inadeguatezza (anche spaziale) dei nostri istituti penitenziari (vicenda che, come è noto, ha portato la Corte Edu ha condannare lo Stato italiano nel 2013, con la sentenza *Torreggiani ed altri contro Italia*). È proprio grazie alla vaghezza della terminologia utilizzata dal legislatore sovranazionale nella formulazione del predetto articolo 3 che i Giudici di Strasburgo hanno potuto implementare

Ed allora, secondo quanto recentemente ribadito dalla Corte EDU, all'interno del compito degli Stati di assicurare *health and well-being* dei detenuti, questi devono garantire che le condizioni di detenzione siano rispettose della dignità umana e che le modalità di esecuzione della misura detentiva non siano tali da sottoporre il detenuto a sofferenze ulteriori e non necessarie. La salute e il benessere del soggetto *in vinculis* devono essere adeguatamente assicurati tramite la necessaria assistenza medica, oltre che attraverso il divieto di aggravare in modo alcuno la fase esecutiva e detentiva⁶¹⁴.

Come recentemente ribadito dalla Corte Edu nell'ambito delle vicende detentive legate a Franco Scoppola e a Bruno Contrada, al fine di evitare un'inutile violazione del divieto di trattamenti inumani nei riguardi di un recluso gravemente malato, è necessario accertare se, a fronte delle cure somministrate, sia appropriato perpetuare la condizione detentiva in presenza di un quadro patologico decisamente compromesso.

Tuttavia, è nota, nonché socialmente avvertita, la doverosità di bilanciare il diritto alla salute con le altrettanto legittime esigenze di sicurezza collettiva: un contemperamento che, esclusa la non negoziabilità del contenuto essenziale del diritto alla salute, ha spesso condotto a ritenere prevalenti le seconde.

In considerazione di speciali esigenze di sicurezza (art. 41- *bis* ord. penit.) possono rendersi necessarie dunque limitazioni a diritti ulteriori, oltre a quello alla libertà, ma anche in tal caso la legittimità di queste restrizioni deve essere indispensabile al raggiungimento dello scopo.

Anche la Costituzione si occupa del momento dell'esecuzione penale in una pluralità di prescrizioni e, in particolare, sancisce il principio secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 13, comma 4 e art. 27, comma 3) e quello secondo il quale la salute è un diritto fondamentale dell'individuo (art. 32)⁶¹⁵. Non può esservi rieducazione senza aver previamente garantito il rispetto del limite invalicabile della dignità umana, diretta espressione di quel principio personalista che coinvolge l'intera trama costituzionale.

Il nostro legislatore, con la legge n. 354 del 1975, di riforma dell'ordinamento penitenziario, che all'art. 1 recita «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona», e con le sue successive modifiche, ha cercato di attuare un dialogo infra-costituzionale tra la previsione di un trattamento penitenziario ispirato a

un'esegesi evolutiva ed estensiva volta a denunciare violazioni del divieto di tortura ovvero modalità esecutive della pena inumane o degradanti.

⁶¹⁴ In tal senso, *ex multis*, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla contro Polonia*, ric. n. 30210/96, p. 94.

⁶¹⁵ F. SICURO , *Il difficile bilanciamento fra certezza della pena, tutela del diritto alla salute ed esecuzione penale rispettosa del senso di umanità (una riflessione a margine di Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2018-18 maggio 2018, n. 22307)*, su *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2018, 13 dicembre 2018, p. 652.

finalità rieducative e rispettoso del senso di umanità, in cui deve tradursi l'esecuzione della pena, e il valore della dignità della persona umana, sancito dall'art. 2 Cost⁶¹⁶.

Nonostante i plurimi interventi normativi di tutela dei diritti dei reclusi, ancora oggi si registra uno squilibrio tra il formale riconoscimento a livello legislativo dei predetti diritti e il loro sostanziale disconoscimento a livello applicativo-esecutivo; situazione che ha portato parte della dottrina a chiamare i diritti dei detenuti come «ad effettività emersa»⁶¹⁷.

I ritardi riscontrati in sede di effettivo riconoscimento dei suddetti diritti garantiti a livello sovranazionale e interno derivano dalla relativa costante sottoposizione ad attività di bilanciamento con l'esigenza di garantire la pubblica sicurezza, che una parte della dottrina reputa «valore superprimario»⁶¹⁸. Ma tale bilanciamento non può annullare totalmente i diritti fondamentali e «può comportare la limitazione di un diritto fondamentale del recluso solo alla condizione che a ciò faccia riscontro il corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango e più, in particolare, di quello della sicurezza dei cittadini»⁶¹⁹.

Anche in presenza di una limitazione nel godimento dei diritti fondamentali determinato da esigenze di sicurezza penitenziaria interna ed esterna, non possono mai essere sacrificati i diritti fondamentali del recluso. Se così non fosse si verrebbe a negare il «volto costituzionale della pena»⁶²⁰, incentrato sul profilo rieducativo assolto dalla stessa, e a neutralizzare il criterio-guida dell'intera impalcatura costituzionale ed ordinamentale: quello della dignità dell'uomo⁶²¹.

La difficoltà di predisporre il sistema dell'esecuzione penale in senso costituzionalmente orientato è dovuta principalmente alla scarsità delle risorse economiche disponibili.

Pertanto, se i diritti fondamentali, almeno in linea teorica, non devono subire i condizionamenti che il legislatore incontra nella ripartizione delle risorse finanziarie delle quali dispone e che si dimostrano spesso insufficienti, si deve prendere atto di una situazione reale in cui le esigenze della finanza pubblica finiscono per influire, in senso restrittivo, anche sulla legittima pretesa del detenuto a far valere il nucleo irriducibile del proprio diritto alla salute e, di riflesso, a vedere lesa la propria dignità.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 654.

⁶¹⁷ S. TALINI, *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, ES, Napoli, 2017, p. 434.

⁶¹⁸ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, n.1/2008, p. 40.

⁶¹⁹ A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Cacucci, Bari, 2018, p. 375. La Consulta, nella sentenza relativa al caso Ilva (n. 85 del 2013), onde evitare un'indebita tirannia fra situazioni giuridiche soggettive, ha affermato che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

⁶²⁰ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.rivistaaic.it, 2014, p. 5.

⁶²¹ F. SICURO, *Il difficile bilanciamento fra certezza della pena, tutela del diritto alla salute ed esecuzione penale rispettosa del senso di umanità (una riflessione a margine di Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2018-18 maggio 2018, n. 22307, cit., p. 652.*

Altra causa è lo strutturale sovraffollamento degli istituti penitenziari.

Per tentare di risolvere questo problema, si osserva che la Costituzione parla significativamente non già di *pena*, bensì di *pene*, facendo intendere come la tensione rieducativa debba contrassegnare non soltanto il momento espiativo, ma anche la scelta della pena più consona al fatto e al reo: si dovrebbe ricorrere alla sanzione del carcere, strutturalmente la meno idonea alla risocializzazione, solo quando ogni altra si appalesi inadeguata. E ciò dovrebbe comportare un deciso spostamento del baricentro della risposta sanzionatoria penale, oggi imperniata sulla pena detentiva, verso sanzioni di comunità, meno onerose per lo Stato e meno desocializzanti per il condannato, chiamato ad adoperarsi nella e per la collettività, come, ad esempio, il lavoro di pubblica utilità. Sempreché non si possa, nei casi in cui ne ricorrono i presupposti, intraprendere percorsi di giustizia riparativa. Quando poi il ricorso al carcere è inevitabile, l'attenzione non può limitarsi all'espiazione intramuraria della pena: la funzione rieducativa, infatti, implica la possibilità di un graduale reinserimento del condannato nella collettività, e a questa sua “convalescenza sociale” vanno dedicati altrettanto impegno e altrettante risorse, risultando essa quasi sempre decisiva per un effettivo recupero del soggetto alle regole della comunità, con un drastico abbattimento del pericolo di recidiva, e a salvaguardarne la dignità.

Il problema dell'affollamento carcerario può inoltre essere affrontato anche attraverso l'incremento dei posti detentivi, nei limiti delle possibilità delle finanze dello Stato, insieme ad un'accorta politica di espulsione a favore dei Paesi d'origine dei detenuti stranieri⁶²².

Uno sforzo innovativo che voglia incidere in profondità e durevolmente sull'esecuzione penale deve cercare di abbracciarla nella sua poliedrica complessità per intervenire sui piani, intimamente interconnessi, delle norme, delle strutture architettoniche, della formazione professionale, dell'organizzazione del regime penitenziario, del coinvolgimento del territorio nell'esecuzione esterna della pena e dell'immigrazione.

⁶²² In questo binario si incanalà il progetto di edilizia penitenziaria del governo attraverso il decreto semplificazione che ha conferito al Dipartimento amministrazione penitenziaria la possibilità di individuare immobili nella disponibilità dello Stato per riconvertirli in strutture carcerarie.

CAPITOLO V

IMMIGRAZIONE

SOMMARIO: 1. Gli *hotspot* - 1.1. Il caso *Khlaifia e altri contro Italia*: la Corte Edu si pronuncia sul trattamento dei migranti collocati nell'*hotspot* di Lampedusa - 2. I centri di identificazione e di espulsione (c.i.e.) e C.P.R. - 2.1. Il Decreto Minniti-Orlando e i "nuovi" C.P.R. - 2.2. Il Decreto Salvini - 2.3. Il Garante nazionale sui c.i.e. - 2.4. Violazione dei diritti fondamentali e danno d'immagine degli enti locali - 3. *Memorandum Italia-Libia* - 3.1. L'*iter* del migrante - 4. I migranti e l'Europa - 4.1. La situazione italiana - 4.2. Il Decreto "Sicurezza-bis" - 4.3. In particolare, sulla legittima difesa - 4.4. Le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa - 4.4.1. La definizione di "porto sicuro" - 4.4.2. Auspicabili politiche di cooperazione - 4.5. La vicenda della *See Watch 3*

1. Gli *hotspot*

Oltre alle persone ristrette della loro libertà, ulteriore categoria di soggetti ampiamente vulnerabili è rappresentata dai migranti.

Gli strumenti normativi tentano da sempre di risolvere le problematiche connesse al fenomeno migratorio. Ciò avviene dal punto di vista sia quantitativo, sia qualitativo: l'attualità dimostra quale sia lo sforzo che viene richiesto al diritto, nonché ai suoi attori istituzionali, per assicurare anche in condizioni di emergenza il fisiologico svolgimento della sua funzione tipica, cioè la gestione dei fenomeni sociali, in un ambito di effettiva applicazione delle garanzie costituzionali, sia in senso istituzionale sia di tutela dei diritti fondamentali⁶²³.

L'esigenza di prevedere un metodo specifico di gestione degli arrivi di migranti in Europa, rivolta principalmente ai canali di accesso rappresentati da Italia e Grecia⁶²⁴, viene espressa per la prima volta all'interno della Comunicazione della Commissione avente a oggetto l'*Agenda europea sulla migrazione*⁶²⁵.

Per fronteggiare il problema del fenomeno migratorio che ha interessato l'Europa, e soprattutto i Paesi del Mediterraneo, la Commissione europea, con la Comunicazione del settembre 2015⁶²⁶, ha indicato alcune misure operative che prevedono, da una parte, il meccanismo fondato

⁶²³ Sul concetto di emergenza applicato al fenomeno migratorio, si rinvia a S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione del diritto. Atti della giornata di studio* (Trento, 31 ottobre 2013), Trento, 2015, pp. 141-168.

⁶²⁴ Secondo i dati forniti dall'UNHCR in materia di flussi migratori, gli arrivi via mare nel 2015 sono stati stimati in 1.015.078 persone, diminuiti a 316.712 nel 2016 (http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php#_ga=1.171726693.475366661.1485267876).

⁶²⁵ F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2016, pp. 109- 134.

⁶²⁶ Commissione europea, Bruxelles, 23 settembre 2015, COM (2015) 490 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*. Si veda successivamente, Commissione europea, Bruxelles, 14 ottobre 2015, COM (2015) 510 final, *Comunicazione della*

sulla solidarietà tra gli Stati del ricollocamento delle persone bisognose di protezione internazionale⁶²⁷ e, dall'altra, la creazione di squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei “punti di crisi”, cioè gli *hotspot*⁶²⁸.

La Comunicazione si limita a descrivere le modalità con le quali questo sistema deve essere attuato. Nello specifico, si prescrive che il personale distaccato dalle agenzie dell'UE – *Frontex*⁶²⁹, l’Ufficio *europeo di sostegno per l’asilo-EASO* ed *Europol* – presente nei porti in cui l’arrivo dei migranti è considerevole, offre il proprio supporto operativo, in conformità alle funzioni di ciascuno, al fine di procedere allo *screening* sanitario, alla pre-identificazione, alla registrazione, al foto-segnalamento e ai rilievi dattiloskopici dei migranti entro il termine di 48 ore dal loro arrivo⁶³⁰.

Queste operazioni sono di particolare importanza in quanto consentono di differenziare le diverse categorie di migranti: processo che incide sulla sorte di queste persone. All'esito delle descritte procedure, infatti, i richiedenti asilo saranno trasferiti nei *regional hubs* presenti sul territorio nazionale per la formalizzazione della domanda di asilo con l'assistenza dell'EASO. I migranti irregolari e non richiedenti protezione internazionale saranno, invece, trasferiti nei Centri di identificazione ed espulsione (c.i.e.) – oggi denominati “Centri di permanenza per i rimpatri” (C.P.R.) –⁶³¹, per poi essere rimpatriati, con la collaborazione di *Frontex*, attraverso il ritorno in patria volontario assistito (art. 13, comma 5, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), se sono disponibili a collaborare, o il rientro forzato, mediante il provvedimento di cui all'art. 10, commi 1 e 2, o 13, comma 2, D.lgs. n. 286/1998⁶³².

Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell’agenda europea sulla migrazione, p. 3 ss.

⁶²⁷ La base giuridica è rintracciabile nell'art. 78 par. 3 TFUE.

⁶²⁸ Questi sono stati individuati in Sicilia (dove, allo stato sono operativi quelli di Lampedusa, Trapani e Pozzallo), in Puglia, segnatamente a Taranto, e in Grecia.

⁶²⁹ *Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell’UE*, costituita con Regolamento (CE) n. 2007/2004 del 26 ottobre 2004.

⁶³⁰ La media dalla data di attivazione è infatti di 15 giorni a Lampedusa, 5,5 a Trapani, 2,5 a Pozzallo e 10 a Taranto. Tempi di permanenza che in alcuni casi si allungano ulteriormente per quanto riguarda i minori non accompagnati: se la permanenza è la stessa a Lampedusa, 15 giorni anche per i minori, e di poco inferiore a Trapani (5 giorni), aumenta a Pozzallo, dove mediamente sono trattenuti due settimane in più rispetto agli adulti (17,5 giorni) e a Taranto (13 giorni).

⁶³¹ I c.i.e. (Centri di Identificazione ed Espulsione) sono stati rinominati dal decreto legge 17 febbraio 2017 n. 13, C.P.R. (Centri di Permanenza per i Rimpatri).

⁶³² Nel Rapporto di *Amnesty International, Hotspot Italia, Come le politiche dell’Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, 2016, p. 42, si afferma che le autorità italiane hanno fatto ricorso, principalmente, a due tipologie di provvedimenti: i decreti di respingimento differito con ordine di allontanarsi dal territorio nazionale entro sette giorni; i provvedimenti di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera da parte delle forze di polizia. In questo contesto di migrazioni “miste”, *Europol* ed *Eurojust* devono assistere lo Stato membro ospitante affinché assuma le informazioni utili nelle indagini contro le reti della tratta e del traffico di migranti. Il coordinamento del lavoro dei diversi esperti coinvolti nell’approccio *hotspot*, lo scambio di informazioni e la messa in atto di azioni coordinate dal momento dello sbarco fino alla canalizzazione di queste persone attraverso la procedura di asilo o di rientro, spetta alla Task Force regionale dell’UE (EURTF), con sede a Catania.

Questo sistema sembra essere funzionale, in particolare, al perseguitamento di due dei “pilastri” dell’*Agenda europea*: «ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare»⁶³³, anche attraverso l’aumento del tasso di esecuzione delle decisioni di rimpatrio, che si attesta su percentuali esigue e che rappresenta – secondo la Commissione – uno degli incentivi all’immigrazione irregolare; e «una politica comune di asilo forte»⁶³⁴, che richiede una maggiore condivisione delle responsabilità tra Stati membri, in particolare mediante, da un lato, il rispetto dell’obbligo di identificazione dei migranti da parte degli Stati di primo ingresso (Italia e Grecia, *in primis*) e, dall’altro lato, attraverso l’attivazione di un meccanismo di ricollocazione delle persone richiedenti asilo o protezione tra gli Stati membri, sulla base del principio di solidarietà⁶³⁵.

Successivamente, le istituzioni europee hanno cercato di dotare di una copertura normativa questo meccanismo di gestione dei flussi migratori, il quale si inserisce evidentemente all’interno del quadro giuridico europeo esistente in materia di immigrazione. In particolare, pur senza fare espresso riferimento al metodo *hotspot*, la Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia, ha definito il quadro normativo all’interno del quale tale procedura può essere attivata.

Da un lato, la base legale viene individuata nell’art. 78, comma 3, del *Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea*, nel quale si prevede che qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati⁶³⁶; dall’altro lato, viene in rilievo l’art. 80 del medesimo Trattato, secondo cui le politiche dell’Unione relative ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione e la loro attuazione devono essere governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri⁶³⁷.

⁶³³ *Agenda europea sulla migrazione*, cit., p. 8.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁶³⁵ C. FAVILLI, *L’Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell’«emergenza» immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2015, pp. 785-788; G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell’Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 366 ss.

⁶³⁶ Il regolamento *Eurodac* n. 603/2013, del 26 giugno 2013 riguarda il rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti protezione internazionale (art. 9), delle persone fermate durante l’attraversamento irregolare delle frontiere esterne (art. 14) e dei cittadini di paesi terzi illegalmente soggiornanti nel territorio dello Stato (art. 17), di età superiore ai 14 anni e la successiva trasmissione dei dati al sistema centrale dell’Eurodac entro le 72 ore. Nel dicembre 2015 è stata avviata, da parte della Commissione europea, una procedura d’infrazione contro l’Italia per la mancata applicazione del regolamento: si veda Commissione europea, comunicato stampa, 10 dicembre 2015, Attuazione del sistema europeo comune di asilo.

⁶³⁷ Commissione europea, 15 dicembre 2015, COM (2015), 679 final, p. 5.

Successivamente, una Comunicazione della Commissione europea del 29 settembre 2015 ha previsto l’istituzione di *Migration Management Support Teams*, costituiti da agenti delle diverse agenzie europee coinvolte e chiamati a svolgere le attività previste dalla Decisione all’interno delle aree *hotspot* in cooperazione e coordinamento con le autorità nazionali⁶³⁸.

Pertanto, l’*hotspot* pare debba intendersi quale metodo di coordinamento e cooperazione tra agenzie europee e autorità nazionali, che può essere attivato su richiesta degli Stati colpiti da una eccezionale pressione di flussi migratori ed è finalizzato a una gestione più adeguata ed efficiente dei medesimi⁶³⁹.

Tuttavia, occorre chiarire che recentemente la lacuna normativa in materia sembra essere stata, anche se non completamente⁶⁴⁰, colmata dall’approvazione del Regolamento (EU) 2016/21624 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, del 14 settembre 2016, nel quale si prevede che i rinforzi tecnici e operativi assicurati dalle agenzie europee agli Stati membri in caso di «sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall’arrivo di ampli flussi migratori misti», devono essere forniti «nei punti di crisi (*hotspot*) dalle squadre di sostegno per la gestione della migrazione»⁶⁴¹, alle quali fa riferimento la citata Comunicazione della Commissione.

Il regolamento prevede anche una definizione di *hotspot*, il quale viene identificato nei termini di «una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell’Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna»⁶⁴².

A livello nazionale, il principale atto nel quale è stato predisposto il quadro relativo all’attuazione del metodo *hotspot* è rappresentato dalla *Roadmap* del 28 settembre 2015 redatta dal Ministero dell’Interno, nonché, più di recente, dalle *Procedure Operative Standard* (SOP) stilate dal medesimo organo, nel marzo 2016⁶⁴³.

Come si può evincere dalla breve ricostruzione delle fonti normative regolatrici della materia *de qua*, il maggiore profilo problematico del sistema *hotspot* è legato, principalmente, alla

⁶³⁸ Sul punto si vedano le critiche espresse dall’*European Council on Refugees and Exiles* (ECRE), *Comments on European Commission Staff Working Document “on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints”*, giugno 2015, p. 4 ss.

⁶³⁹ Circolare n. 400/A/2014/1.308, 25 settembre 2014, a firma del dott. A. Marangoni: «in ogni caso la polizia procederà all’acquisizione delle foto e delle impronte digitali, anche con l’uso della forza se necessario».

⁶⁴⁰ M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2016, pp. 739 ss.

⁶⁴¹ Ministero dell’Interno, *Roadmap Italiana*, 28 settembre 2015.

⁶⁴² Regolamento (EU) 2016/21624.

⁶⁴³ *Procedure operative standard (SOP) applicabili agli hotspot italiani*, redatte dal Ministero dell’Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l’immigrazione e Dipartimento della Pubblica Sicurezza, marzo 2016.

mancanza di una puntuale disciplina normativa. La materia è regolata, infatti, soprattutto da fonti europee di *soft law* e da circolari del Ministero dell’Interno e ciò comporta delle ricadute negative in termini di violazioni di diritti fondamentali riconosciuti a livello sia nazionale sia sovranazionale, denunciate in diversi documenti⁶⁴⁴. Ed inoltre, non pare che la scarna normativa recentemente introdotta sia sufficiente, come si dirà meglio nel prosieguo, a fornire nessuna tutela.

Ai fini della disamina dei profili di criticità del sistema, è necessario innanzi tutto soffermarsi sulle procedure che devono essere avviate dagli operatori presenti sui luoghi.

All’arrivo dei migranti, la prima operazione da compiere dopo lo *screening* sanitario è la pre-identificazione da parte dei funzionari dell’ufficio immigrazione, unitamente ai funzionari di *Frontex*, «con accertamento di eventuali vulnerabilità»⁶⁴⁵: i migranti devono compilare il foglio-notizie, contenente generalità, foto, informazioni di base in relazione alla provenienza, ai motivi dell’arrivo in Italia e l’eventuale volontà di richiedere la protezione internazionale.

Successivamente avviene l’identificazione attraverso il rilevamento delle impronte digitali: il soggetto dovrebbe essere informato, oralmente o per iscritto, dello scopo del rilevamento, dei destinatari dei dati, del diritto d’accesso ai dati che lo riguardano (art. 29 “Regolamento Eurodac”) in un linguaggio comprensibile.

Per quanto concerne le procedure di rilevamento delle impronte, il “Regolamento Eurodac” rimanda alle «prassi nazionali dello Stato membro interessato», ma dispone in ogni caso che questo debba avvenire «in conformità delle salvaguardie previste dalla *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, dalla *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* e dalla *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo*» (art. 3).

La mancata registrazione delle impronte pone problemi relativamente al funzionamento del “sistema Dublino”; tanto più che la registrazione in *Eurodac* è una pre-condizione per attivare la procedura del ricollocamento in un altro Stato membro.

Possono ipotizzarsi diversi scenari: se il soggetto non richiedente asilo rifiuta il rilevamento delle impronte, può essere considerato da parte degli Stati membri come un migrante irregolare. In conseguenza, dopo avere escluso la possibilità di applicare misure coercitive meno gravi rispetto alla detenzione, gli Stati possono ricorrere a quest’ultima in conformità all’art. 15 della Direttiva 2008/115/CE, nota come Direttiva “rimpatri”.

⁶⁴⁴ Tra i quali il *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, redatto dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, per quanto riguarda l’*hotspot* di Lampedusa. Da ultimo, è da segnalare il rapporto presentato da *Amnesty International*, cit., nel quale si riportano testimonianze di migranti che riferiscono dell’uso di manganelli, anche elettrici, di pestaggi, di forme di umiliazione sessuale e inflazione di dolori ai genitali, del diniego di cibo e acqua, a fronte del rifiuto opposto alle forze di polizia di rilevare le impronte digitali.

⁶⁴⁵ Ministero dell’Interno, Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione, circolare 6 ottobre 2015.

Se, invece, il migrante ha richiesto l’asilo e rifiuta il rilevamento delle impronte, gli Stati possono detenerlo «al fine di verificare la sua identità o nazionalità»⁶⁴⁶, sulla base dell’art. 7 della Direttiva 2003/9/CE (Direttiva “accoglienza”), ovvero dell’art. 8 lett. a) della Direttiva 2013/33/UE, (Direttiva “rifusione”).

Se lo Stato membro prevede la possibilità di una procedura accelerata, può informare il richiedente asilo che, sulla base dell’art. 23 lett. m) della Direttiva 2005/85/CE, ovvero dell’art. 31 lett. i) della Direttiva 2013/33/UE, la richiesta di protezione internazionale, a fronte del rifiuto di fornire le impronte, può essere soggetta a una procedura accelerata, con quanto ne segue in termini di riduzione delle garanzie.

In alternativa, sempre secondo il testo della Commissione, gli Stati membri potrebbero ricorrere, in ossequio al principio di proporzionalità, alla forza fisica come misura di ultima istanza. Ciò deve avvenire nel rispetto della dignità e dell’integrità psichica del soggetto⁶⁴⁷.

Invero, all’interno degli *hotspot* viene spesso utilizzata la forza per procedere all’identificazione dei migranti che non collaborano, sia pure come *extrema ratio*⁶⁴⁸. La coazione⁶⁴⁹, intesa come violenza fisica o psichica per superare una resistenza, incide senza dubbio alcuno sulla sfera della libertà personale degli individui – tutelata, *in primis*, negli artt. 13 della Carta Costituzionale e 3 Cedu – e, in quanto tale, richiede una base giuridica legale.

Ciò tuttavia non accade; come si è detto, la materia è regolata perlopiù da fonti amministrative secondarie, quali sono le circolari e le prassi operative, che rimandano a una valutazione di necessità nell’uso della forza ascrivibile, unicamente, alla discrezione del funzionario di polizia che opera in quel contesto⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Sul punto si vedano le critiche espresse dall’*European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Comments on European Commission Staff Working Document “on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints”*, giugno 2015, p. 4 ss.

⁶⁴⁷ In ogni caso, gli Stati membri possono escludere il ricorso alla coazione per alcune categorie di soggetti, come i minori e le donne incinte. Al riguardo va, comunque, ricordato che il Regolamento *Eurodac* non consente il rilevamento delle impronte ai minori di anni 14 e il considerando n. 35 fa un espresso riferimento all’«interesse superiore dei minori come considerazione preminente per gli Stati membri in sede di attuazione del presente regolamento».

⁶⁴⁸ Camera dei Deputati, XVI legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza, nei centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei centri di identificazione ed espulsione, seduta n. 36, 13 gennaio 2016; si veda da ultimo, *Amnesty International, Hotspot Italia*, cit., p. 16 ss.

⁶⁴⁹ Secondo il *Report dell’European Migration Network (EMN), Ad-Hoc Query on EURODAC Fingerprinting*, 2014, realizzato su 26 Stati Membri, quindici Stati proibiscono il ricorso alla forza fisica per rilevare le impronte digitali (Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Francia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia e Svezia). L’uso della forza per tutte le categorie *Eurodac* è consentito in Austria, Repubblica Ceca, Germania, Paesi Bassi, Polonia, Slovacchia, Regno Unito e Norvegia, mentre Estonia e Grecia lo consentono con riguardo alle persone entrate irregolarmente nel territorio dello Stato e non per i richiedenti asilo.

⁶⁵⁰ La *Relazione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Camera dei Deputati, Assemblea Seduta di martedì 16 maggio 2017, disponibile su www.interno.gov.it. sottolinea evidenti criticità infatti, «la natura giuridica degli *hotspot* resta non chiara, indefinita. Essi risultano in una sorta di

Il legislatore nazionale ha disciplinato una sola ipotesi in cui le forze di polizia sono autorizzate a procedere in modo coattivo ma, tra queste, non rientra quella oggetto di esame. In particolare, l'art. 349, comma 2 *bis*, c.p.p. consente, esclusivamente nei confronti di una persona sottoposta a indagini preliminari, il prelievo coattivo di capelli o saliva, comunque nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione del pubblico ministero⁶⁵¹, ravvisandosi una duplice riserva: di legge e di giurisdizione.

In una pronuncia, la Consulta⁶⁵², chiamata ad occuparsi degli accertamenti corporali, nell'escludere la legittimità costituzionale dei rilievi segnaletici che comportino ispezione personale, rinvia al legislatore, al quale spetta, «avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13». Se, pertanto, il legislatore è sovrano, trattandosi di materia coperta da riserva di legge, allo stato dell'attuale quadro normativo, l'uso da parte della polizia della forza fisica per costringere un migrante a sottoporsi ai rilievi foto-dattiloskopici, dovrebbe considerarsi illegittimo e penalmente rilevante.

Il trattenimento all'interno degli *hotspot* sembra poi configurare una “detenzione mascherata”.

La mancata identificazione dei migranti a causa del rifiuto opposto o dell'impossibilità oggettiva, a fronte di situazioni di autolesionismo ovvero di sbarchi di massa, di completare la

“limbo” giuridico, come struttura intermedia tra Centri di prima accoglienza e Centri di identificazione ed espulsione. Il trattenimento negli *hotspot*, le modalità, la durata non sono sottoposti al vaglio dell'Autorità giudiziaria, nonostante si tratti di una misura che incide sulla libertà personale dell'individuo e che pertanto andrebbe adottata nel rispetto dell'articolo 13 della Costituzione italiana che prevede una riserva assoluta di legge e di giurisdizione». Insomma: la Relazione del Garante offre alcuni preziosi spunti di riflessione sulle attuali criticità dell'uso della detenzione nel controllo dei flussi migratori, invitando a maggiore cautela e attenzione nella configurazione di un sistema che non può e non deve mettere in secondo piano l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali.

⁶⁵¹ Un'ulteriore ipotesi di prelievo coattivo è stata introdotta ad opera della l. 23 marzo 2016, n. 41, nei casi di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p., mediante l'aggiunta, all'art. 359 *bis* c.p.p., di un comma 3 *bis*. In argomento si veda C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo “stradale”*. *Tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 821 ss. Diverso è l'istituto del fermo per identificazione disciplinato dall'art. 11 della l. 18 maggio 1978, n. 191, che consente agli agenti di pubblica sicurezza di accompagnare nei propri uffici una persona al solo scopo di procedere alla sua identificazione, qualora la persona rifiuti di dichiarare le proprie generalità oppure ricorrano sufficienti indizi per ritenere che le dichiarazioni sulla propria identità o i documenti che la attestano siano falsi. Il trattenimento negli uffici di polizia, a fini d'identificazione, in ogni caso, non può eccedere le 24 ore e deve esserne data immediata notizia al Procuratore della Repubblica, il quale, ove ritenga non sussistenti i presupposti, ordina la liberazione della persona accompagnata.

⁶⁵² Corte cost., sentenza 22 marzo 1962, n. 30, avente ad oggetto la declaratoria di illegittimità dell'art. 4 della legge di pubblica sicurezza, nella parte in cui prevede rilievi segnaletici che comportino ispezioni personali, per contrasto con l'art. 13 Cost.

procedura nelle 48 ore dall’arrivo nell’*hotspot* pone dei problemi sul versante del trattamento di questi soggetti.

I migranti non possono allontanarsi dal centro finché non sia conclusa l’identificazione; né senza aver ultimato questa procedura si può fare richiesta d’asilo in Italia o accedere al programma europeo di ricollocamento.

Ancorché nelle SOP sia stabilito che il periodo di permanenza nella struttura, dal momento dell’ingresso, deve essere il più breve possibile, «compatibilmente con il quadro normativo vigente» – il che implica un rinvio al termine massimo delle 48 ore – nella realtà spesso accade che i migranti, compresi i minori non accompagnati, siano trattenuti all’interno di questi centri anche oltre il periodo massimo consentito⁶⁵³. In questo modo si attua una forma di detenzione amministrativa di fatto *sine die* che non soggiace alla procedura di convalida da parte dell’autorità giurisdizionale. Inoltre, spesso i migranti si trovano a vivere in condizioni igienico-sanitarie che potrebbero configurare una lesione alla loro dignità umana, come denunciato dall’Associazione *Medici senza frontiere*.

Tutto ciò pare porsi in palese contrasto con gli artt. 13 e 3 della Carta costituzionale, nonché con le fonti dell’Unione europea che considerano il trattenimento dei migranti come misura di *extrema ratio*, cui può farsi ricorso soltanto dopo avere escluso la possibile applicazione di misure meno gravi.

Il trattenimento *de facto* all’interno degli *hotspot*, in assenza di una base giuridica, solleva dubbi anche sul versante del rispetto dei diritti contenuti nella Cedu: oltre all’art. 3, norma che vieta trattamenti inumani e degradanti, non può non richiamarsi l’art. 5, che legittima la privazione della libertà sempre che esista una base giuridica⁶⁵⁴ – legale o giurisprudenziale – e purché siano rispettate alcune garanzie (diritto all’informazione, diritto ad un controllo sulle ragioni della detenzione). Da ultimo anche la Grande Camera della Corte Edu con la sentenza *Khlaifia contro Italia* del 15 dicembre 2016⁶⁵⁵, in relazione al più noto degli *hotspot*, quello di Lampedusa, ha condannato l’Italia considerandola colpevole della violazione dell’art. 5 della Convenzione e non ha mancato di sottolineare come tale centro costituisse in realtà un luogo di detenzione nel quale

⁶⁵³ Camera dei deputati, 29 aprile 2016, Interpellanza urgente n. 2-01354 dell’On. D. Duranti ed altri sulla situazione degli *hotspot* presenti sul territorio italiano, nel quadro delle politiche di accoglienza dei migranti.

⁶⁵⁴ XVII legislatura, Commissione parlamentare d’inchiesta sul sistema di accoglienza, identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, seduta n. 53, 30 giugno 2016, p. 10, Audizione del Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo, il quale sottolinea come, in linea generale, «non basta che ci sia una legge, ma occorre che questa legge non si presti ad applicazioni arbitrarie, sia chiara e prevedibile».

⁶⁵⁵ Corte Edu, sentenza *Khalifa e altri contro Italia*, 1 settembre 2015, rif. n. 16483/12.

gli stranieri erano privati della libertà senza alcuna base legale e senza la possibilità di fare ricorso all'autorità giudiziaria.

Per evitare in futuro ulteriori condanne, si è reso necessario ricondurre nell'alveo della legalità le fasi di prima identificazione ed accoglienza, dotandole di precisi fondamenti normativi.

Recentemente, invero, con il Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13 (decreto Minniti-Orlando)⁶⁵⁶, gli *hotspot* sono stati normativamente definiti su base nazionale. Introducendo il nuovo art. 10 *ter* del d.lgs. n. 286 del 1998 il legislatore ha affermato che «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142». La nuova norma prevede, inoltre, che in tali strutture vadano effettuate le «operazioni di rilevamento fotodattiloskopico e segnaletico», dovendo ivi essere «assicurata [allo straniero] l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito».

Lo sforzo del Governo italiano non è però stato ritenuto sufficiente⁶⁵⁷. Nonostante venga in rilievo il diritto all'*habeas corpus* scolpito dagli artt. 13 Cost. e 5 Cedu, come ha da ultimo rilevato la Corte Edu nella citata sentenza *Khlaifia contro Italia*, si è evidenziato che la nuova normativa si limita a rinviare ad altre disposizioni che non contengono alcuna indicazione pregante⁶⁵⁸, con la preoccupante conseguenza che la libertà personale dello straniero, nelle prime fasi dopo gli sbarchi, è rimasta di fatto affidata, domani come ieri, alla libera discrezionalità delle forze di polizia.

⁶⁵⁶ Per un maggior approfondimento si rimanda al par. 2.1. di questo capitolo

⁶⁵⁷ Per un'opinione critica al contenuto della legge si rimanda a L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti*, su *DirittoPenale Contemporaneo*, fascicolo n. 3, 10 marzo 2017, p. 8.

⁶⁵⁸ La disciplina dei nuovi “punti di crisi” rinvia a un decreto legge del 1995 e alla relativa legge di conversione in cui il legislatore, in risposta al massiccio afflusso di migranti proveniente dalle coste dell’Albania, si limitava a consentire all’art. 2 «l’istituzione, a cura del Ministero dell’interno, sentita la Regione Puglia, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri». La legge oggi richiamata non dice però nulla quanto alla natura e all’organizzazione dei centri. Quanto poi alle altre strutture di cui al richiamato art. 9 del d.lgs. 142/15, i Centri di prima accoglienza, la norma si limita a fornirne la denominazione e a segnalarne anche in questo caso la possibilità di apertura da parte del Ministero dell’interno, senza prevedere alcuna ulteriore indicazione.

1.1. Il caso *Khlaifia e altri contro Italia*: la Corte Edu si pronuncia sul trattamento dei migranti collocati nell'hotspot di Lampedusa

Come già detto, la *Corte europea dei diritti dell'uomo*, nel caso *Khlaifia e altri contro Italia*⁶⁵⁹ il 15 dicembre 2016 ha condannato il nostro Stato per violazione degli articoli 3, 5 (commi 1, 2 e 4) e 13 Cedu, a causa dell'assenza di un'idonea base legale per il trattenimento nel 2011 di tre cittadini tunisini nel centro di accoglienza di Lampedusa e in alcune navi e per la mancanza di un rimedio attivabile dai ricorrenti per esprimere lamentele sulle condizioni di trattenimento e contestare eventuali violazioni dell'articolo 3 Cedu.

I tre ricorrenti, cittadini tunisini, erano giunti nel Centro di soccorso e di prima accoglienza dell'isola siciliana ove erano stati trattenuti in condizioni da essi definite inumane e degradanti, fino a che una rivolta e il successivo incendio, scoppiati nel centro proprio in reazione alle condizioni di permanenza, lo avevano gravemente danneggiato e avevano costretto le Autorità italiane a rinvenire una diversa collocazione per gli oltre mille migranti presenti sull'isola. Essi erano stati quindi condotti a Palermo e imbarcati su tre navi rimaste per diversi giorni attraccate al porto della medesima città. I migranti erano infine stati rimpatriati in Tunisia, previo un sommario accertamento della loro identità avanti al console tunisino.

I ricorrenti hanno lamentato numerose violazioni davanti alla Corte Edu. In primo luogo, la lesione dell'art. 5 Cedu, per essere stati privati della propria libertà personale in assenza dei presupposti legali, per non aver ricevuto alcuna comunicazione circa le ragioni del loro trattenimento e per non aver avuto la possibilità di contestare la legittimità di tale privazione di libertà. In secondo luogo, hanno denunciato la violazione dell'art. 3 Cedu, per essere stati trattenuti in condizioni inumane e degradanti sia nel centro di prima accoglienza di Lampedusa sia a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo. In terzo luogo, hanno lamentato la violazione dell'art. 4, prot. 4, Cedu, per essere stati vittime di un'espulsione collettiva perché, conformemente all'accordo bilaterale tra Italia e Tunisia, il loro rimpatrio è avvenuto sulla sola base della nazionalità senza che fosse valutata la loro situazione personale. Infine, hanno sollevato la violazione dell'art. 13 Cedu con riferimento a tutti i precedenti profili di censura, per non aver potuto beneficiare di un efficace rimedio giurisdizionale interno contro tali violazioni convenzionali⁶⁶⁰.

La Grande Camera ha riconosciuto la violazione dell'art. 5 commi 1, 2 e 4 Cedu sia per quanto concerne il periodo trascorso dai ricorrenti nel centro di prima accoglienza di Lampedusa sia per quello trascorso sulle navi attraccate nel porto di Palermo rilevando l'assenza di idonea base

⁶⁵⁹ Corte Edu, sentenza *Khalifa e altri contro Italia*, cit.

⁶⁶⁰ In un primo giudizio reso dalla Seconda Sezione della Camera (sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, 1 settembre 2015, rif. n. 16483/12), i giudici avevano riconosciuto le violazioni dell'art. 5, 1, 2 e 4, Cedu e avevano accolto in parte le doglianze relative all'art. 3 Cedu e integralmente quelle relative all'art. 4, prot. 4, Cedu.

legale per il trattenimento dei ricorrenti e constatando che nessuna norma di diritto interno consentiva la privazione di libertà nei centri di prima accoglienza come quello ove erano stati detenuti i ricorrenti⁶⁶¹.

Per quanto riguarda l'art. 5, comma 2, avendo riscontrato che la detenzione dei ricorrenti non aveva alcuna base giuridica chiara e accessibile nel diritto italiano, la Corte Edu non ha ritenuto possibile che le autorità avessero informato i ricorrenti sulle ragioni giuridiche che fondavano il loro trattenimento o gli avessero fornito informazioni sufficienti per consentire di contestare i motivi della misura privativa della libertà davanti a un giudice⁶⁶²: nonostante fosse plausibile che essi fossero a conoscenza del loro *status* di migranti irregolari, non vi era alcuna prova che gli stessi avessero ricevuto alcuna specifica informazione in ordine ai presupposti e alla durata del trattenimento.

Dalla violazione dell'obbligo informativo è discesa, secondo la Corte, la conseguente violazione del diritto a un ricorso effettivo (art. 5, comma 4 Cedu): la Grande Camera ha affermato che, poiché i migranti non erano stati informati sulle ragioni poste alla base della loro detenzione, il diritto di ricorrere contro tale misura era comunque privo di ogni contenuto effettivo⁶⁶³. Pertanto, si doveva concludere che il sistema giuridico italiano non avesse fornito ai ricorrenti un rimedio efficace per contestare la legittimità della privazione della libertà⁶⁶⁴.

Rispetto alla lesione dell'art. 3 Cedu, la Grande Camera ha ritenuto invece che, sia nel corso della detenzione svoltasi nel centro di prima accoglienza di Lampedusa sia durante la permanenza sulle navi attraccate nel porto di Palermo, i ricorrenti non avevano sofferto un trattamento inumano e degradante⁶⁶⁵.

In via generale, pur ribadendo il carattere assoluto dell'articolo 3 Cedu, la Grande Camera ha al contempo valorizzato l'eccezionalità della situazione generale che si era determinata con gli sbarchi del 2011. Secondo i giudici, le innegabili difficoltà e i disagi patiti dai ricorrenti erano

⁶⁶¹ In particolare, secondo la legge italiana sull'immigrazione, la detenzione degli stranieri è possibile solo all'interno dei c.i.e. Inoltre, la Corte ha precisato che neppure l'accordo bilaterale di riammissione degli stranieri, firmato tra l'Italia e la Tunisia nell'aprile 2011, poteva fornire una base giuridica adeguata per la detenzione dei ricorrenti, poiché esso non conteneva alcun riferimento alla privazione di libertà e comunque il suo testo integrale non era stato reso pubblico ed era quindi non accessibile alle ricorrenti (Corte Edu, sentenza *Khlaifia e altri contro Italia*, cit., pp. 102 –103).

⁶⁶² Corte Edu, sentenza *Khlaifia e altri contro Italia*, cit., p. 117.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 133.

⁶⁶⁵ Tale statuizione ha dunque ribaltato parzialmente il giudizio di primo grado, nel quale la Camera (Seconda Sezione) aveva riconosciuto la violazione dell'art. 3 Cedu con riferimento alla privazione di libertà dei ricorrenti nel Centro lampedusano.

derivati in misura significativa dalla situazione di estrema difficoltà che le autorità italiane si erano trovate a fronteggiare⁶⁶⁶.

In particolare, per quanto riguarda il trattenimento nel centro di prima accoglienza, la Grande Camera ha ritenuto che il trattamento subito dai ricorrenti non aveva superato il livello di gravità necessario al riconoscimento della violazione convenzionale⁶⁶⁷. Per quanto riguarda il trattenimento a bordo delle navi ormeggiate a Palermo, i giudici non hanno considerato sufficienti le prove portate dai ricorrenti e, d’altro canto, non hanno ritenuto che l’onere probatorio spettasse al Governo⁶⁶⁸.

La Grande Camera ha poi statuito l’insussistenza della violazione dell’art. 4 del protocollo 4 della Convenzione in quanto il significato del termine espulsione collettiva è da intendersi come qualsiasi misura di rimpatrio che riguardi un gruppo di stranieri, che non sia basata su un ragionevole e obiettivo esame dei casi individuali⁶⁶⁹. Lo scopo di questa disposizione è quindi quello di evitare che gli Stati membri possano rimpatriare gli stranieri arbitrariamente senza esaminare la loro situazione personale e quindi senza consentire loro di far valere le proprie ragioni avverso i provvedimenti di rimpatrio adottati dalle autorità competenti⁶⁷⁰. A giudizio della Grande Camera le prescrizioni di cui all’articolo 4, prot. 4, Cedu erano state soddisfatte in quanto i migranti avevano avuto la possibilità effettiva di presentare le proprie argomentazioni avverso il provvedimento d’espulsione⁶⁷¹.

Nonostante i giudici di Strasburgo abbiano negato la violazione sostanziale dell’art. 3 Cedu, essi hanno comunque riconosciuto la violazione dell’art. 13 Cedu in combinato disposto con l’art. 3 Cedu. È stato infatti osservato come le doglianze sollevate dai ricorrenti rispetto a tale violazione non fossero manifestamente inammissibili e, a partire da tale premessa, è stata rilevata l’assoluta mancanza di un’autorità cui i migranti avrebbero potuto indirizzare un ricorso efficace relativo alle condizioni del trattenimento svoltosi a Lampedusa e sulle navi⁶⁷².

⁶⁶⁶ Corte Edu, sentenza *Khalifa e altri contro Italia*, cit., p. 185.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, pp. 190 – 198.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 206. Come noto, la giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 3 Cedu prevede a carico dei ricorrenti il rigoroso onere della prova delle violazioni lamentate, salvo le ipotesi nelle quali il soggetto sia stato preso in custodia dall’Autorità in buone condizioni di salute e ne sia uscito in condizioni deteriori, incombendo, in quel caso, sullo Stato l’onere di fornire convincenti spiegazioni rispetto a quanto accaduto nel periodo di custodia.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 237. Si ricorda che nel 2012 l’Italia è invece stata condannata dalla *Corte europea dei diritti umani* di Strasburgo per aver violato gli artt. 3, 4, prot. n. 4, e 13 (in collegamento con gli articoli precedenti) della *Convenzione sui diritti umani* con la sentenza *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, 23 febbraio 2012, rif. n. 27765/09, avendo respinto in alto mare verso la Libia, il 6 maggio 2009, un barcone dove si trovavano circa 200 persone. I migranti vennero trasbordati su imbarcazioni italiane e riaccompagnati a Tripoli contro la loro volontà, senza essere prima identificati, ascoltati né preventivamente informati sulla loro effettiva destinazione. Questa procedura ha fatto sì che i migranti non abbiano avuto alcuna possibilità di presentare richiesta di protezione internazionale in Italia.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 238.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 248.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 270.

2. I centri di identificazione e di espulsione (c.i.e.) e C.P.R.

Funzionale all'obiettivo di offrire una soluzione adeguata al problema del flusso di clandestini nel territorio dello Stato è stata l'istituzione dei Centri di identificazione e di espulsione (c.i.e), ora Centri di permanenza per i rimpatri⁶⁷³.

Tali centri sono finalizzati a consentire l'identificazione del clandestino e la materiale esecuzione dei provvedimenti di allontanamento⁶⁷⁴. Si tratta, in altri termini, di strutture istituite per ospitare gli stranieri in attesa di rimpatrio, secondo il modello di espulsione elaborato in sede europea.

A quest'ultimo riguardo, va evidenziato che l'art. 15, comma 1 della Dir. eu. n. 115/2008, recante *Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, prevede, in particolare: a meno che «nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, [che] gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento».

La direttiva comunitaria è ispirata a un principio di proporzionalità del trattenimento quale misura «massimamente restrittiva della libertà personale rispetto alle altre misure coercitive previste dall'ordinamento»⁶⁷⁵. In altri termini, nell'ambito delle procedure di espulsione coattiva, il trattenimento deve rappresentare l'*extrema ratio* cui fare ricorso solo quando ogni altra misura, sulla base di una specifica valutazione del caso concreto, risulti insufficiente⁶⁷⁶.

Il carattere sussidiario del trattenimento trova, d'altra parte, conferma anche nella norma contenuta nell'art. 15, comma 2, Dir. eu. 115/2018, in forza della quale l'autorità amministrativa

⁶⁷³ Istituiti nel 1998 dalla legge sull'immigrazione Turco-Napolitano (art. 12 della legge n. 40 del 6 marzo 1998), i Centri di Permanenza Temporanea, poi denominati c.i.e. (Centri di identificazione ed espulsione) dalla legge Bossi-Fini (legge n. 189 del 30 luglio 2002) e infine rinominati C.P.R. (Centri di Permanenza per i Rimpatri) dalla legge Minniti-Orlando, sono strutture detentive dove vengono reclusi i cittadini stranieri sprovvisti di regolare titolo di soggiorno. Per una esaustiva ricostruzione della istituzione dei centri di trattenimento in Italia e in Europa si veda C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Ediesse, Roma, 2013, pp. 21-40.

⁶⁷⁴ Dai lavori parlamentari (Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, XVI legislatura, Commissioni 1° e 2° riunite, resoconto sommario delle sedute del 3 e 4 giugno 2008) si evidenzia come la scelta di rinominare i centri di identificazione e di espulsione «nasca con l'intento di distinguere tali strutture dai Centri di prima accoglienza, dai Centri di accoglienza richiedenti asilo e da altre strutture similari, rilevando che la struttura cui si riferisce il decreto in titolo è chiamata a svolgere, al contrario delle altre, i compiti di identificazione del clandestino e di espulsione dello stesso, qualora ne ricorrano le condizioni» e «come la modifica di denominazione prevista per i centri di permanenza temporanea e assistenza appaia foriera di un mutamento culturale nei confronti del fenomeno dell'immigrazione».

⁶⁷⁵ Sulla proporzionalità della misura del trattenimento nei c.i.e. si è espresso il Tribunale di Crotone con sentenza del 1 dicembre 2012, n. 1410, secondo il quale il principio di proporzionalità «impone che il trattenimento nel centro di identificazione e espulsione debba essere disposto solo quando ogni altra misura risulti inadeguata».

⁶⁷⁶ Sul trattenimento nei c.i.e. come *extrema ratio* del sistema si veda L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, O. MAZZA – F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 80, secondo cui «il sistema di espulsione elaborato in sede europea (...) consente la privazione della libertà dello straniero solo come *extrema ratio*, quando sussistano elementi concreti che facciano dubitare della volontà dello straniero di fare effettivamente ritorno nel proprio Paese».

precedente è tenuta a motivare la propria scelta e, in particolare, ad esporre le ragioni per le quali, concretamente, non consideri possibile applicare una misura coercitiva meno afflittiva del trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione.

Chiamato a dare attuazione agli artt. 15 e 16 della Dir. eu. richiamata⁶⁷⁷, l'art. 14, comma 1 del T.U. imm. n. 286/1998 prevede, tra l'altro, che «quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione dello straniero mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento⁶⁷⁸, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione e di espulsione più vicino».

L'espressione «tempo strettamente necessario» sembra alludere a situazioni di impossibilità di procedere all'espulsione dello straniero dallo Stato dovuta alla mancata cooperazione al rimpatrio o al ritardo nella ricezione della documentazione dal Paese d'origine. Sennonché, l'indeterminatezza della durata del trattenimento, legata all'eccessiva genericità del riferimento normativo, comporta, di fatto, il rischio che la permanenza nel centro si protragga per lunghi periodi, anche a causa dell'inefficienza della pubblica amministrazione o di ostacoli burocratici al rimpatrio.

Nonostante i cittadini stranieri si trovino all'interno dei c.i.e., ora C.P.R., con lo *status* di trattenuti o ospiti, la loro presenza nella struttura corrisponde di fatto a una detenzione, in quanto sono privati della libertà personale e sono sottoposti a un regime di coercizione. Ciò che può derivare da tale situazione è, dunque, una detenzione di fatto prolungata nel massimo dei tempi previsti, senza che in corso vi sia alcun processo.

Il richiamato art. 14, comma 1, T.U. imm. sembra, invece, presentare maggiore precisione nell'indicazione delle cause che possono determinare il collocamento nei c.i.e.; queste ultime possono essere di natura soggettiva od oggettiva⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ L'art. 15, comma 1 Dir. eu. 115/2008 stabilisce che: «salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando sussiste il pericolo di fuga o il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio». L'art. 16 Dir. eu. 115/2008 prevede che «il trattenimento deve avvenire in appositi centri di permanenza temporanea e, qualora, lo Stato non possa ospitare il cittadino di un paese terzo in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini dei paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari».

⁶⁷⁸ Due le ipotesi di respingimento previste dall'art. 10 T.U. imm. n. 286/1998: in un primo caso, la polizia di frontiera può respingere gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal T.U. per l'ingresso nel territorio dello Stato (come ad esempio il permesso di soggiorno); nel secondo caso, invece, il respingimento coattivo alla frontiera può essere disposto, altresì, dal questore.

⁶⁷⁹ Secondo E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, p. 270, «il trattenimento deve essere funzionale all'esecuzione del rimpatrio o dell'allontanamento e, per questa ragione, deve avere una durata la più limitata possibile, per il tempo strettamente necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio, e deve

Rientrano nella prima categoria il bisogno di soccorrere lo straniero, la necessità di effettuare accertamenti supplementari sull'identità o nazionalità e l'esigenza di acquisire i documenti di viaggio. Sono, invece, da annoverare tra le ragioni oggettive l'indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo all'espulsione.

Ulteriori ipotesi di trattenimento degli stranieri sono indicate nell'art. 13 T.U. imm.; segnatamente, il comma 3 di tale ultima disposizione prevede che il collocamento nei c.i.e. possa essere disposto dal questore, in attesa della decisione sulla richiesta di nulla osta in relazione all'espulsione dello straniero⁶⁸⁰; mentre il comma 3 *ter* del medesimo articolo aggiunge che si può far ricorso alla detenzione presso i c.i.e. qualora sia stata revocata, o sia stata dichiarata estinta la misura cautelare alla quale lo straniero era sottoposto.

Da ultimo, altro caso di restrizione della libertà personale all'interno dei centri è previsto dall'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, T.U. imm., in base al quale è consentito il trattenimento dello straniero nei c.i.e. al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, a seguito del mancato rispetto dell'ordine imposto dal questore di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni.

Dall'insieme delle disposizioni richiamate, si evince che la permanenza nei centri costituisce sostanzialmente una forma di detenzione estranea al diritto penale, dal momento che la privazione della libertà personale non trova giustificazione né in una condanna definitiva, né tanto meno, in un'ordinanza di custodia cautelare.

Invero, rispetto alle altre forme detentive attualmente previste dal nostro ordinamento, il trattenimento degli stranieri sembra rappresentare un'inedita forma di custodia giudiziaria coattiva con funzione preventiva, volta ad evitare la dispersione degli immigrati irregolari sul territorio dello Stato⁶⁸¹. Al riguardo, in dottrina⁶⁸², vi è chi ha ritenuto tale stato di privazione della libertà come

essere interrotto, con l'immediata liberazione dello straniero, sia quando non vi è più alcuna prospettiva ragionevole di effettuazione dell'allontanamento, sia quando sopravvenga il difetto delle condizioni di legittimazione».

⁶⁸⁰ Qualora lo straniero sia sottoposto a procedimento penale e non si trovi in stato di custodia cautelare, prima di eseguire l'espulsione, il questore deve richiedere il nulla osta all'autorità giudiziaria la quale valuterà le esigenze processuali legate all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi o collegati, e all'interesse della persona offesa.

⁶⁸¹ In merito alla situazione degli stranieri in Italia, si veda G. L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, testo della lezione svolta il 10 maggio 2012 presso il carcere di Bollate, alla presenza congiunta di un gruppo di detenuti e di studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, 15 maggio 2012.

⁶⁸² Sul punto A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Maggio 2012, secondo cui «apparirebbe inutile (...) discutere se il trattenimento nei CIE sia una forma di detenzione – in senso tecnico-penalistico -, o più propriamente penitenziario – oppure una forma di ritenzione, o trattenimento, o detenzione amministrativa (...). Quand'anche si tratti di detenzione amministrativa o trattenimento od ospitalità (coatta), infatti, non verrebbe meno la sottosposizione di questa «altra» forma di restrizione della libertà personale alla regola dell'art. 13 comma 2 Cost.». Sulla definizione di “detenzione amministrativa” si veda anche I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, su www.ilcostituzionalismo.it, 2006; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Questione*

una forma di “detenzione amministrativa”, o di “carcerazione amministrativa” che trova il proprio presupposto in un provvedimento emesso dal questore⁶⁸³.

Orbene, a dispetto della natura tecnicamente né penale né penitenziaria in senso stretto, il regime che caratterizza tale *status detentionis* appare, sotto molteplici profili, addirittura più rigido rispetto a quello della detenzione in carcere. A conferma della fondatezza dell’assunto va rilevato che se, da un lato, la vita all’interno del carcere è compiutamente regolata in tutti i suoi aspetti da leggi e da regolamenti, la permanenza all’interno dei centri manca di un’organica disciplina.

A ben vedere, infatti, l’art. 14, comma 2, T.U. imm. si limita a stabilire laconicamente che lo straniero deve essere trattenuto nel centro con modalità tali da «assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità»⁶⁸⁴.

Proprio con riferimento a tale ultimo parametro, importanti indicazioni, utili al fine di dare maggiore concretezza al dato normativo, si rinvengono in una recente pronuncia del Tribunale di Crotone, il quale ha statuito che «l’art. 14, comma 2, T.U. imm., non richiede il raggiungimento di una soglia minima di dignità, ma postula il pieno rispetto della dignità dello straniero»⁶⁸⁵.

Ora, come noto, l’art. 3 Cedu stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Per giurisprudenza consolidata dalla *Corte Europea dei Diritti dell’uomo*, non tutte le condotte lesive dell’incolumità fisica integrano, automaticamente, una violazione dell’art. 3 Cedu. A tal fine – come si è già detto – è richiesto il superamento di una soglia minima di gravità, individuata caso per caso in relazione sia alle circostanze oggettive del fatto,

giustizia, 1999, 3, p. 431; e ancora V. GREVI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 41 che, con riferimento ai c.i.e. parla di «galera amministrativa».

⁶⁸³ L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti*, cit., pp. 278 ss.

⁶⁸⁴ La legge 26 luglio 1975 n. 354 stabilisce infatti le condizioni generali del trattamento penitenziario a partire dalle caratteristiche degli edifici, del vestiario e del corredo, dell’igiene e dell’alimentazione etc. Inoltre, per tutto ciò che in ragione del grado di dettaglio non è contenuto nelle prescrizioni di legge, provvede l’apposito regolamento approvato con d.p.r. n. 230/2000.

⁶⁸⁵ Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410. Si tratta di sentenza emessa in un procedimento penale nei confronti di tre cittadini stranieri ospiti del centro di identificazione e di espulsione “Sant’Anna di Isola di Capo Rizzuto” che sono saliti sul tetto della struttura residenziale arrampicandosi dai balconi del terzo piano, dando inizio ad una manifestazione di protesta nella forma di lancio di calcinacci all’indirizzo del personale di vigilanza del centro. Nella motivazione della sentenza, che ha assolto i tre imputati, cittadini immigrati ospiti in un centro calabrese dal reato di danneggiamento e oltraggio a pubblico ufficiale, ritenendo che gli stessi avessero agito per legittima difesa, il giudice dà conto della verifica in ordine ad un presupposto essenziale del proprio giudizio relativo al disvalore dei fatti contestati ai tre clandestini, vale a dire: se le condizioni di vita presso detto centro avessero violato la dignità degli imputati garantita dall’art. 14, comma 2 T.U. imm., anche alla luce di un’interpretazione della disposizione da ultimo richiamata orientata secondo le norme della Cedu. In diverse pronunce la *Corte europea dei diritti dell’uomo* ha riscontrato la violazione dell’art. 3 Cedu a fronte di situazioni di carattere obiettivo in riferimento al trattenimento degli stranieri in appositi centri in attesa dell’esecuzione del provvedimento di espulsione. Tra tutte si veda Corte Edu, sentenza *Tabesh contro Grecia* del 26 novembre 2009, rif. n. 8256/07, in cui i giudici hanno ravvisato la violazione dell’art. 3 Cedu in ipotesi in cui il ricorrente trattenuto nel c.i.e. non aveva potuto camminare e svolgere l’attività fisica necessaria al mantenimento della propria salute perché le strutture del centro non lo consentivano, e in più aveva a disposizione poco più di cinque euro al giorno per acquistare il cibo di cui nutrirsi.

quali, ad esempio, la durata del trattenimento e la gravità dello stesso, sia alle qualità soggettive della vittima, come l'età, il sesso e, da ultimo le condizioni psicologiche⁶⁸⁶.

Facendo leva su tali rilievi, le condizioni in cui versano le persone immigrate recluse all'interno dei c.i.e. sono state ritenute dal Tribunale di Crotone «al limite della decenza, intendendo tale ultimo termine nella sua precisa etimologia, ossia di conveniente alla loro destinazione: che è quella di accogliere esseri umani. E si badi, esseri umani in quanto tali, e non in quanto stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio nazionale; per cui lo *standard* qualitativo delle condizioni di alloggio non deve essere rapportato al cittadino straniero irregolare medio (magari abituato a condizioni abitative precarie), ma al cittadino medio, senza distinzione di condizione o di nazionalità o di razza»⁶⁸⁷.

Oltre a difettare di specifiche indicazioni fornite dal testo unico sull'immigrazione, lo stesso regolamento di attuazione, approvato con d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, è carente di disposizioni riguardanti le modalità di trattamento e funzionamento dei centri. Limitate prescrizioni aggiuntive si rinvengono solo nell'art. 21 del suddetto regolamento.

Ribadendo il diritto all'assistenza già enunciato nell'art. 14, T.U. imm., la disposizione non va, peraltro, oltre l'indicazione che nel centro debbano essere assicurati i servizi per l'assistenza e il mantenimento, quelli per la socializzazione e per il culto. Anche in questo caso, si tratta di indicazioni assolutamente generiche, prive di un carattere precettivo, non essendo previsti né i servizi, né gli strumenti a garanzia dell'effettività dei diritti dell'immigrato.

Nell'ambito della limitazione della libertà personale dello straniero, proprio l'assenza di leggi o regolamenti che disciplinino in modo organico e compiuto il trattenimento, rimette alla totale discrezionalità delle diverse questure le scelte circa i modi di detenzione all'interno dei singoli centri⁶⁸⁸. Questo *modus operandi* porta inevitabilmente a una riflessione che investe la compatibilità con la Costituzione italiana della detenzione amministrativa⁶⁸⁹. Innanzi tutto rischia di determinare, di fatto, situazioni di manifesta disparità di trattamento, che si risolvono in una violazione *in primis* del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost.

Inoltre, l'istituto del trattenimento è di fatto una misura coercitiva che incide sulla libertà personale per cui il suo regime è da ricondursi nel perimetro costituzionale dell'articolo 13 Cost. il

⁶⁸⁶ In questi termini si veda sent. Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410.

⁶⁸⁷ In particolare, il Tribunale di Crotone ha ravvisato una violazione della dignità garantita dall'art. 14, comma 2 T.U. imm. nella specifica condizione in cui gli imputati sono stati costretti a riposare (materassi luridi, privi di lenzuola e con coperte altrettanto sporche), a provvedere alle proprie abluzioni (lavabi e bagni sporchi), a consumare i pasti (senza sedie né tavoli ed in quantità insufficienti).

⁶⁸⁸ Analogamente a cosa avviene nella gestione degli *hotspot*.

⁶⁸⁹ A. PUGIOTTO, *La galera "amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in «Quaderni costituzionali», fasc. n. 3/2014.

quale impone una duplice riserva, di giurisdizione e di legge, prescrivendo che la restrizione della libertà personale è ammessa solo «per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Deve quindi essere un giudice a stabilire la suddetta restrizione motivando la propria decisione per far in modo che la detenzione non risulti costituzionalmente illegittima.

La Costituzione, all'art. 13, comma 3, non esclude, tuttavia, che in casi di necessità e urgenza possano essere adottati anche dall'autorità di pubblica sicurezza provvedimenti provvisori (48 ore) di limitazione della libertà. Quindi solo l'eccezionalità delle circostanze, unita al requisito della tassatività e della non discrezionalità della decisione, possono giustificare la compressione del diritto alla libertà personale quando non viene disposta da un magistrato con atto motivato.

In questo quadro è stato sollevato il problema connesso al fatto che l'art. 14 del T. U. sull'immigrazione, rispetto ai requisiti di eccezionalità e di non arbitrarietà della decisione della misura detentiva, prevede il trattenimento come strumento ordinario (e non eccezionale) per eseguire i provvedimenti d'espulsione di stranieri irregolari. Per di più lascia all'amministrazione un certo margine di discrezionalità sia nella valutazione della pericolosità sociale, sia nella determinazione del rischio di fuga dello straniero per sottrarsi al provvedimento d'espulsione⁶⁹⁰. Infine, l'autorità stabilisce la misura limitativa della libertà personale attraverso due atti amministrativi e cioè il decreto d'espulsione coattiva alla frontiera e il provvedimento del questore per il trattenimento nell'impossibilità di eseguire immediatamente l'allontanamento, senza l'obbligo di supportare dettagliatamente con prove e argomentazioni le ragioni della decisione⁶⁹¹.

Anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 105 del 2001 ha riconosciuto che il trattenimento «è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione», determinando, «anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»⁶⁹².

Sotto altro versante, la natura esclusivamente preventiva della restrizione nei centri impedisce di intraprendere qualsiasi trattamento rieducativo in favore degli immigrati, precludendo agli stessi anche la possibilità di beneficiare degli strumenti risocializzanti a tal fine previsti

⁶⁹⁰ Con l'approvazione del decreto legislativo n. 142 del 18 agosto 2015, in attuazione della direttiva 2013/33/UE sulle norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, è stato previsto in alcune circostanze il trattenimento fino a dodici mesi per il richiedente asilo che «costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica» e per il quale «sussiste rischio di fuga». Si tratta di condizioni che sono desunte di volta in volta dal questore, valutazione che lascia una certa discrezionalità in capo all'organo amministrativo.

⁶⁹¹ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione, gennaio 2017, p. 10.

⁶⁹² Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 21 febbraio 2001.

dall'ordinamento⁶⁹³. Così, gli stranieri trattenuti sono privati sia della libertà personale, sia della possibilità di svolgere le più banali attività ricreative e culturali⁶⁹⁴.

2.1. Il Decreto Minniti-Orlando e i “nuovi” C.P.R.

Ai fini di porre rimedio alle problematicità che il forte afflusso migratorio ha comportato, è stato adottato il Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con legge 13 aprile 2017, n. 46, che ha introdotto *disposizioni finalizzate ad accelerare i procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché a contrastare l’immigrazione illegale*.

Il provvedimento contiene un articolato pacchetto di misure destinate a incidere in modo rilevante, anche sul piano ordinamentale, nella delicata materia del controllo e della repressione del fenomeno migratorio.

Tra le principali novità sono state istituite, all'interno dei Tribunali, ventisei sezioni specializzate in materia di immigrazione e protezione internazionale. Per intervenire sul sovraccarico del sistema di asilo e accoglienza e ridurre i tempi eccessivamente lunghi delle procedure, inoltre, è stata prevista una riduzione delle garanzie in sede giurisdizionale, con l'eliminazione del grado di appello per chi ha ricevuto un diniego dell'asilo in primo grado. Sono state poi apportate modifiche al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, in tema di riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato⁶⁹⁵; è stato previsto l'impiego dei richiedenti protezione internazionale in attività socialmente utili allo scopo di favorirne l'integrazione nel territorio e nel tessuto sociale⁶⁹⁶. Non sarebbe però ammissibile rendere questo lavoro socialmente utile obbligatorio ai fini dell'accoglienza o in qualche modo condizionante il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

⁶⁹³ Sull'argomento si veda P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Esecuzione penitenziaria*, 2011.

⁶⁹⁴ Il Rapporto sulle visite tematiche effettuati nei centri di permanenza per il rimpatrio in Italia (febbraio-marzo 2018) del *Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale* afferma, a pag. 8, che: «Se è vero che alla detenzione amministrativa sono totalmente estranei i concetti di percorso riabilitativo e di offerta trattamentale, deve tuttavia essere considerato l'impatto che il totale e tangibile disinteresse a investire nella persona – anche solo in termini di organizzazione di attività a scopo ricreativo – ha sul suo riconoscimento come individuo con una propria vita e una imprescindibile dignità».

⁶⁹⁵ Per rendere più semplici e snelle le procedure è stato introdotto un nuovo modello processuale, di tipo camerale, con udienza orale e durata massima di 4 mesi, che si conclude con un decreto non reclamabile, ma ricorribile per Cassazione; in sede di conversione sono state aggiunte una serie di ipotesi nelle quali è prevista l'udienza con la comparizione personale delle parti. Il ricorso contro i provvedimenti in materia di riconoscimento è proposto, a pena di inammissibilità, entro 30 giorni dalla notificazione del provvedimento (o 60 giorni se il ricorrente risiede all'estero). È stata prevista una specifica disciplina per i giudizi di impugnazione delle decisioni di trasferimento adottate dalle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale.

⁶⁹⁶ I prefetti, anche previa stipula di protocolli d'intesa con i Comuni e le organizzazioni no-profit, dovranno promuovere iniziative finalizzate all'impiego dei richiedenti protezione internazionale, su base volontaria e gratuita, in attività socialmente utili in favore delle collettività locali. A tal fine i Comuni possono predisporre progetti da finanziare con risorse europee destinate al settore dell'immigrazione e dell'asilo.

Sono state poi apportate una serie di modifiche al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 per rafforzare il contrasto all’immigrazione illegale, assicurare l’effettività delle espulsioni e il potenziamento dei centri di permanenza per i rimpatri. In particolare si è ritenuto opportuno semplificare le procedure di identificazione, individuando i centri di prima accoglienza destinati al soccorso, in cui saranno effettuati uno *screening* sanitario e le operazioni di foto-segnalamento, il rilevamento delle impronte digitali e le registrazioni obbligatorie.

Inoltre sono state adottate misure finalizzate a rendere effettivi i provvedimenti di espulsione: è stato previsto il potenziamento della rete dei centri di identificazione ed espulsione, denominati “centri di permanenza per il rimpatrio” (C.P.R.)⁶⁹⁷, dislocati ove possibile in aree più facilmente raggiungibili e utilizzando strutture pubbliche da riconvertire, individuate sentiti i Presidenti delle Regioni interessate.

Entro il 30 giugno di ciascuno dei tre anni successivi all’entrata in vigore del decreto legge, il Governo dovrà presentare alle Commissioni parlamentari competenti una relazione sullo stato di attuazione delle nuove misure, evidenziando gli effetti e i risultati prodotti.

Il decreto Minniti-Orlando è stato oggetto di alcune perplessità circa la sua conformità alla Carta costituzionale. In particolare, si è sostenuta⁶⁹⁸ la violazione degli artt. 3, comma 1, e 77, comma 2, Cost. per mancanza dei presupposti di necessità e urgenza nell’emanazione dello stesso decreto legge «per quanto concerne il differimento dell’efficacia temporale e, quindi, dell’entrata in vigore del nuovo rito in materia di protezione internazionale»⁶⁹⁹. Secondo i ricorrenti, sarebbero stati lesi anche gli artt. 3, comma 1; 24, commi 1 e 2; 111, commi 1, 2 e 5 e 117, comma 1, Cost., «per quanto concerne la previsione del rito camerale *ex articoli* 737 ss. c.p.c. e relative deroghe espresse dal legislatore, nelle controversie in materia di protezione internazionale»⁷⁰⁰. Si è asserita, poi, la non conformità del Decreto agli artt. 3, comma 1; 24, commi 1 e 2; 111, commi 1, 2 e 7, Cost., «nella parte in cui stabilisce che il termine per proporre ricorso per Cassazione è di 30 giorni a decorrere dalla comunicazione a cura della cancelleria del decreto di primo grado»⁷⁰¹, nonché «nella parte in cui stabilisce che la procura alle liti per la proposizione del ricorso per cassazione

⁶⁹⁷ Tale previsione è contenuta dell’art. 19 comma 1 del decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13. Il comma 2 lett. a) della stessa disposizione prolunga di 15 giorni il termine massimo di permanenza in tali centri degli stranieri che già erano stati trattenuti per almeno 90 giorni in una struttura carceraria («nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio» tali stranieri possono ora essere trattenuti, dopo gli iniziali 30 giorni, per un ulteriore periodo di 15 giorni, previa convalida della proroga da parte del giudice di pace).

⁶⁹⁸ Nell’udienza pubblica del 27 giugno 2018 si è celebrata davanti alla Corte di Cassazione l’udienza nella quale gli avvocati delle associazioni Asgi e Giuristi Democratici hanno sollevato alcune questioni in merito alla non conformità del Decreto alla Carta costituzionale.

⁶⁹⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 5 luglio 2018, n. 17717, p. 2.1.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 2.2.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 2.3.

debba essere conferita a pena di inammissibilità del ricorso, in data successiva alla comunicazione del decreto impugnato»⁷⁰².

La Corte di Cassazione con la sentenza 5 luglio 2018 n. 17717⁷⁰³ ha respinto le richieste degli Avvocati di parte dichiarando le questioni di legittimità costituzionale sollevate inammissibili e infondate.

Con la nozione di rilevanza – osserva la Corte – si richiede per un verso che essa «inerisca al giudizio *a quo* e, per altro verso, che un’eventuale sentenza di accoglimento sia in grado di spiegare un’influenza concreta sul processo principale». Nel caso di specie i giudici di legittimità hanno ritenuto che «i dubbi di costituzionalità sollevati non hanno in effetti nulla a che vedere con la decisione adottata dal giudice di merito» che non ha trovato fondamento nel Decreto Minniti-Orlando, ma in altra disposizione⁷⁰⁴.

Le stesse questioni sono anche state dichiarate infondate. La Cassazione «non ha escluso che l’intervento di riforma sia caratterizzato dal requisito dell’urgenza» per il sol fatto che il Decreto prevedeva un termine (di 180 giorni) per l’entrata in vigore del nuovo rito in materia di protezione internazionale⁷⁰⁵. Ha inoltre ricordato come «non v’è alcun dubbio che il procedimento camerale, da sempre impiegato anche per la trattazione di controversie su diritti e *status*, sia idoneo a garantire l’adeguato dispiegarsi del contraddittorio con riguardo al riconoscimento della protezione internazionale, neppure potendo riconoscersi rilievo all’eventualità della soppressione dell’udienza di comparizione, sia perché essa è circoscritta a particolari frangenti nei quali la celebrazione dell’udienza si risolverebbe in un superfluo adempimento, tenuto conto dell’attività in precedenza svolta, sia perché il contraddittorio è comunque pienamente garantito dal deposito di difese scritte»⁷⁰⁶.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 2.4.

⁷⁰³ Con la sentenza in commento, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha affrontato la questione interpretativa di cui all’art. 35-bis, commi 10 e 11 del d.lgs. n. 25/2008, inserito dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 17, convertito con modificazioni dalla legge 13 aprile 2017, n. 46, inerente l’udienza di comparizione personale delle parti nel giudizio per il riconoscimento della protezione internazionale. La Corte di legittimità ha chiarito l’obbligatorietà della fissazione dell’udienza di comparizione personale delle parti in materia di protezione internazionale nell’ipotesi di mancanza della videoregistrazione del colloquio svolto in sede amministrativa; i giudici hanno comunque rigettato i motivi di ricorso presentati a difesa di un extracomunitario del Mali dopo che il Tribunale di Napoli, nel 2017, non aveva accolto la sua richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, ritenendolo inattendibile, e concedendogli il diritto alla protezione umanitaria.

⁷⁰⁴ Si tratta dell’art. 3, comma 5 del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251. Il decreto era stato pronunciato in ragione dell’inattendibilità del ricorrente; inattendibilità rispetto alla quale la disciplina sopravvenuta non rilevava.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 3.1.2.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 3.1.2. La soluzione appare peraltro del tutto in linea con la posizione più volte espressa dalla Corte costituzionale in merito, la quale ha costantemente affermato che «la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse mediante provvedimenti decisori non è di per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa, in quanto l’esercizio di quest’ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti [...] purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione (sentenza n. 103 del 1985, ordinanze n. 121 del 1994 e n. 141 del 1998)» Corte Cost. ord. 29 maggio 2009, n. 170, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1898. In precedenza, nella

In più, i giudici hanno osservato che «la previsione del termine di 30 giorni per il ricorso per Cassazione, a far data dalla comunicazione del decreto, rientra senza dubbio nell’ambito della discrezionalità del legislatore, e trova giustificazione in esigenze di urgenza»⁷⁰⁷. Quanto all’ultima questione, «svolta sull’assunto della disparità di trattamento tra il privato e il Ministero dell’interno, che non deve rilasciare procura, la previsione normativa si pone in armonia con il requisito di specialità della procura necessaria per il ricorso per Cassazione, ai sensi dell’art. 83 c.p.c.»⁷⁰⁸.

2.2. Il Decreto Salvini

Successivamente, la legge 1 dicembre 2018, n. 132, di conversione del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate* ha inciso anche sulla materia dell’immigrazione (artt. 1 – 14)⁷⁰⁹. Il decreto si inserisce in continuità con i provvedimenti precedenti (in ultimo il “pacchetto Minniti”), coniugando sicurezza e immigrazione, proseguendo nel cammino della criminalizzazione del migrante e del dissenso⁷¹⁰.

In particolare, i termini di durata massima del trattenimento dello straniero nei centri di permanenza per il rimpatrio sono stati prolungati da 90 a 180 giorni⁷¹¹.

sentenza 103 del 1985, la Corte aveva altresì chiarito che «quanto all’attività probatoria, questa non è totalmente preclusa alle parti in ragione dei poteri di indagine spettanti al giudice, bensì soltanto limitata a quei mezzi di prova che sono comunemente ritenuti ammissibili nel rito camerale (produzione di documenti, presentazione e audizione di terzi informatori, interrogatorio delle parti, deposito di pareri tecnici e di memorie illustrate ed ogni altro mezzo che possa esplicarsi nelle forme compatibili con la natura del procedimento: cfr. le sentenze di questa Corte n. 22 del 1973; n. 202 del 1975)».

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 3.1.2.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 3.1.2.

⁷⁰⁹ Approvato nel corso del Consiglio dei Ministri del 24 settembre 2018, il “Decreto sicurezza” è entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e, quattro giorni dopo, il 9 ottobre, è iniziato l’esame in Parlamento della legge di conversione. Dapprima vi è stato il passaggio in Commissione Affari Costituzionali del Senato, seguita dalla discussione generale dove, posta la fiducia dal Governo, l’approvazione del d.d.l. di conversione, con alcune modificazioni, è stato approvato con 163 voti favorevoli, 59 contrari e 19 astensioni. Il provvedimento è quindi passato al vaglio della Camera: posta ancora una volta dal Governo la fiducia, la Camera, con 336 voti favorevoli e 249 contrari, ha votato senza apporre emendamenti od articoli aggiuntivi, l’unico articolo – già modificato e approvato dal Senato – della legge di conversione. Il testo della l. 1 dicembre 2018, n. 132 è stato quindi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 281 del 3 dicembre 2018 ed è entrato in vigore il giorno successivo.

⁷¹⁰ A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione, del dissenso e diseguaglianza*, su *costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2018, p. 1.

⁷¹¹ Art. 2, comma 1, legge 1 dicembre 2018, n. 132 che modifica l’art. 14, comma 5, del TU immigrazione. Ciò non pare contrastare né con l’art. 18, paragrafo 1, della direttiva 2008/115/CE sui rimpatri, né in modo palese con l’art. 13 Cost. in considerazione delle difficoltà incontrate in fase di accompagnamento coattivo alla frontiera per varie cause (identificazione dello straniero; acquisizione dei documenti di viaggio; disponibilità di mezzi di trasporto idonei;

È stato ampliato il potere di controllo del *Garante dei diritti dei detenuti* che viene ora esercitato, oltre che in relazione ai centri di cui all'art. 14 TU n. 286/1998, anche sui locali presso le strutture di cui all'art. 10 *ter* comma 1 di tale Testo unico, ossia i punti di crisi (*hotspot*)⁷¹².

Il legislatore ha sancito poi che nelle strutture e nei locali dove gli stranieri in attesa di espulsione vengono trattenuti devono essere garantite condizioni di trattamento rispettose della dignità della persona⁷¹³.

Quanto alla protezione internazionale, è previsto all'art. 7 *bis* del decreto convertito la predisposizione di una lista di “paesi d’origine sicuri”, inserita nel d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, periodicamente aggiornata e notificata alla Commissione europea e stilata sulla base di informazioni fornite dalla *Commissione nazionale per il diritto di asilo*, nonché su altre fonti di informazione, comprese in particolare quelle fornite da altri Stati membri dell’Unione europea, dall’EASO, dall’UNHCR, dal Consiglio d’Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti. La provenienza da un paese così definito “sicuro” è motivo sufficiente per dichiarare manifestamente infondata la domanda di protezione internazionale.

Il “Decreto sicurezza”, come hanno messo in luce diversi giuristi⁷¹⁴, appare affatto da vistosi vizi d’illegittimità costituzionale⁷¹⁵.

Innanzi tutto, sotto il profilo formale, si pone il problema se il decreto legge sia da ritenersi incostituzionale per carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza *ex art. 77, comma 2, Cost.* alla luce dell'accertata diminuzione dei flussi migratori nel nostro paese⁷¹⁶, rispetto all’apice raggiunto nel 2015-16⁷¹⁷.

accordi bilaterali con il paese di origine o di provenienza).Piuttosto è da rilevare criticamente che il decreto legge, evidentemente ispirato a una logica opposta, non coglie il monito rivolto dalla Corte costituzionale, la quale, dando seguito a precedenti pronunce sull’accompagnamento coattivo alla frontiera (222/2004 e 109/2006) e sul trattamento nei centri di permanenza (105/2001), con sentenza n. 275/2017 ha invitato il legislatore a modificare la normativa in tema di respingimento, anche differito, alla frontiera (art. 10.2.d.lgs. 286/1998) dato che il trattamento dello straniero nei suddetti C.P.R., in attesa di respingimento, costituisce comunque provvedimento limitativo della libertà non di circolazione (art. 16 Cost.), ma personale (art. 13 Cost.), per cui esso andrebbe convalidato dalla competente autorità giudiziaria.

⁷¹² Art. 17, comma 1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

⁷¹³ Legge 1 dicembre 2018, n. 132, “modificazioni apportate in sede di conversione al decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113”, art. 1, comma 1.

⁷¹⁴ M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all’Ufficio di Presidenza della Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell’ambito dell’esame del disegno di legge recante “Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fascicolo 3/2018.

⁷¹⁵ S. CURRIERI, *Prime considerazioni sui profili d’incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”)*, su *federalismi.it*, fascicolo n. 22 del 21 novembre 2018.

⁷¹⁶ Per un puntuale riferimento a numeri, domande esaminate e decise e riconoscimenti dei vari *status* di protezione internazionale, sussidiaria e umanitaria, cfr. il Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017, a cura

Venendo al merito del decreto legge, quando si tratta della condizione giuridica dello straniero, va tenuto presente che i parametri costituzionali ai quali il legislatore deve conformarsi sono non solo i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (artt. 10, comma 2, 11 e 117, comma 1, Cost.), ma primariamente la tutela dei diritti inviolabili che la Repubblica deve riconoscere e garantire a ogni persona in quanto tale ai sensi dell'art. 2 Cost.; articolo alla luce del quale va interpretato il principio d'egualanza, testualmente riferito ai soli cittadini e che invece «vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare [i suoi] diritti fondamentali»⁷¹⁸.

Discutibili paiono le disposizioni che, modificando le modalità di esecuzione dell'espulsione (art. 4), permettono di detenere temporaneamente lo straniero in attesa di accompagnamento coattivo alla frontiera non solo, come finora, nei Centri di permanenza per il rimpatrio ma, se non vi è più disponibilità di posti in essi o «in quelli ubicati nel circondario del Tribunale competente», «in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza», oppure, dopo l'udienza di convalida, «in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato».

Una delle misure più discutibili varate dal decreto legge in oggetto riguarda la restrizione del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo (art. 12). Esso, infatti, prevede l'eliminazione delle attuali due fasi in cui si articola l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale a seguito del ridimensionamento del sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR: art. 14 d.lgs. 142/2015), cioè di quel modello di accoglienza diffusa, gestito dalle prefetture in sinergia con i comuni che vi aderiscono. Tale sistema viene ora limitato solo a: rifugiati; titolari di protezione sussidiaria; minori non accompagnati; titolari di permessi di soggiorno speciali per motivi umanitari e non anche più agli stranieri che hanno presentato

di ANCI, Caritas Italiana, Cittalia, Fondazione Migrantes, Servizio centrale dello SPRAR, in collaborazione con UNHCR, Roma, ottobre 2017; nonché i dati riportati in Servizi Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati (a cura di), Dossier n. 66, Decreto-legge immigrazione e sicurezza pubblica, D.L. 113/2018 – A.S. n. 840, XVIII Legislatura, 8 ottobre 2018. 3 «Nel mondo l'accoglienza dei rifugiati grava in misura massiccia (85% dei casi) sui paesi in via di sviluppo»; fra gli Stati con il maggior numero di rifugiati, vi sono la Turchia (con 3,5 milioni), il Pakistan (con 1,4 milioni), l'Uganda (con 1.350.000), il Libano (1 milione); tra i Paesi UE, da dati UNHCR, risulta che la Germania ha 1,4 milioni fra richiedenti e titolari di protezione internazionale, la Francia 400.000, l'Italia 354.000, con una incidenza sul totale della popolazione che per l'Italia è pari allo 0,6%, come quella francese, ed è superata da quella tedesca (1,7%) (Centro Studi e Ricerche IDOS, in partenariato con il Centro Studi Confronti, con il sostegno e la collaborazione di varie organizzazioni nazionali e dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, Dossier Statistico Immigrazione 2018, Scheda di sintesi, 2018, pp. 2-3).

⁷¹⁷ *Ibidem*.

⁷¹⁸ Corte cost., sentenza del 23 novembre 1967, n. 120. Non a caso il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, contestualmente all'emanazione del decreto legge, ha inviato irrujalmente al Presidente del Consiglio una lettera avvertendo l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano «fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

domanda di protezione internazionale e ai titolari di protezione umanitaria, come detto abrogata⁷¹⁹. Questi ultimi verranno condotti nei Centri di Accoglienza Straordinaria che i Prefetti possono attivare senza gare ad evidenza pubblica, senza verifica di professionalità dei gestori e, soprattutto, senza coinvolgere gli enti locali del territorio in cui sono inseriti; il che potrebbe pregiudicare l'integrazione sociale degli stranieri che vi sono condotti⁷²⁰.

Medesime perplessità solleva la scelta di non permettere più a quanti riescono ad accedere al sistema SPRAR di frequentare i corsi di formazione professionale previsti dagli enti locali (abrogazione dell'art. 22, comma 3, d.lgs. 142/2015), potendo dubitarsi della sua conformità all'obbligo della Repubblica di curare «la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori» (art. 35, comma 2, Cost.), anche ai fini dell'attuale volontaria partecipazione di costoro ad attività di utilità sociale (art. 22-bis, d.lgs. 142/2015)⁷²¹.

La previsione in base alla quale, nel caso in cui lo straniero che abbia presentato domanda di protezione internazionale (rifugio o protezione sussidiaria), sia stato condannato in primo grado oppure anche semplicemente denunciato per taluni reati di particolare allarme sociale (terroismo, strage, mafia, omicidio, rapina aggravata; sfruttamento sessuale dei minori e violenza sessuale: si vedano gli artt. 12, comma 1. c) e 161 d-bis), d.lgs. 251/2007 e ss. mm.), il questore ne debba dare tempestiva comunicazione alla Commissione territoriale competente la quale, a sua volta, dopo aver provveduto immediatamente all'audizione dell'interessato contestualmente decide per la sospensione del procedimento oppure per l'accoglimento o il rigetto della domanda, nel qual caso decretandone l'immediata espulsione qualora ritenga sussistano condizioni di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato. In tal caso, l'eventuale ricorso contro tale decisione non sospende l'esecuzione dell'espulsione (artt. 32, comma 1-bis e 35-bis, comma 5, d.lgs. 25/2008 come modificati dall'art. 10 d.l. 113/2018). Pare evidente la violazione del principio di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), giacché il diniego della richiesta di protezione internazionale si fa discendere non da una sentenza definitiva di condanna (come ora: artt. 12, comma 1, c) e 16, comma 1, d) d.lgs. 251/2007), ma da una sentenza di primo grado e, addirittura, dalla mera sottoposizione a indagine penale a seguito della presentazione di una semplice denuncia, magari strumentale⁷²².

Tale principio sarebbe inoltre leso dal fatto che la sanzione del diniego della protezione internazionale e della conseguente espulsione, oltreché anticipata rispetto all'effettivo accertamento

⁷¹⁹ Si veda la nota n. 327.

⁷²⁰ S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, su *federalismi.it*, cit.

⁷²¹ *Ibidem*.

⁷²² *Ibidem*.

della responsabilità penale, sarebbe irragionevolmente sproporzionata perché esporrebbe lo straniero rimpatriato coattivamente al rischio di subire un danno ben più grave per la sua incolumità fisica se non per la sua stessa vita⁷²³.

Anche per questo motivo la Corte di giustizia dell'Unione europea ha recentemente stabilito che l'esclusione di uno straniero che abbia commesso un grave reato dalla protezione sussidiaria non deve basarsi automaticamente sulla pena prevista, ma implica la valutazione della «gravità dell'illecito considerato, effettuando un esame completo di tutte le circostanze del caso individuale di cui trattasi»⁷²⁴.

L'estensione dell'immediata esecutività del decreto di espulsione, anche se impugnato, vanifica il diritto costituzionale di difesa *ex art. 24, comma 2, Cost.* giacché potrebbe ben accadere che il ricorso contro l'espulsione sia accolto dopo che lo straniero ricorrente sia stato già espulso⁷²⁵.

In secondo luogo, l'art. 13 del decreto qui commentato prevede l'esclusione dei richiedenti asilo dall'anagrafe dei residenti nonché il divieto per gli stranieri inclusi nella rete SPRAR di eleggere domicilio nel Comune in cui sono stati inseriti. Di conseguenza, il permesso di soggiorno provvisorio rilasciato permette a costoro di essere identificati e di poter regolarmente soggiornare nel nostro territorio, ma non di potersi registrare all'anagrafe (art. 13).

Permettere allo straniero di esercitare la libertà di soggiorno, che l'art. 16 Cost. riserva ai soli cittadini, e di contro negargli la libertà di domicilio, alla prima strettamente correlata e che l'art. 14 Cost. considera libertà inviolabile di ogni persona, costituisce una irragionevole discriminazione nell'esercizio e nel godimento di una libertà fondamentale, lesiva quindi degli artt. 2 e 3, comma 1, Cost. Infatti, «lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente»⁷²⁶ per cui «una volta che il diritto a soggiornare (...) non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»⁷²⁷.

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ Corte di Giustizia Europea, II Sez., sentenza del 13 settembre 2018, C-369/17.

⁷²⁵ Come sancito dalla Corte di Strasburgo, il carattere sospensivo del ricorso è condizione per la sua effettività *ex artt. 13 CEDU e 4 Protocollo IV* (si veda Grande Camera sentenza *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, cit. e *Khlaifia e altri contro Italia*, cit.).

⁷²⁶ Art. 2, comma 2, d.lgs. 286/1998.

⁷²⁷ Corte cost., sentenza del 30 luglio 2008, n. 306, p. 10.

Inoltre, il divieto di iscrizione anagrafica⁷²⁸ impedisce agli stranieri di accedere ed esercitare taluni diritti sociali che da essa dipendono e che spettano agli stranieri regolari, indipendentemente dalla durata e dalla natura del soggiorno⁷²⁹. I servizi d'integrazione e inserimento sociale sono ora riservati solo ai titolari di protezione internazionale e non più a quanti ne prestano domanda. Così, ad esempio, il richiedente asilo non può più iscriversi al servizio sanitario nazionale, potendo al massimo fruire di cure urgenti o essenziali ospedaliere o ambulatoriali.

Infine, tale modifica crea una discriminazione irragionevole rispetto agli altri stranieri che comunque possono ottenere l'iscrizione anagrafica dopo tre mesi di ospitalità nel medesimo centro di accoglienza (art. 6, comma 7, d.lgs. 286/1998). D'ora in poi, infatti, lo straniero che abbia acquisito la cittadinanza per residenza legale fino alla maggiore età (se nato in Italia), matrimonio o concessione di legge, la perderà se condannato in via definitiva per taluni gravi delitti (terrorismo, eversione dell'ordine costituzionale, ricostituzione di associazioni sovversive, partecipazione a banda armata, assistenza agli appartenenti ad associazioni sovversive o ad associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico; sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo).

Si determina una palese discriminazione tra il cittadino italiano per nascita che, commettendo i reati previsti, non perderebbe la cittadinanza, e lo straniero che, acquisita diversamente la cittadinanza, in quelle ipotesi la perderebbe. Il far descendere da una medesima fattispecie penale sanzioni diverse a seconda delle modalità di acquisizione della cittadinanza pare costituire palese violazione del principio d'egualianza, e segnatamente del divieto di distinzioni per condizioni personali⁷³⁰. Difatti, come ha chiaramente sancito la Corte costituzionale nel censurare l'aggravante di clandestinità, «la condizione giuridica dello straniero non deve essere (...)

⁷²⁸ A. MORELLI, *La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale*, su *Consulta on line*, fascicolo 1/2019.

⁷²⁹ Appena entrato in vigore, il decreto-legge n. 113 del 2018 (c.d. "decreto sicurezza"), convertito nella legge n. 132 del 2018, ha incontrato la decisa opposizione di alcuni sindaci, tra cui soprattutto il primo cittadino di Palermo, Leoluca Orlando, che, lo scorso 21 dicembre, nel conferire al Capo Area dei servizi al cittadino del proprio Comune il mandato di approfondire «tutti i profili anagrafici derivanti dall'applicazione della citata L. 132/2018», ha disposto, «nelle more di tale approfondimento», di sospendere l'applicazione di «qualunque procedura», prevista dalla nuova normativa, «che possa intaccare i diritti fondamentali della persona con particolare, ma non esclusivo, riferimento alle procedure di iscrizione della residenza anagrafica». Altri sindaci hanno subito manifestato l'intenzione di adottare il medesimo orientamento e l'iniziativa ha suscitato un acceso dibattito politico. Benché la nostra Costituzione, a differenza di altre (come la Legge fondamentale tedesca), non preveda espressamente il diritto/dovere di resistenza (avendo preferito i Costituenti italiani espungerlo dal progetto originario), essa pone in capo a tutti i cittadini un preciso dovere di fedeltà alla Repubblica (e, quindi, ai suoi principi supremi), che ne deve orientare il comportamento anche nei momenti di crisi istituzionale (art. 54, comma 1, Cost.). Per un approfondimento sul tema, si veda A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁷³⁰ S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, su *federalismi.it*, cit.

considerata (...) come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona»⁷³¹.

È vero che l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero non è un diritto fondamentale⁷³², ma pare parimenti vero che lo straniero, una volta acquisita la cittadinanza italiana, è cittadino al pari degli altri, indipendentemente dalle sue modalità d'acquisto.

Inoltre, in assenza di specificazioni in tal senso, non è da escludere che la revoca della cittadinanza italiana possa comportare l'assunzione della condizione di apolide per gli stranieri che per acquisire la prima abbiano dovuto rinunciare a quella originaria. Tale conseguenza viola l'art. 8, comma 1, della Convenzione ONU sulla riduzione dei casi di apolidia, redatta a New York il 30 agosto 1961 e ratificata con l. 29 settembre 2015, n. 162, secondo cui nessuno Stato contraente può privare «una persona della sua cittadinanza, qualora tale privazione rendesse tale persona apolide».

Alla luce di quanto sopra, sembra potersi affermare che il decreto legge in commento abbia voluto affrontare il complesso fenomeno migratorio in un'ottica prevalentemente, se non esclusivamente, di sicurezza, volendo dare un preciso messaggio all'opinione pubblica. Un'ottica certo non priva di giustificazioni giacché pare difficile negare che il fenomeno migratorio, per come negli anni è stato gestito, anche a causa degli egoismi degli Stati dell'U.E., abbia assunto dimensioni e gravità tali da aver reso fuori controllo alcune zone del territorio. Ciò nonostante, il considerare il migrante un soggetto quantomeno indesiderato ha portato all'introduzione di disposizioni particolarmente vessatorie e, quel che più conta in questa sede, in radicale contrasto con i diritti che la Costituzione riconosce e garantisce sia ad ogni persona, sia specificamente allo straniero⁷³³.

2.3. Il Garante nazionale sui c.i.e.

All'interno del sistema delineato, un ruolo da protagonista è assunto dal *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*⁷³⁴, il quale è chiamato a svolgere un'attività di garanzia non solo dei diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione, ma anche dei diritti previsti a livello di ordinamento internazionale. È così che il Garante nazionale, anche se opera strettamente a livello di ordinamento interno, si situa «in un solco di più ampio

⁷³¹ Corte cost. sentenza n. 249 del 2010, p. 4.1.

⁷³² Corte cost., ordinanza n. 490 del 1988.

⁷³³ S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, su *federalismi.it*, cit.

⁷³⁴ Per un maggior approfondimento su questa figura si rimanda al cap. IV, par.9.

respiro che coinvolge la comunità internazionale»⁷³⁵. Si tratta quindi di una figura destinata a consentire allo Stato italiano, che deve rispondere davanti agli organi sovrannazionali del suo operato, di riferire ai meccanismi di controllo operanti sul piano internazionale dell’effettivo rispetto dei diritti di tutte le persone detenute o private della libertà personale – o soggette a restrizioni della libertà, secondo la formula dell’articolo 13 della Costituzione – che si trovino sotto la sua giurisdizione⁷³⁶.

Dai rapporti del Garante nazionale emergono alcuni dati che evidenziano le criticità della detenzione nei c.i.e.⁷³⁷, oltre che dell’approccio *hotspot* – di cui già si è dato atto⁷³⁸.

Attraverso audizioni e sopralluoghi nei centri di identificazione ed espulsione sono state accertate numerose e profonde incongruenze rispetto alla necessità di assicurare un trattamento decoroso allo straniero trattenuto⁷³⁹: contraddizioni dovute a rilevanti insufficienze strutturali che si risolvono in modalità di trattenimento inadeguate in termini di tutela della dignità e dei diritti dei reclusi. Le condizioni materiali e igieniche delle strutture visitate sono risultate nella maggior parte dei casi carenti e comunque bisognose di interventi urgenti di risanamento, ristrutturazione e manutenzione anche per quanto riguarda gli arredi, le suppellettili e le relative forniture⁷⁴⁰.

La Relazione sottolinea, inoltre, come in generale, nei c.i.e. vi è una forte e negativa eterogeneità tra le persone presenti: oltre a *ex* detenuti, si trovano peraltro richiedenti asilo che hanno formalizzato la domanda solo dopo il provvedimento di trattenimento, oppure persone che

⁷³⁵ *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Rapporto 2017, p. 21.

⁷³⁶ *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Rapporto 2018.

⁷³⁷ Nonostante Il 20 ottobre 2014 il Ministero dell’Interno abbia approvato il regolamento recante i “Criteri per l’organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione previsti dall’articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni”, non sono state risolte tutte le criticità della gestione delle strutture di trattenimento, né si sono ottenuti il rispetto degli *standard* definiti a livello centrale, consentendo il perpetrarsi di forti disuguaglianze nella gestione delle diverse strutture. L’intervento ministeriale rispondeva all’esigenza di assicurare regole e livelli di accoglienza uniformi per l’organizzazione dei c.i.e. e per l’erogazione dei servizi all’interno degli stessi. In questo atto sono fissati i parametri per l’assistenza linguistico-culturale, la tutela della salute, la libertà di corrispondenza e il diritto di ricevere visite. Inoltre vengono elencati i soggetti autorizzati all’accesso e le modalità per farlo. Un aspetto importante a cui si presta attenzione riguarda il momento dell’ingresso nel c.i.e. L’articolo 2 precisa quali sono i diritti della persona che sta per essere trattenuta. Viene dato molto rilievo all’informativa iniziale che deve essere garantita dall’ente gestore che si avvarrà, qualora fosse necessario, di un mediatore. Gli saranno elencati diritti e doveri delle modalità del trattenimento e delle regole di convivenza all’interno della struttura. Il regolamento contiene inoltre la *Carta dei diritti e dei doveri dello straniero recluso nel c.i.e.* Si tratta di un documento che dovrebbe essere consegnato in copia a ciascuno straniero all’ingresso nel centro di detenzione amministrativa. La Carta sancisce, tra gli altri, il diritto della persona trattenuta a essere informata, a esprimersi nella propria lingua o in altra conosciuta, alla libertà di culto, alla libertà di corrispondenza epistolare e telefonica.

⁷³⁸ Si veda par. 1 di questo capitolo.

⁷³⁹ Il comma 2 dell’art. 14 del decreto 25 luglio 1998, n. 286, così come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, sancisce che nei centri di identificazione ed espulsione lo straniero deve essere trattenuto «con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità».

⁷⁴⁰ *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Rapporto 2018, p. 6. In questi termini anche la precedente relazione del 2017.

hanno a lungo risieduto in Italia e che non avendo più il permesso di soggiorno sono diventate irregolari, incluse a volte persone neo-maggiorenni, e così via⁷⁴¹.

In questo contesto, paradossale è la situazione dei richiedenti asilo: il loro trattenimento può arrivare sino a dodici mesi rispetto ai tre mesi attualmente previsti dal testo unico sull'immigrazione⁷⁴². L'aumento considerevole delle domande di asilo, unito alla conseguente crescita del numero delle impugnazioni in sede giurisdizionale, ha condotto a una dilazione dei tempi di decisione per cui il richiedente asilo risulta ulteriormente penalizzato.

Un'altra criticità che emerge è quella legata all'affidamento agli enti gestori dell'organizzazione delle attività e della previsione di servizi di assistenza nel centro di detenzione, nonché ai relativi controlli da parte del Ministero dell'Interno⁷⁴³. Il funzionamento di queste strutture è infatti affidato a organismi che vengono selezionati in base a uno schema di capitolato d'appalto – tra prefetture ed enti gestori – predisposto dal Ministero dell'Interno e di solito l'ente gestore aggiudicatario è l'ente privato che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa – un criterio, questo, che favorisce di fatto *standard* qualitativi non elevati, con il conseguente rischio di offrire servizi al di sotto dei requisiti internazionali.

I c.i.e., nonostante cambino nome, restano sostanzialmente di fatto immutati e sembrano sempre mostrarsi come luoghi poco rispettosi dei diritti fondamentali.

2.4. Violazione dei diritti fondamentali e danno d'immagine degli enti locali

La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un centro di identificazione ed espulsione (c.i.e., oggi C.P.R.) comporta anche ulteriori conseguenze: ad esempio, può danneggiare l'immagine della comunità territoriale dove la lesione è avvenuta.

A tal riguardo, il Tribunale civile di Bari⁷⁴⁴ ha condannato la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Interno a risarcire il danno all'immagine cagionato al Comune e alla Provincia di Bari dalle violazioni dei diritti umani avvenute nel Centro di Identificazione ed Espulsione di Bari-Palese.

Le riflessioni che questa sentenza suggerisce attingono assai strettamente la tematica della privazione della libertà personale, per quanto concerne le condizioni di trattenimento dei migranti nelle strutture di identificazione, rispetto alle quali vengono da tempo sollevate gravi censure quanto al rispetto della dignità personale dei migranti trattenuti.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁴² Art. 6, comma 8, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

⁷⁴³ *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Rapporto 2018, p. 9.

⁷⁴⁴ Tribunale di Bari, Sezione I civile, sentenza n. 4089 del 10 agosto 2017.

La condanna è giunta dopo che il giudice civile aveva verificato le condizioni di trattenimento dei migranti al fine di determinare la presenza di un danno risarcibile, non già in capo a questi ultimi, bensì in relazione alle posizioni soggettive degli Enti locali nei cui territori il trattenimento si è verificato⁷⁴⁵.

Innanzi tutto, il Tribunale si è soffermato sulla specifica legittimazione degli Enti locali a richiedere il risarcimento del danno, tanto rispetto alle condizioni di detenzione dei migranti trattenuti quanto rispetto alla propria immagine.

La domanda volta a ottenere un ristoro per le condizioni di detenzione dei migranti rinchiusi nel centro di Bari-Palese poneva un problema di legittimazione ad agire. Sul punto il Tribunale, pur ribadendo che l’istruttoria svolta ha consentito di accettare con una ragionevole certezza la sussistenza di plurime violazioni degli *standard* interni, sovranazionali e internazionali che regolamentano la detenzione⁷⁴⁶, non ha potuto che constatare come i titolari dei conseguenti rimedi risarcitori restino i singoli migranti, nella misura e nei modi in cui ciascuno di essi ha subito quel danno ingiusto, risarcibile *ex lege*.

In proposito, tuttavia, il Tribunale è stato costretto a constatare come, se da un lato «ognuno dei singoli “trattenuti” (...) ben avrebbe potuto adire il giudice ordinario per dolersi del trattamento subito» e se quindi «solo i trattenuti nel CIE avrebbero potuto e dovuto proporre la domanda al giudice ordinario», dall’altro lato «è evidente che tale casistica è abbastanza rara, in quanto tali soggetti versano in un’evidente situazione di “minorata difesa”, della quale non si può che prendere atto»⁷⁴⁷.

Superate, pur con le descritte perplessità, le questioni preliminari, il Tribunale è passato ad affrontare le singole domande nel merito. Esse consistevano nella richiesta di chiusura del centro, una volta accertata la sua qualità di centro detentivo e acclarate le violazioni degli *standard* di trattenimento, oppure, in via subordinata, nella richiesta di ordinare gli interventi strutturali necessari per riportare il centro al rispetto degli *standard* suddetti e nella domanda di condannare le Amministrazioni statali convenute al risarcimento del danno all’immagine sopportato dalle comunità locali coinvolte.

Quanto alla prima domanda (la chiusura del centro e, in subordine, il suo adeguamento) il Tribunale ha dichiarato il difetto sopravvenuto dell’interesse ad agire⁷⁴⁸, mentre ha accolto la

⁷⁴⁵ Prima di procedere è opportuno dare conto del fatto che nelle more del giudizio il c.i.e. era stato chiuso nel marzo 2016, a seguito di un incendio appiccato dagli stessi ospiti per protesta contro le condizioni di trattenimento.

⁷⁴⁶ «Il c.i.e. di Bari sarebbe quindi un luogo dove si perpetrerebbero quotidianamente violazioni dei diritti dell’uomo (...)» Tribunale di Bari, Sezione I civile, sentenza n. 4089 del 10 agosto 2017, p. 9.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁷⁴⁸ La sentenza afferma che, «poiché il centro di Bari-Palese risulta chiuso, nonostante solo temporaneamente e non si ha notizia di una sua programmata riapertura, allora le domande di chiusura e di realizzazione di interventi

richiesta di risarcimento del danno all’immagine subito dal Comune e dalla Provincia di Bari per effetto della presenza nel proprio territorio di una struttura nella quale venivano violati i diritti fondamentali dell’uomo.

Per il giudice barese i c.i.e. sono «assimilabili sotto molteplici punti di vista a strutture carcerarie»⁷⁴⁹. Addirittura, «il regime di trattenimento previsto per il CIE di Bari sarebbe stato meno garantistico di quello previsto da un normale carcere»⁷⁵⁰.

In ogni caso – continua l’organo giudiziario – al di là delle qualificazioni formali, la consulenza tecnica ha acclarato le violazioni dei diritti umani lamentate dagli attori, facendo così emergere «che il *quomodo* del trattamento dei trattenuti nel Centro trasmodava nell’illegalità»⁷⁵¹.

Le vicende del centro di Bari-Palese hanno inoltre ricevuto un grande eco mediatico: il Tribunale fa riferimento ai molteplici episodi di rivolte, sfociate in incendi e danneggiamenti della struttura, ma anche in atti di autolesionismo compiuti dai migranti trattenuti⁷⁵².

In conclusione, il Tribunale ha determinato la necessità di un risarcimento per il «danno all’immagine [che] si giustifica alla luce di quella che è una normale identificazione, storicamente provata, tra luoghi ove si perpetrano violazioni dei diritti della persona e il territorio che li ospita. (...) Si pensi ad Auschwitz (...) a Guantanomo, ad Alcatraz (...), a Lampedusa»⁷⁵³.

Posto quindi che è ormai da lungo tempo pacifico che gli Enti locali, godendo di personalità giuridica, sono portatori dei diritti immateriali della personalità che siano compatibili con l’assenza di fisicità, il Tribunale ha affermato la sussistenza di un danno risarcibile in capo al Comune e alla Provincia di Bari.

3. Memorandum Italia-Libia

Nella lotta contro l’immigrazione clandestina, l’Italia ha assunto numerosi provvedimenti: oltre alle misure previste nei decreti Minniti-Orlando e Salvini, ha dapprima concluso un *Memorandum* d’intesa con il Governo libico di riconciliazione nazionale, ha deliberato la

devono considerarsi prive di concreta utilità, “concreta utilità” che rappresenta proprio la condizione dell’azione dell’interesse ad agire», conseguentemente dichiarato insussistente. Tribunale di Bari, Sezione I civile, sentenza n. 4089 del 10 agosto 2017, p. 28.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁵¹ *Ibidem*, p. 30.

⁷⁵² *Ibidem*, p. 39.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 36. Il giudice richiama anche la sentenza della Corte Edu, *Khalifa e altri contro Italia*, cit.

partecipazione italiana alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica e, infine, ha adottato un codice di condotta per le ONG che operano nel salvataggio in mare dei migranti⁷⁵⁴.

A queste misure si aggiunge un nuovo accordo con la Libia, concluso il 2 febbraio 2017 per delegare al Paese nordafricano il blocco delle partenze di migranti.

La cooperazione italo-libica in tema di lotta all'immigrazione clandestina affonda le sue radici nell'*Accordo per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di sostanze stupefacenti o psicotrope ed all'immigrazione clandestina* firmato a Roma il 13 dicembre 2000⁷⁵⁵ e reso operativo nel 2007 con l'adozione di due protocolli esecutivi⁷⁵⁶, in cui si prevede per la prima volta l'organizzazione congiunta di pattugliamenti marittimi, la cessione temporanea di unità navali italiane e l'assistenza di personale di polizia italiano in materia di addestramento, formazione e manutenzione dei mezzi.

Con il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 2008⁷⁵⁷, la collaborazione tra i due Paesi si è intensificata; è stato previsto un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche da affidare a società italiane (art. 19) e la collaborazione alla definizione di iniziative, sia bilaterali sia in ambito regionale, volte a prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei paesi di origine dei flussi migratori (art. 1).

Successivamente alla rivoluzione in Libia, avuta inizio il 17 febbraio 2011, i rapporti tra i due Stati mediterranei hanno continuato nel solco della cooperazione precedente, come annunciato nella Dichiarazione di Tripoli del 2012⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ La Procura di Catania aveva annunciato l'apertura di un'analisi conoscitiva sulle attività strumentali alla ricerca e al soccorso nel tratto di mare tra Italia e Libia effettuata dalle ONG. Gli inquirenti ipotizzarono contatti tra le attività di soccorso in mare delle suddette organizzazioni *no profit* e i trafficanti di esseri umani. Successivamente, il gip di Palermo, accogliendo la richiesta della Dda del capoluogo siciliano, ha archiviato l'indagine sulle ONG *Proactiva* e *Sea Watch* escludendo legami tra le due organizzazioni e i trafficanti di esseri umani libici e che le associazioni umanitarie abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. A fronte di tali indagini, nell'estate del 2017, si è addivenuti alla definizione da parte del Ministero dell'interno di un *Codice di condotta per le Organizzazioni non governative impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare* il cui testo integrale è disponibile al sito internet: http://www.interno.gov.it/sites/default/files/codice_condotta_ong.pdf.

⁷⁵⁵ M. G. GIUFFRÈ, *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?*, in *International Journal of Refugee Law* 24 (2012) 692-734, p. 700.

⁷⁵⁶ Il Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamafrica Araba Libica Popolare Socialista e il Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo al Protocollo di cooperazione per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, entrambi firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007.

⁷⁵⁷ Siglato a Bengasi il 30 agosto 2008 e ratificato in Italia con l. n. 7 del 6 febbraio 2009.

⁷⁵⁸ Lo stesso anno, infatti, i Ministri dell'interno italiano e libico sono convenuti, *inter alia*, sulla realizzazione di corsi di formazione delle forze di sicurezza libiche ad opera degli ufficiali italiani, sul monitoraggio dei confini libici tramite la fornitura da parte italiana di mezzi tecnici e sull'assistenza italiana alla costruzione di un centro di accoglienza, confermando altresì l'impegno al rispetto dei diritti dell'uomo tutelati dagli Accordi e dalle Convenzioni internazionali vigenti. Si veda il Processo verbale della riunione tra il Ministro dell'Interno della Repubblica italiana ed il Ministro dell'interno della Libia (Tripoli, 3 aprile 2012).

Le finalità che l'attuale *Memorandum* d'intesa si prefigge sono multiple e riguardano la cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e al rafforzamento della sicurezza delle loro frontiere.

La Libia, infatti, è il principale punto di imbarco per i migranti e rifugiati che arrivano in Italia.

In base al testo del *Memorandum*, i governi di Roma e Tripoli si sono impegnati a cooperare per il «sostegno alle istituzioni di sicurezza e militari (libiche) al fine di arginare i flussi di migranti illegali» (art. 1). In concreto, l'Italia fornisce supporto tecnico e tecnologico alla Guardia costiera libica.

È poi prevista la chiusura del confine meridionale della Libia (art. 2), principale punto di transito per i migranti dell'Africa sub-sahariana.

Il documento sancisce, inoltre, l'adeguamento e finanziamento dei centri di accoglienza esistenti in Libia, ma che sono, in realtà, centri di detenzione in cui si pratica sistematicamente la tortura.

Infine, le parti si impegnano «a proporre, entro tre mesi (...), una visione di cooperazione euro-africana più completa e ampia, per eliminare le cause dell'immigrazione clandestina».

L'Italia si è accollata l'onere di provvedere al finanziamento di tutte le iniziative previste dall'accordo, compreso «l'avvio di programmi di sviluppo (...) nelle regioni libiche colpite dall'immigrazione illegale».

Con l'accordo, l'Italia di fatto delega alla Libia la gestione dei flussi migratori, in cambio di un aiuto economico, analogamente a come l'Unione Europea aveva fatto con la Turchia.

Uno dei principali punti di criticità del *Memorandum* è rappresentato dalla mancata vincolatività da parte dello Stato libico alle norme della *Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, per cui non v'è alcuna garanzia che tali diritti siano riconosciuti ai migranti.

Sebbene il documento preveda espressamente che «le parti si impegnano ad interpretare» i doveri assunti «nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte» (art. 5), la garanzia che non siano violati i diritti fondamentali della persona non può ritenersi – per ciò solo – sufficiente⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Il *Comitato Onu contro la tortura*, nelle sue osservazioni conclusive del 2017, ha esaminato il contenuto e i primi risultati applicativi del Protocollo d'intesa firmato da Italia e Libia il 2 febbraio 2017 sulla lotta all'immigrazione irregolare, sulla tratta di esseri umani, sul contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere che ha suscitato perplessità in quanto non prevede alcuna disposizione che subordini tale sostegno alla Libia al rispetto dei diritti fondamentali, incluso il divieto di tortura. Altra remora è stata espressa per l'assenza di garanzie che la collaborazione con la guardia costiera o le altre forze di sicurezza libiche sia oggetto di revisione in caso di possibili gravi violazioni dei diritti umani. In considerazione di tali criticità il Comitato ha chiesto all'Italia di attuare tutte le misure legali, politiche e diplomatiche necessarie a garantire che qualsiasi cooperazione o sostegno fornito nell'ambito

A corroborare tale assunto, l'8 maggio 2017, la Procuratrice generale della Corte penale internazionale (CPI), nel suo tredicesimo rapporto al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite sulla situazione in Libia, esprimeva la propria preoccupazione con riferimento alla natura e alla portata dei crimini presumibilmente commessi a danno dei migranti in transito nel Paese nordafricano, dichiarando di valutare l'apertura di un'indagine in merito⁷⁶⁰.

In particolare, facendo esplicito riferimento all'allarmante numero di persone arbitrariamente detenute in condizioni disumane⁷⁶¹, il rapporto riscontrava la commissione delle fattispecie di omicidio, stupro e altre forme di violenza sessuale, tortura, lavoro forzato e tratta di esseri umani.

In punto di diritto, gli elementi fattuali di cui sopra hanno spinto parte della dottrina a supporre una possibile responsabilità internazionale delle autorità italiane per l'assistenza fornita alla Libia, tanto a livello statale quanto sul piano individuale.

L'art. 25 dello Statuto di Roma istitutivo della *Corte Penale Internazionale* prevede la responsabilità penale di chiunque, in vista di facilitare la commissione di un crimine di competenza della Corte, aiuti, partecipi o assista nella perpetrazione o nel tentativo di perpetrazione di tale crimine.

In effetti, le iniziative del Governo italiano in Libia sono molteplici e coinvolgono, a vario titolo, una pluralità di interlocutori. Nello specifico, si tratta non solo di accordi bilaterali conclusi tra il nostro esecutivo e la controparte libica, ma anche di patti suggellati con i rappresentanti delle comunità locali libiche per il controllo del territorio.

Gli accordi italo-libici sono stati oggetto di aspre critiche da parte, in particolare, delle Nazioni Unite⁷⁶².

L'*Alto Commissario per i diritti umani* Zeid Ra'ad Al Hussein ha definito l'assistenza fornita dall'Italia e dall'Unione Europea alla Guardia costiera libica come disumana. In particolare,

degli accordi bilaterali o regionali di gestione dei flussi migratori sia conforme agli scopi della Convenzione e agli obblighi previsti dal diritto internazionale in materia di diritti umani. A tal fine, è stato inoltre raccomandato al nostro Paese di fornire al Comitato informazioni sull'attuazione dell'accordo Italia-Libia e di garantire il corretto utilizzo dei fondi dell'Unione europea, attraverso la previsione di un meccanismo efficace di monitoraggio dell'operato della Libia nell'attuazione dei progetti di cooperazione.

⁷⁶⁰ *Thirteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*.

⁷⁶¹ Il Rapporto stimava che le persone arbitrariamente detenute fossero tra le 4.000 e le 7.000 ma secondo le successive stime, aggiornate al 14 novembre 2017 e riportate dall'OHCHR, i migranti detenuti nei centri di detenzione ufficiali sarebbero circa 19.900. In ogni caso, il numero è probabilmente più elevato, data la presenza di numerosi centri di detenzione non ufficiali.

⁷⁶² OHCHR, *Italy-EU search and rescue code could increase Mediterranean deaths, UN expert warns*, 15 August 2017; OHCHR, *EU 'trying to move border to Libya' using policy that breaches rights – UN experts*, 17 August 2017.

gli interventi in Libia avrebbero peggiorato la situazione dei migranti, la cui sofferenza è stata definita un «oltraggio alla coscienza dell’umanità»⁷⁶³.

Similmente, il *Comitato contro la tortura*, rilevando come la gestione dei migranti in Libia sia in larga parte in mano a gruppi paramilitari, ha esplicitamente affermato che il *Memorandum* d’intesa del 2 febbraio 2017 è stato sottoscritto a dispetto delle notizie di sistematiche e generalizzate violazioni dei diritti umani poste in essere contro i migranti nei centri di detenzione, integrando così una politica di respingimento sistematico dei migranti diretti in Italia.

In via preliminare, è opportuno ricordare che i crimini positivizzati dallo Statuto di Roma sono strutturati come fattispecie necessariamente plurisoggettive⁷⁶⁴, il cui disvalore precipuo risiede, sotto il profilo dell’oggetto giuridico, nella lesione di particolari interessi sovranazionali (la pace, la sicurezza e il benessere internazionali)⁷⁶⁵ e, sotto il profilo fenomenologico, nella loro dimensione di massa, normativamente valorizzata attraverso la previsione degli elementi contestuali⁷⁶⁶.

Inoltre, con riferimento al concorso di persone, secondo la giurisprudenza⁷⁶⁷ e la dottrina⁷⁶⁸ prevalenti, lo Statuto di Roma, diversamente dall’ordinamento italiano, adotta un approccio dualistico o differenziato. Ciò comporta in primo luogo la fondamentale distinzione tra autore e compartecipe, ovverosia tra l’esecutore materiale del crimine e colui che vi contribuisce a livello morale o materiale e, in secondo luogo, la rilevanza di tale distinzione ai fini della determinazione del grado di colpevolezza e, conseguentemente, dell’individuazione in concreto della pena.

Ciò posto, sotto il profilo dell’attribuzione della responsabilità penale, l’art. 25 dello Statuto individua quattro forme di partecipazione nel crimine, che si atteggiano a vere e proprie fattispecie di concorso: la commissione del crimine (autoria); l’ordine, l’istigazione e l’induzione (concorso

⁷⁶³ OHCHR, *UN Human rights chief: suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, 14 novembre 2017.

⁷⁶⁴ K. AMBOS, *Article 25 Individual criminal responsibility*, in (a cura di), O. TRIFFTERER AND K. AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart, 2016, p. 985.

⁷⁶⁵ Preambolo dello Statuto di Roma.

⁷⁶⁶ G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2009, pp. 31 ss.

⁷⁶⁷ *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1 December 2014, p. 462 ss. *Prosecutor v. Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 11 dicembre 2014, p.135. *Contra Prosecutor v. Katanga*, No. ICC-01/04-01/07 3436, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, TC, 7 March 2014, p. 1386– 7, 1394 ss; *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, TC, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, p. 6–12; *Prosecutor v. Ngudjolo Chui*, No. ICC-01/04-02/12-4, Judgment, TC, Concurring Opinion of Judge van den Wyngaert, 18 dicembre 2012, par. 5–6, 17, 22 et seq. 66, 70; *Prosecutor v. Katanga*, No. ICC-01/04-01/07- 3464-AnxI, Judgment, TC, Minority Opinion of Judge van den Wyngaert, 7 marzo 2014, p. 279–81.

⁷⁶⁸ H. OLASOLO, *Developments in the distinction between principal and accessory liability in light of the first case law of the International Criminal Court*, in Carsten Stahn and Goran Sluiter, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2009, p. 339.

morale); l'agevolazione (concorso materiale o morale) e, in via residuale, la partecipazione al crimine di gruppo.

Alla luce della ricostruzione fattuale e normativa suesposta e nell'ottica dell'eventuale apertura di un'indagine da parte della Procura della CPI, sembra potersi qualificare la condotta tenuta dallo Stato italiano in termini di accessorietà rispetto alle condotte principali poste in essere dalla Guardia costiera, dai funzionari governativi e dai gruppi paramilitari libici che gestiscono i migranti. Pertanto, si potrebbe sostenere che sullo Stato italiano gravi una responsabilità per aver partecipato e agevolato un crimine internazionale.

3.1. L'iter del migrante

La brutale realtà dei numerosi centri di raccolta migranti in Libia, già da tempo denunciata da organizzazioni umanitarie⁷⁶⁹ e osservatori delle Nazioni Unite⁷⁷⁰, è al centro della sentenza con cui il 10 ottobre 2018 la Corte d'Assise di Milano ha condannato un cittadino somalo – di soli ventiquattro anni – alla pena dell'ergastolo con tre anni di isolamento diurno, oltre che alle pene accessorie e al risarcimento dei danni nei confronti delle parti civili costitutesi nel giudizio, tra cui l'Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione (ASGI).

Sequestro di persona a scopo d'estorsione aggravato dalla morte di alcuni sequestrati, violenza sessuale, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: questi sono i gravi delitti che si assumono commessi in danno di centinaia di vittime dal giovane imputato, il quale, in qualità di membro di un'organizzazione criminale dedita al traffico di migranti avente carattere transnazionale, tra il 2015 e il 2016 avrebbe concorso⁷⁷¹ a gestire almeno due “campi di transito” situati in Libia, in cui i migranti (in questo caso tutti cittadini somali) venivano imprigionati, torturati e minacciati in attesa del pagamento del prezzo necessario per raggiungere l'Europa.

Significative sono le circostanze che hanno dato origine al procedimento in parola: l'imputato, giunto in Italia via mare nell'agosto 2016, era stato infatti riconosciuto presso un Centro di accoglienza del milanese da alcune delle persone offese, le quali spontaneamente avevano deciso di denunciarlo alle autorità italiane⁷⁷².

⁷⁶⁹ Si può fare riferimento, per tutti, al rapporto pubblicato da *Amnesty International, Libya's Dark Web of Collusion*, dicembre 2017.

⁷⁷⁰ Ad esempio, le dichiarazioni rese dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani in data 14 novembre 2017, *UN Human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*.

⁷⁷¹ La sentenza emessa in primo grado è attualmente oggetto d'impugnazione in sede d'appello.

⁷⁷² La casualità di tale incontro iniziale è per i giudici milanesi un primo elemento di attendibilità delle accuse rivolte contro l'uomo dai suoi stessi connazionali; nei giorni immediatamente successivi, inoltre, le autorità procedenti si attivavano prontamente per rintracciare eventuali ulteriori persone offese, mentre diversi cittadini

Tutte le persone offese hanno raccontato di aver abbandonato la propria terra d'origine a causa della grave situazione di degrado del Paese, segnato da lunghi anni di guerra civile e dalle azioni terroristiche dell'organizzazione *Al Shabaab*. Fin dall'inizio del loro "viaggio della speranza" erano state prese in carico da un'organizzazione che aveva gestito i loro trasferimenti dall'Etiopia o dal Sudan fino alla Libia. Durante gli spostamenti, che avvenivano per mezzo di autobus o *pick-up*, i migranti erano scortati da uomini armati: è pertanto emerso che fin da questa fase l'organizzazione criminale esercitava il proprio controllo sui migranti in maniera violenta, abbandonando nel deserto chi si fosse sentito male o fosse caduto dai furgoni gremiti di persone.

Nessun compenso veniva richiesto nello stadio iniziale del viaggio; solo una volta giunti in Libia i membri dell'organizzazione informavano loro della somma che avrebbero dovuto pagare per proseguire, la quale complessivamente ammontava a 7.000 dollari. Il pagamento doveva avvenire mediante un sistema chiamato *Hawala*, che comportava il versamento da parte dei familiari dei migranti – rimasti nel Paese d'origine – nelle mani di alcuni soggetti fiduciari prescelti dall'organizzazione.

In attesa del pagamento e del successivo imbarco, i migranti giunti in Libia venivano trattenuti presso dei campi di transito.

Il campo di Bani Walid è il principale luogo di consumazione dei delitti oggetto d'imputazione davanti alla Corte d'Assise milanese; secondo i giudici di merito, infatti, il centro era direttamente gestito dall'imputato e costituiva un vero e proprio campo di detenzione, ove i migranti trascorrevano la giornata rinchiusi in un capannone – al cui interno, secondo le testimonianze, si trovavano almeno cinquecento persone – piantonato da uomini libici armati di fucili e circondato da un muro di cinta. Lì, in condizioni igieniche assolutamente precarie (due soli erano i bagni, ai quali era negato l'accesso in orario notturno), donne e uomini erano ammassati insieme, in stato di totale privazione della libertà, costretti all'immobilità e al silenzio attraverso continue percosse.

L'imputato aveva il compito di assicurare il pagamento del prezzo del viaggio da parte dei prigionieri; per ottenere ciò, costoro venivano ripetutamente percossi, torturati e minacciati di morte mentre si trovavano al telefono con le proprie famiglie, così da indurle al pagamento. Le violenze si prolungavano però ben oltre il tempo delle telefonate: fintanto che i versamenti non venivano effettuati, i maltrattamenti fisici e psicologici, posti in essere direttamente dall'imputato o su suo ordine dalle guardie armate, erano continui, così come le sanguinose punizioni. Percosse con bastoni, tubi di ferro e spranghe, torture mediante plastica fusa o

somali che avevano appreso la notizia volontariamente si presentavano presso gli uffici di polizia per rendere denuncia.

scariche elettriche erano strumento di controllo e sadico divertimento per il carceriere, che in alcuni casi giungeva a tormentare le proprie vittime trascinandole in una vera e propria “stanza delle torture” sita in prossimità del capannone ove erano rinchiusi; di tali violenze le persone offese sentite nel procedimento portavano ancora i segni evidenti.

A ciò si univano le reiterate violenze sessuali che l’imputato avrebbe commesso nei confronti di numerose prigionieri, alcune delle quali – costitutesi parti civili nel giudizio – minorenni al tempo dei fatti.

Conseguenza della segregazione e delle violenze era, in alcuni casi, la morte dei sequestrati⁷⁷³.

Una volta effettuato il pagamento, i migranti venivano trasferiti da Bani Walid al campo di Sabrata, all’interno del quale le loro condizioni di vita erano nettamente migliori, avendo l’organizzazione criminale già ottenuto i profitti perseguiti. Da qui periodicamente partivano le imbarcazioni sulle quali i migranti avrebbero attraversato il Mediterraneo, stipati su precarie “carrette del mare” a continuo rischio di naufragio.

Quanto accertato dalla Corte d’Assise di Milano nella pronuncia ora esaminata testimonia l’impossibilità di affrontare le problematiche connesse alla gestione dei flussi migratori continuamente in arrivo verso l’Europa senza tenere in considerazione le gravi violazioni dei diritti umani perpetrati in danno dei migranti nel corso del loro viaggio e, in particolare, su suolo libico.

La realtà del campo di Bani Walid appare ben lontana dall’essere un’eccezione: sono diversi i testimoni che riportano di aver conosciuto altri campi di detenzione in cui i migranti venivano sottoposti a simili trattamenti, o che persino raccontano di aver subito estorsioni e violenze da parte delle stesse autorità governative libiche⁷⁷⁴.

Nel tempo in cui i temi del soccorso e dell’accoglienza dei migranti sono trattati con crescente insfferenza, mentre viene intensificata la collaborazione tra Governo italiano e autorità libiche finalizzata al contrasto del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina⁷⁷⁵, i

⁷⁷³ Sono almeno tredici i decessi che secondo la Corte, sulla base delle dichiarazioni testimoniali, possono essere addebitati all’imputato: nella maggior parte dei casi la morte della vittima era diretta conseguenza delle torture subite nel campo di Bani Walid, in altri delle gravi condizioni di privazione e sofferenza in cui i migranti erano trattenuti (il riferimento è, in particolare, al decesso di una donna lasciata in assenza di cure dopo un parto, a seguito del quale anche il neonato era deceduto).

⁷⁷⁴ Nella sentenza, a p. 62, si dà atto che le autorità libiche hanno partecipato ai gravi crimini commessi nel Paese in danno dei migranti, in alcuni casi finanziando direttamente i gruppi paramilitari e le organizzazioni criminali responsabili dei campi di detenzione, è altresì attestato da numerosi *report* di organizzazioni internazionali: si può rimandare a proposito al rapporto del *Comitato delle Onu contro la tortura, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 18 dicembre 2017.

⁷⁷⁵ Su tale tema si veda la ricostruzione operata da F. PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 aprile 2018.

tragici racconti delle violenze accadute in Libia ci impongono di tenere alta la soglia di attenzione. Si corre infatti il rischio concreto di comprimere i solenni principi della dignità e libertà di tutti gli esseri umani in virtù di ragioni geo-politiche che ci spingono, in nome della stabilità interna, a rafforzare continuamente le frontiere esterne dell'Europa.

4. I migranti e l'Europa

Il fenomeno migratorio rappresenta, senza dubbio, una delle principali sfide all'Europa: una sfida che negli ultimi anni ha provocato una divisione all'interno dell'Unione.

Dopo che centinaia di migliaia di persone in fuga dalla Siria si sono dirette in Europa sulla via dei Balcani⁷⁷⁶ e altrettanti migranti africani hanno attraversato il Mar Mediterraneo per sbarcare sulle coste europee, si sono registrate due reazioni contrapposte, rispettivamente di apertura e di ostilità verso lo straniero.

Ad esempio, da una parte sono state realizzate attività di accoglienza, solidarietà e aiuto, come l'attuazione del progetto *Mare nostrum*⁷⁷⁷ – sebbene l'operazione si sia conclusa dopo circa un anno –; l'Europa si è assunta l'impegno a sostenere i Paesi di frontiera, come Italia e Grecia, anche se le intenzioni preannunciate non si sono poi spesso concretizzate⁷⁷⁸. Dall'altra parte sono state introdotte sanzioni per gli aiuti umanitari e pene severe per le organizzazioni civili che aiutano i migranti⁷⁷⁹; sono stati eretti muri per fermare il loro ingresso⁷⁸⁰: l'Europa che aveva avuto il suo impulso dall'abbattimento di un muro che la divideva – e lo aveva assunto a elemento simbolico della propria unificazione – ha così rialzato molte barriere interne ed esterne.

⁷⁷⁶ La guerra civile in Siria (tuttora in corso) è scoppiata il 15 marzo 2011, sull'onda della Primavera araba, cioè l'insieme di proteste e rivolte di piazza che tra la fine del 2010 e l'inizio del 2011 hanno mosso il Medio e Vicino Oriente e il Nord Africa, alla ricerca di una democratizzazione contro gli autoritarismi.

⁷⁷⁷ L'operazione *Mare Nostrum*, iniziata il 18 ottobre 2013 e conclusasi il 31 ottobre 2014, era una missione militare e umanitaria con finalità di soccorrere i migranti, prima che potessero ripetersi altri tragici eventi nel Mediterraneo come quello noto come il “naufragio di Lampedusa” in cui, a seguito dell'affondamento di un'imbarcazione persero la vita almeno 368 persone. Tale progetto è stato sostituito dal piano *Triton* (un'operazione di sicurezza delle frontiere dell'Unione Europea condotta da *Frontex*) il quale, a sua volta, il 1 febbraio 2018, è stato sostituito dall'operazione *Themis*, un'iniziativa di protezione delle frontiere dell'Unione europea sempre condotta da *Frontex*, con l'obiettivo di combattere le migrazioni senza controllo e i crimini transfrontalieri, nella speranza di armonizzare la gestione sui flussi migratori via mare.

⁷⁷⁸ Ad esempio, alle richieste di aiuto dell'Italia, Francia e Spagna avevano risposto esprimendo solidarietà, ma chiudendo i loro porti di Barcellona e Marsiglia per gli sbarchi umanitari, mentre l'Austria aveva annunciato di inviare l'esercito a presidiare la frontiera al Brennero per fermare il flusso dei migranti irregolari dall'Italia.

⁷⁷⁹ Il governo ungherese, presieduto da Viktor Orbán, ha assunto una linea “dura” sulla politica di immigrazione. Da ultimo anche il nostro Governo ha adottato una serie di misure restrittive, con l'adozione del “Decreto Sicurezza bis”, di cui si tratterà in maniera approfondita nel paragrafo 4.2. del presente capitolo.

⁷⁸⁰ Nel 2015 la Macedonia ha iniziato a costruire una barriera metallica con filo spinato su un tratto del suo confine con la Grecia, quello maggiormente utilizzato dai profughi che percorrono la rotta balcanica. Sempre nello stesso anno è stato costruito il muro ungherese, al confine con la Serbia, che cala un primo sipario sulla “rotta dei Balcani”, costringendo i rifugiati a dirottare sulla Croazia, rendendogli ancora più difficile e lungo il viaggio. Analogamente negli U.S.A. il Presidente Donald Trump è in prima linea per ottenere i fondi al fine di terminare il muro al confine con il Messico.

L'ultimo biennio è stato segnato da quello che qualcuno definisce come fallimento della “sfida morale” dell’Unione europea⁷⁸¹.

Al centro di questo stallo sono il piano di ricollocamento dei richiedenti asilo provenienti da Grecia e Italia⁷⁸² e la riforma della Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità europee, comunemente conosciuta come *Convenzione di Dublino III*⁷⁸³.

Il vincolo di solidarietà tra i Paesi dell’Unione, definito all’articolo 80 del *Trattato di funzionamento dell’Unione europea* (TFUE)⁷⁸⁴, si è rivelato sempre più debole.

4.1. La situazione italiana

Controverso è anche il percorso che l’Italia sta attuando per fronteggiare il problema migratorio.

Invero, il nostro Paese si è certamente distinto per l’impegno che ha assunto nella gestione di questo complesso fenomeno, che l’ha vista protagonista in prima linea, a tal punto che è stato riconosciuto all’*ex* sindaco di Lampedusa, Giuseppina Nicolini, il Premio Nobel per la Pace.

Il percorso di accoglienza italiano ha mostrato però alcune criticità, dovute innanzi tutto a una non sempre efficace azione da parte delle istituzioni nazionali ed europee nella gestione di questi flussi migratori. Recentemente, inoltre, si è registrata un’inversione della linea politica finora seguita nel nostro Paese⁷⁸⁵: l’indirizzo di cui si fa portavoce il nuovo Governo, e in particolare l’ormai *ex* Ministro degli Interni, Matteo Salvini, specie in tema di immigrazione, è infatti improntato a una logica di difesa dei confini, senza apparentemente preoccuparsi degli aspetti di accoglienza e integrazione.

⁷⁸¹ *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Relazione al Parlamento 2018, p. 37.

⁷⁸² Il contrasto al piano di ricollocamento era iniziato fin da subito con l’opposizione dei Paesi del gruppo di Visegrád che consiste in un’alleanza di quattro paesi dell’Europa centrale (Polonia, Ungheria, Repubblica Slovacca, Repubblica Ceca) - che sono membri dell’UE - ai fini dell’avanzamento militare, culturale, economico e della cooperazione energetica; in più il gruppo serve a promuovere l’integrazione dei singoli stati nell’Unione Europea.

⁷⁸³ Il Regolamento *Dublino III* contiene i criteri e meccanismi per individuare lo Stato membro che è competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o apolide. Il principio generale alla base del Regolamento *Dublino III* è quello secondo cui ogni domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro e la competenza per l’esame di una domanda di protezione internazionale ricade *in primis* sullo Stato che ha svolto il maggior ruolo in relazione all’ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio degli Stati membri

⁷⁸⁴ Trattato di funzionamento dell’Unione europea (TFUE), articolo 80: «Le politiche dell’Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario».

⁷⁸⁵ Non solo in Italia, ma nel mondo, secondo una ricerca condotta dal *Guardian*, i partiti populisti hanno più che triplicato la loro base in Europa negli ultimi 20 anni. L’articolo è disponibile sul sito dell’Agenzia Giornalistica Italiana (AGI), nella “sezione politica” del 20 novembre 2018.

Questo “cambio di rotta” nel modo di affrontare il problema delle incessanti migrazioni si è manifestato per la prima volta, con evidenza, nella gestione della vicenda della nave “Diciotti”, imbarcazione militare italiana che il 15 agosto 2018 aveva tratto in salvo 190 persone. L’ex ministro dell’Interno non aveva indicato da subito il “porto sicuro” per lo sbarco, ingaggiando una dura polemica con Malta per il mancato salvataggio⁷⁸⁶ e chiedendo all’Europa di farsi carico di una quota dei migranti⁷⁸⁷, minacciando più volte anche il loro respingimento verso la Libia⁷⁸⁸.

Per cinque giorni la nave è rimasta ferma al largo di Lampedusa e poi si è mossa verso il porto di Catania⁷⁸⁹.

Solo dopo che è stato trovato un accordo sul loro ricollocamento⁷⁹⁰, il 26 agosto tutti i migranti sono scesi dall’imbarcazione ormeggiata al porto catanese.

Durante lo sbarco sono stati fermati quattro migranti - tre cittadini egiziani e uno del Bangladesh - che secondo la polizia sarebbero gli scafisti che hanno condotto il barcone poi soccorso dalla Guardia costiera⁷⁹¹.

La procura di Agrigento ha quindi avviato un’indagine riguardante l’illecito trattenimento a bordo degli immigrati a carico del Ministro del tempo Matteo Salvini. Il Tribunale dei ministri di Palermo, al quale la Procura di Agrigento ha trasmesso gli atti, ha stabilito però che nelle acque di sua competenza «non sono emersi reati», anzi «fu difeso meritoriamente dalla Guardia costiera l’interesse nazionale».

⁷⁸⁶ Per il ministro degli interni italiano, Malta era responsabile di aver fatto proseguire l’imbarcazione verso l’Italia e di non aver prestato soccorso: versione che sarebbe stata confermata dai migranti ricoverati a Lampedusa che avrebbero dichiarato di essere stati avvicinati dai soccorritori maltesi che li avrebbero poi indirizzati verso l’Italia.

⁷⁸⁷ La Farnesina aveva investito della questione della nave “Diciotti”, con 177 migranti a bordo, la Commissione europea, affinché provvedesse a individuare una soluzione in linea con i principi di condivisione tra Stati membri dell’Unione Europea.

⁷⁸⁸ L’attuazione della minaccia di Matteo Salvini – di riportare i migranti in Libia – violerebbe però la Convenzione di Ginevra che all’art. 33 proibisce che un richiedente asilo o un rifugiato sia espulso o respinto in alcun modo «[...] verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate [...]». Lo stesso principio è riaffermato sia direttamente che indirettamente da numerose Convenzioni internazionali in difesa dei diritti umani, sia a livello universale che a livello regionale.

⁷⁸⁹ Per tutto questo periodo, di fatto, ai migranti salvati è stato impedito di scendere (salvo le 13 persone che furono trasferite d’urgenza a Lampedusa e ricoverate, per cui a bordo della nave italiana vi erano 177 persone). «Le persone a bordo della nave [ha spiegato il *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*] si trovano in una condizione di privazione della libertà di fatto: senza la possibilità di libero sbarco e senza che tale impossibilità di movimento sia supportata da alcun provvedimento che definisca giuridicamente il loro stato. Ciò potrebbe configurarsi come violazione dell’articolo 13 della Costituzione e dell’articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Cedu)». Una nuova eventuale accusa per lo Stato italiano davanti alla Corte di Strasburgo è dietro l’angolo. Già il 15 dicembre del 2016, nel caso *Khlaifia contro Italia*, cit., i magistrati europei avevano censurato il trattenimento di migranti e richiedenti asilo in un centro di prima identificazione, avvenuto senza nessun provvedimento giurisdizionale.

⁷⁹⁰ Un centinaio sono stati ospitati in strutture della Chiesa, 20-25 dall’Irlanda, 20 dall’Albania.

⁷⁹¹ Sono accusati di associazione per delinquere finalizzata alla tratta di persone, favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, violenza sessuale e procurato ingresso illecito.

Il Tribunale dei Ministri ha comunque affermato la sua incompetenza con riferimento ai fatti contestati al ministro italiano dopo il 20 agosto. Sulla vicenda ha così statuito il Tribunale dei Ministri di Catania che in data 23 gennaio 2019 ha trasmesso al Senato una richiesta di autorizzazione per procedere, nonostante la richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura della Repubblica presso il medesimo tribunale, nei confronti dell'allora Ministro dell'Interno per il reato di sequestro di persona pluriaggravato in relazione ai fatti concernenti la gestione della fase di sbarco dei migranti raccolti dalla motonave “U. Diciotti”.

Il 19 febbraio 2019 la *Giunta per le Immunità del Senato* ha negato la richiesta del Tribunale dei Ministri di Catania di processare Matteo Salvini⁷⁹². Conformemente, anche il Senato, il 20 marzo, ha votato contro il processo al Ministro.

Un caso analogo, è quello che ha coinvolto 47 migranti soccorsi di fronte alle coste libiche dalla nave ONG “Sea Watch 3”. L’imbarcazione è rimasta ormeggiata per diciannove giorni a poco più di un miglio dalla città di Siracusa in quanto il Governo italiano aveva autorizzato la sua entrata in acque territoriali a causa delle cattive condizioni del tempo, ma non le aveva affidato un “porto sicuro” dove attraccare. Anche in questo caso, i migranti sono rimasti sulla nave fino a quando il 9 gennaio 2019 sono stati fatti sbarcare al porto de La Valletta, capitale di Malta, a fronte di un accordo raggiunto a livello europeo, secondo il quale una serie di nazioni si è impegnata ad accogliere i naufraghi⁷⁹³.

Alla luce dei fatti occorsi, “Sea Watch” aveva presentato un ricorso urgente per chiedere alla Corte Europea dei Diritti dell’uomo di valutare se il governo italiano, impedendo lo sbarco dei migranti a bordo della nave, «stia violando i diritti fondamentali delle persone soccorse»⁷⁹⁴.

⁷⁹² I voti a favore della proposta del presidente della Giunta Maurizio Gasparri di negare l’autorizzazione sono stati 16; 6 i contrari.

⁷⁹³ Anche il nostro Paese fa parte di quelli che hanno accettato di accogliere sul proprio territorio una parte dei migranti, insieme a Germania, Francia, Portogallo, Irlanda, Romania, Lussemburgo e Paesi Bassi. Nelle more di trovare un’intesa, per constatare le reali condizioni dei migranti a bordo dell’imbarcazione è stato effettuato un “blitz” avvenuto a bordo della *Sea Watch3* condotto da tre parlamentari italiani d’opposizione: Nicola Fratoianni (Sinistra Italiana/Leu), Riccardo Magi (+Europa) e Stefania Prestigiacomo (Forza Italia).

⁷⁹⁴ A parere dell’ONG, «un’operazione di soccorso in mare, secondo il diritto internazionale, si dichiara conclusa solo con lo sbarco in un porto sicuro, che deve essere garantito nel più breve tempo possibile». Un fatto che «non può essere subordinato ad alcuna negoziazione tra Stati in merito a una eventuale redistribuzione delle persone soccorse, o per qualunque altro motivo». E visto che la Libia non può essere considerata un porto sicuro di sbarco, allora per *Sea Watch* dovrebbe essere Roma a farsene carico. Impedire ai migranti di scendere è, secondo *Sea Watch*, una «forma di illegittima e informale detenzione di fatto, in chiara violazione di quanto stabilito dalla Costituzione italiana e dalla *Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo* sull’inviolabilità della libertà personale». La *Sea Watch 3* - si legge nella nota - «non è stata autorizzata fin dalla giornata del 25 gennaio a lasciare il “punto di fonda” nel quale è ancorata e tutte le persone a bordo sono di fatto trattenute sulla nave in condizioni igieniche e di salute psico-fisica che si stanno deteriorando velocemente». Nel loro ricorso alla Corte, l’ONG era stata chiara: quanto già fatto dall’Italia, ovvero aver offerto generi di prima necessità, non può essere considerata «misura sufficiente a porre termine alla violazione dei diritti delle persone a bordo». L’unica soluzione è quella dello sbarco per tutti i migranti, sia minorenni che maggiorenni. Il comunicato integrale può essere reperito su <https://twitter.com/SeaWatchItaly>.

La Corte Edu non ha però accolto le richieste dei richiedenti di essere sbarcati, ma ha chiesto all’Italia di prendere il prima possibile tutte le misure necessarie per assicurare ai ricorrenti cure mediche adeguate, cibo e acqua. Per i minori non accompagnati, inoltre, è stato chiesto al Governo di garantire anche una tutela legale adeguata⁷⁹⁵.

Evidentemente la Corte Edu non ha ritenuto che la situazione profilatasi potesse configurarsi come un rischio così elevato a carico delle persone che si trovavano a bordo della nave da dover ordinare lo sbarco, ma si è limitata a raccomandare un’assistenza di tipo umanitario in attesa di una soluzione, affermando però anche che se, non fosse trovata, si sarebbero potute adottare nuove misure⁷⁹⁶.

4.2. Il Decreto “Sicurezza-bis”

La “linea dura” del Governo italiano contro il fenomeno migratorio è continuata con l’adozione del Decreto n. 53 del 14 giugno 2019, denominato “Sicurezza-bis”, recante “Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica”, convertito con legge n. 77 dell’8 agosto 2019.

Il decreto si compone di 18 articoli. In particolare, il capo I racchiude una serie di previsioni finalizzate al contrasto dell’immigrazione irregolare.

A tal fine l’art. 1 modifica l’art. 11 del T.U. immigrazione, disposizione quest’ultima recante misure sui controlli alle frontiere, introducendo il comma 1-ter che conferisce al Ministro dell’Interno – di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti, e informato il Presidente del Consiglio – il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l’ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi (escluse quelle militari o in servizio governativo non commerciale), laddove ricorrano due ordini di presupposti alternativi: motivi di ordine e sicurezza pubblica; concretizzazione delle condizioni di cui all’art. 19, comma 2, lett. g) della *Convenzione di Montego Bay*, norma che a sua volta individua, quale ipotesi di passaggio non inoffensivo (o “*pregiudizievole*”) di nave straniera nelle acque territoriali, il caso in cui tale nave effettui il carico o lo scarico di persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero.

La formulazione del nuovo comma 1-ter richiama i contenuti delle direttive recentemente emanate dall’*ex* Ministro dell’Interno nell’ambito della politica dei “porti chiusi”. Si tratta dei provvedimenti che, invocando l’esigenza di ordinata gestione dei flussi migratori, nonché quella correlata di vietare passaggi di navi pregiudizievoli ai sensi del diritto del mare, avevano

⁷⁹⁵ ECHR 043 (2019) 29.01.2019. Provvedimento reperibile sul sito www.asgi.it.

⁷⁹⁶ *Ibidem*.

indicato alle autorità incaricate del controllo delle frontiere marittime di negare l'ingresso a chiunque avesse svolto «un'attività di soccorso [...] con modalità improprie, in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e, quindi, pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero in quanto finalizzata all'ingresso di persone in violazione delle leggi di immigrazione»⁷⁹⁷.

A questa prima direttiva ne avevano fatto seguito altre, aventi ad oggetto l'operato di singole ONG, ritenute responsabili di condotte descritte in termini di «possibile strumentalizzazione degli obblighi internazionali in materia di *search and rescue*»⁷⁹⁸; o ancora di «cooperazione mediata che, di fatto, incentiva gli attraversamenti via mare di cittadini stranieri non in regola con il permesso di soggiorno e ne favorisce obiettivamente l'ingresso irregolare sul territorio nazionale»⁷⁹⁹.

La politica dei “porti chiusi” è stata oggetto di severe critiche da parte dell'*Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani*⁸⁰⁰. In particolare, è stata evidenziata la sua radicale incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni UNCLOS⁸⁰¹, SOLAS⁸⁰² e SAR⁸⁰³ sul diritto internazionale del mare, nonché con il principio del *non-refoulement*.

⁷⁹⁷ Direttiva del 18 marzo 2019, reperibile al sito http://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_ministro_su_controllo_frontiere_maritime_18.03.2019.pdf.

⁷⁹⁸ Direttiva 4 aprile 2019; reperibile al sito http://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_4_aprile_2019.pdf.

⁷⁹⁹ Direttiva 15 aprile 2019 reperibile al sito http://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_del_ministro_n._141001418_15_aprile_2019.pdf.

⁸⁰⁰ Si rimanda al contenuto della lettera del 15 maggio 2019 reperibile al sito <https://www.avvenire.it/c/attualita/Documents/ONUDirittiViolati.pdf>.

⁸⁰¹ La convenzione UNCLOS III, *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, è stata adottata a Montego Bay il 10 dicembre 1982 e ratificata dall'Italia con la l. 2 dicembre 1994, n. 689, rappresenta la principale fonte internazionale di regolazione del “diritto del mare”. L'art. 18 prevede la possibilità del passaggio all'interno delle acque territoriali di uno Stato in casi specifici. Al comma 2, è stabilita una deroga alla nozione di passaggio, da intendersi normalmente come «continuo e rapido», oltre che «inoffensivo», consentendo la fermata e l'ancoraggio «soltanto se questi costituiscono eventi ordinari di navigazione o sono resi necessari da forza maggiore o da condizioni di difficoltà, oppure sono finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo o in difficoltà». All'art. 985 è sancito il dovere di prestare soccorso in mare, identificando a tal scopo tre situazioni nelle quali il comandante di una nave debba intervenire, con l'unico requisito di non mettere «a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri»: prestare «soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo», procedere «quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa» e prestare «soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri [...].».

⁸⁰² La Convenzione SOLAS, titolata *Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare*, fu adottata a Londra il 1 novembre 1974 e ratificata dall'Italia con la l. 23 maggio 1980, n. 313. Tale convenzione, alla regola 10 del capitolo V, stabilisce che «Il comandante di una nave in navigazione che riceve un segnale, da qualsiasi provenienza, indicante che una nave o un aereo o i loro natanti di salvataggio si trovano in pericolo, è obbligato a recarsi a tutta velocità al soccorso delle persone in pericolo informandole, se possibile, di quanto sta facendo».

⁸⁰³ La *Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo*, nota come convenzione SAR (*Search And Rescue*), è stata adottata a Amburgo il 37 aprile 1979 e ratificata dall'Italia con la l. 3 aprile 1989, n. 147 e integrata con il D.P.R. 28 settembre 1994, n. 662, in materia di ‘Regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147, concernente adesione alla convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979. Tale convenzione e le relative norme di attuazione si occupano di stabilire le aree di ricerca e salvataggio, le strutture organizzative, logistiche, di comando, i mezzi, il personale, lo scambio di comunicazioni e la

A corredo dei poteri ministeriali introdotti dalla recente normativa, l'art. 2 del decreto “Sicurezza-bis” introduce specifiche sanzioni nei confronti dei trasgressori dei divieti di ingresso, transito e sosta. La disposizione interviene sull'art. 12 del T.U. imm., ossia la fattispecie incriminatrice del “favoreggiamento dell'immigrazione irregolare”, introducendovi un nuovo comma 6-*bis*⁸⁰⁴.

Nei confronti del comandante, dell'armatore e del proprietario della nave è prevista, anzitutto, una sanzione amministrativa pecuniaria da diecimila a cinquantamila euro ciascuno. È inoltre prevista la sanzione accessoria della confisca della nave, sebbene solo in caso di «reiterazione con l'utilizzo della medesima nave» con immediato sequestro amministrativo.

Viene espressamente esclusa l'applicazione dell'art. 8-*bis* commi 4, 5 e 6 della legge n. 689/1981, così derivando un trattamento sanzionatorio più severo di quello generale: le trasgressioni commesse in tempi ravvicinati non vengono considerate unitariamente (comma 4); gli effetti della reiterazione non si applicano nei casi di pagamento in misura ridotta (comma 5); gli effetti della reiterazione possono essere sospesi finché il provvedimento che accerta la violazione precedente è divenuto definitivo (comma 6).

Sempre con riferimento alla normativa generale in materia di sanzioni amministrative, vengono in rilievo le cause di esclusione della responsabilità di cui all'art. 4 l. 689/1988. La norma ribadisce che non risponde della violazione «chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa».

Con riferimento all'adempimento di un dovere vengono in rilievo le norme di diritto internazionale (*in primis* l'art. 98 della *Convenzione di Montego Bay* e l'art. 10 della *Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio marittimo*) che obbligano il comandante

cooperazione tra Stati in materia di salvataggio in mare. Proprio in virtù di tale Convenzione, e della sua attuazione, si desume che l'attività di salvataggio e sbarco siano senza soluzione di continuità. La previsione di una capillare rete di uffici dediti al coordinamento delle operazioni (IMRCC e MRSC, più gli uffici territoriali della guardia costiera) rende palese che vi sia l'obbligo di soccorrere.

⁸⁰⁴ L'art. 6-*bis* recita testualmente: «Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'articolo 11, comma 1-ter. In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, notificato al comandante e, ove possibile, all'armatore e al proprietario della nave, si applica a ciascuno di essi, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000. In caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, si applica altresì la sanzione accessoria della confisca della nave, procedendo immediatamente a sequestro cautelare. All'irrogazione delle sanzioni, accertate dagli organi addetti al controllo, provvede il prefetto territorialmente competente. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, ad eccezione dei commi quarto, quinto e sesto dell'articolo 8-*bis*».

della nave a salvare le persone in pericolo e a condurle, senza esporli ad ulteriori rischi, presso un *place of safety*, ossia un luogo dove il rispetto dei diritti fondamentali è garantito⁸⁰⁵.

In merito allo stato di necessità, viene esclusa la responsabilità dei soccorritori e allo stesso tempo affermata quella degli scafisti che deliberatamente pongono i migranti su un'imbarcazione inidonea a compiere l'ultima parte della traversata, strumentalizzando così l'attività di soccorso e pertanto dovendo rispondere dell'ingresso irregolare secondo lo schema dell'autoria mediata⁸⁰⁶.

Da ultimo, perfino la legittima difesa è stata riconosciuta in capo ad alcuni migranti che si erano ribellati alla decisione del comandante, presa sulla base delle indicazioni del centro di coordinamento marittimo italiano, di ricondurli in Libia, esponendoli così al pericolo attuale di offese ingiuste per la vita e l'integrità fisica⁸⁰⁷.

4.3. In particolare, sulla legittima difesa

Con il caso *Vos-Thalassa* deciso con sentenza del 23 maggio 2019, il Gip di Trapani si è occupato della vicenda dei migranti che nel luglio 2018 si erano opposti con la minaccia dell'uso della forza al loro rimpatrio in Libia da parte della nave commerciale italiana che li aveva soccorsi, costringendo il capitano della stessa ad invertire la rotta e condurli verso le coste italiane. Il Tribunale ha riconosciuto in capo ai migranti, imputati in concorso dei reati aggravati di violenza o minaccia e resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336, 337 e 339 c.p.) e di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare (art. 12 co. 3 d.lgs. 286/1998), la causa di giustificazione della legittima difesa.

Il Giudice ha ricordato che i diritti che sarebbero stati posti in pericolo dal rinvio dei migranti in Libia (il diritto alla vita e all'integrità fisica) «sono diritti assoluti che spettano alla persona in quanto tali»⁸⁰⁸ e trovano fondamento nell'art. 2 Cost. e in una vasta serie di fonti sovranazionali, tra cui in particolare la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* e la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

Il Tribunale ha poi esaminato le norme internazionali sulla questione della ricerca e del salvataggio delle persone in mare e individuato nella *Convenzione di Montego Bay*, nella *Convenzione di Londra per la salvaguardia della vita in mare* e nella *Convenzione di Amburgo sulla ricerca ed il salvataggio in mare* (SAR) i testi fondamentali di riferimento, da cui emerge

⁸⁰⁵ Si rimanda all'analisi della sentenza del Gip di Agrigento, di seguito in commento.

⁸⁰⁶ Cass. pen., sez. I, 28.2.2014, n. 14510.

⁸⁰⁷ Gip Trapani, 3.6.2019, in www.asgi.it.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 20.

un obbligo di salvataggio in mare della vita umana, obbligo che a sua volta comporta il dovere di individuare un porto sicuro dove far sbarcare le persone.

Proprio la nozione di “porto sicuro” è oggetto di uno scrutinio particolarmente attento da parte del Tribunale, secondo cui «laddove le persone soccorse in mare, oltre che “naufraghi”, si qualifichino – in termini di *status* – anche come “migranti/rifugiati/richiedenti asilo”, soggetti quindi alle garanzie ed alle procedure di protezione internazionale, l’accezione del termine “sicuro” (riferita al luogo di sbarco) si connota anche di altri requisiti, legati alla necessità di non violare i diritti fondamentali delle persone, sanciti dalla norme internazionali sui diritti umani (...), impedendo che avvengano “sbarchi” in luoghi “non sicuri”, che si tradurrebbero in aperte violazioni del principio di non-respingimento, del divieto di “espulsioni collettive”, e, più in generale, pregiudizievoli dei diritti di ‘protezione internazionale’ accordati ai rifugiati e richiedenti asilo»⁸⁰⁹.

L’attenzione del Tribunale si è focalizzata sulla compatibilità con il diritto internazionale del mare, e in particolare con la *Convenzione di Amburgo*, del *Memorandum* d’intesa tra Italia e Libia del febbraio 2017, con cui l’Italia si è impegnata a cooperare con le autorità libiche nel contrasto all’immigrazione irregolare, e che è a fondamento delle modalità operative, seguite anche nel caso di specie, per cui il MRCC di Roma avvisa e coinvolge la Guardia costiera libica quando pervengono richieste di soccorso relative ad imbarcazioni che si collocano nelle vicinanze delle acque territoriali libiche, cooperando affinché siano le stesse autorità libiche ad intervenire e a riportare i migranti sulle coste africane.

La sentenza ha ricostruito ampiamente la normativa internazionale riguardante il principio di *non refoulement* e il divieto di tortura concludendo che «il *Memorandum* Italia-Libia, essendo stato stipulato nel 2017, quando il principio di *non-refoulement* aveva già acquisito rango di *jus cogens*, è privo di validità, atteso che ai sensi dell’art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale; incompatibile con l’art. 10 co. 1 Cost., secondo cui l’ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, tra le quali rientra ormai anche il principio di *non-refoulement*»⁸¹⁰.

Il Tribunale fa altresì notare come il *Memorandum*, «pur avendo ad oggetto una materia rientrante tra quelle per cui l’art. 80 Cost. prescrive la previa autorizzazione parlamentare alla ratifica, è stato concluso in forma semplificata, ovverossia con il solo consenso espresso dal

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 38.

Presidente del Consiglio italiano e dal capo del governo libico di riconciliazione nazionale senza la previa autorizzazione del Parlamento»⁸¹¹: argomento che conduce il Tribunale a ritenere il *Memorandum*, anche al di là dei profili di contrasto con il diritto internazionale appena analizzati, «un'intesa giuridicamente non vincolante e non avente natura legislativa»⁸¹².

Chiarito il contesto normativo in cui collocare la vicenda, il Tribunale ha affrontato nello specifico il problema dei requisiti delle legittima difesa.

«In base alle norme sopra riportate, i migranti, soccorsi in mare, ave(vano) un vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un POS (*place of safety*), diritto speculare all'obbligo assunto dagli Stati firmatari delle convenzioni»⁸¹³.

Se si riflette un momento sul fatto che i 67 migranti imbarcati dalla *Vos Thalassa* avevano subito, prima della partenza dal territorio libico, torture e trattamenti disumani, appare evidente come il ritorno in quei territori costituisse per loro una lesione gravissima di tutte le prospettive dei fondamentali diritti dell'uomo.

L'offesa, ossia il ritorno nei campi libici cui i migranti si sono opposti era dunque ingiusta, perché contraria ad una pluralità di fonti normative, anche se l'autore di tale offesa (il comandante della *Vos Thalassa*) non risponde di alcun reato perché erroneamente convinto di adempiere a un ordine legittimo dell'autorità.

Quanto al requisito della proporzionalità, il Tribunale ha sottolineato come «erano in gioco, da una parte, il diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o a tortura, dall'altra, il diritto alla autodeterminazione dell'equipaggio, sicuramente sacrificabile *ex art. 52 c.p.* di fronte alla prospettiva delle lesioni che sarebbero conseguite allo sbarco in territorio libico»⁸¹⁴.

Quanto da ultimo al requisito della necessità dell'azione difensiva, il Tribunale ha rilevato come «(sia) pacifico che – senza la reazione posta in essere dagli imputati (...) – tutti i migranti raccolti dalla nave sarebbero stati ricondotti in Libia. Né era ipotizzabile una diversa difesa del proprio diritto ad essere condotti in un POS»⁸¹⁵.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 39.

⁸¹² *Ibidem*.

⁸¹³ Per valutare se, all'epoca dei fatti (estate 2018), la Libia potesse considerarsi un “porto sicuro”, il Tribunale aveva richiesto formalmente informazioni all'UNHCR, il cui dettagliato parere viene ampiamente citato dalla sentenza: emergono così le drammatiche condizioni dei centri di detenzione per i migranti presenti in Libia, ove i soggetti ivi trattenuti sono soggetti a continue e gravissime violazioni dei più basilari diritti umani, *in primis* il diritto alla vita ed all'integrità fisica e sessuale.

⁸¹⁴ Gip Trapani, 3.6.2019, p. 68.

⁸¹⁵ *Ibidem*.

La novità della decisione in commento sta nel suo fondarsi sull'esplicito riconoscimento del carattere illegittimo della condotta di respingimento verso la Libia, cui i migranti si sono opposti con il loro contegno aggressivo nei confronti dell'equipaggio della *Vos Thalassa*.

Il diritto internazionale configura a carico della autorità responsabili dei soccorsi in mare l'obbligo di fornire un “porto sicuro” ai naufraghi, e tale non può intendersi un luogo ove i soggetti soccorsi siano esposti a rischi di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Da tale constatazione il Tribunale conclude che i migranti hanno un diritto soggettivo ad essere accolti in un porto sicuro, e le condotte che conducono a una violazione di tale diritto sono da qualificare come ingiuste, e ad esse è opponibile una difesa legittima.

Invece, allora, di interrogarsi solo se commettano o meno degli illeciti le ONG che, adempiendo ai doveri imposti dal diritto internazionale, si rifiutano di riportare in Libia i migranti soccorsi, forse sarebbe opportuno anche chiedersi se non vi siano estremi di reato nella volontà delle nostre autorità di favorire i respingimenti verso la Libia, nonostante la conclamata contrarietà di tale pratica ai doveri imposti dal diritto internazionale.

Proprio il recente caso della *Sea Watch 3* cui, nell'estate 2019, è stato impedito l'ingresso in acque italiane perché avrebbe dovuto riportare in Libia i migranti soccorsi⁸¹⁶, mostra come le autorità di governo italiane siano del tutto indifferenti ai richiami che provengono dalla comunità internazionale, e non abbiano alcuna intenzione di recedere da pratiche che, per le ragioni ben esposte anche nella sentenza in commento, risultano gravemente lesive dei diritti fondamentali dei migranti.

Il consenso di cui tali politiche godono nell'opinione pubblica, italiana ed europea, non può renderle legittime a prescindere dal rispetto dei principi costituzionali, internazionali e convenzionali, cui tutti i pubblici poteri sono comunque subordinati nello svolgimento delle proprie prerogative. Indubbiamente è che quando pratiche di governo, anche se contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico, trovano sostegno in ampi settori della pubblica opinione, il compito della magistratura penale, che tali pratiche è chiamata a contrastare, è reso più difficile, con il rischio elevato che l'intervento dei magistrati sia avvertito come un'indebita ingerenza nelle scelte politiche adottate dalla maggioranza politica che governa il Paese. È però proprio in questi frangenti che il rigoroso controllo di legalità dell'operato delle autorità di governo da parte della magistratura risulta più che mai decisivo per assicurare che vengano rispettati i diritti fondamentali di tutti gli esseri umani.

⁸¹⁶ Per un approfondimento sulla vicenda della nave “See Watch 3” si rimanda al paragrafo 4.5 di questo capitolo.

4.4. Le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa

A pochi giorni dall’entrata in vigore, in Italia, del decreto sicurezza-*bis* e dall’immediata adozione del primo “divieto ministeriale di ingresso nelle acque territoriali italiane ai sensi del nuovo art. 11, co. 1-ter T.U. imm., il *Commissario per i diritti umani* del Consiglio d’Europa ha emanato una raccomandazione dall’eloquente titolo *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*⁸¹⁷.

Il documento, rivolto a tutti i 47 Stati membri dell’organizzazione internazionale, contiene indicazioni di ordine normativo e pratico volte a garantire l’effettivo adempimento degli obblighi relativi al soccorso in mare e alla successiva protezione dei diritti fondamentali delle persone tratte in salvo.

Sebbene si tratti di una raccomandazione, dunque di un atto di per sé non vincolante, il documento fornisce indicazioni fondamentali ai fini della ricostruzione del quadro delle fonti internazionali, convenzionali e consuetudinarie, che dettano – queste sì – le regole imperative alle quali gli Stati si devono attenere allorché organizzano e implementano i controlli delle frontiere.

Particolarmente significativo il passaggio nel quale il Commissario, pur ribadendo il diritto degli Stati di adottare misure a tutela della sicurezza dei confini, ricorda come ciò non possa in nessun caso avvenire a scapito dei diritti fondamentali delle persone coinvolte⁸¹⁸.

La raccomandazione è scissa in cinque aree di azione, sebbene gli obblighi ad esse sottese siano tra loro strettamente connessi e debbano pertanto essere considerati nella loro unitarietà.

La prima area riguarda l’efficacia delle operazioni di *search and rescue* (SAR), sotto il duplice profilo del coordinamento delle stesse e del dispiego di sufficienti mezzi. Il Commissario ricorda, anzitutto, l’obbligo gravante su ciascuno Stato di esigere che il comandante della nave, statale o privata, battente la propria bandiera, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo (art. 98.1 UNCLOS).

Le attuali politiche migratorie rischiano al contrario di scoraggiare l’adempimento del dovere di soccorso, sia da parte delle navi statali, in coerenza con le politiche di chiusura dei confini; sia da parte delle navi private, per il timore di conseguenze sanzionatorie o anche semplicemente di rimanere bloccati all’ingresso delle acque territoriali, con ripercussioni economiche negative⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Reperibile al sito <https://rm.coe.int/>.

⁸¹⁸ *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, p. 16.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 19.

Il documento richiama altresì l'obbligo statale di organizzare i soccorsi individuando una propria *Search and Rescue Region* (*SRR*) e predisponendo un *Rescue Coordination Centre* (*RCC*). Quest'ultimo, di regola, riceve le segnalazioni e coordina gli interventi all'interno della propria regione, identificando ed istruendo le navi in grado di fornire assistenza⁸²⁰. Nel 2018 la Libia ha dichiarato una propria *SRR* ed ha istituito, con aiuti europei ed italiani, un proprio *Joint Rescue Coordination Centre* (*JRCC*). Il ruolo di queste strutture nella gestione dei soccorsi risulta problematico sotto diversi profili: in alcuni casi le chiamate di soccorso non hanno ricevuto risposta; in altri casi alle navi delle ONG già presenti sul luogo dell'evento o in prossimità dello stesso è stato intimato di allontanarsi, talvolta con minacce; ancora, e soprattutto, le persone recuperate sono state sistematicamente ricondotte in Libia, paese che tuttavia non costituisce un porto sicuro.

In conclusione, a carico degli Stati membri vengono formulate, tra l'altro, le seguenti raccomandazioni: garantire ai capitani delle navi e agli armatori che il loro coinvolgimento in operazioni di salvataggio non comporterà nessun tipo di sanzione, laddove abbiano agito in conformità al diritto internazionale; viceversa, condurre efficaci e immediate indagini rispetto alle notizie di omissione di soccorso; in caso di richieste non provenienti dalla propria regione, trasferire il coordinamento all'*RCC* competente soltanto laddove quest'ultimo sia in grado di coordinare l'operazione nel rispetto del diritto internazionale e dei diritti umani, anche con riferimento allo sbarco in un luogo sicuro; un eventuale coordinamento con il *JRCC* libico non libera gli Stati membri dai loro obblighi di tutelare la vita e garantire il *non-refoulement*, e in nessun caso lo sbarco può avvenire in Libia o in altro luogo non sicuro⁸²¹.

4.4.1. La definizione di “porto sicuro”

La seconda area di azione riguarda la fase dello sbarco delle persone tratte in salvo presso un porto sicuro (*place of safety*), che in base alla Convenzione SAR (capitolo 1.3.2.) costituisce parte integrante di qualunque operazione di soccorso.

Secondo le linee guida dell'*International Maritime Organization* (*IMO*), può considerarsi sicuro un luogo dove, tra l'altro, la vita dei sopravvissuti non è più minacciata e le necessità umane fondamentali (quali cibo, riparo e cure mediche) possono essere soddisfatte. Inoltre, in base al principio del *non-refoulement*, costituisce una violazione dell'art. 3 Cedu ricondurre le persone in luoghi dove rischiano di subire torture o trattamenti inumani o degradanti.

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 22.

Per tali ragioni, attualmente la Libia non può essere considerata un porto sicuro⁸²²: come a più riprese evidenziato da organismi delle Nazioni Unite, quali l'UNSMIL (*United Nations Support Mission in Libya*), l'*Alto commissariato per i diritti umani* e l'*Alto commissariato per i rifugiati*, nonché da diverse ONG, i migranti recuperati dalla Guardia costiera libica e ricondotti da dove sono partiti sono sistematicamente sottoposti a detenzioni arbitrarie, torture, estorsioni, lavori forzati, violenze sessuali, ed altri trattamenti inumani e degradanti; senza contare i rischi derivanti dai violenti conflitti in corso in diverse città libiche.

Sebbene a partire dal caso *Hirsi*⁸²³ non si siano più registrati respingimenti verso la Libia attraverso imbarcazioni non libiche, tuttavia al medesimo illegittimo risultato si è pervenuti per effetto degli aiuti logistici ed economici forniti da alcuni paesi del Consiglio d'Europa alla Guardia Costiera libica, tra cui l'Italia.

Allo stesso risultato, inoltre, possono condurre le istruzioni fornite ai comandanti delle navi private che effettuano i salvataggi, i quali in caso di disubbedienza rischiano di subire indagini e sanzioni anche penali.

A tale riguardo, il Commissario sottolinea che i capitani delle navi hanno un ruolo fondamentale durante le fasi decisionali che circondano l'intera operazione di salvataggio⁸²⁴: sono loro, infatti, ad avere una visione d'insieme della situazione a bordo, incluse le condizioni delle persone soccorse, nonché dei fattori esterni, quali in particolare le condizioni meteorologiche e la capacità dell'imbarcazione di portare a termine l'operazione in sicurezza. Essi godono pertanto di un margine di discrezionalità nel prendere qualunque decisione che, secondo il loro apprezzamento professionale, risulta necessaria alla tutela della vita umana⁸²⁵.

Per queste ragioni gli Stati non solo devono istruire i comandanti in maniera tale da favorire il raggiungimento di un porto sicuro, senza esporre le persone trasportate ad ulteriori rischi; ma devono altresì rispettare la loro eventuale decisione di non condurre i migranti in Libia o in ogni altro luogo insicuro⁸²⁶.

⁸²² *Ibidem*, p. 28.

⁸²³ Corte Edu, sentenza Hirsi Jamaa e altri contro Italia del 23 febbraio 2012, rif. n. 27765/09.

⁸²⁴ *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, p. 29.

⁸²⁵ Lo stesse linee guida dell'IMO prescrivono al comandante di sorvegliare affinché le persone non vengano sbarcate in luoghi dove la loro incolumità possa essere nuovamente minacciata.

⁸²⁶ *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, pp. 29-30.

Il successivo passaggio del documento risulta di particolare interesse alla luce di alcuni noti recenti episodi, come quello della nave “Diciotti”⁸²⁷ (peraltro non espressamente menzionato) e quello più recente della nave *Sea Watch 3* (invece citato), che a gennaio 2019 rimase bloccata per numerosi giorni al largo di Siracusa.

L’individuazione del porto sicuro e lo sbarco dei migranti devono avvenire entro un tempo ragionevole, evitando ritardi che possono avere conseguenze negative per la salute delle persone soccorse, e che sono eventualmente suscettibili di tradursi in vere e proprie privazioni *de facto* della libertà personale, in violazione dell’art. 5 Cedu⁸²⁸. Inoltre, la prospettiva di ritardi nello sbarco potrebbe disincentivare le operazioni di salvataggio occasionalmente effettuate dai mercantili privati, in ragione delle prevedibili perdite economiche ad essi associate.

In futuro, per garantire un sistema rapido ed efficiente di sbarco delle persone soccorse è indispensabile che gli Stati si dotino di appositi piani, anche attraverso accordi internazionali che garantiscano la condivisione delle responsabilità, secondo quanto richiesto dalle stesse linee guida dell’IMO.

La soluzione dei casi non può essere affidata ad iniziative *ad hoc*, che subiscono i lunghi tempi della negoziazione politica.

Seguono ulteriori indicazioni sul rispetto dei diritti fondamentali successivamente alle operazioni di sbarco, ad esempio nell’ottica di ridurre al minimo la privazione della libertà personale⁸²⁹.

4.4.2. Auspicabili politiche di cooperazione

La terza area di azione è specificamente dedicata alla cooperazione tra Stati e ONG.

Il documento osserva come, in ragione della già ricordata riduzione delle attività pubbliche di soccorso, le organizzazioni internazionali abbiano fornito un inestimabile ausilio agli Stati nel compito di proteggere la vita in mare. Pur tuttavia, una serie di misure adottate da Governi e organi giudiziari hanno costretto le ONG ad abbandonare quasi interamente le proprie attività, creando così un vuoto di tutela che è oggi urgente colmare⁸³⁰.

⁸²⁷ Si veda il par. di questo stesso capitolo

⁸²⁸ *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, p. 31.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁸³⁰ A tale proposito vengono anzitutto riportate le conclusioni formulate da un gruppo di *Special Rapporteurs* in una comunicazione all’Italia del 15 maggio 2019, secondo cui le operazioni finalizzate a salvare vite umane non possono integrare violazioni del diritto nazionale in materia di immigrazione, in quanto il diritto alla vita deve comunque ritenersi prevalente rispetto alla protezione delle frontiere, a prescindere da quanto stabiliscono le fonti europee, gli accordi bilaterali e ogni altra decisione politica o amministrativa. Si tratta - per

Questa parte del documento si conclude con una dettagliata serie di raccomandazioni finalizzate a garantire una cooperazione costruttiva tra Stati e ONG, a cominciare dalla cessazione delle campagne stigmatizzanti e delle procedure finalizzate all'imposizione di sanzioni amministrative o penali⁸³¹.

La quarta area di azione è dedicata alla cooperazione con gli Stati terzi e racchiude una serie di linee guida volte a garantire che la fornitura ad essi di strumenti, personale, informazioni e sostegno economico da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa non si traduca, direttamente o indirettamente, nella violazione di diritti umani.

Il documento si conclude sul punto con la raccomandazione di sospendere le attività di cooperazione con la Libia suscettibili di tradursi in ulteriori violazioni dei diritti umani; e di favorire, invece, le attività dell'*Alto commissariato per i rifugiati*, creando corridoi umanitari sicuri per consentire a migranti e richiedenti asilo di fuggire dalle zone dei conflitti.

La quinta ed ultima area d'azione riguarda la questione dell'assenza di vie legali di accesso al continente europeo e individua in essa la causa ultima delle rotte irregolari e pericolose attraverso il mare. Ripensare l'attuale modello, ad esempio favorendo i ricongiungimenti familiari, introducendo visti umanitari e permessi temporanei di lavoro e di studio, rappresenta dunque una priorità strettamente connessa alla tutela dei diritti umani nel Mediterraneo e in Europa.

4.5. La vicenda della See Watch 3

La progressiva inibizione delle attività di soccorso prestate dalle ONG e da altre navi private nel Mediterraneo centrale comporta gravissimi rischi per i diritti fondamentali dei migranti, destinati in misura statisticamente sempre maggiore a perdere la vita in un naufragio oppure ad essere recuperati dalla Guardia costiera libica e ricondotti in un Paese dove le detenzioni arbitrarie, la tortura e le violenze sessuali rappresentano una tragica quotidianità.

La questione è al centro delle cronache.

Recentemente, il 12 giugno 2019, un barcone con a bordo una cinquantina di migranti provenienti dalla Libia è stato soccorso in acque internazionali, nella zona SAR libica, dall'equipaggio dell'ONG *Sea Watch 3*. Dopo avere disatteso le indicazioni della Guardia costiera libica che aveva indicato lo sbarco a Tripoli, ormai pacificamente ritenuto porto non

inciso - delle stesse indicazioni di cui abbiamo sottolineato la rilevanza in sede di primo commento del decreto sicurezza-bis, con riferimento ai divieti di ingresso ex art. 11, co. 1-ter T.U. imm.

⁸³¹ *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, p. 40.

sicuro, la nave si è diretta verso Lampedusa, luogo di attracco geograficamente più vicino, chiedendo all'Italia un *place of safety*.

Il 15 giugno, mentre la *Sea Watch 3* si trovava ancora in acque internazionali, è entrato in vigore il decreto legge n. 53/2019 che, tra l'altro, conferisce al Ministro dell'Interno il potere di adottare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso di imbarcazioni nelle acque territoriali per finalità di contrasto all'immigrazione irregolare e prevede per i trasgressori sanzioni amministrative pecuniarie nonché, in caso di reiterazione della condotta, la confisca del mezzo⁸³².

Lo stesso giorno il Ministro degli Interni del tempo ha firmato il primo di tali provvedimenti nei confronti dell'equipaggio della *Sea Watch 3*.

Solo undici migranti, per ragioni di salute e vulnerabilità, sono stati fatti sbarcare dalle autorità italiane mentre l'imbarcazione, con a bordo i restanti immigrati, ha stazionato per giorni in acque internazionali nei pressi dell'isola di Lampedusa.

Avverso il divieto di ingresso è stato anzitutto esperito ricorso al TAR del Lazio, con richiesta al Presidente di sospendere in via cautelare l'efficacia del provvedimento ministeriale. L'istanza è stata tuttavia rigettata il 19 giugno, in ragione della circostanza che i soggetti vulnerabili erano stati sbarcati e che pertanto non residuavano ragioni di eccezionale gravità tali da giustificare la sospensiva.

Il capitano della nave *Sea Watch 3* e i restanti migranti presenti a bordo, hanno chiesto, ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte Edu, alla Corte medesima di invitare il Governo italiano ad autorizzare l'ingresso della nave nelle acque territoriali ed il successivo sbarco⁸³³. L'istanza è sottesa al rispetto del diritto alla vita e al divieto di trattamenti inumani e degradanti, incompatibili con la prolungata permanenza dei naufraghi su una nave sovraffollata e inidonea a ospitarli per un lasso di tempo di tale entità, senza possibilità di presentare domanda di protezione internazionale.

I giudici di Strasburgo, dopo avere rivolto domande ai ricorrenti e al Governo in merito alla situazione a bordo e alla gestione delle situazioni di vulnerabilità, da un lato hanno deciso di non indicare al Governo la misura dell'autorizzazione all'ingresso, dall'altro lato hanno comunque richiesto alle autorità italiane di continuare a fornire assistenza di carattere umanitario.

Il rigetto dell'istanza è un provvedimento che non sembra discostarsi da quanto normalmente accade nell'ambito delle procedure d'urgenza dinanzi alla Corte di Strasburgo. La

⁸³² Si veda il paragrafo 4.2.

⁸³³ Corte Edu, *Rackete and Others contro Italia, Interim measure*, 25 giugno 2019.

portata della pronuncia deve essere infatti contestualizzata nel quadro di un consolidato orientamento restrittivo in materia di misure provvisorie, le quali vengono concesse soltanto a fronte di un imminente rischio di danno irreparabile⁸³⁴.

Pare significativo che la Corte Edu, nella sua decisione, non abbia indicato alcuna argomentazione a sostegno della legittimità dell'operato del Governo nell'attuale gestione della crisi migratoria. Al contrario, non avendo segnalato nessuna misura provvisoria diversa dalla prosecuzione delle attività di assistenza nei confronti delle persone vulnerabili, la Corte ha in ultima analisi rimesso alle autorità italiane la responsabilità delle scelte su come garantire i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione nella vicenda *Sea Watch 3*, lasciando anche aperta la strada per futuri eventuali ricorsi.

Nonostante il divieto d'ingresso, la *See Watch 3* ha attraccato a Lampedusa, speronando una motovedetta della Guardia di finanza e i quaranta migranti a bordo sono stati fatti sbarcare.

La comandante Carola Rackete è stata, inizialmente, arrestata e iscritta nel registro degli indagati per i reati di favoreggimento dell'immigrazione clandestina, resistenza o violenza contro nave da guerra e resistenza a pubblico ufficiale da parte della Procura di Agrigento e, in seguito, rilasciata dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Agrigento, che non ha convalidato l'arresto. Il GIP ha infatti escluso il reato di resistenza e violenza a nave da guerra e ha ritenuto che il reato di resistenza a pubblico ufficiale dovesse ritenersi scriminato, ai sensi dell'art. 51 c.p.,

⁸³⁴ Tale orientamento restrittivo emerge anche in occasione di un altro salvataggio in mare, avvenuto il 25 gennaio 2019, rispetto al quale la Corte Edu non aveva accolto la richiesta di *interim measure* da parte della Sea Watch 3, (Corte Edu, *Case of SeaWatch 3 contro Italia – ric. n. 5504/19 e 5604/19, Interim measure* 29 gennaio 2019), ma si era limitata a ordinare al Governo italiano di adottare tutte le adeguate cure mediche, di provvedere ai rifornimenti di cibo e acqua dei migranti a bordo e alla custodia legale per i minori non accompagnati e di tenere regolarmente informata la Corte riguardo agli sviluppi delle condizioni dei richiedenti. Si veda il paragrafo 4.1. Secondo i giudici di Strasburgo, tali misure “urgenti” devono applicarsi soltanto in via eccezionale, laddove, in assenza delle stesse, i richiedenti potrebbero essere esposti a un imminente rischio di danno irreparabile. In particolare, i casi tipici in cui tali misure sono applicabili ricomprendono i casi di espulsioni o estradizioni dei richiedenti che temono per la propria vita, venendo così violato l'articolo 2 della Convenzione Edu, o che si trovino innanzi al rischio di subire maltrattamenti, vietati dall'articolo 3 della Convenzione Edu (in tema di accoglimento delle richieste di *interim measures* da parte della Corte per i casi di violazione degli art 2 e 3 Convenzione Edu nei confronti dei richiedenti asilo si vedano le sentenze *Ali Abdollahi contro Turchia*, n. 23980/08, del 3 novembre 2009; *F.H. contro Svezia*, n. 32621/06, del 20 gennaio 2009; *Y.P. e L.P. contro Francia*, n. 32476/06, dell'11 settembre 2010; *W.H. contro Svezia*, n. 49341/10, Grande Camera – dell'8 aprile 2015; *F.G. contro Svezia*, n. 43611/11, Grande Camera – del 23 marzo 2016; *M.E. contro Svezia*, n. 71398/12, Grande Camera dell'8 aprile 2015). Inoltre, in via del tutto eccezionale, tali misure cautelari possono essere adottate in risposta al rischio per i ricorrenti di diniego del diritto a un processo equo, ai sensi dell'art 6 della Convenzione Edu e laddove vi sia un rischio potenzialmente irreparabile per la vita privata o familiare *ex art 8* della Convenzione Edu (in tema di accoglimento delle richieste di *interim measures* da parte della Corte Edu per i casi di violazione degli art 6 e 8 Convenzione Edu nei confronti dei richiedenti asilo si vedano le sentenze *X. contro Croazia*, n. 11223/04, del 17 luglio 2008; *Öcalan contro Turchia*, n. 46221/99, Grande Camera di marzo 2003; *Amrollahi contro Danimarca*, n. 56811/00, dell'11 luglio 2002; *Neulinger and Shuruk contro Svizzera*, n. 41615/07, Grande Camera del 6 luglio 2010; *B. contro Belgio*, n. 4320/11, del 10 luglio 2012; *Soares de Melo contro Portogallo*, n. 72850/14, del 16 febbraio 2016).

poiché l'attività di salvataggio in mare di naufraghi è da considerarsi adempimento degli obblighi derivanti dal quadro normativo⁸³⁵.

Il G.I.P. analizza attentamente le Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR, principali fonti sovranazionali pertinenti al caso in esame; nonché la *Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole in materia di assistenza e di salvataggio marittimi*⁸³⁶ che, all'art. 1126 stabilisce che «ogni capitano è tenuto, in quanto lo possa senza serio pericolo per la sua nave, il suo equipaggio e i suoi passeggeri, a prestare assistenza a qualunque persona, anche nemica, trovata in mare, in pericolo di vita».

La previsione di soccorso in mare delineata da numerosi trattati internazionali trova un'ulteriore conferma nell'art. 1158 cod. nav., il quale punisce come delitto l'omissione di soccorso in mare, nei casi in cui ne è fatto obbligo dal codice. Tali casi sono numerosi e tra di essi spicca l'art. 490, titolato “obbligo di salvataggio e di assistenza a persone in pericolo”.

Vengono poi chiarite le caratteristiche dei porti sicuri: un posto dove i naufraghi sono considerati al sicuro, dove le basilari necessità umane sono garantite (cibo, riparo e cure mediche), dove è possibile il trasporto verso una destinazione finale.

Una nave non può essere la destinazione finale, ma i naufraghi devono essere fatti sbarcare.

Lo sbarco di naufraghi in zone dove non vi è il rispetto dei diritti umani è da evitare, in particolar modo quando i naufraghi siano rifugiati.

Vale la pena a tal proposito ricordare che, come anche il G.I.P. ha riportato, i possibili porti di sbarco erano la Libia, la Tunisia, l'Italia e Malta.

Correttamente, la Libia⁸³⁷ – per quanto si è già ampiamente detto nei paragrafi precedenti – e la Tunisia non possono essere considerate un porto sicuro. Peraltro, il 3 luglio 2019, giorno successivo allo sbarco, un *raid* aereo effettuato nell'ambito della guerra civile in atto in Libia ha distrutto un centro che ospitava rifugiati, uccidendo circa 100 persone. La Tunisia, per quanto non

⁸³⁵ Il Giudice, operata una ricognizione delle fonti sovranazionali in materia di navigazione e di salvataggio in mare, analizza la condotta attribuita al comandante Rackete e conclude per la non convalida dell'arresto, oltre ad affermare l'insussistenza della prima incriminazione, per mancanza di tipicità, e l'insussistenza della seconda per mancanza di antigiuridicità, ritenendo il fatto scriminato. Per una ricostruzione del caso S. ZIRULIA, *L'ordinanza del GIP di Agrigento sul caso Sea Watch (Carola Rackete)* Trib. Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, giud. Vella, 3 luglio 2019, su www.penalecontemporaneo.it.

⁸³⁶ La Convenzione è stata adottata a Bruxelles il 23 settembre 1910 e ratificata con l. del 12 giugno 1913, n. 606.

⁸³⁷ Il rapporto UNHCR *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 18 dicembre 2018, a p. 28 afferma che «Migrants and refugees are subjected to extreme violence, at times on camera, as their relatives watch in agony. Most frequently described methods include beatings with various objects, suspension from bars, pouring petrol, boiling water or chemicals on victims' bodies, electric shocks, stabbing, pulling nails, application of heated metals to flesh, and shootings, particularly the legs» e a p. 29 che «Migrant and refugee accounts consistently demonstrate how smugglers and traffickers, who control the movement of people through Libya, exhibit blatant disregard for their lives, either deliberately shooting them, torturing them to death in an attempt to extort money from their families, or leaving them to die from starvation or medical neglect».

versi in condizioni tragiche come la Libia, non presta sufficienti garanzie di sicurezza. Manca, infatti, una normativa in materia di rifugiati.

Per quanto riguarda Malta, come il G.I.P. ha sottolineato, lo Stato non ha ratificato le modifiche del 2006 alla Convenzione SAR.⁸³⁸

Per ciò che concerne l'accusa di resistenza o violenza contro nave da guerra il G.I.P. si è limitato a rilevare la mancata integrazione del fatto tipico dipendente dalla qualifica di nave da guerra⁸³⁹.

Mentre per la seconda incriminazione, resistenza a pubblico ufficiale, il G.I.P. ha considerato pienamente applicabile la scriminante di cui all'art. 51 c.p., ovvero l'adempimento di un dovere, ossia di quello scaturente tanto dalle normative internazionali sul salvataggio in mare, tanto dalla normativa nazionale del codice della navigazione.

Dal quadro globale che emerge, è evidente che mentre il mondo contemporaneo è teso verso la mutua apertura delle società attraverso il commercio, il turismo, l'interconnessione, i media e le frontiere tra Stati diventano sempre più facili da superare, rimane un punto di chiusura cieca e di tentativo di controllo statale: quello delle migrazioni. Relativamente a queste, ovunque nel mondo, le frontiere si rafforzano fino a trasformarsi anche in fili spinati e muri.

Quando questi controlli arrivano fino al punto di respingere in mare delle fragili imbarcazioni destinate a naufragio certo, i diritti umani fondamentali, come quello alla vita, sono tragicamente violati in nome della sicurezza dei confini.

Ed è proprio in questa drammatica situazione che emerge in tutta la sua importanza il ruolo della magistratura, la quale deve dare un coraggioso segnale di legalità e applicazione del diritto a salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone, anche delle fasce più deboli, come i migranti. Pronunce come questa in oggetto sono in grado di infondere nuova fiducia alle ONG o altre navi impegnate nell'attività di salvataggio in mare, affinché non si scoraggino nella loro missione umanitaria.

⁸³⁸ Ad ogni modo, Malta non rileva nel caso in esame, in quanto non sarebbe comunque stato il porto più vicino.

⁸³⁹ Infatti, secondo la sentenza della Corte Costituzionale del 7 febbraio 2000, n. 35, la qualifica di nave da guerra viene attribuita alle navi della Guardia Costiera solo qualora si trovino fuori dalle acque nazionali oppure in un porto di uno Stato dove manca una rappresentanza consolare italiana.

CONCLUSIONE

Gli orrori portati alla luce dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale hanno rivelato quanto facilmente eludibile poteva essere la legislazione interna di uno Stato e come la tutela che essa avrebbe dovuto garantire ai diritti della persona fosse in realtà debole. L'esperienza dei regimi totalitari ha infatti dimostrato che il diritto di un singolo ordinamento poteva essere piegato a legittimare e giustificare la commissione di efferati crimini, riducendo la normativa nazionale a una tutela monca.

E anche «dopo essere stati vittime di tortura (soprattutto le donne e gli uomini della Resistenza) durante l'occupazione del loro Paese da parte della Germania nazista, i Francesi sono rimasti in silenzio nel momento in cui i loro connazionali militari in Algeria sono ricorsi alla tortura contro donne e uomini che lottavano per la loro indipendenza»⁸⁴⁰.

Questo silenzio ha evidenziato quanto a volte il diritto possa essere impotente⁸⁴¹: «le leggi non proteggono infatti una nazione contro se stessa»⁸⁴².

Alla luce delle debolezze dei singoli orientamenti, forte era l'esigenza di adottare misure con l'intento precipuo di rafforzare le garanzie di tutela dell'individuo ed evitare che le stesse potessero essere eluse o private di efficacia. Molti Stati hanno deciso così di auto-vincolarsi, sia nel senso di dotarsi di una Costituzione i cui meccanismi di revisione sono aggravati e il cui nocciolo duro – quello relativo ai diritti fondamentali della persona – non può essere modificato e, contestualmente, di affidare a un organo di garanzia – la Corte costituzionale, nel caso italiano – il compito di vigilare sul rispetto dei principi sanciti nella Suprema carta; sia di rinunciare a parte della propria sovranità a favore del diritto sovranazionale.

In primo luogo, la maggior efficacia della tutela del singolo passa attraverso la cristallizzazione delle libertà e dei diritti garantiti a tutti nelle Costituzioni rigide e la creazione di organi preposti al controllo del loro rispetto. Ogni atto legislativo operante nel nostro ordinamento giuridico deve avere contenuto conforme a quello della Suprema fonte e, se così non fosse, deve essere espunto a fronte di un controllo positivo di incostituzionalità.

A una maggiore sensibilità della società per le tutele di ogni individuo è corrisposta una più intensa attività normativa finalizzata a sancire un novero sempre più ampio di diritti dal carattere

⁸⁴⁰ J.P. SARTRE, *Tortura, Diritto e Libertà*, cit., p. 8. Per un approfondimento sulla guerra in Algeria si veda D. GUZZI, *La Question. Il dibattito sulla tortura durante la guerra d'Algeria*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti*, cit., pp. 221 ss.

⁸⁴¹ L'inefficacia del diritto nazionale nella tutela degli esseri umani è un fenomeno non sconosciuto: si pensi alle leggi naziste e fasciste.

⁸⁴² J.P. SARTRE, *Tortura, Diritto e Libertà*, cit., p. 8.

fondamentale e per questo irrinunciabili, riferibili a tutti⁸⁴³. Oltre alla redazione di Carte costituzionali in cui questi diritti sono contenuti, e tra i quali si annovera certamente il diritto a non subire tortura né trattamenti o pene inumani o degradanti, si sono registrati innumerevoli sforzi a livello sovranazionale tesi a prevenire e punire atti violenti sfocianti in tortura attraverso la redazione di altrettante e numerose Carte con valore gradatamente più cogente per gli Stati firmatari.

I vincoli dettati da organismi terzi che perseguono la finalità di proteggere in particolar modo le categorie più deboli di soggetti (tra cui i detenuti e i migranti) sono stati individuati come uno strumento efficace per far rispettare agli Stati determinati impegni presi.

E, sebbene con molto ritardo, se anche l'Italia si è finalmente dotata di un reato *ad hoc*, molto lo si deve alle pressioni che sono state esercitate affinché il nostro Paese rispettasse gli impegni assunti con la sottoscrizione, in particolar modo, della *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti inumani o degradanti* e degli altri documenti di diritto sovranazionale.

Complice – fino a poco tempo fa – l'assenza di una disciplina puntuale, «troppo spesso si è preferito parlare di “eventi critici”, gravi, spesso dovuti a situazioni “sfuggite di mano” anziché di tortura, di generica “intolleranza” anziché di “razzismo”, di “condizioni difficili o critiche”, anziché di trattamenti “inumani”»⁸⁴⁴.

La “cosa” c’era, ma il suo “nome” non trovava traduzione nel diritto positivo, consegnando il suo compimento a una sostanziale impunità. Ecco perché era necessario che quel vuoto fosse colmato, che alla “cosa” fosse dato il giusto “nome”, qualificando, giuridicamente, la tortura come reato⁸⁴⁵.

⁸⁴³ Per un’indagine sulle Carte internazionali adottate si rimanda ai capitoli nn. I e II della tesi.

⁸⁴⁴ M. RUOTOLO, *Recensione del libro di Patrizio Gonnella “La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica” su Antigone” - Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario Anno VIII - n. 1, p. 188.*

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 188. Si sottolineava, in primo luogo, l’inadeguatezza del previgente quadro sanzionatorio, al netto dei molteplici benefici sostanziali, processuali e penitenziari ottenibili dal reo. Inoltre, si considerava lacunosa la protezione offerta dal reticolo normativo anteriore alla novella, specialmente per quanto concerneva gli atti che non cagionano lesioni all’integrità fisica (ma anche per quelli che le provocano, restava la procedibilità a querela delle ipotesi meno gravi), quelli che non lasciano traccia visibile sul corpo della vittima e quelli che nuocciono in via principale alla sua salute psichica senza però provocare una “malattia” penalisticamente intesa. In effetti, neppure un robusto aumento delle pene per alcuni dei delitti più comunemente citati in letteratura, tra cui quelli previsti dagli artt. 607-609 c.p., le lesioni personali e la violenza privata – al di là delle tensioni, in termini di ragionevolezza, che le sanzioni così modificate avrebbero posto rispetto alle altre condotte comprese entro gli ambiti applicativi delle fattispecie – avrebbe potuto colmare le lacune di tutela evidenziate dal sistema penale italiano. Un discorso in parte diverso valeva per i trattamenti inumani o degradanti, per i quali le fonti internazionali, come già visto, non pongono obblighi equivalenti a quelli stabiliti per la tortura

La lotta alla criminalità non va condotta fuori dalla legge, ma dentro la legge, usando gli strumenti che lo Stato democratico ha a disposizione⁸⁴⁶.

Anche il “testo” contribuisce a conformare il “contesto”: quando il “testo” non c’è, il “contesto” può degenerare fino al punto da giustificare la violenza, fisica o psichica, come legittima forma di espressione del potere pubblico di punire, magari giustificata dalla criticità del singolo evento o dalla difficoltà delle condizioni nelle quali la forza pubblica è chiamata a operare. Dando alla “cosa” il giusto “nome” anche quelle pretese giustificazioni si affievoliscono, in nome di una lotta per la legalità e per la democrazia che non può non avere come suo principale propulsore proprio il pubblico potere.

Inoltre, sempre più Paesi aderiscono alle Convenzioni sovrannazionali e si impegnano non solo a rispettarne il contenuto, ma accettano altresì di essere assoggettati a forme di controllo più o meno incisive sull’osservanza dei diritti sanciti nelle Carte alle quali hanno aderito. L’intervento degli organi di supervisione, oltre a fornire spunti di interventi nei settori in cui il controllo ha rilevato carenze, sortisce anche effetti di deterrenza dalla commissione di atti di tortura e trattamenti inumani o degradanti e di sensibilizzazione dell’opinione pubblica.

Si pensi alle azioni del *Comitato contro la tortura dell’ONU* e al *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* che hanno più volte richiamato l’Italia per aver mancato ai suoi obblighi internazionali di punire adeguatamente nel proprio sistema penale i fatti costituenti tortura o trattamenti o punizioni inumani o degradanti⁸⁴⁷.

Volgendo uno sguardo al sistema di prevenzione e di vigilanza sovranazionale, anche il nostro ordinamento ha deciso di istituire la figura del Garante dei detenuti, così dedicando maggiore attenzione alle condizioni di coloro che, trovandosi in stato detentivo, sono maggiormente esposti a subire forme di tortura o di trattamenti o pene crudeli o degradanti da parte dei funzionari od organi

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 199. A proposito del caso di Anders Behring Breivik, terrorista norvegese, conosciuto in quanto autore degli attentati del 22 luglio 2011 in Norvegia, che hanno provocato la morte di settantasette persone, il Primo Ministro norvegese, in un discorso alla nazione, affermò: «La Norvegia ce la farà. Il male può uccidere gli individui, ma non potrà mai sconfiggere un popolo intero. Questa sera il popolo norvegese sta scrivendo la storia. Con le armi più potenti del mondo – la libertà di parola e la democrazia – stiamo disegnando la Norvegia per il dopo 22 luglio 2011». Si veda in merito l’articolo *Voi potete fare la differenza* del 27 luglio 2011 su *Il Post*. Lo ha dimostrato, con particolare efficacia, Aharon Barak, come studioso e come redattore di fondamentali decisioni della Corte suprema d’Israele. In quelle decisioni si legge che «la sicurezza non è al di sopra di tutto», che «l’adozione di mezzi fisici (la “tortura”) senza subbio accrescerebbe la sicurezza (...) ma noi riteniamo che la nostra democrazia non sia disposta ad adottarli, anche a prezzo di un sicuro danno alla sicurezza». Si potrà allora ben dire – come si legge in un’altra importante decisione della Corte israeliana – che «a volte la democrazia combatte con una mano legata dietro la schiena», ma insieme non si potrà negare che, «nonostante ciò la democrazia prevale, dal momento che preservare il ruolo della legge e riconoscere le libertà individuali costituisce un’importante componente della sicurezza in una democrazia. Alla fine, essi rafforzano sia la democrazia che il suo spirito, permettendole di superare le sue difficoltà» (A. BARACK, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, (a cura di), F. MOCCIA, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 37 ss.).

⁸⁴⁷ Si rimanda ai cap. I, sez. I, par 2.4 e cap. sez. II, II par. 4.

dello Stato, così da dare voce, in qualche modo, anche alle categorie più deboli e vulnerabili (detenuti e migranti).

Un ruolo decisivo nella lotta alla tortura è ricoperto dalla *Corte Europea dei Diritti dell'uomo* che si inserisce nel sistema dei controlli svolgendo una funzione deterrente: se accertato il compimento di pratiche di tortura, i Giudici di Strasburgo condannano lo Stato ad adottare le misure necessarie per porre fine alla violazione dell'art. 3 Cedu e al risarcimento del danno patito dai ricorrenti⁸⁴⁸.

La Corte Edu fornisce altresì un apporto fondamentale soprattutto in quanto l'applicazione della sua corposa giurisprudenza ha contribuito a creare, in un'ottica casistica ed evolutiva, la definizione di “tortura”.

Un ruolo decisivo è assunto anche dalle numerose sentenze emesse dai giudici nazionali i quali hanno acceso il monito sulla mancanza del delitto di tortura nel codice penale, al contempo evidenziando come certe condotte emerse nel processo dovevano considerarsi atti di tortura e che le pene (eventualmente) irrogate erano sproporzionate rispetto alla gravità dei fatti commessi⁸⁴⁹.

Come emerge dalle numerose pronunce di condanna dei giudici sovrannazionali nei confronti del nostro Paese⁸⁵⁰, dagli accertamenti effettuati dagli organi preposti ai relativi controlli (si pensi al CPT o al *Comitato ONU contro la Tortura*⁸⁵¹), ma anche da casi di cronaca giudiziaria interna da cui sono emersi alcuni gravi episodi⁸⁵², anche l'Italia non è immune da casi di tortura.

Parallelamente a questo percorso di contrasto alla tortura *et similia* che porta a maggiori conquiste per la civiltà democratica, tutelando maggiormente i primari diritti della persona, si sta sviluppando un filone di pensiero e di azione che risponde a una logica di prevenzione e protezione della pubblica sicurezza in nome della quale si cercano di giustificare privazioni e limitazioni dei diritti fondamentali dei singoli che portano a legittimare, in determinate circostanze, la tortura o la pratica di trattamenti e pene inumani o degradanti.

L'11 settembre 2001 ha spalancato la porta di un contesto globale nel quale la guerra del terrorismo richiede che lo si combatta senza limiti. Così, il *Military Order* del 13 novembre 2001, con cui il presidente americano Bush di fatto sospendeva le garanzie del diritto per i terroristi (o

⁸⁴⁸ Per un approfondimento del ruolo della *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* si veda il cap. II della tesi.

⁸⁴⁹ Si veda per tutte, Trib. Di Asti, sentenza n. 78/2012.

⁸⁵⁰ Alcune significative pronunce della *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, adottate a seguito di ricorsi individuali proposti per presunte violazioni di diritti garantiti dalla *Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani* sono: Corte Edu, sentenza *Scoppola contro Italia* (2011) cit.; Corte Edu, sentenza *Torregiani e altri contro Italia* (2013) cit.; Corte Edu, sentenza *Cestaro contro Italia* (2015) cit.; Corte Edu, sentenza *Contrada contro Italia* (2015) cit.; Corte Edu, sentenza *Bartesaghi, Gallo e altri contro Italia* (2017) cit.; Corte Edu, sentenza *Azzolina ed altri contro Italia* (2017) cit.; Corte Edu, sentenza *Cirino e Renne contro Italia* (2017) cit.

⁸⁵¹ Il Comitato ha dapprima valutato il quinto ed il sesto rapporto periodico dell'Italia (CAT/C/ITA/5-6) nell'ambito dei *meeting* tenutisi il 14 e 15 novembre 2017 a Ginevra (CAT/C/SR.1582 e 1585).

⁸⁵² Si pensi ai casi giudiziari “Aldrovandi” e “Cucchi”.

presunti tali), colloca ogni violazione in una sorta di limbo: la locuzione “guerra al terrore” ha creato un nuovo paradigma di uso della forza e, agli occhi dell’opinione pubblica, investe lo Stato di poteri eccezionali⁸⁵³.

L’efficacia del diritto come strumento di garanzia e tutela dei diritti fondamentali dell’uomo sembra nuovamente vacillare. Pare infatti che sia sufficiente, «perché i diritti cedano, porre sul piatto della bilancia emergenza e sicurezza e condire poi magari il tutto con le forme della legge, [ma se così fosse], qual è il senso delle proclamazioni – costituzionali e internazionali – dei diritti?»⁸⁵⁴.

Ci si è chiesti se in nome della “ragion di Stato” sia legittimamente utilizzabile la tortura nei confronti dei detenuti o comunque di chi si trova in posizione di soggezione della pubblica autorità⁸⁵⁵.

La tortura si intreccia in maniera inesorabile con i concetti di dignità umana, sovranità dello Stato e democrazia. La prima è il bene pregiudicato dalla tortura, la seconda è quella che attraverso la tortura si cerca di riaffermare. Quasi che la sovranità dello Stato, in larga parte pregiudicata sul piano economico e politico, cerchi di riemergere sul piano punitivo, a scapito delle libertà individuali e della dignità umana⁸⁵⁶.

A ben vedere, però, nel nostro ordinamento la tortura di Stato è contraria a un principio fondamentale che connota la Costituzione, ovvero la tutela della dignità umana e quindi in nessun modo l’appello a qualsivoglia ragione di pubblico interesse, sia pure collegata all’esigenza di prevenire attentati o minacce all’incolumità individuale o collettiva, potrebbe giustificare l’adozione di atti autoritativi che consentano o autorizzino comportamenti improntati a crudeltà o contrari al senso di umanità⁸⁵⁷.

⁸⁵³ C.R. GAZA, *Tortura in contesti di guerra: un’arma a doppio taglio?*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti*, cit., p. 120.

⁸⁵⁴ A. ALGOSTINO, *Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti*, cit., p. 275.

⁸⁵⁵ G. M. SALERNO, *Contro la tortura di Stato: un dibattito costituzionalmente orientato dalla dignità dell’uomo*, M. DI GIOVANNI, C. R. GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti*, cit., pp. 287 ss.

⁸⁵⁶ Per un approfondimento: P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, cit.

⁸⁵⁷ A tal proposito, può ricordarsi che l’impossibilità di un tale bilanciamento dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali fondati, tra l’altro, sulla tutela della dignità umana, è stata correttamente sottolineata dal Tribunale costituzionale tedesco, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una legge del gennaio 2005 della Repubblica federale (il *Luftsicherheitsgesetz*) nella parte in cui si autorizzava il Ministro della difesa a ordinare all’aeronautica militare, in caso di necessità, l’abbattimento di un aereo civile qualora, sulla base delle circostanze, si potesse ritenere che l’aereo sarebbe stato utilizzato contro la vita di altri esseri umani (art. 14, comma 3). Il giudice costituzionale tedesco ha sostenuto che coloro che si trovano a bordo dell’aereo come passeggeri ed equipaggio, non possono essere chiamati a rispondere con la loro vita dell’aggressione posta in essere dai dirottatori con finalità terroristiche. In altre parole, quando è in gioco la vita degli individui in connessione con la tutela della dignità umana nei suoi elementi essenziali, ovvero con la considerazione di ogni persona in quanto essere umano, non si può procedere

E se ciò non bastasse, a maggior garanzia dei diritti fondamentali della persona, nelle Carte sovrannazionali, al cui rispetto l'Italia è vincolata in virtù del disposto costituzionale *ex art. 117, comma 1*, il divieto di tortura ha portata assoluta, nel senso che non può subire alcuna deroga⁸⁵⁸.

I vincoli che gli Stati si sono imposti sembrano quindi sortire l'effetto desiderato di protezione della nazione proprio dalla sua stessa legislazione. La previsione di una riduzione o sospensione del nucleo fondamentale dei diritti (tra cui quello della dignità della persona, compromesso dalla legittimazione delle pratiche di tortura), per salvaguardare altri interessi “superiori”, statuali e della collettività, non potrà mai ammettersi nel sistema giuridico italiano. Se anche prendesse atto una politica e una normativa non garantista delle libertà fondamentali, la Corte costituzionale e la Corte Edu dovrebbero intervenire espungendo dall'ordinamento normativo interno la disposizione lesiva. Inoltre, il timore di subire sanzioni da parte degli organismi internazionali dovrebbe, a monte, già condurre il legislatore italiano a evitare la stesura di atti non rispettosi dei diritti fondamentali dell'uomo.

Il clima di crisi e di sospetto ha causato negli ultimi anni, in Europa e non solo, un'ascesa del populismo, con costanti richiami al ripristino della sovranità nazionale a difesa dei confini, supportata da un'idea radicale di chiusura in materia di fenomeni migratori. Ciò induce a ritenere la drammatica situazione che vivono le persone che emigrano dalle loro terre – le quali è fatto noto sono sottoposte ad atti di tortura – come un “problema che non ci riguarda”⁸⁵⁹ e anzi, come un aggravio delle nostre condizioni di benessere⁸⁶⁰. Con la rinuncia al confronto rispetto ai problemi reali, con il richiamo all'identità, con un apparato ideologico approssimativo, Umberto Eco, già nel

ad un impossibile calcolo ovvero ad un imponderabile bilanciamento che possa giustificare il sacrificio della vita degli innocenti che si trovano sull'aereo a favore della vita della possibili vittime - altrettanto innocenti - del futuro attentato terroristico che si presume si stia realizzando per il tramite dell'aereo. Una siffatta ponderazione, se disciplinata e consentita dalle leggi, infatti, rende gli individui un mero “oggetto dell’azione” dello Stato, privandoli di ciò di cui non li si può privare, cioè della loro qualità e dignità di essere umani. Diversa questione è quella risultante da disposizioni che disciplinano le procedure e le modalità che devono guidare l'adozione di provvedimenti di carattere emergenziale, come, ad esempio, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 aprile del 2004 che ha indicato, tra l'altro, le linee guida da adottare nelle situazioni di crisi determinate da un possibile attacco terroristico mediante *kamikaze*, ovvero dirottando aerei civili come nel caso dell'11 settembre 2001; sul punto, D. SICILIANO, *L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto (la situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca)*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2008, p. 173 ss.

⁸⁵⁸ Si veda cap. II, sez. II, par. 3.1.

⁸⁵⁹ Viene alla mente la storia della *St. Louis*: una nave di rifugiati Ebrei in fuga rifiutata dagli U.S.A. nel 1939; il mancato accoglimento condannò a morte la maggior parte dei passeggeri i quali dovettero fare ritorno in Europa.

⁸⁶⁰ Si richiama il pensiero di Piero Calamandrei che mai come adesso risulta essere così attuale. Egli ci invita a non rimanere indifferenti e ad essere in prima linea contro ogni deriva. In prima persona: «Però, vedete, la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità. Per questo una delle offese che si fanno alla costituzione è l'indifferenza alla politica, l'indifferentismo politico che è -non qui, per fortuna, in questo uditorio, ma spesso in larghe categorie di giovani- una malattia dei giovani». Quello che precede è un estratto del famosissimo discorso che Calamandrei, uno dei padri della Carta fondamentale, tenne davanti agli studenti della Cattolica di Milano il 26 gennaio 1955 inaugurando un ciclo di sette lezioni sulla Costituzione.

suo famoso saggio su *Il fascismo eterno*⁸⁶¹, aveva delineato le caratteristiche dei populismi di oggi⁸⁶². Il rischio che si corre è quindi quello del ritorno del fascismo in Italia, in Europa e in tutto l'Occidente.

I diritti inviolabili sono valori (ancora) tutelati dalla Costituzione, anche attraverso il richiamo al rispetto dei vincoli internazionali. Affinché essa non venga trasformata da Legge Suprema in vuoto parametro utopico, occorre mantenere un atteggiamento consapevole e ostacolare tutti i tentativi volti a depotenziarla⁸⁶³ e riconoscerne la violazione anche quando essa si cela dietro a logiche di protezione dell'incolmabilità e della sicurezza pubblica o a carenze strutturali, *in primis*, dei sistemi carcerari e di accoglienza.

Nel ricco sistema che si è creato per contrastare la tortura si intrecciano quindi il diritto positivo, la giurisprudenza e gli organi di monitoraggio: ciascuno di essi si è dimostrato un concreto ed efficace strumento di prevenzione e lotta alla tortura, anche se per contrastare *tout court* il fenomeno sono necessari ulteriori sforzi.

Certamente il diritto costituzionale e internazionale hanno imposto al legislatore italiano un obbligo di intervento alla lotta contro la tortura, ma per addivenire alla formulazione di un apposito reato sono trascorsi quasi trent'anni, durante i quali il potere politico ha sostenuto la non necessità di adottare una disciplina specifica e la giurisprudenza interna si è rivelata impotente a sanzionare (o a farlo efficacemente) atti di tortura.

Dall'esperienza italiana, *in primis*, si evince come necessario è contrastare la tendenza a eludere le norme internazionali sulla tortura, opponendosi a un'interpretazione riduttiva, a volte quasi anacronistica della nozione di tortura. Anche in relazione alla questione di ciò che agli Stati s'impone di fare per contrastare in modo effettivo, e non solo a parole, il fenomeno, esiste una dialettica tra norme internazionali assai evolute e una volontà statale di ridimensionarne la portata, di limitarne le implicazioni per il diritto interno. Gli obblighi in materia di tortura non consistono semplicemente nel dovere di astenersi da pratiche inaccettabili, ma comprendono una lunga serie di obblighi relativi al modo di essere del sistema interno, che deve essere pienamente idoneo a prevenire e a punire efficacemente la tortura.

Alle problematiche generate dalla persistente lacuna normativa è stato posto in parte rimedio dalla tutela assicurata dalle Corti costituzionale ed Edu, in particolare, attraverso le loro pronunce di monito, incostituzionalità o condanna dello Stato italiano. Segno che il meccanismo di controllo che

⁸⁶¹ U. ECO, *Il fascismo eterno*, La nave di Teseo, Milano, 2018.

⁸⁶² A. GIANGRANDE, *Profugopoli, vittime e carnefici: quello che non si osa dire*, Createspace Independent Publishing, Sud Carolina, 2016, p. 111.

⁸⁶³ A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione (decreto legge n. 113 del 2018)*, cit., p. 36.

i singoli Paesi si sono auto-imposti sembra garantire quella protezione minima della dignità della persona che le pratiche di tortura tendono a distruggere.

Tutte le considerazioni sopra esposte incontrano però il limite dei confini territoriali e giuridici dei singoli Stati. In altri termini, vi è una base volontaristica nella scelta (appunto) di adottare Costituzioni e di aderire a Carte sovrannazionali garantiste dei diritti e libertà fondamentali dell'uomo che viene assunta e produce effetti solo all'interno del singolo Stato.

Come agire quindi per prevenire e impedire che vengano commessi atti di tortura – peraltro ampiamente documentati e noti – al di là dei nostri confini?

Sullo sfondo di questi inaccettabili atti spesso vi è uno Stato autoritario oppure il suo collasso che apre la strada a una proliferazione di governi autoproclamati e a un'anarchica economica fondata sulla schiavitù, come accade in Libia.

Le problematiche che certe realtà pongono non sono di facile soluzione. I Paesi occidentali hanno un obbligo – quanto meno morale – di intervenire. Ma come, senza violare la sovranità degli altri Stati? È forse realistico ipotizzare un “piano Marshall” per l’Africa adattato ai tempi e al contesto in funzione di uno sviluppo economico sociale e di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata?⁸⁶⁴ Magari con un monitoraggio e la presenza da parte dei membri dell’Onu più capillare sul territorio?

Alcuni rimedi sono invece già in atto, ma operano a livello interno e solo indirettamente evitano pratiche di tortura commesse in altri Paesi. Ad esempio, non è possibile concedere l’estradizione o procedere all’espulsione di un migrante nei Paesi in cui questi sarebbe esposto al rischio di subire torture⁸⁶⁵. Oppure è possibile che sia lo Stato a condannare l’imputato per fatti di tortura commessi all’estero, così come è accaduto con la sentenza del 10 ottobre 2018 della Corte d’Assise di Milano⁸⁶⁶.

Non è ammissibile accettare in silenzio che i valori della civiltà occidentale siano quotidianamente calpestati, purché la violazione avvenga oltre i confini dell’Occidente. Nel nostro sistema penale la connivenza non è complicità: assistere alla commissione di un reato senza intervenire (a meno che la legge attribuisca il dovere di farlo) non significa essere corresponsabili di quel reato, ma di fronte alla storia, quando i nostri discendenti giudicheranno il nostro silenzio davanti al male, ogni connivenza sarà chiamata complicità.

⁸⁶⁴ Per il presidente del Parlamento europeo Antonio Tajani serve un “piano Marshall” per l’Africa finanziato con 50 miliardi del bilancio comunitario. Per realizzarlo, ci vorrebbero, prima di tutto, una reale volontà politica globale; e poi, finanziamenti allaltezza delle necessità.

⁸⁶⁵ Si veda cap. IV, par. 10.

⁸⁶⁶ Si rimanda al cap. V del par. 3.1.

Per migliorare il sistema di prevenzione e contrasto alla tortura indispensabile è che agli strumenti già esistenti si accompagni una coscienza e una consapevolezza in capo all'intera collettività che questa pratica, lungi dall'essere scomparsa, non può trovare mai giustificazione; che anche le atrocità che accadono nel mondo ci riguardano e rispetto ad esse è necessario tenere alta l'attenzione.

Vi sono ambiti, come ad esempio quello penitenziario o dell'accoglienza, in cui non bastano le norme affinché la realtà si adegui ad esse, essendo necessario creare le condizioni materiali, organizzative e culturali perché le leggi non restino sulla carta. Esiste un dovere pubblico di controllo che, ad esempio, quella privazione di libertà possa avvenire in modo rispettoso della legalità interna e internazionale e più operatori, volontari, studenti e istituzioni si recano in quei luoghi di detenzione, più la trasparenza fa sì che si riducano i rischi e le tentazioni di illegalità e violenza.

Deve esistere un dovere di sensibilizzazione sul tema in capo alle istituzioni rivolto, in particolar modo, a coloro che esercitano pubbliche funzioni e che sono, per lavoro, legittimati all'uso della forza. E non solo. Le stesse istituzioni devono agire in prima linea, anche con interventi concreti nelle zone in cui diffusamente e pacificamente la tortura è praticata, al fine di esportare i valori democratici – come accennato *supra* – attraverso investimenti nell'economia, nell'istruzione, nel miglioramento quindi delle condizioni di vita della popolazione di questi Paesi.

Il diritto da solo può fare molto, ma non è sufficiente a debellare il fenomeno della tortura senza l'informazione, la collaborazione e l'impegno dei singoli: persone e istituzioni.

«Il fatto che gli uomini non imparino molto dalla storia è la lezione più importante che la storia ci insegnà».

(Aldous Huxley, *Island*, 1962)

Bibliografia

ADDO, GRIEF, Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?, in *Ejil*, 1998, 9, n. 3

ALGOSTINO, Il decreto “sicurezza e immigrazione (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione, del dissenso e disegualanza, su costituzionalismo.it, fascicolo 2/2018

ALGOSTINO, Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti, DI GIOVANNI, GAZA, SILVESTRINI (a cura di), Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti, Morlacchi Editore, Perugia, 2017

ALPA, GAROFOLI, Manuale di diritto penale, parte generale, XI edizione, Nel diritto editore, Roma, 2015

AMBOS, Article 25 Individual criminal responsibility, (a cura di), in TRIFFTERER, AMBOS, The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary, Beck-Hart, 2016

ARAGONA, PUCCI, MAZZETTI, GERACI, Post-migration living difficulties as a significant risk factor for PTSD in immigrants: a primary care study, Italian Journal of Public Health, 2012

ARAGONA, PUCCI, MAZZETTI, MAISANO, GERACI, Traumatic events, post-migration living difficulties and post-traumatic symptoms in first generation immigrants: a primary care study, in Annali Istituto Superiore di Sanità, 2013

ARCHIBUGI – PAESE, Delitto e castigo nella società globale. Crimini e processi internazionali, Castelvecchi, Roma, 2017

BACHMAIER, Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution, in New Journal of European Criminal Law, 2015, vol. 6

BARACK, Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice, (a cura di), MOCCIA, I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009

BARANOWSKI, Le misure alternative alla detenzione nell’esperienza polacca, R. DEL COCO - L. MARAFIOTI – N. PISANI (a cura di), Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative, Giappicchelli Editore, Torino, 2014

BARILE, Diritti dell’uomo e libertà fondamentali, II, Il Mulino, Bologna, 1984

BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Cedam, Padova, 2001

BASSIOUNI, Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico, Giuffrè, Milano, 1999

BECCARIA, Dei delitti e delle pene, Giuffrè Editore, Milano, 1964.

BENVENUTI, Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all’Ufficio di Presidenza della Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell’ambito dell’esame del disegno di legge recante “Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”, in Osservatorio Costituzionale AIC, fascicolo 3/2018

BETTIOL, Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali, in Riv. it. dir. pen., 1951

BOBBIO, Il futuro della democrazia, Einaudi, Torino, 1984

BOBBIO, L’età dei diritti , Einaudi, Torino, 1990, p. 67

BONOMI, Status del detenuto e ordinamento costituzionale, Cacucci, Bari, 2018

BORELLI, Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali, Giuffrè Editore, Milano, 2015

BURGERS, DANIELIUS, The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dordrecht-Boston- Londra, 1988

BYRNES, The Committee against Torture, in P. ALSTON (a cura di), The United Nations and Human Rights. A critical appraisal, Clarendon Press, Oxford, 1992

CAGGIANO, Nuove politiche dell’immigrazione nello SLSG, P. BENVENUTI (a cura di), Flussi migratori e fruizione di diritti fondamentali, Sirente, Roma, 2008

CALAMANDREI, L’inchiesta sulle carceri e sulla tortura, in Il Ponte, 1949

CAPUTO, Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri, in Questione giustizia, 1999

CARDIA, Genesi dei diritti umani, Giappichelli Editore, Torino, 2009

CARDOZO, BILUKHA, CRAWFORD, SHAIKH, WOLFE, GERBER, Mental health, social functioning, and disability in postwar Afghanistan, in Journal of the American Medical Association, 2004

CARLETTI, I diritti fondamentali e l’unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione, Giuffrè, Milano, 2005

CASOLARI, The EU’s Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?, in The Italian Yearbook of International Law, vol. 25, 2016

CASSESE , GAETA, ZAPPALÀ, The human dimension of international law: select papers of Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2008

CASSESE, I diritti umani oggi, Laterza, Bari, 2009

CASSESE, Umano–Disumano. Commissariati e prigioni nell’Europa di oggi, Laterza, Bari, 1994

CASSIBBA, “Violato il divieto di tortura: condannata l’Italia per i fatti della scuola “Diaz-Pertini”, in Dir. pen. cont.

CATTANEO, Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius, Giuffrè Editore, Milano, 1976

CECCHINI, La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, in www.penalecontemporaneo.it, 2017

CERRINA FERONI, MORBIDELLI, La sicurezza: un valore superprimario, in Percorsi costituzionali, n.1/2008

CESARIS, Prassi giudiziarie e sovraffollamento, in Rassegna penitenziaria e criminologica, vol. I, 2013

CHINNICI, I “buchi neri” nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostantivo e condizioni detentive disumane, su www.archiviopenale.it, Archivio Penale, 1/2015

CITRONI, SCOVAZZI, La tutela internazionale dei diritti umani, SCOVAZZI (a cura di), Corso di diritto internazionale, Parte III, Giuffrè Editore, Milano, 2013

COLELLA, C’è un giudice a Strasburgo, in Rivista italiana di diritto processuale e penale, vol. 4, 2009

COLELLA, Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 3 Cedu, in Diritto penale Contemporaneo

CONSO, SAUCCI, Codice dei diritti umani, Padova, 2001

CORSO, Principi costituzionali e normativa penitenziaria, in Esecuzione penitenziaria, 2011

COSTERBOSA, Vecchi e nuovi argomenti contro la tortura, DI GIOVANNI, GAZA, SILVESTRINI (a cura di), Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti, Morlacchi Editore, Perugia, 2017

CURRERI, Prime considerazioni sui profili d’incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”), su federalismi.it, fascicolo n. 22 del 21 novembre 2018

D’AMICO, Nota in calce alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997, in Giur. Cost., 1997

D’ANGELO, DI TULLIO, Riforma penale, Guida commentata alla legge 103/2017, Maggioli Editore, Rimini, 2017

DANISI, Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell’uomo, in Diritto.it, 29 ottobre 2009

DEFILIPPI, BOSI, Codice dei diritti umani, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2001

DEFILIPPI, BOSI, Il sistema europeo di tutela del detenuto, Giuffrè, Milano, 2001

DELLA BELLA, Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario, in Diritto Penale Contemporaneo, 7 novembre 2018

DERSHOWITZ, Why Terrorism Works (2002), trad. it. Terrorismo, Carocci, Roma, 2003

DESTEFANI, Il diritto internazionale dei diritti umani, CEDAM, Padova, 1994

DI BELLA, Storia della tortura, Sugar, Milano, 1961

DI MARTINO, La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale, in Diritto Penale Contemporaneo, 11 Maggio 2012

DOLCINI, La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni, Diritto penale contemporaneo, 17 dicembre 2018

DOLCINI, MARINUCCI, Codice penale commentato, Vol II, 2006, art. 608

ECO, Il fascismo eterno, La nave di Teseo, Milano, 2018

EKBLAND, PROCHAZKA, ROTH, Psychological impact of torture: a 3-month follow-up of mass-evacuated Kosovar adults in Sweden. Lessons learnt for prevention, in Acta Psychiatrica Scandinavica, 2002

ELIA, Le misure di prevenzione tra l'articolo 13 e l'art. 25 della Costituzione in Giur. Cost., 1964

ELIA, Libertà personale e misure di prevenzione, Giuffrè, Milano, 1962

EVANS, MORGAN, Preventing Torture. A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, Oxford, Diane Pub Co, 1998

FACCHI, Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne, Il Mulino, Bologna, 2007

FALZONE, PALERMO, COSENTINO (a cura di), La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori, Mondadori, Milano, 1976

FASSONE, Fine pena ora, Sellerio Editore, Palermo, 2015

FAVILLI, L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione, in Quaderni costituzionali, n. 3, 2015

FAWCETT, The Application of the European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Oxford, 1987

FAZEL, WHEELER, DANESH, Prevalence of serious mental disorder in 7000 refugees resettled in western countries: a systematic review, in The Lancet, 2005

FERRAJOLI, Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale, Laterza, Roma-Bari, 1998

FERRAJOLI, Ergastolo e diritti fondamentali, in Dei delitti e delle pene, 2/1992

FIANDACA, Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione, in Commentario alla Costituzione, Bologna, 1989

FIORENTIN, Decreto Svuotacarceri, Giuffrè, Milano, 2014

FIORENTIN, Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione, Giuffrè, Milano, 2013

FIORENTIN, L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo, Diritto penale contemporaneo, 14 marzo 2018

FLAUSS, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (février-août 2005), in AJDA, 10 ottobre 2005

FLICK, Ergastolo: perché ho cambiato idea, in Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2/2015

FLORES, Storia dei diritti umani, Casa Editrice Il Mulino, Bologna, 2008

FORNARI, La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, L. PINESCHI (a cura di), La tutela internazionale dei diritti umani, Giuffrè Editore, Milano, 2015

GABRIELLI, Il nuovo prelievo coattivo “stradale”. Tanto rumore per (quasi) nulla?, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016

GALLO, Significato della pena dell'ergastolo: Aspetti costituzionali in Dei delitti e delle pene, 2/1992

GATTA, Immigrati, carcere e diritto penale, testo della lezione svolta il 10 maggio 2012 presso il carcere di Bollate, 15 maggio 2012

GAZA, Tortura in contesti di guerra: un'arma a doppio taglio?, DI GIOVANNI, GAZA, SILVESTRINI (a cura di), Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti, Morlacchi Editore, Perugia, 2017

GIANGRANDE, Profugopoly, vittime e carnefici: quello che non si osa dire, Createspace Independent Publishing, Sud Carolina, 2016

GIOSTRA, La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione, in Diritto Penale Contemporaneo, fascicolo 4/2018

GIUFFRÈ, State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?, in International Journal of Refugee Law 24 (2012)

GJERGJI, Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico, su www.ilcostituzionalismo.it, 2006

GONNELLA, La tortura in Italia. Parola, luoghi e pratiche della violenza pubblica, Derive Approdi, Roma, 2013

GONNELLA, Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione, in Il Manifesto, 18 maggio 2012

GRABENWARTER, European Convention on Human Rights, Commentary, CONTROH. Beck-Hart-Nemos-HLV

GRAZIANI, L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura: una riflessione sulla proposta di legge n. 2168, in La Comunità Internazionale, 4, 2014

GREPPI, Diritto internazionale umanitario, Giappichelli Editore, Torino, 2002

GREVI, Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012

GUZZI, La Question. Il dibattito sulla tortura durante la guerra d'Algeria, DI GIOVANNI, GAZA, SILVESTRINI (a cura di), Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti, Morlacchi Editore, Perugia, 2017

HUNT, La forza dell'empatia: una storia dei diritti dell'uomo, Laterza, Bari, 2010

KANT, L'assolutismo della ragione pratica, Laterza, Bari, 2006

LA GRECA, L'applicazione dell'art. 41 bis sotto costante verifica, in Dir. Pen. proc., 1997

LANDRICINA, Il crimine di tortura e le responsabilità internazionali dell'Italia, su Centro Studi Difesa Civile, Roma, 2008,

LANZA, Gli stranieri e il diritto penale, Cedam, Padova, 2011

LANZI, SCOVAZZI, Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra, in Rivista di diritto internazionale, 2004

LEA, Forza e superstizione ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura, Società Editrice Pontremolese, Piacenza, 1910

LOBBA, Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale, in dir. pen. cont., 10/2017

MAGNANENSI, RISPOLI, La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale, su www.cortecostituzionale.it, sez. Documentazione/Studi e ricerche, Roma, 2008

MAIELLO, Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007

MANCONI, CALDERONE, Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri, Il Saggiatore, Milano, 2011

MARCHESI, L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura, in Rivista di diritto internazionale, 1999

MARCHESI, L'Italia e la protezione internazionale dei diritti umani. Un rapporto problematico, in

www.italianeuropei.it, 3/2008

MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo dell'età moderna*, Giuffrè Editore, Milano, 1994

MARCHI, Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p., in *Dir. pen.* cont., fasc. 7-8/2017

MARCHISIO, Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, I, 1998

MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, III ed., Giuffrè Editore, Milano, 2009

MARTINI, Commento al d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (antimafia), Sub art. 19, in *Leg. Pen.*, 1993

MASERA, I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti, su *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo n. 3, 10 marzo 2017

MASERA, Terra bruciata attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, MAZZA, VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Giappichelli Editore, Torino, 2009

MASINI, Nell'Arsenale ovvero pratica della Santa Inquisizione, Kessinger Publishing, Genova, 1621

MAZZA, La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione, Ediesse, Roma, 2013

MILLER, RASMUSSEN, War exposure, daily stressors, and mental health in conflict and post-conflict settings: bridging the divide between trauma-focused and psychosocial frameworks, in *Soc Sci Med.*, 2010

MIRABELLA, L'uomo e i suoi diritti, una riflessione etica a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Effatà Editrice, Torino, 2009

MITSILEGAS, The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6

MORANA, Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura, in D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2007

MORELLI, I paradossi della fedeltà alla Repubblica, Giuffrè, Milano, 2013

MORELLI, La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale, su *Consulta on line*, fascicolo 1/2019

MORGESE, Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea, in CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2014

MORRONE, Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata, in Dir. Pen. Proc., 2004

MOYN, Human rights and the uses of history, Maple Press, Edinburgo, 2014

MUSUMECI, PUGIOTTO, Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

NICOTRA, Pena e reinserimento sociale, in www.rivistaaic.it, Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2/2014

NOWAK, The European Convention on Human Rights and its Control System, in Murdoch, The Treatment of Prisoners. European Standards, Strasbourg, 2006

OLASOLO, Developments in the distinction between principal and accessory liability in light of the first case law of the International Criminal Court, in Carsten Stahn and Goran Sluiter, The Emerging Practice of the International Criminal Court, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2009

ONIDA, Carcere e legalità, in Dignitas, n. 11/12, 2002

PACELLA, Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale, in Diritto Penale Contemporaneo, 6 aprile 2018

PACINI, L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino 1998

PACIOTTI, Tortura condannata a parole ma ancora da tutti praticata, in L. BIMBI - G. TOGNONI (a cura di), La tortura oggi nel mondo, EDUP, Roma, 2006

PADOVANI, L'utopia punitiva, Giuffrè Editore, Milano, 1977

PARODI, Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 Cedu: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione, in Diritto penale contemporaneo, 14 maggio 2012

PEIRETTI, Per perdere la guerra, Beppe Grande editore, Torino, 1999

PENASA, Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE, BONINI, BUSATTA, MARCHI (a cura di), L'eccezione del diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013), Trento, 2015

PEZZIMENTI, Nella scuola DiazPertini fu tortura, in Giur. it.

PICARO, La Corte E.D.U. dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza "Viola", su Archivio Penale, fascicolo 2/2019

PIGHI, La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani

o degradanti, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1989

PINTO DE ALBUQUERQUE, Life imprisonment and the European right to hope, in Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2/2015

PROSPERI, Articolo 3 Cedu - Proibizione della Tortura, in Unilink, diritti e libertà/cedu

PUGIOTTO, Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostantivo, Diritto penale contemporaneo, 13 luglio 2016

PUGIOTTO, Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi), in www.rivistaaic.it, 2014

PUGIOTTO, La galera “amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi, in «Quaderni costituzionali», fasc. n. 3/2014

PUGIOTTO, Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c’è, in Diritto Penale Contemporaneo, n. 2, 2014

QUATTROCHI, Diritti dei detenuti, MORELLI, TRUCCO (a cura di), Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell’ordinamento repubblicano, Giappichelli Editore, Torino, 2015

RAMPONE, Commento alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo - Cirino e Renne contro Italia del 26 ottobre 2017 – Ricorsi nn. 2539/13 e 4705/13, su Diritti fondamentali, 2018

RANALLI, Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario, in Rassegna penitenziaria e criminologica, vol. II, 2013

RILEY SCOTT, Storia della tortura, Mondadori, Milano, 1999

RIVELLO, Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione, in Guida dir., 2002, n. 6,

RIVELLO, Le "risposte" nazionali ai crimini di guerra: analisi di una serie di incertezze e lacune, in La Comunità internazionale, 2003

RUOTOLO, Art. 13, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), Commentario alla Costituzione, Utet, Torino, 2006

RUOTOLO, Dignità e carcere, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2014

RUOTOLO, Recensione del libro di Patrizio Gonnella “La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica” su Antigone” - Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario Anno VIII - n. 1, 2013

RUSCHE, KIRCHHEIMER, Pena e struttura sociale, Il Mulino, Bologna, 1978

SALERNO, Contro la tortura di Stato: un dibattito costituzionalmente orientato dalla dignità dell'uomo, DI GIOVANNI, GAZA, SILVESTRINI (a cura di), Le nuove giustificazioni della tortura nell’età dei diritti, Morlacchi Editore, Perugia, 2017

SARTRE, Tortura, Diritto e Libertà, Christian Marinotti Edizioni, Milano, 2018

SAUCCI, Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa, Cedeam, Padova, 2002

SAULLE, Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani: i diritti dei singoli e delle collettività nel terzo millennio, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001

SAVINO, La crisi dei confini, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc. 3, 2016

SCOMPARIN, Il Garante nazionale, CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena, Giappicchelli Editore, Torino, 2015

SCUTELLARI, Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, GIANNITI (a cura di), I diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo Il Trattato di Lisbona, Zanichelli, Bologna, 2013

SERGES, L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà», in Costituzionalismo.it, Fascicolo 2, 2015

SICILIANO, L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto (la situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca), in Questione giustizia, n. 2, 2008

SICURO , Il difficile bilanciamento fra certezza della pena, tutela del diritto alla salute ed esecuzione penale rispettosa del senso di umanità (una riflessione a margine di Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2018-18 maggio 2018, n. 22307), su Osservatorio costituzionale, fasc. 3/2018, 13 dicembre 2018

SILOVE, STEEL, MILES, DROBNY, The impact of torture on post-traumatic stress symptoms in war-affected Tamil refugees and immigrants, in Comprehensive Psychiatry 2002

SILVESTRINI, Costruire storie, decostruire paradigmi: la tortura fra democrazia e totalitarismo, DI GIOVANNI, GAZA, SILVESTRINI (a cura di), Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti, Morlacchi Editore, Perugia, 2017

SOKMEN, World Tribunal on Iraq Making the Case Against War, Olive Branch Press, Ithaca NY, 2008

SPENCER, Il principio del mutuo riconoscimento, KOSTORIS (a cura di), Manuale di procedura penale europea, III ed., Giuffrè, Milano, 2017

STORCHI, Il sangue dei vincitori: saggio sui crimini fascisti e processi del dopoguerra (1945-46), Aliberti, Roma 2008

TALINI, Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?, in M. RUOTOLI, S. TALINI (a cura di), I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, ES, Napoli, 2017

TARDU, The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in Nordic Journal of International Law, 1987

TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, Il Mulino, Bologna, 1976

TREVES, Diritto internazionale, Giuffrè, Milano, 2005

TRIONE, Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006

VAN BALLEGOOIJ, BÁRD, Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get it Right?, in New Journal of European Criminal Law, 2016, vol. 7

VERRI, Osservazioni sulla tortura, Passerino Editore, Latina, 2006.

VIGANÒ, L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in Studi in onore di Mario Romano, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011

VIGANÒ, La difficile battaglia contro l’impunità dei responsabili di tortura. La sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano, in Dir. pen. cont.

VIGEVANI, Art. 13, in BARTOLE, BIN (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, Cedam, Padova, 2008

WERLE, Principles of International Criminal Law, TMC Asser Press, The Hague, 2009

WISCHMEYER, Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the “Principle of Mutual Trust”, in German Law Journal, 2016, vol. 17

YOKOI, Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3, in Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. XXI, 2004

ZACCHÉ, Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU, in Quad. cost., fasc. 2, 2015

ZANGHÌ, La protezione internazionale dei diritti dell’Uomo, Giappichelli Editore, Torino, 2013

ZAPPALÀ, La tutela internazionale dei diritti, Il Mulino, Bologna, 2011

Sentenze citate

Corte di Giustizia Europea

CGE, sentenza 13 settembre 2018, Causa C-369/17

CGE, sentenza 16 febbraio 2017, Causa C 578/16

CGE, sentenza 16 luglio 2015, Causa C-237/15

CGE, sentenza 24 aprile 2018, Causa C-353/16

CGE, sentenza 24 aprile 2018, Causa C-353/16

CGE, sentenza 26 febbraio 2013, Causa C 617/10

CGE, sentenza 5 aprile 2016, Cause C-404/15 e C-659/15

CGE, sentenza 6 settembre 2016, Causa C-182/15

CGE, sentenza 6 settembre 2016, Causa C-182/15

Corte costituzionale

Corte costituzionale, ordinanza n. 490 del 1988

Corte costituzionale, sentenza n. 313 del 1990

Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2001

Corte costituzionale, sentenza n. 109 del 2006

Corte costituzionale, sentenza n. 114 del 1979

Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 1967

Corte costituzionale, sentenza n. 149 del 2018

Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 1997

Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 1983

Corte costituzionale, sentenza n. 167 del 1971

Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 1972

Corte costituzionale, sentenza n. 204 del 1974

Corte costituzionale, sentenza n. 222 del 2004

Corte costituzionale, sentenza n. 249 del 2010
Corte costituzionale, sentenza n. 257 del 2006
Corte costituzionale, sentenza n. 264 del 1974
Corte costituzionale, sentenza n. 274 del 1983
Corte costituzionale, sentenza n. 275 del 2017
Corte Costituzionale, sentenza n. 282 del 1989
Corte Costituzionale, sentenza n. 296 del 2005
Corte costituzionale, sentenza n. 30 del 1962
Corte costituzionale, sentenza n. 30 del 1962
Corte costituzionale, sentenza n. 348 del 2007
Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 1993
Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 2007
Corte costituzionale, sentenza n. 35 del 2000
Corte costituzionale, sentenza n. 351 del 1996
Corte costituzionale, sentenza n. 351 del 1996
Corte costituzionale, sentenza n. 376 del 1997
Corte costituzionale, sentenza n. 450 del 1998
Corte costituzionale, sentenza n. 50 del 1980
Corte costituzionale, sentenza n. 67 del 1963
Corte costituzionale, sentenza n. 271 del 1998
Corte costituzionale, sentenza n. 204 del 1974
Corte costituzionale, sentenza n. 135 del 2003
Corte costituzionale, sentenza n. 410 del 1993

Corte di Cassazione

Corte di Cassazione, sentenza del n. 31123 del 2003
Corte di Cassazione, sentenza n. 1121 del 1993

Corte di Cassazione, sentenza n. 15626 del 2008

Corte di Cassazione, sentenza n. 15790 del 2015

Corte di Cassazione, sentenza n. 17717 del 2018

Corte di Cassazione, sentenza n. 229964 del 2014

Corte di Cassazione, sentenza n. 248002 del 2010

Corte di Cassazione, sentenza n. 25267 del 2014

Corte di Cassazione, sentenza n. 2657 del 2003

Corte di Cassazione, sentenza n. 27766 del 2017

Corte di Cassazione, sentenza n. 30864 del 2014

Corte di Cassazione, sentenza n. 3281 del 1995

Corte di Cassazione, sentenza n. 36280 del 2012

Corte di Cassazione, sentenza n. 3746 del 2013

Corte di Cassazione, sentenza n. 39709 del 2002

Corte di Cassazione, sentenza n. 46634 del 2014

Corte di Cassazione, sentenza n. 49881 del 2003

Corte di Cassazione, sentenza n. 5508 del 1994

Corte di Cassazione, sentenza n. 613 del 2000

Corte europea dei Diritti dell'Uomo

Corte Edu, Case of SeaWatch 3 contro Italia, Interim meausure, 29 gennaio 2019, rif. n. 5504/19 e 5604/19

Corte Edu, Rackete and Others contro Italia, Interim meausure, 25 giugno 2019

Corte Edu, sentenza Moreno Gomez contro Spagna, 16 novembre 2004, rif. n. 4143/02

Corte Edu, sentenza Abdollahi contro Turchia, 3 novembre 2009, rif. n. 23980/08

Corte Edu, sentenza Aksoy contro Turchia, 18 dicembre 1996

Corte Edu, sentenza Altun contro Turchia, 1 giugno 2004

Corte Edu, sentenza Amrollahi contro Danimarca, 11 luglio 2002, rif. n. 56811/00

Corte Edu, sentenza Ananyev e altri contro Russia, 10 gennaio 2012, rif. n. 42525/07

Corte Edu, sentenza Assenov e altri contro Bulgaria, 28 ottobre 1998

Corte Edu, sentenza Aydin contro Turchia, 25 settembre 1997, rif. n. 23178/94

Corte Edu, sentenza Azzolina ed altri contro Italia, 26 ottobre 2017, rif. n. 28923/09 e n. 67599/10

Corte Edu, sentenza B. contro Belgio, 10 luglio 2012, rif. n. 4320/11

Corte Edu, sentenza Bartesaghi, Gallo e altri contro Italia, 22 del giugno 2017 – Rif. nn. 12131/13 e 43390/13

Corte Edu, sentenza Blair e altri contro Italia, 26 ottobre 2017, rif. nn. 1442/14, 21319/14 e 21911/14

Corte Edu, sentenza Broniowski contro Polonia, del 28 settembre 2005, rif. 50425/1999

Corte Edu, sentenza Buntov contro Russia, 5 giugno 2012, rif. n. 27026/10

Corte Edu, sentenza Campbell e Fell contro Regno Unito, 28 giugno 1984, rif. nn. 7819/77 - 7878/77

Corte Edu, sentenza Cestaro contro Italia, 7 aprile 2015 - Ricorso n. 6884/11

Corte Edu, sentenza Chahal contro Regno Unito, 15 novembre 1996

Corte Edu, sentenza Cirino e Renne contro Italia, 26 ottobre 2017, rif. nn. 2539/13 e 4705/13

Corte Edu, sentenza Contrada contro Italia, 11 febbraio 2014, rif. n. 66655/13

Corte Edu, sentenza Corsacov contro Moldavia, 4 aprile 2006, rif. n. 18944/02

Corte Edu, sentenza Enea contro Italia, 17 settembre 2009, rif. n. 74912/01

Corte Edu, sentenza F.G. contro Svezia, 23 marzo 2016, rif. n. 43611/11

Corte Edu, sentenza F.H. contro Svezia, 20 gennaio 2009, rif. n. 32621/06

Corte Edu, sentenza Farbtuhs contro Lettonia, 2 dicembre 2004, rif. n. 4672/02

Corte Edu, sentenza Gäfgen contro Germania, 1 giugno 2010

Corte Edu, sentenza Ganci contro Italia, 30 ottobre 2003, rif. 41576/98

Corte Edu, sentenza Gurgurov contro Moldavia, 16 giugno 2009

Corte Edu, sentenza Hamed contro Austria, 17 dicembre 1996, rif. n. 25964/94

Corte Edu, sentenza Hirsi Jamaa e altri contro Italia, 23 febbraio 2012, rif. n. 27765/09

Corte Edu, sentenza HLR contro Francia, 29 aprile 1997

Corte Edu, sentenza Hurtado contro Svizzera, 28 gennaio 1994, rif. n. 17549/90

Corte Edu, sentenza Idalov contro Russia, 22 maggio 2012, rif. n. 5826/03

Corte Edu, sentenza İlhan contro Turchia, 10 febbraio 2004, rif. n. 22277/93

Corte Edu, sentenza Indelicato contro Italia, 18 ottobre 2001

Corte Edu, sentenza Irlanda contro Regno Unito, 18 gennaio 1978

Corte Edu, sentenza Ivan Vasilev contro Bulgaria, 12 aprile 2007, rif. n. 48130/99

Corte Edu, sentenza Jalloh contro Germania, 11 luglio 2006, rif. 54810/00

Corte Edu, sentenza Kaboulov contro Ucraina, 19 novembre 2009

Corte Edu, sentenza Kafkaris contro Cipro, 12 febbraio 2008, rif. n. 66069/09

Corte Edu, sentenza Kalashnikov contro Russia, 15 luglio 2002, rif. n. 47095/99

Corte Edu, sentenza Kashavelov contro Russia, 20 gennaio 2011, rif. n. 891/05, pp. 38-40

Corte Edu, sentenza Kaverzin contro Ucraina, 15 maggio 2012, rif. n. 23893/03

Corte Edu, sentenza Khalifa e altri contro Italia, 1 settembre 2015, rif. n. 16483/12

Corte Edu, sentenza Klaas contro Germania, del 22 settembre 1993, rif. n. 15473/89

Corte Edu, sentenza Kop contro Turchia, 20 ottobre 2009, rif. n. 12728/05

Corte Edu, sentenza Kudła contro Polonia, 26 ottobre 2000, rif. n. 30210/96

Corte Edu, sentenza Kurnaz e a. contro Turchia, 24 luglio 2007, rif. n. 36672/97

Corte Edu, sentenza Kurt contro Turchia, 25 maggio 1998, rif. n. 24276/94

Corte Edu, sentenza Labita contro Italia, 6 aprile 2000

Corte Edu, sentenza M.E. contro Svezia, 8 aprile 2015, rif. n. 71398/12

Corte Edu, sentenza McCann contro Regno Unito, 27 settembre 1995

Corte Edu, sentenza Messana contro Italia, 16 novembre 2017, rif. 30801/06

Corte Edu, sentenza Moldovan e altri contro Romania, 12 luglio 2005, ricorsi nn. 41138/98 e 64320/01

Corte Edu, sentenza Moni contro Italia, 8 giugno 1999

Corte Edu, sentenza Mouisel contro Francia, 14 novembre 2002, rif. n. 67263/01

Corte Edu, sentenza Muradova contro Azerbaijan, 2 aprile 2009, rif. n. 22684/05

Corte Edu, sentenza N. contro Regno Unito, 27 maggio 2008, rif. n. 26565/05

Corte Edu, sentenza Natoli contro Italia, 9 gennaio 2001

Corte Edu, sentenza Nechiporuk e Yonkalo contro Ucraina, 21 aprile 2011

Corte Edu, sentenza Neulinger and Shuruk contro Svizzera, 6 luglio 2010, rif. n. 41615/07

Corte Edu, sentenza Norbert Sikorski contro Polonia, 22 gennaio 2010, rif. n. 17599/05

Corte Edu, sentenza Öcalan contro Turchia, marzo 2003, rif. n. 46221/99

Corte Edu, sentenza Orchowski contro Polonia, 22 ottobre 2009, rif. n. 17885/04

Corte Edu, sentenza Oršuš e a. contro Croazia, 21 marzo 2010

Corte Edu, sentenza Oshurko contro Ucraina, 8 settembre 2011, rif. n. 33108/05

Corte Edu, sentenza Paladi contro Moldavia, 10 marzo 2009, rif. n. 39806/05

Corte Edu, sentenza Papon contro Francia, 7 giugno 2001, rif. n. 64666/01

Corte Edu, sentenza Paposhvili contro Belgio, 13 dicembre 2016, rif. n. 41738/10

Corte Edu, sentenza Polonskiy contro Russia, 19 marzo 2009, rif. n. 30033/05

Corte Edu, sentenza Poltoratskiy contro Ucraina, 29 aprile 2003, rif. n. 308812/97

Corte Edu, sentenza Popov contro Russia, 13 luglio 2006, rif. n. 26853/04

Corte Edu, sentenza Pretty contro Regno Unito, 29 aprile 2002, rif. n. 2346/02

Corte Edu, sentenza Price contro Regno Unito, 10 luglio 2001, rif. n. 33394/96

Corte Edu, sentenza Provenzano contro Italia, 25 ottobre 2018, rif. n. 55080/13

Corte Edu, sentenza Rachwalski e Ferenc contro Polonia, 28 luglio 2009, rif. n. 47709/99

Corte Edu, sentenza Ramirez Sanchez contro Francia, 4 luglio 2006, rif. n. 59450/00

Corte Edu, sentenza Ribitsch contro Austria, del 4 dicembre 1995, rif. n. 18896/91

Corte Edu, sentenza Rivière contro Francia, 11 luglio 2006, rif. n. 33834/03

Corte Edu, sentenza Saadi contro Italia, 28 febbraio 2008

Corte Edu, sentenza Salvatore Riina contro Italia, 11 marzo 2014, rif. n. 43575/09

Corte Edu, sentenza Savin contro Ucraina, 16 febbraio 2012, rif. n. 21987/93

Corte Edu, sentenza Scoppola contro Italia, 17 settembre 2009, rif. n. 10249/03

Corte Edu, sentenza Selmouni contro Francia, 28 luglio 1999

Corte Edu, sentenza Slimani contro Francia, 27 luglio 2004.

Corte Edu, sentenza Soares de Melo contro Portogallo, 16 febbraio 2016, rif. n. 72850/14

Corte Edu, sentenza Soering contro Regno Unito, 7 luglio 1989, rif. n. 14038/88

Corte Edu, sentenza Staszewska contro Polonia, 3 novembre 2009, rif. n. 100049/04

Corte Edu, sentenza Stella e a. contro Italia, 16 settembre 2014, rif. n. 49169/09

Corte Edu, sentenza Sulejmanovic contro Italia, 16 luglio 2009 – rif. n. 22635/03.

Corte Edu, sentenza Tabesh contro Grecia, 26 novembre 2009, rif. n. 8256/07

Corte Edu, sentenza Tigran Ayrapetyan contro Russia, 16 settembre 2010, rif. n. 75472/01

Corte Edu, sentenza Tomasi contro Francia, 27 agosto 1992

Corte Edu, sentenza Torreggiani contro Italia, 8 gennaio 2013, rif. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10

Corte Edu, sentenza Tyrer contro Regno Unito, 25 aprile 1978

Corte Edu, sentenza Varga e altri contro Ungheria, 10 marzo 2015

Corte Edu, sentenza Vinter e a. contro Regno Unito, 9 luglio 2013, rif. n. 66069/09

Corte Edu, sentenza Viola contro Italia, 13 giugno 2019, rif. n. 77633/16.

Corte Edu, sentenza Vladimir Vasilev contro Russia, 10 gennaio 2012, rif. n. 28370/05

Corte Edu, sentenza W.H. contro Svezia, 8 aprile 2015, rif. n. 49341/10

Corte Edu, sentenza Xiros contro Grecia, 9 settembre 2010, rif. n. 1033/07

Corte Edu, sentenza Y.P. e L.P. contro Francia, 1 settembre 2010, rif. n. 32476/06

Corte Edu, sentenza X. contro Croazia, 17 luglio 2008, rif. n. 11223/04

Altre Corti

Corte interam. dir. uomo, sent. 14 marzo 2001, Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. contro Perù)

Gip Trapani, 3.6.2019

Tribunale di Bari, sentenza n. 4089 del 10 agosto 2017

Tribunale di Crotone, sentenza del 1 dicembre 2012, n. 1410

Tribunale di Sorveglianza di Bologna, ordinanza n. 1391 del 28 maggio 2016