

Considerazioni introduttive. Immunità da maltrattamenti e torture: tra prospettive umanitarie ed obblighi (costituzionali ed internazionali) di tutela.

CAPITOLO I

ESEGESI STORICA DELLA TORTURA: DELLE ORDALIE ALLA TORTURA MODERNA

- 1.1 Dalle ordalie alla tortura nella Grecia classica e nella Roma repubblicana
- 1.2 L'acquisizione della prova *per tormenta*, *le leges de maiestate* nella Roma imperiale e la tortura dei cristiani
- 1.3 La tortura nel medioevo (sistema inquisitorio e tortura *versus* sistema accusatorio)
- 1.4 La riflessione nell'illuminismo giuridico settecentesco sull'irrazionalità e arbitrarietà della tortura e la sua abolizione.
- 1.5 La tortura "moderna"
- 1.6 Più sicuri o più liberi? (I limiti della democrazia tra esigenze di sicurezza e tutela delle libertà)

CAPITOLO II

PROSPETTIVE INTERNAZIONALI ED ULTRASTATALI DEL DIVIETO DI TORTURA

- 2.1 Lineamenti di diritto penale internazionale e divieto di tortura
- 2.2 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura: obblighi, organi e procedure di controllo
- 2.3 Il Protocollo opzionale alla Convenzione

- 2.4 Una norma consuetudinaria che vieta la tortura?
- 2.5.1 La tortura come crimine internazionale (brevi precisazioni)
- 2.5.2 La tortura come crimine di guerra crimine contro l'umanità: fonti pattizie e giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali
- 2.6.1 L'istituzione della *International Criminal Court*: una tappa fondamentale per l'internazionalizzazione della giustizia penale
- 2.6.2 (*Segue*): la tortura nello Statuto di Roma
- 2.6.3 (*Segue*): il principio di complementarietà come espressione di una dinamica di armonizzazione e l'adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma.
- 2.6.4 (*Segue*): l'Unione europea sostiene l'*International Criminal Court*. La posizione comune 2003/444/PESC e l'Accordo di cooperazione e di assistenza tra la Corte penale internazionale e l'UE.

CAPITOLO III

L'EUROPA E IL DIVIETO DI TORTURA:

DALLA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI ALLA ESPLICITA TUTELA DELLA DIGNITA' UMANA

- 3.1 Premessa. Profili di tutela dei diritti fondamentali in Europa: da Maastricht a Lisbona
- 3.2 Il ruolo del Consiglio d'Europa nella protezione dei diritti umani e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo
- 3.3.1 Il divieto di tortura nella giurisprudenza di Strasburgo
- 3.3.2 (*Segue*): divieto di tortura e sicurezza: un impossibile bilanciamento nella giurisprudenza CEDU

- 3.3.3 (*Segue*): obblighi positivi a carico degli Stati parte della Convenzione, in una prospettiva integrata tra divieto di tortura e metodi di accertamento
- 3.4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e il CPT
- 3.5. Il Regolamento CE 1236/2005 e il decreto legislativo n. 11/2007 (eventuali spunti per la definizione della fattispecie penale di tortura in Italia?)
- 3.6 Considerazioni conclusive: l'Europa nuova frontiera per la tutela dei diritti umani nel quadro della internazionalizzazione della giustizia penale?

CAPITOLO IV

LA TUTELA PENALE DELLA PERSONA DA ATTI DI TORTURA: POSSIBILI ORIZZONTI

- 4.1 L'incriminazione della tortura in Italia: un quadro dagli spunti interessanti, ma dalle prospettive piuttosto deludenti
- 4.2 Tortura e bene giuridico: quale criterio di identificazione di un potenziale reato?
 - 1.1. L'autore del reato: quali possibili soluzioni?
 - 1.2. L'elemento soggettivo
 - 1.3. Ulteriori spunti di riflessione in tema di concorso di persone nel reato

Considerazioni introduttive. Immunità da maltrattamenti e torture: tra prospettive umanitarie ed obblighi [costituzionali ed internazionali] di tutela.

La questione, notoriamente appartenente alla tradizione settecentesca del garantismo penale, concernente l'utilizzo della tortura - "infame crogiuolo di verità" e "crudeltà consacrata dall'uso" per una "incomprensibile e metafisica purgazione dell'infamia"¹ - si è recentemente ricollocata al centro di un vivace dibattito etico e culturale, prima che giuridico, investendo la sfera delle istituzioni.

Il rinnovato interesse per tale tematica, peraltro ciclicamente ricorrente nelle ultime legislature, è stato sollecitato da quanto accaduto nel nostro Paese, sebbene non più così recentemente, in particolare dai fatti di Napoli (marzo 2001)² e di Genova (luglio 2001)³, nonché dalle *extraordinary renditions*⁴ (caso Abu Omar, che ha visto direttamente coinvolta l'Italia),

¹ Così definì Cesare Beccaria la tortura nella sua celebre opera *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1965, al § XVI.

²

³ Ci si riferisce a quanto accaduto in concomitanza con il G8 svoltosi nel luglio 2001 a Genova, ed in particolare ai tristemente noti episodi verificatisi tra il 20 e 23 luglio nella caserma Bolzaneto, in relazione ai quali il Tribunale di Genova si è pronunciato con sentenza del 14 luglio 2008, depositata il 27 novembre dello stesso anno; in questo provvedimento il Collegio giudicante icasticamente asserisce: "...la mancanza, nel nostro sistema penale, di uno specifico reato di "tortura" ha costretto l'ufficio del PM a circoscrivere le condotte inumane e degradanti (che avrebbero potuto senza dubbio ricomprendersi nella nozione di "tortura" adottata nelle convenzioni internazionali) compiute in danno delle parti offese transitate nella caserma della P.S. di Ge-Bolzaneto durante i giorni del G8..."

⁴ Con tale espressione si suole far riferimento alla prassi degli arresti eseguiti senza alcun controllo giudiziario di presunti appartenenti a cellule terroristiche internazionali,

ma prima ancora dai tragici eventi dell'11 settembre 2001 e dalla ingaggiata lotta senza quartiere al terrorismo internazionale che ne è seguita.

È fuor di dubbio che quella data abbia segnato una svolta decisiva nella storia contemporanea, a partire dalla quale sembra essere stato istituito uno stato di eccezione globale, per la salvaguardia degli ordinamenti democratici occidentali, in nome della quale si è ripensato ad un rinnovato rapporto tra diritti personali e ragioni di sicurezza collettiva. L'emergenza terrorismo, infatti, non ha semplicemente acceso vivaci dibattiti, negli Stati Uniti così come nel nostro Paese sulla possibilità «di ammettere l'esistenza di una "zona grigia" a cavallo tra legalità ed illegalità nella quale gli operatori della sicurezza possano agire per sventare le minacce più gravi»⁵ e di regolamentare la tortura ritenendola «un rimedio necessario per sconfiggere il terrore e la tortura indiscriminata»⁶.

finalizzati ai voli ed alle sparizioni segrete di questi ultimi verso luoghi nei quali sono legalmente ammesse pratiche vessatorie psichiche e corporali riconducibili a veri e propri atti di tortura nel corso di interrogatori finalizzati all'acquisizione di informazioni.

Il 27 giugno 2007 una risoluzione del Consiglio d'Europa ha chiesto agli stati membri di fermare le "rendition". Il rapporto svela le complicità degli Stati europei nella creazione della "ragnatela" di voli segreti, abusi e illeciti internazionali, tessuta dagli Stati Uniti dopo l'11 settembre del 2001, nella quale centinaia di persone mai formalmente accusate né processate sono rimaste intrappolate in questi anni (si veda *Voli segreti. Il rapporto del Consiglio d'Europa sulle operazioni coperte dalla CIA negli ststi europei*, Torino 2006, a cura di Amnesty International).

⁵ In questi termini si espresse, suscitando indignate polemiche, Angelo Panebianco nell'editoriale emblematicamente intitolato *"Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario"* del *Corriere della Sera* del 13 agosto 2006.

⁶ E' questa la tesi del noto avvocato americano Alan Dershowitz, il quale, ha sostenuto la necessità – motivata da ragioni di sicurezza sociale - di legalizzare i mezzi eccezionali

Invero, in nome della guerra al terrorismo si è ridisegnato concretamente un nuovo equilibrio tra diritti individuali e poteri autoritativi dello Stato.

Dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre, forte di una *joint resolution* del Congresso⁷ degli Stati Uniti che lo autorizzava « ad utilizzare tutte le forze necessarie ed appropriate contro quelle nazioni, organizzazioni o persone che egli stesso» ritenesse che avessero in qualsiasi modo «cooperato agli attacchi terroristici o che in futuro potessero farlo», il Presidente Bush proclamò lo stato d'emergenza nazionale che « richiede(va) l'uso della forze armate statunitensi»⁸. Con l'USA Patriot Act 2001⁹ il Congresso approvò nell'ottobre dello stesso anno una serie di

sino a quel momento già impiegati nella lotta al terrorismo, persino della tortura quando serva a sventare attentati. Tale posizione, che arriva a “codificare” forme di tortura non letali, è stata oggetto di numerose critiche, in Italia come nei paesi anglosassoni: nel gennaio 2003 *l'Economist* espresse chiaro dissenso per la proposta di Dershowitz: in sintesi, l'autorevole rivista sostenne l'inaccettabilità di una legalizzazione della tortura, divenuta in occidente, nel corso dell'età moderna, un tabù che non può essere per nessuna ragione infranto: una volta introdotto, seppur con debite cautele, un simile strumento nell'ordinamento, nulla garantirebbe il suo uso circoscritto ai soli casi di seria e reale minaccia terroristica.

⁷ Si tratta della Risoluzione Congiunta di “Autorizzazione all'uso della forza militare” approvata dal Congresso degli Stati Uniti d'America il 15 settembre 2001, con la quale quest'organo diede sostanzialmente carta bianca all'Esecutivo nel mettere in atto tutte le misure ritenute idonee a proteggere gli Stati Uniti dalla minaccia terroristica. Questo enorme conferimento di poteri alla Casa Bianca, un unicum del sistema costituzionale americano, costituisce la base giuridica su cui fu possibile edificare l'intero sistema di legislazione antiterroristica.

⁸⁸ *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks* (Proc. 7463 del 14 settembre 2001).

⁹ Così è meglio noto il documento approvato il 26 ottobre 2001 dal Congresso degli Stati Uniti d'America *Unting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*.

incisivi strumenti al fine di combattere il terrorismo, che sinteticamente possono riassumersi nell'utilizzo insindacabile della forza nei confronti delle organizzazioni e degli Stati presumibilmente coinvolti in attività terroristiche, nonché nell'istituzione di tribunali speciali militari sottratti alle garanzie usuali dei procedimenti giurisdizionali dinanzi ai quali far giudicare terroristi o sospettati tali. Ad essi, "nemici combattenti", viene negata l'applicazione dello statuto dei detenuti e prigionieri di guerra: arrestati segretamente, segregati senza limiti di tempo, vengono assoggettati a trattamenti disumani in attesa di processi sommari, anch'essi segreti. Fotogrammi della contemporanea tortura, delle pratiche di interrogatorio e di detenzione tristemente note e oramai non più sottaciute dal governo americano, di cui la base di Guantanamo e la prigione di Abu Ghraib sono divenute emblematicamente il simbolo.

Storicamente la tortura si è espressa come strumento inquisitorio, come mezzo di ricerca della prova, ovvero come sanzione penale. La battaglia abolizionistica vittoriosamente condotta dai riformatori dell'età dei lumi ha delegittimato l'utilizzo della tortura e ne ha favorito l'abolizione. Ma non potendo più percorrere i sentieri aperti del sistema penale, la tortura è divenuta strumento - dapprima oscuro e denegato, oggi persino codificato in appositi manuali - utilizzato da servizi di sicurezza, forze di polizia, ed apparati militari (coperti da immunità di fatto) per estorcere informazioni, punire presunti colpevoli o reprimere dissidenti politici, membri di minoranze discriminate, nemici ideologici e, adesso, nemici combattenti.

Anche in questa rinnovata dimensione la tortura continua pur sempre ad orbitare intorno al rapporto autorità - individuo, di cui esprime una delle

più odiose forme di perversione. Nelle “convulsioni del dolore”¹⁰ intenzionalmente procurate dalla stessa autorità alla quale ha consegnato una porzione della propria libertà¹¹, l’individuo cessa di essere persona, e diviene risorsa utilizzata dal potere statale che vuole così assicurarsi una posizione di predominio, difendere la democrazia ed i cittadini pur diffondendo il terrore, vincere una guerra annientando il nemico. Il rapporto di soggezione dell’individuo con lo Stato (cui è riconosciuto il monopolio della forza legittimo e definito entro limiti invalicabili di regole indefettibili che garantiscano eguale dignità e diritti per i destinatari), si converte con la tortura in arbitraria balia, che offende non tanto e non solo i beni della persona di volta in volta aggrediti, ma soprattutto demolisce lo *status* di cittadino e di persona di chi la subisce, degradandolo ad oggetto privo di diritti e di tutela. Proprio ad opera dell’autorità che, negli ordinamenti sedicenti democratici, di quei diritti dovrebbe essere garante e che quella tutela dovrebbe assicurare.

Se così inquadrata nel novero dei rapporti dell’individuo con i poteri autoritativi dello Stato, si comprende come l’incriminazione di atti di tortura da parte del legislatore e, per restringere l’area di interesse, di quello italiano (peraltro sempre prodigo di risposte penali), graviti intorno alla tematica della tutela della persona, nel riconoscimento della propria inviolabile dignità, cui la nostra Carta fondamentale assegna un innegabile primato.

¹⁰ C. BECCARIA, *op. ult. loc. cit.*

¹¹ Ivi, *loc. cit.*

Invero, le norme costituzionali che sanciscono le singole libertà in cui si estrinseca il libero svolgimento della personalità di cui gli artt. 2 e 3 costituiscono i referenti normativi più espliciti, delineano un sistema assiologico incentrato sulla persona, nei suoi connotati di autonomia, indipendenza e dignità. In tale contesto la persona, sintesi del rapporto tra individuo e società, «rappresenta un valore la cui tutela costituisce il parametro eteropoietico di legittimazione del potere statale¹²». Ed è proprio il principio personalistico cui la nostra Costituzione, «baricentro del sistema penale»¹³, è informata, a sottolineare come la persona umana si collochi al centro dell'ordinamento giuridico «quale originario valore in sé, quale fine dell'attività normativa senza pertanto essere mai degradato a strumento utile per la realizzazione di interessi che si vorrebbero maggiori»¹⁴. Tale principio se da un lato impedisce che l'individuo venga strumentalizzato per una totalizzante ragion di stato, dall'altro rappresenta il criterio di legittimazione della tutela degli interessi metaindividuali, «impedendone la funzionalizzazione al valore della persona, nella sua inviolabile dignità»¹⁵.

Ma è proprio il principio personalistico ad essere svilito con la tortura: l'individuo che la subisce cessa di essere persona, per divenire *res* ed in quanto tale sprovvista di autonomia perché priva di libertà di azione e di

¹² F. RESTA, *Personalità individuale (delitti contro la)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, p. 3.

¹³ T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 2006, p. 70.

¹⁴ F. C. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, p. 298.

¹⁵ F. RESTA, *op. ult. loc. cit.*

scelta, di autosufficienza, perché imprescindibilmente dipendente (per la propria stessa vita) dal carnefice, prostrata nella propria dignità.

Con tale pratica abietta l'offesa alla persona si realizza privandola dello statuto dell'*habeas corpus*¹⁶, negandole altresì la libertà di autodeterminazione e la possibilità di realizzare se stessa come fine in sé, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali.

La tortura, tutt'altro che «monumento [...] dell'antica e selvaggia legislazione, quando erano chiamati *giudizi* di Dio le prove del fuoco e dell'acqua bollente e l'incerta sorte delle armi»¹⁷, continua ad essere praticata e diviene oggi perfino immagine "familiare", irradiata dalla carta stampata, dai telegiornali e dal web, che ne mostrano il carattere di mezzo privilegiato di lotta all'emergenza "terrorismo internazionale" ed ai nemici combattenti delle democrazie occidentali.

La "moderna" tortura, perfino avallata da insigni giuristi¹⁸, ha il suo aspetto più abietto nel carattere strategico, ostentato, codificato in appositi manuali¹⁹, al fine di divenire arma oltre che di mortificazione delle persone, di diffusione del terrore tra coloro i quali appaiono sospettabili di connivenza col terrorismo.

¹⁶ Tale locuzione esprime l'immunità del cittadino da restrizioni arbitrarie della sua libertà personale e, più in generale, da punizioni o interventi autoritativi lesivi dei suoi diritti.

¹⁷ C: BECCARIA, *op cit.*

¹⁸ Si veda A. DERSHWITZ, *Tortura democratica ed umanitaria.*

¹⁹ Ci si riferisce al del rapporto Cia, pubblicato con il titolo Manuale della tortura, che impartisce direttive sui trattamenti - in realtà vere e proprie torture - cui sottoporre i prigionieri sospettati di attività contrarie alla sicurezza degli Stati Uniti (*Manuale della tortura. Il testo finora top-secret uscito dagli archivi USA (1963-1997)*, DataneWS, Roma, 1999).

Dunque, l'immunità da trattamenti degradanti, da privazioni o restrizioni arbitrarie che sviliscano o annichiliscano la dignità dell'individuo è tutt'altro che una questione teorica ed obsoleta, bensì costituisce una tematica di agghiacciante attualità che investe la tutela dei più elementari ed inviolabili diritti dell'uomo, in modo particolare nei rapporti con i poteri autoritativi dello Stato.

Nel nostro Paese, a differenza di altri paesi europei e nonostante numerosi progetti di legge pur approvati in Senato nelle passate legislature, non esiste una norma che stigmatizzi, come reato di tortura, qualunque forma di dolore o di sofferenza, fisica e/o psichica, indebitamente inflitta da pubblici funzionari a cittadini di cui si abbia il controllo o la custodia. Ai casi di tortura si applicano, pertanto, fattispecie talvolta assai meno gravi ma soprattutto ben poco significative del disvalore precipuo che questa pratica, in quanto tale, assume a prescindere dalle specifiche modalità con cui si realizza: dall'abuso d'ufficio alla violenza privata, dal generico abuso di autorità previsto all'art. 608 del nostro codice penale, alle percosse e lesioni, peraltro punibili, laddove non provochino rispettivamente una malattia nel corpo o nella mente e l'invalidità superiore a venti giorni, a querela di parte. Ciò nondimeno la perseguibilità della tortura che offende la dignità della persona e dello Stato che la pratica, non può essere affidata alla querela di parte: lo escluderebbe l'indisponibilità dei diritti fondamentali e la natura pubblica degli interessi e dei valori lesi; non solo: come è stato autorevolmente e condivisibilmente affermato²⁰, «rifrangere la dimensione

²⁰ T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida al diritto*, n. 4, p. 6

sanzionatoria degli atti di tortura in una miriade di previsioni eterogenee di ineguale livello, contribuisce ancor più a mimetizzare la rilevanza di tale pratica fra le pieghe del sistema penale».

Eppure non è solo la prospettiva umanitaria della imprescindibile tutela dei diritti inviolabili della persona che imporrebbe al legislatore italiano di stigmatizzare con la sanzione criminale atti di tortura. Lo impongono la nostra Carta costituzionale e le disposizioni contenute nei trattati internazionali ratificati dall'Italia, nonché la nostra appartenenza all'Unione Europea, che in materia di diritti umani ha preso chiare ed esplicite posizioni.

Quanto alla nostra Costituzione, l'art. 13 comma 4 stabilisce che è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà; si tratta dell'unico obbligo costituzionale di punire imposto esplicitamente al legislatore ordinario, a garanzia, evidentemente, di quella fondamentale libertà – pregiudiziale rispetto a tutte le altre e primo discrimine tra stato di diritto e stato di polizia – che è l'immunità del corpo umano da violenze di qualunque tipo ad opera delle istituzioni che l'hanno in loro potere²¹.

La tortura è, d'altro canto, specificamente prevista come crimine anche dalle norme pattizie di diritto internazionale ratificate dal nostro Paese.

L'art. 3 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950 enuncia in termini lapidari il divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti, la cui speciale rilevanza nel

²¹ In questi termini L. FERRAJOLI, *Le libertà nell'era del liberismo*, in *Quest. Giust.* n. 2-3, 2004, p. 341.

contesto dei diritti internazionalmente protetti è sottolineata sia dalla inammissibilità di restrizioni dello stesso, sia dalla sua inclusione tra le poche norme che l'art. 15 par. 2 sottrae alle deroghe consentite dalla guerra o da altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

Peraltro, l'indiscutibile valore di tale divieto si coglie in modo evidente anche dalla collocazione dello stesso immediatamente dopo l'enunciazione del diritto alla vita (art. 2). E' dunque patente l'importanza che assume l'enunciazione dell'art. 3 della Convenzione di Roma nel quadro del «patrimonio comune di tradizioni ed ideali politici principi» richiamato nel preambolo della stessa²² come premessa culturale che garantisce ed assicura, nei confronti degli individui, quella «garanzia collettiva» che la stessa fonte pattizia intende perseguire²³.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha inoltre predisposto un sistema di controllo basato sui ricorsi presentati da singoli individui o da Stati che ritengano di essere state vittime di violazioni dei diritti enunciati nella Convenzione, originariamente attuato da tre istituzioni: la Commissione europea dei Diritti dell'Uomo (istituita nel 1954), la Corte europea dei Diritti dell'uomo (istituita nel 1959) e il comitato dei Ministri

²² SPERDUTI, *Prefazione a La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Strasbourg 1962.

²³ Sull'azione del Consiglio d'Europa in materia di diritti umani (ed in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo) si vedano: ESPOSITO, *La giustizia penale tra patti internazionali e tutela dei diritti dell'uomo e l'azione del Comitato europeo per i problemi criminali del Consiglio d'Europa*, in *Atti dell'incontro di studio* svoltosi a Siracusa sul tema *Diritto penale internazionale*, Roma 1979, p. 124; GREGORI, *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, Milano 1979; PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto penale europeo sul diritto italiano*, Milano 1982; DE SALVIA, *Droit Communautaire droit penale t Convention européenne des droit de l'homme. Quelques observations liminaires*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano 1981, pp. 105 ss.

del Consiglio d'Europa, composto dai ministri degli affari esteri degli Stati membri o dai loro rappresentanti.

Anche il *Patto sui diritti civili e politici* del 1966 all'art 7 vieta espressamente l'utilizzo della tortura, senza possibilità di deroga alcuna, neppure in caso di pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza di una nazione (art. 4).

Sempre nell'ambito dell'azione di contrasto alle pratiche di tortura promossa dal Consiglio d'Europa è stata adottata nel 1987 la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti²⁴ con cui si è inteso affiancare ai sistemi di controllo dei diritti statuiti dalla Convenzione di Roma del 1950, un sistema non giudiziario di natura preventiva. E' stato infatti istituito il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti il quale «esamina, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private della libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti».

Gli atti di tortura possono, inoltre, nell'ambito del diritto internazionale, essere suscettibili di differenti qualificazioni.

²⁴ Nel Rapporto esplicativo – sez. IV “Osservazioni sulle disposizioni della Convenzione” si ribadisce come «il divieto di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti » sia «una norma generale internazionale che, sebbene formulata diversamente, si ritrova in vari strumenti internazionali» (in http://europa.eu/scadplus/glossary/eu_human_rights_convention_it.htm e <http://www.cpt.coe.int/italian.htm>)

Possono, in primo luogo, concretare un'infrazione grave delle Convenzioni di Ginevra terza e quarta del 1949 relative al trattamento dei prigionieri di guerra ed alla protezione delle persone civili in tempo di guerra (anch'esse ratificate dall'Italia). Queste dispongono che non possono essere inflitte torture fisiche o mentali o nessun'altra forma di coercizione o di punizione corporale ed obbligano gli Stati contraenti a predisporre le misure legislative necessarie con le quali statuire le sanzioni penali adeguate da applicare all'autore i tali gravi infrazioni o a chi abbia ordinato di porle in essere.

Inoltre una specifica Convenzione contro la tortura a gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti è stata adottata il 10 dicembre 1984 con la risoluzione 39/46 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Questa Convenzione, di cui l'Italia è parte²⁵, contiene la definizione del termine "tortura"²⁶ e fa obbligo agli Stati contraenti di prendere effettive misure legislative, amministrative, giudiziarie o di altro tipo per prevenire gli atti di tortura in ogni territorio sottoposto alla loro giurisdizione (art. 2, par. 1), nonché di qualificare gli atti di tortura come illeciti penali e di punire i responsabili con pene appropriate che tengano conto del carattere

²⁵ La ratifica è stata autorizzata con legge n. 498 del 3 novembre 1988. La Convenzione è in vigore per il nostro Paese dall'11 febbraio 1989.

²⁶ "For the purposes of this Convention, the term torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions" (art. 1, par. 1).

grave di tale tipo di illecito²⁷. Statuisce espressamente, inoltre, che “nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di emergenza pubblica, può essere invocata per giustificare la tortura”²⁸.

Peraltro, nei giorni successivi al Military Order sulla “detenzione, trattamento e procedimento nei confronti di alcuni non-cittadini nella guerra al terrorismo”²⁹ ed in considerazione dei provvedimenti in esso contenuti, il Comitato contro la tortura – organismo di controllo della

²⁷ L’art. 4 della Convenzione di New York dispone infatti:

“1. Each States party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each States party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature”.

²⁸ L’inderogabilità del divieto di tortura contenuto nella Convenzione di New York è stato peraltro più volte riaffermato dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali; si veda, emblematicamente, la sentenza *Furundzija* emessa dal Tribunale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia in cui al par. 144 si precisa: «it should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situation of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is preemptory norm or *jus cogens*.» (*International Criminal Tribunal for the Former Ex Yugoslavia, Persecutor v. Anto Furundzija, December 10, 1998*, in *International Legal Materials*, 1999, pp. 317 ss., Part VI, par. B, pp. 345.

²⁹ Si tratta dell’ordinanza emanata dal Presidente degli Stati Uniti Bush il 13 novembre 2001 in virtù dei poteri conferitigli dalla Risoluzione del precedente 15 settembre e dal *Patriot Act*. Questo provvedimento costituisce una sorta di *vademecum* straordinario per il trattamento dei sospetti terroristi ed è noto, in particolare, per aver istituito le Commissioni Militari Speciali istituite ad hoc per giudicare “ogni individuo non-cittadino degli stati Uniti d’America”.

Convenzione del 1984 – ha ricordato agli Stati contraenti la perentorietà e la tassatività degli obblighi pattizi, in particolare di quelli previsti dal citato art. 2, dall’art. 15 (che vieta l’utilizzo di confessioni estorte con la tortura al fine di provare un’accusa) e dell’art. 16 (che proibisce trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti).

Infine, lo Statuto di Roma del 1998 che istituisce la Corte penale internazionale annovera la tortura³⁰ tra i crimini contro l’umanità (art. 7) se commessa nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili e con la consapevolezza dell’attacco; tra i crimini di guerra realizzati nell’ambito di un piano o disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala. Peraltro, gli atti di tortura potrebbero costituire anche una forma di genocidio, qualora si sostanzino in una lesione grave dell’integrità fisica o mentale dei membri del gruppo ai sensi dell’art. II, lett. b) della Convenzione sul genocidio e della corrispondente norma consuetudinaria, purché vi sia l’intento criminoso di distruggere, in tutto o in parte, il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso³¹.

A concludere questo sintetico *excursus* delle fonti pattizie che vietano la tortura - qualificandola o meno come crimine autonomo – occorre anticipare come l’Unione europea, in materia di diritti umani, abbia preso

³⁰ Peraltro, diversa è la definizione di tortura data dallo Statuto di Roma rispetto a quella contenuta nella Convenzione del 1984. All’art. 7 n. 2 lett. e) si legge: «per “tortura” si intende l’infliggere 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 cagionati».

³¹ P. GAETA, *Crimini internazionali*, in p.

esplicite posizioni, periodicamente ribadite nelle annuali relazioni, tra le quali, in quella del 2004 si legge: «L'Unione europea è una comunità di valori comuni, basata sui principi della libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e sullo stato di diritto. [...] La tutela e la promozione dei diritti umani non solo rappresentano uno dei principi base dell'UE, ma sono contenute anche nella sua legislazione. [...] Questo fatto ha fortemente sottolineato che i diritti umani sono una questione prioritaria per l'UE nelle sue politiche, sia interne che esterne.»

Orbene, nonostante gli inequivocabili divieti di tortura esplicitati nelle norme pattizie condivise dalla comunità internazionale, i risoluti moniti del Comitato contro la tortura sulla tassativa inderogabilità dei divieti stessi, e le esplicite posizioni dell'UE in materia di diritti umani, la tortura, retaggio rozzo e disumano di pratiche inquisitorie, continua ad essere, in buona parte del pianeta³², utilizzata e spaventosamente diffusa; e comunque non sempre adeguatamente punita proprio dai Paesi sedicenti democratici – e l'Italia ne è un significativo esempio – firmatari dei Trattati internazionali che la vietano.

E' questo il paradosso più patente della tortura, divenuta oggetto di universale condanna eppure ancora praticata ed ostentata; forse a buon diritto Max Horkheimer e Theodor Adorno affermavano³³ come il mito del

³² Si veda, a tal proposito, gli annuali rapporti di Amnesty International reperibili in rete, nonché il testo "Abu Ghrai e dintorni. Un anno di denunce inascoltate sulle torture in Iraq" dalla stessa organizzazione pubblicato nel 2004, nel quale si legge che, seppure si tratti di un "fenomeno clandestino", "in 132 Paesi del mondo si tortura per estorcere confessioni, punire reali o presunti colpevoli di reati, imporre disciplina o supremazia psicologica, seminare il terrore" (p. 57).

³³ M. HORKHEIMER – T. ADORNO, *La dialettica dell'Illuminismo*, Torino 1966.

progresso creato dall'illuminismo potesse essere strumento tanto di promozione della civilizzazione, quanto di giustificazione delle più efferate nefandezze.

CAPITOLO I

ESEGESI STORICA DEL DIVIETO DI TORTURA:

DELLE ORDALIE ALLA TORTURA MODERNA

- 1.5 Dalle ordalie alla tortura nella Grecia classica e nella Roma repubblicana
- 1.6 L'acquisizione della prova *per tormenta*, *le leges de maiestate* nella Roma imperiale e la tortura dei cristiani
- 1.7 La tortura nel medioevo (sistema inquisitorio e tortura *versus* sistema accusatorio)
- 1.8 La riflessione nell'illuminismo giuridico settecentesco sull'irrazionalità e arbitrarietà della tortura e la sua abolizione.
- 1.5 La tortura "moderna"
- 1.7 Più sicuri o più liberi? (I limiti della democrazia tra esigenze di sicurezza e tutela delle libertà)

1.1 Dalle ordalie alla tortura nella Grecia classica e nella Roma repubblicana

Il dibattito sulla tortura è tanto antico quanto la storia del pensiero politico. Ne hanno discusso i filosofi dell'antichità classica, quelli dell'età moderna e del XX secolo. Se ne torna a parlare oggi, con il dilagare sulla scena politica del terrorismo e l'emergere dell'esigenza di individuare risposte efficienti – ancorché spesso simboliche - per arginare una violenza che mette radicalmente in discussione la civiltà occidentale.

E' fuor di ogni dubbio che il periodo storico nel quale si è discusso con più sofferta serietà e maggiore incisività di questa forma di violenza alla persona è quello in cui si sviluppa la riflessione politico- filosofica dell'illuminismo.

Tuttavia, al fine di individuarne l'origine e soprattutto la funzione, conviene tornare assai più indietro, senza, naturalmente, alcuna pretesa di esaustività; «l'origine», infatti, «di una così feroce invenzione oltrepassa i confini della erudizione e verosimilmente potrà essere tanto antica, quanto è antico il sentimento nell'uomo di signoreggiare dispoticamente un altro uomo, quanto è antico il caso che la potenza non sia sempre accompagnata dai lumi e dalla virtù, e quanto è antico l'istinto nell'uomo armato di forza prepotente di stendere le sue azioni a misura piuttosto delle facoltà che della ragione»¹.

¹ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cap. 12.

La tortura, dal latino *tortus, torquere*, quale procedimento giudiziario², è volta ad estorcere con ogni tipo di coercizione fisica o morale all'imputato o ad altro soggetto confessioni o altre dichiarazioni utili all'accertamento di fatti non altrimenti appurati, al fine ultimo di fondare il giudizio sulla verità così ottenuta. Elemento essenziale perché la dichiarazione possa dirsi estorta è la limitazione o la soppressione della libertà morale del soggetto passivo, in qualsiasi modo conseguita. Pertanto l'aspetto della sofferenza fisica che lo stesso è costretto a provare, ancorché appariscente, non è nemmeno necessario, dal momento che – come la storia dell'istituto e l'esperienza anche recente insegnano - «la sofferenza morale inflitta allo scopo immediato di vincere la resistenza nervosa del soggetto può bene esser più efficace della sofferenza fisica, e d'altra parte il terrore di un male possibile e minacciato può altrettanto bene che una sofferenza in atto esser volto a quel medesimo scopo»³.

Antico nome francese della tortura è “*gehenna*”, da “*jehir*”, verbo etimologicamente discendente da un ceppo germanico il cui significato è “confessare”⁴.

² Non bisogna, però, dimenticare la doppia valenza che la tortura può avere, quale terribile *instrumentum* “a due facce”, una per così dire “investigativa” e l'altra “punitiva”, finalizzata quest'ultima a diffondere terrore e reprimere il dissenso (questo aspetto - ugualmente terrificante - sottolinea la funzione di metodo di controllo politico che la tortura può assumere ed ha assunto, quasi che fosse mezzo di governo; basti ricordarne l'utilizzo che le dittature militari degli anni Sessanta e Settanta ne hanno fatto nell'intera America Latina (su questa “faccia” della tortura si tornerà più esaustivamente in seguito).

³ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953-1954, p. 4.

⁴ In F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1981, p. 762, il quale precisa che l'uso popolare lega il termine “*jehir*” all'inferno biblico.

Storicamente la tortura, quale procedimento giudiziario, presuppone il superamento di uno stadio più primitivo⁵ del processo, in cui sentenze e condanne risultano fondate sulla base dei giudizi di Dio, di oracoli e di sortilegi, cioè di tutte quelle prove irrazionali che si è soliti designare con il termine onnicomprensivo di ordalie⁶.

Nelle prove magiche dell'ordalia, del duello giudiziario, del giuramento, della divinazione⁷ un fatto naturale – come l'esito di un cimento fisico dell'accusato con la natura o con la parte offesa, o la provocazione della punizione divina in caso di menzogna, o direttamente un qualche segno

⁵ «Presso i popoli primitivi, finché la direzione del processo è in mano agli stregoni, la tortura non è conosciuta: il reato si concepisce come l'effetto di un incantesimo da cui il delinquente è posseduto, è quand'anche da costui si cerchi di ottenere una confessione non si ricorre alla violenza fisica o morale, ma ci si serve di operazioni magiche che abbiano, secondo una credenza profondamente radicata, l'effetto d'indurre il colpevole alla confessione o d'attirare su di lui, in caso contrario, gravi sciagure. Solo impropriamente si può parlare qui di tortura psichica» (P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 7).

⁶ L. PANSOLLI, voce *Tortura*, in *Nov. Dig It.*, vol. XIX, p. 424, secondo cui «ciò avvenne tanto presso alcuni popoli dell'antichità come i Babilonesi, gli Indiani e gli Ebrei, quanto, in età più recente, presso le genti barbariche che si stanziarono, a partire dal V secolo d. C. sulle terre dell'Impero romano di Occidente».

Con il termine "ordalia" si designa «qualunque meccanismo decisorio» della innocenza o colpevolezza di un accusato, «fondato sull'assioma che un dio intervenga nella sequela causale, deviandola ogniqualvolta un caso giusto lo esiga: poiché l'acqua, elemento puro, rifiuta i colpevoli, chi sia tale, immerso legato, sta a galla; l'innocente cammina incolume a piedi nudi su dei vomeri incandescenti.» (in F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 768.)

⁷ Si tratta di prove di tipo magico che caratterizzarono le esperienze processuali primitive ed in particolare quella romano-barbarica dell'Alto Medioevo.

della natura – viene da una norma considerato come prova o come segno sufficiente di colpevolezza o di innocenza⁸.

Sebbene si possa dire che «la sola differenza che passa tra la tortura e le prove del fuoco e dell'acqua bollente, è che l'esito della prima sembra dipendere dalla volontà del reo, e delle seconde da un fatto puramente fisico ed estrinseco» e che «questa differenza è soltanto apparente, e non reale: così poco libero il dire la verità fra gli spasmi e gli strazi, quanto lo era l'impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell'acqua bollente»⁹, in realtà l'uso giudiziario della tortura presuppone instaurato un diritto processuale che voglia le sentenze fondate su una verità razionale e positivamente accertata. Nel ricorso alla tortura è dunque implicito il superamento logico, sebbene non necessariamente cronologico, delle ordalie; tuttavia «gli alti e bassi della cultura giuridica hanno potuto permettere a più riprese l'avvicendamento dell'uno o dell'altro mezzo di prova presso i medesimi popoli e nei periodi di transizione s'è potuta avere in un medesimo ordinamento giuridico una instabile convivenza delle torture e delle ordalie»¹⁰.

Escluse dal mondo del diritto, le ordalie hanno lasciato nel costume sociale tracce o residui che sono sopravvissuti a lungo alla stessa cessazione ufficiale della tortura giudiziaria.

⁸ Nelle prove irrazionali, e tipicamente nei giudizi ordalici, prova e processo si identificano, nel senso che l'esito della contesa è al tempo stesso prova di colpevolezza e pena, oppure prova di non colpevolezza e sottrazione a pena.

⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit, cap. 12. Similmente VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., cap. 13.

¹⁰ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 8

Tuttavia anche sul superamento logico si sono avanzate delle riserve¹¹. Qualche elemento del giudizio ordalico, infatti, sembra essere passato senza dubbio nel giudizio fondato sulla tortura: e ci si riferisce all'uso della forza bruta, che caratterizza entrambi i procedimenti, prescindendo dalla volontà dell'uomo nell'ordalia, agendo su di essa nella tortura. Ma ancora, alla natura ibrida di ambedue gli istituti, che hanno una funzione processuale ma al tempo stesso possono costituire, di fatto, un'anticipazione della pena.

E' stato ancora osservato come dietro alle ordalie vi sia un'esigenza di una verità che si esclude possa rimanere ignota e che si pretende di mettere in luce in tutti i modi, sostituendola, se occorre, con quello che concezioni religiose o superstiziose fanno considerare tale e che rispetto al diritto non è che una finzione giuridica. Con la tortura, invece, si vuole trovare in tutti i modi ed a tutti i costi una verità senza dubbio più "vera", per così dire assoluta, rispetto a quella del processo ordalico¹². E il superamento della tortura coincide con il ridimensionarsi del fine cui il processo tende: dal perseguimento della Verità (assoluta) al raggiungimento di un fine molto più modesto, ossia la verità processuale; da una pretesa certezza matematica, alla probabilità.

La tortura è presente in modo differente presso i popoli noti dell'antichità; si potrebbe dire che presso di essi i giudizi di dio e la tortura si dividono il campo: i primi prevalgono là dove l'esperienza giuridica è dominata da concezioni mistiche, la seconda ne prende il posto in quelle epoche ed in

¹¹ Ivi, p. 9.

¹² Ivi, p. 10.

quei paesi in cui tali concezioni vanno cedendo di fronte a concezioni più realistiche.

Nell'antica Grecia, in cui il processo penale presentò una struttura essenzialmente accusatoria¹³ a causa del carattere prevalentemente privato dell'accusa e della conseguente natura arbitrale sia del giudice che del giudizio¹⁴, l'uso dei giudizi di dio si perdette relativamente presto, ed i molti esempi che si citano sono tratti per lo più dalla storia più remota, se non anche dalla legenda, o sono estranei alla procedura seguita nei tribunali veri e propri¹⁵. Alla società greca dell'età classica la raffinata e scettica cultura tolse la fede superstiziosa delle ordalie e le gravi disuguaglianze sociali determinarono la sostituzione delle ordalie con mezzi di prova diversi a seconda della classe sociale di appartenenza¹⁶. La testimonianza era la prova fondamentale, che l'uomo libero doveva convalidare con il proprio giuramento o l'altrui mallevatoria, mentre lo schiavo non era creduto se non l'avesse confermata con la tortura. In quanto cose, infatti, non se ne poteva saggiare la veridicità se non con l'inflizione di sofferenze materiali¹⁷.

¹³ La dicotomia accusatorio/inquisitorio designa una duplice alternativa: innanzitutto quella tra due opposti modelli di organizzazione giudiziaria e conseguentemente tra due figure di giudice; in secondo luogo quella tra due metodi contrapposti di accertamento processuale, e dunque di giudizio. Sul punto si tornerà in seguito.

¹⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 576.

¹⁵ PATETTA, *Le ordalie*, pp. 130-139.

¹⁶ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 13.

¹⁷ Da testimonianze pervenuteci da Platone ed Antifonte, lo schiavo deponeva però come libero nelle cause di omicidio regolate dal diritto sacrale.

Pertanto, coerentemente con tale concezione, le norme che regolavano la tortura greca erano destinate soprattutto allo scopo di tutelare i diritti dei proprietari degli schiavi. Spettava infatti a costoro il potere di offrire spontaneamente alla tortura i propri schiavi, di concederli o di rifiutarli se richiesti dalla parte avversa, di concordare in ogni caso con le altre parti interessate le forme della tortura e le domande da farsi nell'interrogatorio, come pure la misura del compenso nell'ipotesi di danneggiamento e le relative cauzioni; assicurato così il proprietario contro qualsiasi lesione dello schiavo, non si aveva alcun ritegno ad infierire su di lui, utilizzando le maniere più crudeli alle quali il giudice non assisteva, essendo la tortura atto lasciato alla libera disposizione delle parti¹⁸.

L'ordinamento processuale classico, dunque, conosce la tortura solamente come mezzo di convalida della testimonianza degli schiavi, mentre la esclude per gli uomini liberi, differenza questa che scomparve durante i periodi di soggezione alle tirannie greche ed ellenistiche¹⁹, nei quali i cittadini vennero uguali, quanto ai diritti politici, a schiavi²⁰. Numerose sono le attestazioni della tortura di uomini liberi accusati di lesa maestà.

Non diversamente accadde, seppur con uno sfasamento di qualche secolo, nel diritto romano, dove l'istituto della tortura presenta un'evoluzione

¹⁸ Assistevano alla pratica della tortura nei confronti dello schiavo, oltre al padrone di quest'ultimo ed alle parti avverse, anche molti testimoni che potessero poi confermare in giudizio la verità delle deposizioni (quest'uso si ritroverà anche a Roma).

¹⁹ L. PANSOLLI, voce *Tortura*, cit. p. 425 e P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 16.

²⁰ Testimonianze possono rinvenirsi in Plutarco, in Lisia, In Eschiene ed in Demostene.

storica sostanzialmente simile a quella greca ed in cui secondo la dottrina prevalente, sono più o meno chiaramente individuabili due epoche corrispondenti all'età repubblicana ed a quella del Principato.

I romani non utilizzarono mai il termine tortura. Con *tormenta* e *cruciatus* designarono le affezioni corporali intese nel loro aspetto materiale, distinguendo da queste il più complesso procedimento istruttorio che chiamarono *quaestio tormentorum*. *Tormenta* erano anche le forme di torture dei supplizi, nonché gli apparecchi adoperati a tal fine.

Il diritto romano che aveva superato lo stadio del processo ordalico applicava normalmente la tortura, ma solamente agli schiavi, sia come accusati che come testimoni, salvo che le dichiarazioni testimoniali fossero state a carico dei loro padroni: sicché, come non si poteva costringere nessun uomo libero mediante la tortura alla confessione, così non si potevano indurre neanche i suoi schiavi a rendere testimonianza contro di lui. Tale divieto si designava con la locuzione *quaestio in caput domini*, e traeva la sua origine dal divieto di sottoporre l'uomo libero a tortura, per cui, considerandosene gli schiavi una *longa manus*, non era coerentemente ammissibile la loro testimonianza contro di lui.²¹

Diverse sembrano essere state le norme sulla tortura dei testimoni. All'esame degli schiavi si ricorreva soltanto in mancanza di altre prove; in cause criminali esempi di esame con tortura di testimoni schiavi sono attestati dalle fonti per processi di lesa maestà, di adulterio, di omicidio, di frode tributaria, di *vis publica* e di *vis privata*. Il diritto romano repubblicano distingueva nettamente questo tipo di tortura da quella *in caput domini*. Il diritto imperiale conservò questa distinzione, sebbene nella

²¹ L. PANSOLLI, *op. ult. loc. cit.*

pratica l'attenuò parecchio. Già negli ultimi tempi della Repubblica un caso clamoroso come quello della congiura di Catilina aveva mostrato che, ammessa in generale la tortura, nei casi più gravi bisognava autorizzarla contro gli stessi padroni, perché la sovranità familiare di questi non mettesse a repentaglio la sicurezza dello Stato²².

Dunque numerose attestazioni dell'età repubblicana sembrerebbero escludere che agli organi preposti alla repressione criminale fosse consentita la possibilità di estorcere ai liberi una confessione o una testimonianza con la tortura, o di utilizzare quest'ultima come misura penale.

Anche per i primi tempi dell'impero non mancano testimonianze che mostrerebbero essere inibita la tortura agli uomini liberi. Quintiliano, ad esempio, affermò perentoriamente che *liberum hominem torqueri ne liceat*.

Ma in realtà è stato giustamente osservato²³ come la storia sia fatta di luci ed ombre. Infatti vero è che numerose leggi dell'età repubblicana, compresa la *Lex Iulia de vi* dell'età cesariana o augustea, attribuivano al reo precise garanzie costituzionali, limitando i poteri coercitivi del magistrato in materia criminale. Tuttavia non si può omettere di considerare che nei momenti di maggiore tensione sociale e politica tali garanzie furono quasi sempre "legalmente" sospese attraverso il ricorso ad una serie di

²² P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp. 34-35.

²³ Per una lettura più aggiornata e senz'altro più critica dell'utilizzo della tortura nella repressione criminale romana si veda C. RUSSO RUGGIERI, *Quaestiones ex libero nomine. La tortura degli uomini nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano 2002.

espedienti costituzionali e finirono di fatto per non operare²⁴. Non si possono non ricordare le numerose *quaestiones extra ordinem* (istituite, già a partire dalla fine del secolo V a.C. per indagare e giudicare alcuni delitti di particolare risonanza pubblica o a sfondo politico), il *Senatus consultum ultimum* (in seguito al quale gli accusati erano esposti all'uccisione senza processo, provvedimento questo utilizzato durante il consolato di Cicerone, che se ne servì contro i seguaci di Catilina) e le *Proscriptiones* di Silla e dei triumviri Ottaviano, M. Antonio e Lepido²⁵.

Gli argini dunque che la tradizione repubblicana aveva tentato di frapporre agli arbitri magistratuali in materia penale furono, pertanto, divelti proprio nei momenti e nei casi in cui avrebbero dovuto maggiormente operare, al fine di impedire soprattutto che la repressione criminale divenisse uno strumento di lotta politica²⁶.

Orbene, è stato realisticamente sottolineato²⁷ come con ogni probabilità gli accorati e commossi appelli ciceroniani ai *praesidia libertatis*, comunemente adottati dalla dottrina a riprova della generale esenzione dell'imputato libero da qualunque forma di coercizione personale in età repubblicana, non possano considerarsi se non uno sforzo oratorio, volto a proporre, contro la dilagante degenerazione della politica del tempo, le linee di un

²⁴ In PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano*, in *Temì Romana*, 18, 1969, p. 611 ss.

²⁵ Cfr. in proposito C. RUSSO RUGGIERI, *Quaestiones ex libero nomine*, cit., pp.14-16.

²⁶ E' indubbia l'attualità di queste considerazioni, che, *mutatis mutandis*, possono essere fatte in relazione all'utilizzo della tortura e di ogni altro strumento di coercizione e repressione criminale nella lotta al terrorismo internazionale, emergenza dei nostri giorni!

²⁷ C. RUSSO RUGGIERI, *Quaestiones ex libero nomine*, cit., pp. 19-20.

modello ideale di Stato, rintracciate nella costituzione repubblicana. «Il che non significa che l'intangibilità della persona ed il rispetto della libertà dell'imputato non fossero effettivamente principi fondamentali della tradizione democratica repubblicana, acquisiti e diffusi nella coscienza sociale e giuridica...ma di certo essi non hanno mai rappresentato altro se non un'aspirazione ideale, una direzione tendenziale non sempre eseguita nel concreto esplicitarsi della pratica politico- costituzionale»²⁸.

1.2 *L'acquisizione della prova per tormento, le leges de maiestate e la tortura dei cristiani nella Roma imperiale*

L'introduzione della tortura degli uomini liberi nel processo criminale romano è tradizionalmente ricondotta all'avvento del Principato, che coincide con l'affermarsi della potenza romana in tutto il bacino del Mediterraneo e col sovrapporsi del diritto romano ai diritti locali, ed imputata al carattere autoritario assunto dal nuovo regime²⁹.

Non a caso si ritiene che le prime forme di processo inquisitorio si svilupparono nella Roma imperiale con le procedure d'ufficio dei *delicta publica*, a cominciare dai *crimina laesa maiestatis* di sovversione e congiura, ove si assunse offeso un diretto interesse del principe e la parte lesa si identificava con lo stato. Nacque così la *cognitio extra ordinem*, la procedura inquisitoria svolta e decisa *ex officio*, in segreto e su documenti scritti da

²⁸ Ivi, p. 21.

²⁹ Di questa opinione P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp.17 ss., ma anche L. PANSOLLI, voce *Tortura*, cit. p. 425.

magistrati statali delegati dal principe, basata sulla detenzione dell'accusato e sulla sua utilizzazione come fonte di prova e accompagnata dall'uso della tortura³⁰.

Tuttavia, pur riconoscendo che la tortura fosse comunemente utilizzata nella repressione penale fin dagli esordi dell'età imperiale, la dottrina sembra però essere orientata a ritenere che, almeno per tutto il I secolo d.C., il ricorso ai tormenti abbia costituito solo una prassi *contra legem* diffusasi soprattutto nei processi che si celebravano dinanzi ai tribunali imperiale e senatorio. Un'interpretazione questa che si basa fondamentalmente sulla considerazione dell'atteggiamento degli storiografi, i quali, nel riferire dei numerosi casi di tortura del suddetto periodo, avrebbero manifestato la loro chiara disapprovazione al riguardo; dal che se ne è dedotto che non poteva essersi trattato se non di « illegali eccezioni». E per quanto deroghe illecite, sembra essere certo che i tormenti di persone di libera condizione accusate o anche solo sospettate di aver cospirato contro il Principe, ricorrono nelle pagine degli storici con significativa frequenza. «Si spiega quindi come l'originaria illegalità potesse divenire stabile consuetudine e infine legge.» Consuetudine l'usanza di torturare i liberi cittadini dei lesa maestà che si ritenne largamente estesa e « a volte l'estensione era dovuta all'arbitrio di qualche potente, ma in un buon numero di casi fu sancito dalla legge . Così per la magia, l'assimilazione della quale al reato di lesa maestà era spiegata dall'uso che di frequente se ne faceva per indagare il destino del principe o dell'Impero; così per il falso, che in un caso estremo (falsificazione della firma dell'Imperatore) poteva essere tutt'uno colla lesa maestà; così per la

³⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 577.

falsa moneta, che è per sua natura un delitto contro l'autorità dello Stato»³¹.

Si è sostenuto³² che, in realtà, il ricorso alla tortura giudiziaria dei liberi non solo fu da sempre consuetudinariamente ammesso, ma venne addirittura già legislativamente disciplinato nell'età repubblicana, almeno per quei reati che più mettevano in gioco interessi fondamentali per la vita dello stato, come i *crimen maiestatis* e l'incesto: il che significherebbe che il regime imperiale non abbia apportato, almeno sotto questo profilo, alcuna novità, ma si sia limitato a confermare una prassi risalente.

Sarebbe significativa, a tal proposito, il dato che il primo secolo dell'Impero si apre, almeno tenendo conto delle attestazioni forniteci dalle fonti giuridiche, con due disposizioni legislative riguardanti l'uso dei *tortura* sui liberi nella repressione criminale.

La più risalente in ordine di tempo si colloca presumibilmente nel 27 a.C. ed è la norma contenuta nella *lex Iulia maiestatis* con la quale Augusto avrebbe consentito l'utilizzo indiscriminato della tortura giudiziaria nelle indagini relative ad ipotesi delittuose rientranti nell'ambito del *crimen maiestatis*. L'altra disposizione augustea riguardante la tortura dei liberi è contenuta in una clausola della *lex Iulia de vi publica* con la quale l'imperatore attribuì al cittadino sospettato di un *crimen maiestatis* il diritto a pretendere che la tortura gli fosse comminata dall'organo competente a giudicare il reato, riconoscendogli il potere di opporsi ad una *quaestio per tormenta* disposta autonomamente dal magistrato nell'ambito dei poteri di *coercitio* di cui era titolare. Con la *lex de vi publica*, dunque, Augusto

³¹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp. 27-28.

³² C. RUSSO RUGGIERI, *Quaestiones ex libero nomine*, cit., pp. 125 ss.

introdusse una incisiva limitazione all'uso della tortura giudiziaria sui *cives* nella repressione criminale, non al solo fine di impedire il ripetersi degli abusi verificatisi nella pratica processuale negli ultimi decenni del I secolo d. C., bensì piuttosto per riservare all'imperatore ed ai suoi tribunali il pieno diritto di investigare indiscriminatamente sui fatti e sulle persone che potevano ledere alla vita o all'onore del *Princeps*, nonché per attribuirsi un efficace strumento di controllo sul modo di operare dei pubblici poteri.³³

Ancor più significativo è l'affermarsi, come già accennato, già dai primordi dell'Impero, di un nuovo sistema di repressione penale, che si svolgeva *extra ordinem*, fuori cioè dalle regole dell'*ordo iudiciorum publicorum*. Si trattava di un modello caratterizzato soprattutto dalla flessibilità, nel senso che non si basava sulla rigida applicazione delle leggi, ma sulla discrezionalità riconosciuta agli organi giudicanti: discrezionalità che investiva e la definizione delle fattispecie criminose, e la conduzione del processo, e la determinazione della pena da applicare ai colpevoli.

Infine non si può omettere di accennare alle profonde modificazioni che l'avvento del Principato apportò alla configurazione dei *crimen maiestatis*, che nella nuova realtà politico-costituzionale assunse soprattutto i caratteri di reato contro il Principe, sostanzialmente sostituito al *populus romanus* come oggetto della possibile *violata maiestatis*.

Nonché al fatto che già dai primi anni dell'impero si assistette, nella pratica dei tribunali imperiali, alla progressiva inclusione nel concetto di *maiestas*, già di per sé vago ed indeterminato, di fattispecie che

³³ Ivi, p. 130-132.

tradizionalmente non ne avevano mai fatto parte: come ad esempio l'aver pronunciato o scritto affermazioni ingiuriose o diffamatorie contro l'imperatore in carica, un imperatore defunto o uno dei suoi familiari; l'aver violato le statue o le immagini del *Princeps*; l'aver effettuato pratiche magiche per conoscere il futuro dell'Impero o l'essersi rifiutato di giurare o sacrificare all'Imperatore³⁴.

In questo contesto si inscrivono le testimonianze pervenuteci da Seneca e da Tacito, che criticarono aspramente l'uso dei *supplicia* non come tanto come mezzo di acquisizione della prova nelle indagini, ma unicamente al fine di eliminare gli avversari del *Princeps*, o comunque i personaggi non allineati con la politica imperiale.

La storia dei secoli successivi al I d.C. ci mostra la massima rilevanza che l'utilizzo della tortura sugli uomini liberi ebbe.

Bisogna a tal proposito segnalare innanzitutto il progressivo allargamento delle fattispecie criminose in relazione alle quali gli imperatori autorizzarono ufficialmente il ricorso alla tortura nelle indagini istruttorie. In tal senso ci sono pervenute attestazioni per i reati di magia, di falso, di falso monetario, di veneficio, di adulterio. In secondo luogo la creazione di una categoria di privilegiati, i quali, eccezion fatta per i *crimen maiestatis* e per qualche reato sostanzialmente ad esso collegato, vennero esentati (attraverso varie costituzioni, alcune delle quali databili II secolo d. C.) dal ricorso ai tormenti in ragione della loro *dignitas*: tali erano, ad esempio, i

³⁴ Questa estensione, resa possibile dalla discrezionalità riconosciuta agli organi giudicanti *extra ordinem* e dalla flessibilità che caratterizzò il nuovo sistema repressivo, si prestò sovente a numerosi eccessi, come quello testimoniato da Svetonio con riguardo a Tiberio, che giunse a sospettare di qualunque atto della vita quotidiana compiuto per caso davanti alla sua statua di *Princeps*, processando *per tormenta* e condannato per lesa maestà i poveri condannati

senatori e gli altri *clarissimi*, gli *eminentissimi*, i *perfecrissimi*, i *decuriones*, gli *equites*, i *milites*, e, più in generale, gli *honestiores*³⁵.

Al di fuori del sistema romano della tortura si colloca la tortura dei cristiani finalizzata non già ad estorcere dagli imputati una confessione che servisse di fondamento alla condanna o all'assoluzione, ma a costringerli ad osservare le leggi imperiali rinnegando la loro fede e sacrificando alle divinità ufficiali del paganesimo³⁶.

Il crimine di cui l'Impero pagano incolpava i seguaci di Cristo, infatti, era fatto rientrare tra le tante specie del reato di lesa maestà, prescindendo da accuse particolari che vi erano connesse, ed era un reato di opinione, che si commetteva anche senza compiere precise azioni esteriori; la tortura, pertanto, era un mezzo di coercizione lasciato all'arbitrio dei giudici perché rinnegassero la loro professione di fede, che per la legge imperiale costituiva un crimine.

1.3 *La tortura nel Medioevo (sistema inquisitorio e tortura versus sistema accusatorio)*

Dopo la caduta dell'Impero romano la procedura ridivenne accusatoria, confondendosi, nelle prime giurisdizioni barbariche, con i riti ordalici ed i

³⁵ C. RUSSO RUGGIERI, *Quaestiones ex libero nomine*, cit., pp. 185- 187.

³⁶ Sulla tortura dei cristiani P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp.44 ss., ma anche L. PANSOLLI, voce *Tortura*, cit. p. 425.

duelli giudiziari, evolvendosi poi nelle forme della *disputatio* e del contraddittorio elaborate tra la fine del primo millennio e il secolo XII³⁷.

Invero, il collo dell'Impero romano d'Occidente e lo stanziarsi nelle sue terre delle popolazioni di stirpe germanica segnò un netto regresso della tortura cui si sostituirono, come mezzi di prova, il giuramento ed i giudizi di Dio, mediante i quali « supplivasi alla prova, facendo intervenire la divinità a designare colui che doveva essere ritenuto colpevole. Questo giudizio, che era denominato *ordel* (tedesco moderno *urtheil*, ossia decisione) propriamente deve considerarsi non tanto come un mezzo di prova, ma come una devoluzione a dio della decisione della controversia»³⁸.

Secondo la concezione germanica, infatti, il delitto era un fatto privato, la cui punizione era affidata direttamente alla vittima o al suo gruppo gentilizio; coerentemente a tali principi la tutela dell'ordine giuridico lesso non rientrava tra le attribuzioni dello stato, così come non era compito di quest'ultimo la conduzione dell'indagine giudiziaria.

Occorre tuttavia ricordare che le legislazioni salica, visigotica, bavarica e borgognana ammisero la tortura per gli schiavi, ed eccezionalmente anche per i liberi, nei reati che maggiormente turbavano la pubblica pace. Un singolare esempio di tortura di liberi si trova nel diritto degli alemanni come pratica nei confronti di presunte streghe. Di fatto, dunque, negli ordinamenti barbarici convivsero a lungo le ordalie e la tortura, anche a causa delle innegabili influenze esercitate dalla cultura romana³⁹.

³⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 577.

³⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, Torino 1967, p. 11.

³⁹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., pp.52-59.

Poco sappiamo della tortura nei secoli che vanno dal IX alla prima metà del XIII; la scarsità delle fonti non può comunque far concludere per la tesi della sua sparizione. E' probabile, piuttosto, che essa sia coesistita, sia pure con una incidenza assai modesta, con le ordalie.

Con la crisi del sistema feudale, causa ed effetto al tempo stesso del progressivo rafforzarsi dell'autorità dello Stato, anche le ordalie – che di tale sistema erano uno degli istituti maggiormente caratterizzanti – decadde, e risorse la tortura.

Infatti, nel mutato clima storico e culturale che vide i nascenti ordinamenti particolari sottrarre gradualmente la funzione giudiziaria ai signori feudali ed ai gruppi parentali privati, l'interesse pubblico nuovamente riconosciuto alla scoperta ed alla punizione dei delitti fece sì che, accanto al processo accusatorio, fosse introdotto quello inquisitorio. L'importanza parimenti riconosciuta all'accertamento della verità dei fatti, che non fosse quella fittizia dei giudizi di Dio, che per la loro intrinseca irrazionalità non potevano che venir abbandonati, riportò in auge la tortura, mezzo classico *ad eruendam veritatem*, perfettamente congeniale al nuovo sistema e che somigliava anche un po' alle ordalie, da cui non risulta distinta nella prima apparizione nota (ossia negli Statuti Veronesi del 1228). E' stata peraltro rintracciata⁴⁰ una continuità tra le antiche prove magiche irrazionali e le prove razionali proprie del rito inquisitorio. Entrambe sono infatti prove formali, nel senso che escludono l'indagine e la libera valutazione del giudice, surrogandole con un giudizio infallibile e superiore, divino nel caso delle prove magiche, e legale nelle seconde; entrambe sono, d'altra parte, prove simboliche, nel senso che agiscono

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 114-115.

come “segni normativi” della conclusione dedotta. Ne è conferma il fatto che la tortura, che ha funestato ininterrottamente il meccanismo delle prove legali e particolarmente quello della confessione, mantiene sicuramente nella procedura inquisitoria premoderna il carattere ordalico di giudizio di Dio, ossia di cimento fisico, ove la soccombenza è segno della colpevolezza dell'accusato e la resistenza è segno della sua innocenza⁴¹.

A tale svolta nella storia del diritto processuale diede un decisivo contributo la rinascita degli studi del diritto romano, conosciuto a partire dal XII secolo, ed in particolare dei testi giustinianeî, che ignoravano le ordalie ma disciplinavano l'istituto della tortura⁴².

« Alla fine del XII secolo», dunque, «gli *iudicia dei* sono screditati...la rivoluzione inquisitoria soddisfa esigenze comuni ai due mondi: l'ecclesiastico, insidiato dalle eresie, il civile, dove l'espansione economica genera criminalità; gli interessi da tutelare esigono un automatismo repressivo incompatibile con le accuse private. ... L'accusa penale privata, a oggetto disponibile, sviluppa una tutela intermittente degli interessi lesi,

⁴¹Questo aspetto è ben descritto da Foucault, secondo il quale «tra il giudice che ordina la quaestio e il sospettato che è torturato si svolge ancora quasi una sorta di duello cavalleresco», dove il secondo «vince “tenendo” e perde confessando», e il primo, a sua volta, «mette nella partita una posta, gli elementi di prova che ha già riuniti; poiché la regola vuole che se l'accusato tiene e non confessa, il magistrato sia costretto ad abbandonare l'accusa. Il suppliziato ha vinto» (da M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976, pp. 44-45).

⁴² L. PANSOLLI, *op. ult. loc. cit.*, ma più diffusamente V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., pp. 13 ss.

inadeguata alle istituzioni accentrate...Nella prima metà del XIII secolo sopravviene la rivoluzione inquisitoria, annunciata dal quarto Concilio Laterano»⁴³.

Ebbene il sistema inquisitorio tornò a rifiorire con le Costituzioni di Federico II nei processi di crimenlese e, in forme ancora più terribili e feroci, nel processo ecclesiastico per i delitti di eresia e di magia, dove l'offeso era Dio e l'accusa era dovuta e pubblica, e la ricerca del vero non ammetteva incertezze, né tollerava il contraddittorio, anzi esigeva la collaborazione forzosa dell'accusato⁴⁴.

Del resto il carattere inquisitorio del sistema processuale, dal quale notoriamente si distingue quello accusatorio, designa un preciso modello di organizzazione giudiziaria ed una precisa connotazione del giudice che « da spettatore impassibile, qual era, diventa campione del sistema, estirpi eresie o scovi delitti». Non solo: mutano le tecniche: non esiste contraddittorio», e dunque sono limitati i diritti della difesa; l'istruzione è scritta e segreta ed «al centro sta, passivo, l'inquisito; colpevole o no, sa qualcosa ed è obbligato a dirlo; la tortura stimola i flussi verbali coatti. Padrone della scacchiera, l'inquisitore elabora ipotesi di un quadro paranoide: nasce un'impura casistica delle confessioni, talvolta ottenute con promesse di impunità»⁴⁵.

Ed il risorgere della tortura è ampiamente testimoniato, a partire dal XIII secolo, sia nelle leggi dei grandi stati nazionali – come la Sicilia con Federico II, la Francia con Luigi IX, e la Castiglia con Alfonso X – sia nelle

⁴³ F. CORDERO, *Procedura penale*, ...pp. 17 e 21.

⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 577

⁴⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, ...p. 21.

norme di quasi tutti gli statuti comunali italiani (primo tra tutti quello già menzionato di Verona del 1228), per poi essere minuziosamente descritto nell'anonimo *Tractatus de tormentis*, di un autore ignoto di scuola bolognese, ed essere istituzionalizzato nel 1252 dalla bolla *Ad exirpanda* di Innocenzo IV, al fine di estorcere confessioni agli eretici, temibili nemici della Chiesa, radice del male da estirpare con mezzi atti a *torquere*, piegare e vincere corpi, volontà e coscienze.

Quanto alla dinamica dell'istituto, nel processo d'inquisizione l'imputato poteva essere sottoposto a tortura solo dopo un procedimento preliminare di cognizione, che si svolgeva in diverse fasi: raccolta degli indizi e delle testimonianze a carico della persona sospettata di aver commesso il reato, interrogatorio⁴⁶, riesame dei testi, nel caso in cui l'indiziato si professasse innocente, e infine la pubblicazione dei verbali che raccoglievano indizi a carico dell'inquisito, con fissazione di un termine entro il quale quest'ultimo potesse discolarsi dimostrandone l'insussistenza o l'insufficienza. Nel caso in cui l'imputato non fosse riuscito a "purgare" gli indizi, il giudice poteva ordinare la tortura.

In questo contesto, in cui il processo penale, segreto e privo di regole certe ed uguali per tutti, amplificava l'arbitrio dei giudici «iniquissimi e scelleratissimi, levati dalla feccia, privi di scienza, di virtù e ragione, i

⁴⁶ L'interrogatorio avveniva alla presenza del giudice e poteva essere preceduto o seguito dalla tortura, che si utilizzava anche con i testimoni sospetti o reticenti. Il Manzini testimonia che, se la tortura non avesse prodotto alcun esito per l'innocenza o per la forza d'animo del tormentato, tale risultato si spiegava con supposizioni magiche. Scrittori dell'epoca, infatti, asseriscono che molti imputati eludevano i tormenti con incantesimi, cioè con il maleficium taciturnitatis, che si poteva fare con il cuore o con altre membra di un infante non battezzato e violentemente ucciso, che conferiva, una volta sparso o occultato sul corpo, la forza del silenzio (V. MANZINI, *op cit*, p. 52)

quali quando hanno in loro potere un accusato non gli parlano che tenendolo a tormento, e se non confessa quel ch'essi vorrebbero lo lasciano per un giorno, per una notte intera»⁴⁷, si svilupparono i processi per gli untori, in cui la tortura, inizialmente subordinata alla gravità delle accuse, fu poi stata estesa ed ammessa di fronte a semplici indizi⁴⁸.

1.4 La riflessione nell'illuminismo giuridico settecentesco sull'irrazionalità e arbitrarietà della tortura e la sua abolizione

Il settecento ha rappresentato uno dei momenti più intensi e fecondi del dibattito sulla tortura, conclusosi con l'affermazione dell'illiceità di tale istituto e con la sua abolizione da parte di molti sovrani dell'Europa settecentesca.

Sebbene il contesto storico sia certamente mutato sotto molteplici aspetti, le idee-guida elaborate dall'illuminismo giuridico dell'epoca si prestano ancora ad una lettura di grande attualità.

Ad essere diversa è, evidentemente, la società postmoderna nel suo insieme, con i suoi valori e le sue norme. Oggi, infatti, la riflessione sulla tortura non può non tener conto del dato che la stessa sia rigorosamente vietata da Convenzioni internazionali, Carte dei diritti e legislazioni

⁴⁷ In A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, a cura di C. Clerico, Milano 1963, pp. 88-89.

⁴⁸ Cfr. R. FEOLA, *Ordinamento e sistema politico in Italia*, Napoli 1999, pp. 98 ss.

nazionali - sebbene non sia con ciò scomparsa, ma sopravviva in una condizione di semiclandestinità; nel secolo dei lumi, invece, il cui contesto giuridico era caratterizzato da fonti legislative ormai obsolete, farraginose ed oscure⁴⁹ e la materia criminale, «labirinto di una strana metafisica»⁵⁰, contrassegnata da un processo scritto e segreto, teso al raggiungimento della verità massima, perseguita senza alcun limite normativo ai mezzi di acquisizione delle prove e al tempo stesso non vincolata ma discrezionale, la tortura era considerata ancora istituto utile e legittimo, ancorché disciplinato da regole minuziose. La *quaestio ad eruendam veritatem* poteva essere di primo, secondo e terzo grado: il primo consisteva più che altro nella minaccia di praticarla (*monitus*), il secondo nella inflazione di un tormento di media gravità (il più delle volte si ricorreva alla corda, legando i polsi dietro al corpo e tenendo sospeso per le braccia, così legate, il torturato), il terzo nel ricorso a tormenti dolorosissimi, terribili ed irrimediabilmente devastanti. La confessione resa sotto tortura doveva essere ripetuta lontana dai tormenti dinanzi al giudice, ma se la confessione veniva ritrattata l'imputato era consegnato ai tormenti. Ciò poteva ripetersi molte volte, e non solo nei confronti dell'imputato, ma anche dei testimoni che il giudice ritenesse mendaci o semplicemente contraddittori⁵¹.

⁴⁹ Particolarmente efficace ai fini della comprensione del contesto normativo di quegli anni, appare l'avvertenza "A chi legge", premessa da Beccaria alla seconda edizione della sua opera *Dei delitti e delle pene*.

⁵⁰ Così definisce la materia criminale P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura e singolarmente sugli effetti che produsse all'occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribuì la pestilenza che devastò Milano l'anno MDCXXX*, 1804, par. XV.

⁵¹ Cfr. R. FEOLA, *Ordinamento e sistema politico in Italia*, cit., p. 99 ss.

In questo contesto culturale e giuridico, gli illuministi svilupparono un'ampia riflessione sulla scienza della legislazione, di cui parte integrante fu il dibattito sulla tortura e la battaglia culturale e politica per la sua abolizione.

Interessante, anche sotto il profilo di una riflessione che voglia aprirsi alla contemporaneità, è il richiamo alla stretta interrelazione esistente, a parere dei riformatori illuministi, tra dispotismo e tortura, il cui ricorso era ritenuto strumento estremamente funzionale al raggiungimento dell'assolutizzazione del potere, poiché, in forza del pretesto apparentemente inoppugnabile fornito dall'esistenza di un reo confesso, conferiva una patente legittimità all'eliminazione fisica degli avversari ed alla repressione di ogni forma di opposizione⁵².

Quanto alle argomentazioni sviluppate dagli *idéologues* contro la tortura, esse non possano certo dirsi particolarmente originali – solo per citarne alcuni, infatti, già Ulpiano aveva osservato quanto fosse infida la *questio*, “*res fragili set periculosa et quae veritatem fallat*” e Sant'Agostino aveva denunciato l'ingiustizia dell'infliggere a chi non si sa se sia colpevole o

⁵² Cfr. C. THOMASIIUS, *Dissertatio de tortura ex foris chistianorum proscribenda*, 1705, trad. ted. A cura di R. Leiberwirth, Weimar 1960, p.167. Nello stesso senso si esprimono anche Voltaire e da Sonnenfels; quest'ultimo, nella sua opera *Su l'abolizione della tortura* (1775), affermava: «E' pertanto verosimile, che debbiasi questo crudel ritrovato a un tiranno scellerato e timido, che volendo far perire un uomo virtuoso, il quale coll'onestà delle proprie azioni gli fosse d'un continuo rimprovero, e temendo altronde la vendetta del popolo, cercasse un pretesto, onde palliare l'iniqua prepotenza; e trovato l'abbia nella confessione di quell'uomo virtuoso strappatagli, a cos' dire, dalla forza de' tormnti».

Peraltro, volgendo uno sguardo alla contemporaneità, l'intima connessione tra tortura e dispotismo è stata ben messa in evidenza da F. Resta in *Choices among evils. L'ossimoro della 'tortura democratica'*, la quale giustamente ne sottolinea il carattere di assolutamente peculiare della quaestio, «che la fanno percepire come crimine particolarmente odioso»

innocente una pena certa come la tortura⁵³ - tuttavia non si può misconoscere l'efficacia del discorso illuminista e la sua capacità di ricomporre le diverse eredità del passato con coerenza e sistematicità.

Le trattazioni illuministiche sulla tortura fondarono le critiche concernenti tale strumento investigativo e punitivo principalmente su due argomentazioni, relative al criterio dell'utilità e al concetto di giustizia⁵⁴.

L'argomentazione dell'inutilità della tortura come strumento di accertamento della verità si presentava in genere come la più diffusa e la meno originale, essendo rinvenibile già negli scritti di Aristotele, di Ulpiano e di Sant'Agostino.

La disamina sulla possibile utilità della tortura occupava un posto di rilievo tanto nelle trattazioni di Thomasius (uno dei primi filosofi illuministi ad impegnarsi, già all'inizio del Settecento, a favore dell'abolizione della tortura), Voltaire e Sonnenfels (al cui operato, politico e pubblicistico, si deve l'abolizione della tortura nell'Impero asburgico), che in quelle degli italiani Pietro Verri, Cesare Beccaria e Gaetano Filangieri.

⁵³ Il problema morale dell'istituto giudiziario della tortura, ignoto all'antichità classica, in cui la tortura fu valutata solamente sotto il profilo della sua funzionalità come mezzo di prova, emerse per la prima volta col cristianesimo. Ed il pensiero cristiano, dalla Patristica a tutto l'alto medioevo, condannò costantemente e senza esitazioni la tortura (sul punto, PANSOLLI, voce *Tortura*, cit. p. 427).

⁵⁴ Questi aspetti della critica dell'illuminismo alla tortura sono efficacemente illustrati da M. P. PATERNO', *La critica alla tortura nell'illuminismo giuridico settecentesco*, p. 21 ss., in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di A. GIANNELLI e M.P.PATERNO'.

Prendendo spunto dai verbali del processo denominato “della colonna infame” - per il quale vennero condannati a morte dopo atroci supplizi il barbiere Gian Giacomo Mora e l’ufficiale sanitario Guglielmo Piazza, entrambi ingiustamente accusati di aver propagato la peste nella Milano del 1630 mediante unzioni venefiche⁵⁵ - nelle sue celeberrime *Osservazioni sulla tortura e singolarmente sugli effetti che produsse all’occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribuì la pestilenza che devastò Milano l’anno MDCXXX*, opera pubblicata nel 1804 postuma, Verri dimostrò su quali assurdi pregiudizi si fondasse la pratica della tortura⁵⁶, termine con cui «non (si) intend(e) una pena data al reo per sentenza, ma bensì la pretesa ricerca della verità co’ tormenti». Smontati gli indizi sulla base dei quali era stata pronunciata la terribile condanna dei presunti untori, l’Autore mise in luce l’inaffidabilità e l’ingiustizia del sistema giudiziario attraverso cui si era pervenuti alla condanna e dimostrò l’inefficacia della tortura utilizzata al fine di individuare tutti i complici e scoprire la verità processuale, poiché gli untori confessarono sì le proprie colpe, ma solamente al fine di sottrarsi alle atroci sofferenze fisiche inferte loro dagli inquirenti. Per contro, sottolineò il riformatore milanese, «non di rado accade che de’ rei

⁵⁵ Tale vicenda fu ripresa da Alessandro Manzoni nella sua *Storia della Colonna Infame*, saggio storico scritto dall’Autore in un arco di tempo piuttosto lungo ed inizialmente parte della prima edizione del romanzo *I Promessi Sposi* (resa pubblica con il titolo di *Fermo e Lucia*), infine pubblicata nel 1840 con il noto titolo.

⁵⁶ Così descrive efficacemente F. Cordero il ruolo dell’inquirente torturatore nel processo denominato “della colonna infame”: «munito d’arnesi virtualmente irresistibili, l’inquisitore lavora i pazienti come vuole. ... Padrone del gioco, li dispone sulla scacchiera come gli conviene: l’inquisizione è un mondo verbale simile all’onirico; tempi, luoghi, cose, persone, eventi, fluttuano in quadri manipolabili. I verbali del processo milanese agli untori illustrano questa logica fluida. » (in F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 24-25).

robusti e determinati soffrano tormenti senza mai aprir bocca, decisi a morire di spasimo piuttosto che accusare se medesimi. In questi casi, che non sono né rari né immaginati, il tormento è inutile a scoprire la verità». Molte altre volte, invece, come era accaduto nella vicenda dei presunti untori nella peste milanese del 1630, «il tormentato si confessa reo del delitto», pur di porre fine allo strazio delle torture. «Ma è egli la verità che il torturato abbia commesso il delitto? Se la verità è nota, inutilmente lo tormentiamo; se la verità è dubbia forse il torturato è innocente: e il torturato innocente è spinto egualmente come il reo ad accusare se stesso del delitto». Pertanto, conclude il Verri a proposito dell'inutilità della tortura, «i tormenti non sono il mezzo per iscoprire la verità, ma bensì il mezzo che spinge l'uomo ad accusarsi reo di un delitto, lo abbia egli, ovvero non lo abbia commesso ... onde è un mezzo per confondere la verità, non per iscoprirla»⁵⁷.

Argomentazioni simili occuparono uno spazio di rilievo anche nell'opera di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*, dove vennero arricchite da considerazioni più generali relative alla razionalità dell'agire e al calcolo dei costi e dei benefici, in un contesto in cui venne agevolmente dimostrata la non compensabilità del nocimento che, in ogni possibile caso, veniva a gravare sull'imputato. La tortura, argomentò Beccaria in

⁵⁷ Tali citazioni sono contenute nel paragrafo IX intitolato "Se la tortura sia un mezzo per conoscere la verità" delle *Osservazioni sulla tortura*, nel quale Verri sottolinea anche come le sofferenze inflitte con pratiche di tortura abbiano conseguenze diverse, ancorché ininfluenti sulla scoperta della verità processuale, tra «un assassino di strada avvezzo ad una vita dura e selvaggia, robusto di corpo e avvezzo agli orrori» che, «dotato di vigorosi muscoli tace e delude la tortura» ed «un povero cittadino avvezzo ad una vita più molle, che non si è addomesticato agli orrori, per un sospetto viene posto alla tortura» e che, al fine di far cessare i supplizi, «si accusa di un non commesso delitto».

una linea di perfetta continuità con le più tipiche argomentazioni degli abolizionisti, «è il mezzo più sicuro di assolvere i robusti scellerati, e di condannare i deboli innocenti». L'esito di «questo infame crogiuolo della verità» è, dunque, «un affare di temperamento e di calcolo, che varia da ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità»⁵⁸ e pertanto non assolve alla funzione di sussidio alla ricerca della verità assegnata da lunga e infondata pratica procedurale, poiché non è significativa dell'innocenza o della colpevolezza di un uomo.

La stessa obiezione utilitaristica all'efficacia della tortura *ad eruendam veritatem*, fondata sulla inidoneità di fornire dichiarazioni veritiere, fu esposta anche dall'intellettuale riformista napoletano Gaetano Filangieri, il quale sottolineò che «se si considera la tortura come criterio di verità, la si troverà così fallace, così assurda, come erano i giudizi di Dio. La disposizione fisica del corpo determina, così in quella come in questi, l'esito della prova (...) ciò che determina la verità non ha alcun rapporto con essa»⁵⁹.

L'argomento relativo all'utilità della tortura al fine dell'accertamento della verità venne in molti autori presentato in combinazione a quella della correlata inutilità come strumento di garanzia della sicurezza pubblica. Lungi dall'essere funzionale al raggiungimento del benessere della società, gli *idéologues* sostennero che la tortura può avere effetti destabilizzanti sull'ordine sociale e, trasformandosi in un'occasione di impunità per il reo non confesso, scuotere la convinzione della certezza del diritto e delle

⁵⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, par. XVI.

⁵⁹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Napoli 1780, lib. III.

pene e mettere a repentaglio proprio quella sicurezza della società che si era erroneamente inteso per tale via perseguire⁶⁰. Se la tortura diminuisce la certezza della pena perché conferisce al reo la possibilità di sottrarsi alla giustizia resistendo all'afflizione del corpo ⁶¹, la salute pubblica potrebbe meglio essere tutelata da un sistema legale in cui la consapevolezza che la quaestio «è una prassi tanto crudele quanto inutile», si coniugasse con una politica giudiziaria più garantista, fondata sulla convinzione che sia comunque «preferibile assolvere venti colpevoli (piuttosto) che sacrificare un innocente»⁶².

La negazione dell'utilità della tortura come mezzo per scoprire la verità e come strumento di garanzia della sicurezza pubblica si accompagnò all'elaborazione di una molteplicità di riflessioni ulteriori. La più diffusa è legata ad un interrogativo di carattere etico –morale e risponde al problema della sua liceità e della sua difendibilità sul piano della giustizia. Beccaria rispose a tale interrogativo esordendo con la lapidaria affermazione « un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice»⁶³ e asserendo che non vi è alcun diritto, se non quello della forza,

⁶⁰Cfr. C. THOMASIIUS, *Dissertatio de tortura*, cit., pp. 159-161.

⁶¹ J. VON SONNENFELS, *Sull'abolizione della tortura*, 1775, a cura di C. Amoretti, Galeazzi, Milano 1776, p. 65.

⁶² Così si espresse FEDERICO II nella sua opera *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, 1750, p. 115; Fu proprio questa considerazione, peraltro ripresa letteralmente dal Verri (*Osservazioni sulla tortura*, cit, p. 103), da Sonnenfels (*Su l'abolizione della tortura*, cit, p. 62) e da Thomasius (*Dissertatio de tortura*, cit. 157), a sostenere il sovrano nella sua convinzione sull'opportunità di procedere all'abolizione della tortura nel Regno di Prussia.

⁶³ C. BECCARIA, *op. loc. cit.*

che dà la potestà ad un giudice di dare una pena al cittadino mentre si dubita se sia reo o innocente. Ed ancora continuò - con affermazioni più chiaramente esplicitate successivamente dal Verri⁶⁴ - che il «delitto o è certo o è incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, è non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i cui delitti non sono provati».

Ed ancora il Filangieri sostenne: «la tortura è una pena tormentosa e infamante che si dà a un uomo, nel mentre che ancora si dubita se sia reo o innocente».

Il contributo degli intellettuali illuministi - teso non semplicemente alla modifica del sistema giuridico esistente, ma piuttosto volto alla sua sostituzione con un altro fondato sul principio di legalità e sulla presunzione di innocenza - fu senza dubbio decisivo per l'abolizione della tortura, che avvenne nel 1738 nel Regno di Napoli con una prammatica di Carlo III. Ancora la tortura fu soppressa da Federico II di Prussia con due distinti provvedimenti legislativi del 1740 e 1754, cui seguirono fra il 1767 e il 1770 altri Stati tedeschi (Baden, Mecklenburg, , Brunswick, Sassonia), non molto dopo la Polonia, il Palatinato, la Svizzera, la Svezia, l'Austria, ed, in Italia, la Toscana e Venezia.

⁶⁴ Più icasticamente si espimeva il Verri: «Il delitto o è certo o è solamente probabile. Se certo è il delitto, i tormenti sono inutili e la tortura è superfluamente data...la tortura in questo caso sarebbe ingiusta, perché non è giusta cosa fare un male, un male gravissimo ad un uomo superfluamente. Se il delitto poi è solamente probabile, ...allora è somma ingiustizia l' esporre un sicuro scempio e ad un crudelissimo tormento un uomo, che forse è innocente. ... Adunque l'uso della tortura è intrinsecamente ingiusto e non potrebbe adoperarsi, quand' anche fosse egli un mezzo per rinvenire la verità. » (*Osservazioni sulla tortura*, cit., par. XI).

In Francia, dopo alcuni parziali provvedimenti di sospensione, la tortura fu definitivamente abolita nel 1789 e la nuova legislazione criminale francese fu estesa, in virtù della conquiste della rivoluzione e napoleoniche, al Belgio, all'Olanda, e a numerosi stati italiani (Piemonte, Ducato di Parma, Ducato di Modena, e Stato pontificio).⁶⁵

In Inghilterra, dove formalmente la tortura non è mai esistita⁶⁶, fu abolita nel 1762 la cosiddetta "pena forte e dura", in forza della quale un cittadino che per evitare la confisca dei beni conseguente alla condanna avesse rifiutato di rispondere e di accettare il giudizio, veniva portato in una segreta, disteso nudo sul suolo sotto un pesante macigno e nutrito a pane e acqua finché non cambiava idea o non moriva⁶⁷.

Peraltro, a dimostrazione di quanto la pratica della tortura e l'idea della sua legittimità fossero radicate nella cultura premoderna, bisogna ricordare la sopravvivenza a Napoli, dopo che la tortura era caduta in disuso, di un suo residuo rituale sotto forma di finzione giuridica, per cui, «se il rito obbligava i magistrati ad ordinarla se ne rappresentava semplicemente la scena, portando il reo sotto la corda: del pari che tante

⁶⁵ In PANSOLLI, voce *Tortura*, cit. p. 428.

⁶⁶ «La common law inglese non ammise mai la tortura, proibita tanto dalla Magna Charta quanto dal Bill of Right. I giurisperiti inglesi sempre si opposero alla tortura, che venne tuttavia adoperata saltuariamente e raramente da qualche tribunale speciale, come la celebre Star Chamber, e in un caso, durante il Commonwealth» (in F. VENTURI, *Illuministi italiani*, Milano-Napoli 1958, t. III p. 57)

⁶⁷ Tale notizia è riportata da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 699.

formule, già di fatto nell'antichissima Roma, diventarono poi con la giurisprudenza finzioni di diritto»⁶⁸.

Va infine precisato che l'Illuminismo giuridico, dopo aver negato in teoria la legittimità della tortura, introduceva, ai margini del discorso, la possibilità di farvi ricorso in alcuni specifici casi. Con significativa eccezione di Beccaria e di Verri, le cui convinzioni sulla tortura non subirono deroghe e ripensamenti, oscillazioni e ambiguità furono facilmente evidenziabili in gran parte della tradizione abolizionistica, che prese in esame ed accolse la possibilità di ricorrere alla *quaestio* – pur giudicata inutile, ingiusta e barbarica- nei casi di lesa maestà, alto tradimento e delinquenza organizzata. Non a caso furono queste le fattispecie sottratte all'abolizione della tortura decretata da Federico II nel 1740 e giudicate come necessitanti una legislazione speciale anche nelle trattazioni di Voltaire, Didot e Sonnenfels (non a caso, quest'ultimo, consigliere imperiale).

A questa tradizione di pensiero, alimentata dall'ambiguità⁶⁹ di una prassi processuale non sempre corrispondente all'enunciazione teorica, hanno potuto fare riferimento attuali proposte⁷⁰, nell'ambito di un rinnovato

⁶⁸ Così racconta N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1828, vol. I, p. 86.

⁶⁹ Di tale ambiguità fu esempio paradossale la politica abolizionistica di Federico II che, nel dare istruzione di non ricorrere alla tortura neanche nei casi in cui era ancora in vigore, raccomandava tuttavia di non rendere note tali disposizioni e di alimentare, nei detenuti, la convinzione di essere esposti alla possibilità di tale procedimento inquisitorio.

⁷⁰ Cfr. A. M. DERSHOWITZ, *Why terrorism works*, New Haven- London 2002, trad. it. Per Carocci ed., Roma 2003, il quale, come si vedrà più diffusamente nel paragrafo 1.6, propone una sorta di "legalizzazione" della tortura, che, a parere dell'insigne professore

interesse per la tortura e la sua legittimità, di introduzione di criteri di criteri di ammissibilità, concepiti, non diversamente che nel passato, come condizioni di autolimitazione legittimante di tale «monumento (purtroppo) ancora esistente dell'antica e selvaggia legislazione»⁷¹.

1.5 La tortura "moderna"

La scomparsa graduale della tortura avvenne durante i primi trent'anni del diciannovesimo secolo negli altri Stati europei non interessati dalle riforme post-illuministe. Nel corso dello stesso secolo si poté assistere alla soppressione della *quaestio per tormenta* anche in altre numerose nazioni del mondo.

La condanna della tortura, solennemente sancita dagli ordinamenti di quasi tutti gli stati del mondo non ha significato, tuttavia, la sua definitiva scomparsa: non più usata come mezzo di prova regolato dalla legge, essa è stata ciononostante applicata sistematicamente quale infame strumento di diffusione del terrore, di dominio politico e di repressione del dissenso. La tortura "moderna" non è più un istituto di diritto processuale, sebbene

e avvocato liberal, potrebbe essere reintrodotta nell'ordinamento, ma solo in casi eccezionali e come mezzo investigativo non letale su prigionieri "non collaborativi" collusi col terrorismo di matrice internazionale, ancorché solo se praticata da parte i personale medico e sotto stretto controllo della magistratura.

⁷¹ C. BECCARIA, *op. loc. cit.*

con ciò non sia scomparsa, ma abbia funestato il secolo appena trascorso. Lato oscuro della modernità e figlia illegittima del moderno processo penale, la tortura ha continuato ad esistere, espressione più tristemente significativa della violenza - segnatamente, di quella organizzata dallo stato - e armamentario repressivo e punitivo di poteri statali e parastatali.

La tortura del ventesimo secolo è stata mezzo di pressione utilizzato nell'interrogatorio, in quanto finalizzata alla confessione del sospettato o comunque alla collaborazione con l'accusa, ma anche di punizione per qualcosa che la vittima ha fatto o si è ritenuto che abbia fatto. Infine è stata, soprattutto, strumento di diffusione della paura, per impedire - attraverso l'isolamento e l'umiliazione, la pressione psicologica e lo strazio del corpo - la ribellione, l'opposizione o, semplicemente, la libera espressione.

Nella prima metà del Novecento, nella Germania nazista e nell'Unione Sovietica stalinista, in cui il sistema stesso di potere si fondava sull'obbedienza ottenuta con il terrore, sia verso i detenuti, sia verso i cittadini liberi, la tortura è stata ampiamente e sistematicamente utilizzata nei campi di concentramento e nei gulag, da un lato per ridurre al silenzio i dissidenti o i potenziali tali, dall'altro per diffondere il terrore nel resto della popolazione, dall'altro ancora per indurre gli internati al lavoro forzato⁷². Obbedienza basata sul terrore e finalizzata, tra l'altro, al vantaggio economico.

⁷² Gli ebrei internati nei campi di concentramento vennero costretti al lavoro forzato nell'attesa del loro turno nella "soluzione finale", nella quale trovarono la morte fra i cinque e sei milioni di persone.

Nell'Unione sovietica, peraltro, il sistema dei campi di concentramento è sopravvissuta sino alla morte di Stalin fino a tutti gli anni ottanta. All'interno dei gulag pestaggi, denutrizione, esposizione a condizioni climatiche estreme sono stati all'ordine del giorno. Una delle forme di tortura utilizzate è stata il cosiddetto *etap*: i prigionieri politici venivano trasferiti da un campo all'altro rimanendo a bordo di treni speciali anche per mesi, in condizioni climatiche ed igieniche insopportabili. La tortura, inoltre, venne praticata sistematicamente negli ospedali psichiatrici, mediante la somministrazione di sostanze dagli effetti devastanti e terapie d'urto a base di insulina⁷³.

Alla fine del secondo conflitto mondiale, le ragioni dell'alleanza che aveva sconfitto il nazifascismo e il militarismo giapponese trovarono ratifica nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite nel dicembre del 1948, nella quale venne stabilito che nessun individuo potesse essere arrestato, detenuto, esiliato arbitrariamente o sottoposto a tortura o trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti.

Nella seconda metà del Novecento i diritti umani finirono per soggiacere alla razionalità della guerra fredda, in uno stato di emergenza perenne in cui le stesse democrazie vennero spesso meno ai loro principi, sino ad

Nell'Unione Sovietica staliniana furono le condizioni economiche ad essere alla base della creazione dell'Arcipelago dei gulag siberiani, dove i detenuti furono sfruttati come manodopera servile nelle miniere, nella costruzione di canali e ferrovie.

⁷³ In *"Non sopportiamo la tortura"*, a cura di Amnesty International, 2000.

avallare l'impiego ufficioso della tortura⁷⁴ da parte dei corpi militari e polizieschi impegnati a tutelarne l'egemonia internazionale, l'ordine politico e finanche i domini coloniali⁷⁵.

I conflitti nell'area asiatica, in Corea e nell'ex Indocina degli anni Cinquanta e Sessanta, rappresentarono un assaggio di tutte le successive distorsioni della battaglia anticomunista dell'Occidente democratico, in cui, oltre alla tecnica della "terra bruciata" e dei bombardamenti al napalm, gli Stati Uniti, impegnati sotto l'egida dell'ONU, utilizzarono le sofisticate armi dell'infiltrazione e dell'interrogatorio di controspionaggio.

Nel 1963 la CIA, agenzia d'*intelligence* statunitense, promosse la compilazione di un apposito manuale didattico nel quale distingueva tra "interrogatorio non coercitivo" e "interrogatorio coercitivo", quest'ultimo basato sulla manipolazione delle funzioni quotidiane del prigioniero, sulla privazione sensoriale (niente luce, nessun suono o suoni ossessivi), sull'indebolimento fisico, sull'utilizzo dell'ipnosi e di droghe, sull'impiego di minacce e di dolore, la cui fonte doveva essere non l'interrogante, bensì la vittima stessa, costretta a rimanere in piedi per ore, oppure immobile in scomode posizioni. Nel manuale – desecretato dopo trent'anni con molte parti cancellate – si faceva intendere che queste tecniche di tortura erano preferibili alle altre più tradizionali e violente in quanto "pulite": «la manipolazione del soggetto è comunque la migliore, perché evita il rischio

⁷⁴ Di recente pubblicazione CIA, *Manuale della tortura. Testo finora top-secret uscito dagli archivi USA (1963-1997)*, Roma, 1999.

⁷⁵ Cfr. C. PALMA, *La democrazia violentata. Breve storia della tortura in Occidente*, in *Tortura di Stato*, cit., pp. 98 ss.

di cause legale, di pubblicità negativa, di tentativi di rivalsa»⁷⁶. Peraltro la CIA, non essendo autorizzata a praticare la tortura e ad eseguire arresti, non si fece scrupoli a delegare il lavoro più “sporco” alle forze speciali dell’esercito, sia di quello statunitense, di lì a poco impegnato nella guerra in Vietnam, sia di quello sudamericano.

Nella guerra in Vietnam, oltre all’isolamento assoluto e alla privazione sensoriale, si sperimentarono altri generi di sevizie, tra cui la compressione dei genitali, la bastonatura del corpo coperto da un secchio di metallo, la sospensione in aria tramite le estremità in differenti versioni, la scarica di elettricità, tentando di non lasciare sui corpi dei torturati segni visibili delle vessazioni subite. Altro aspetto di questa guerra, poi esportato in altre parti del mondo, fu l’utilizzo delle “squadre d’assassinio”, al fine di convincere i civili vietnamiti a non fornire appoggio alle milizie armate, i cui membri, reclutati tra le forze speciali, ogni volta che veniva compiuto un assassinio, lasciavano una scheda sul luogo del crimine, di cui veniva inviata copia ad eventuali dissidenti a fini intimidatori.

Squadroni analoghi, definiti “della morte”, furono utilizzati nel continente sudamericano a sostegno delle dittature militari degli anni Sessanta e Settanta. Come scrisse Amnesty International nel suo primo rapporto contro la tortura del 1973, quest’ultima non era più «un fenomeno regionale, bensì internazionale; esperti stranieri girano da un paese all’altro, scuole di tortura illustrano e dimostrano i vari sistemi e il

⁷⁶In CIA, *Manuale della tortura*, cit.

moderno armamentario viene esportato da un paese all'altro»⁷⁷.Le dittature sudamericane, in particolare in Cile ed in Argentina, si servirono della tortura come mezzo di governo, per estorcere confessioni e informazioni da cittadini ritenuti dissidenti e per scoraggiare altri dall'esprimere un'opposizione. In Cile, dopo il colpo di stato militare del generale Augusto Pinochet avvenuto l'11 settembre 1973, oltre tremila persone furono assassinate dopo essere state fatte sparire, altre migliaia vennero arrestate e torturate.

In Argentina, nel regime militare che governò il Paese, all'indomani del golpe del generale Videla, dal 1976 al 1983, anni in cui, secondo stime non ufficiali, si possono contare trentamila desaparecidos, la tortura dei sequestrati era una sorta di "prassi amministrativa", seppure praticata da squadroni parapolizieschi, operanti con la piena acquiescenza delle autorità militari al potere, e finalizzata alla confessione e alla delazione, ma il cui obiettivo strategico era la deterrenza e l'instaurazione di un clima di terrore generalizzato.

Del resto la tortura, come metodo di controllo politico, fu utilizzata anche in Grecia nella cosiddetta dittatura dei colonnelli, anch'essa appoggiata dagli Stati Uniti, a partire dal 1967⁷⁸.

Nel secolo appena trascorso, peraltro, la tortura fu utilizzata da parte dei corpi militari e polizieschi finanche al fine di tutelare i domini coloniali. E' quanto accadde in Algeria dal novembre del 1954, in cui corpi speciali

⁷⁷ Amnesty International, *Rapporto sulla tortura nel mondo (1973)*, Milano 1975, pp. 24-25.

⁷⁸ Dell'utilizzo della tortura nella Grecia di quegli anni si può rinvenire testimonianza nelle pagine del libro "Un Uomo" di Oriana Fallaci...

francesi utilizzarono nella rivolta politica e sociale del popolo algerino contro i colonizzatori francesi differenti forme di tortura (tra cui la corrente elettrica, il soffocamento con l'acqua e il cd. pau de arara) sicuramente come strumenti investigativi, ma soprattutto come mezzo di una precisa strategia militare, volta ad ottenere l'eliminazione dei "nemici"⁷⁹.

Sempre nel 1967 ebbe inizio l'occupazione israeliana dei territori palestinesi con la Guerra dei sei giorni, in cui pestaggi e torture furono utilizzati per fini repressivi ed intimidatori. Negli anni Settanta i maltrattamenti e le torture ai danni dei palestinesi divennero routine, così come l'incarcerazione "amministrativa" senza processo e l'uso di demolire le case dei sospettati.

Negli stessi anni, nella repressione del terrorismo in Irlanda, migliaia di persone passarono dai centri di detenzione dell'esercito inglese, in cui si praticava il sistema del cd. interrogatorio moderno: nudi, incappucciati, sottoposti a continuo rumore, senza bere e mangiare, gli internati erano costretti a rimanere per ore, a volte giorni, con le dita appoggiate a un muro, a braccia tese e gambe larghe, subendo il pestaggio in caso di resa alla fatica. L'obiettivo era intaccare le funzioni intellettive e, al primo segno di cedimento, si procedeva all'interrogatorio. L'efferatezza

⁷⁹ Pagine fortemente significative del modo di operare dei paracadutisti del generale Massu sono state scritte da Henri Alleg, all'epoca direttore del quotidiano "Alger républicain", arrestato nel giugno del 1957, torturato per circa un mese in uno dei tanti centri di interrogatorio di Algeri e infine trasferito in un campo di concentramento. Il racconto della sua prigionia fu pubblicato a Parigi, con un'introduzione di Jean-Paul Sartre (H. ALLEG, *La tortura*, Torino 1958).

dell'esercito divenne subito di dominio pubblico, tanto da indurre il Governo e poi il Parlamento inglesi ad istituire commissioni d'inchiesta che però, pur ammettendo i "maltrattamenti", finirono per giustificarli, ricorrendo all'argomento del male minore: «le persone arrestate erano in possesso di informazioni che era tragicamente necessario conoscere il più rapidamente possibile per salvare vite umane»⁸⁰.

Peraltro, alla metà del decennio, la Gran Bretagna subì anche una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che le imputò la violazione dell'art. 3 della relativa Convenzione.

Nella guerra al terrorismo politico non fu però soltanto l'Inghilterra a segnalarsi per la sua "disumanità": altrettanto noto è il caso della Germania e delle disposizioni detentive applicate ai militanti della RAF, anch'essi – come i prigionieri repubblicani irlandesi – risoltisi in un lungo sciopero della fame per ottenere la sospensione dell'isolamento, acustico e visivo, e delle altre pratiche di disorientamento psichico, quale la privazione del sonno ottenuta con l'alternanza della luce ad intervalli regolari nel corso della notte.

Entrambe i "volti" della tortura, quello "investigativo" e quello "punitivo" continuarono dunque ad esistere nelle democrazie novecentesche, in cui, soprattutto nel caso del terrorismo politico, l'alienazione dell'avversario rappresentava una indispensabile dimostrazione della sua sconfitta.

Fu comunque sul fronte investigativo che vennero commessi i peggiori abusi, di cui l'Italia fornisce un emblematico esempio. In particolare nella

⁸⁰ In A. PUGGIONI (a cura di), *Tortura in Irlanda*, Roma 1972.

campagna al terrorismo dei primi anni Ottanta alla violenza, antico retaggio della forza pubblica, si affiancò un uso non più episodico della tortura⁸¹. Nel 1982 vari imputati di banda armata subirono torture in differenti questure italiane o addirittura in appartamenti appositamente allestiti. Alle denunce la magistratura rispose, nell'unico caso passato in giudizio, con una condanna per abuso di autorità di quattro agenti indagati per sevizie, mentre la posizione di un quinto fu stralciata perché la Camera dei Deputati, dove nel frattempo era stato eletto l'agente, non concesse l'autorizzazione a procedere⁸². La classe politica fece dunque quadrato intorno alle forze di polizia ricorrendo ai consueti argomenti del negare , ovvero del minimizzare l'accaduto o, ancor peggio, del cercare legittimazione nella ferocia del nemico e nella ragion di Stato.

Questa esemplificazione della tortura "moderna", che per evidenti ragioni non è potuta essere né approfondita né completa, non può non contemplare, anche al solo fine di farne accenno, la terribile guerra che ha sconvolto l'ex Jugoslavia tra il 1991 e il 1995 e le guerre in Cecenia, in cui fu fatto sistematico uso di torture e stupri⁸³.

⁸¹ Cfr. C. PALMA, *La democrazia violentata*, cit. p. 109.

⁸² Sulle torture messe in atto dagli agenti del Nucleo speciale operativo di sicurezza (Nocs) tra il 28 ed il 31 gennaio 1982 contro cinque brigatisti arrestati per il sequestro del generale Dozier e sull'acrobatico giudizio assolutorio della Corte di Cassazione, cfr. L. SARACENI , *Come si svuota un processo (la vicenda dei Nocs dall'istruttoria al giudizio di Cassazione)*, in *Questione giustizia*, 1988, 2, pp. 331-341; cfr anche F. MISIANI, *La tortura moderna*, ivi, pp. 438-441.

⁸³ Gli stupri di guerra nella ex Jugoslavia in realtà facevano parte di un vero e proprio progetto genocidiale noto come "pulizia etnica".. Anche se ci sono stati abusi imputabili a tutte le parti in conflitto, i soldati serbo-bosniaci hanno attuato un piano di stupri sistematici nei confronti delle donne musulmano-bosniache e croate, il cui obiettivo finale

Anche nel ventennale conflitto in Afghanistan le donne sono state costantemente trattate come bottino di guerra e sottoposte a stupri e abusi sessuali; la violenza è stata giustificata e condonata dai capi delle varie fazioni poiché considerata utile per fiaccare la resistenza degli avversari e ricompensare i propri miliziani⁸⁴.

Ancora agli esordi del ventunesimo secolo si può asserire che la tortura è praticata in moltissime parti del mondo, anche in quei paesi che la proibiscono nelle loro costituzioni o nelle loro leggi; è stata e continua ad essere inferta nel corso di conflitti interni, così come in molte prigioni e centri di detenzione nel mondo, nei confronti delle donne - verso le quali assume quasi sempre la forma dello stupro finalizzato ad intimidirle, umiliarle, punire o a colpire, attraverso il loro corpo, gruppi familiari o intere comunità -, dei bambini, dei "diversi" per tratti somatici, colore della pelle o orientamento sessuale. Ed i "carnefici" non sono sempre degli squilibrati, dei sadici, delle persone che vivono ai margini della società e delle istituzioni. Sono individui che spesso agiscono, sia pure in segreto, sia pure in violazione di regole interne o internazionali, per conto di chi esercita il potere. La tortura "della modernità", qualunque sia la motivazione ed il modo attraverso cui si realizza, è stata e continua ad essere - sebbene più "pulita" e più "dissimulata" di quella "dell'antichità"⁸⁵

era la morte o una gravidanza coatta. (in Amnesty International, *Rapporto sulla tortura nel mondo (1973)*, cit. pp. 68-69).

⁸⁴ Ivi, p. 70.

⁸⁵ Accanto ai metodi tradizionali di tortura che lasciano tracce indelebili sul corpo delle vittime, si sono sviluppati una serie di tecniche - tra cui l'utilizzo dell'elettricità - e diffusi una serie di strumenti per una tortura che non sporchi, che non lasci danni visibili. In questo settore è nata una fiorente industria che, a sua volta, ha dato vita al vantaggioso

- attacco premeditato e consapevole alla dignità di chi la subisce e tentativo di distruggerne scientemente l'umanità.

Alla fine del Novecento condivisibilmente Sciascia scriveva: «Non c'è Paese al mondo, credo, che ormai ammette nelle proprie leggi la tortura; ma di fatto sono pochi quelli in cui polizie, sottopolizie, e criptopolizie non la praticano. Nei Paesi scarsamente sensibili al diritto – anche quando se ne proclamano antesignani e custodi – il fatto che la tortura non appartenga più alla legge ha conferito al praticarla occultamente uno sconfinato arbitrio».

1.6 Più sicuri o più liberi? (I limiti della democrazia tra esigenze di sicurezza e tutela della libertà)

«E' possibile fare la guerra al terrorismo con la necessaria efficacia senza che si determinino drammatiche mutazioni dei sistemi di democrazia liberale?». In altri termini «come si fa a combattere un nemico invisibile determinato a provocare catastrofi nei paesi occidentali ..., salvaguardando al tempo stesso quei diritti della persona e quelle garanzie di libertà che per noi occidentali sono sinonimo di civiltà?». Sono

commercio di quegli strumenti di tortura chiamati pudicamente "armi non letali", espressione con cui si suole indicare armi esplicitamente progettate e impiegate con lo scopo di inabilitare le persone rendendo minima la probabilità di causare loro danni permanenti.

questi gli interrogativi che si poneva Angelo Panebianco nell'editoriale del Corriere della Sera del 23 gennaio 2003, emblematicamente intitolato "La prova del fuoco delle democrazie", che si concludeva con la quasi profetica asserzione che la grande sfida delle democrazie liberali è «restare se stesse anche se minacciate». E sono questi gli interrogativi che, all'indomani dell'11 settembre 2001, si sono posti intellettuali e giuristi non solo italiani, e che riassumono la difficile ponderazione tra beni imprescindibili sebbene – almeno all'apparenza - contrapposti: sicurezza e libertà collettive da un lato, libertà e dignità individuali, nonché rispetto per l'integrità psicofisica dell'individuo, dall'altro.

In realtà il rapporto tra sicurezza e libertà è sempre stato dialettico, ma nella contemporaneità, con l'emergenza terrorismo internazionale, è apparso ed appare sempre più dicotomico ed inconciliabile.

E' quanto si può desumere dalla strategia normativa, raffigurante una sorta di "climax repressivo", messa a punto negli Stati Uniti dopo l'11 settembre e che, inevitabilmente, ha segnato una svolta decisiva per l'istituzione di una sorta di stato di eccezione globale per la salvaguardia degli ordinamenti democratici occidentali. Tale strategia⁸⁶ si è articolata in tre momenti essenziali: in primo luogo si è provveduto a concentrare ogni potere decisionale relativo alla ingaggiata guerra al terrorismo nelle mani del potere esecutivo; si è poi proceduto a sottrarre i sospetti terroristi alle tutele della legislazione non solo statunitense, ma anche internazionale;

⁸⁶ Per una ricostruzione dettagliata del legame tra Patriot Act e provvedimenti successivi e torture si veda C. SCIUTO, *Torture Act*, in *Micromega* 2004, p. 245 ss.

infine sono state stabilite le regole per gli interrogatori dei nemici combattenti o presunti tali.

Tappe fondamentali di questa strategia sono state l'approvazione della *Risoluzione Congiunta di "Autorizzazione all'uso della forza militare"* del 15 settembre 2001, con cui il Congresso degli Stati Uniti conferì al Presidente un uso incondizionato della forza contro le nazioni, le organizzazioni o le persone che egli stesso avesse ritenuto pericolose per la sicurezza della Nazione. Sulla scorta dei poteri così conferiti alla Casa Bianca nell'ottobre e nel novembre dello stesso anno venivano emanati i famigerati *Patriot Act*, con cui si modificarono radicalmente le norme sull'immigrazione e sulla detenzione al fine di "prevenire e punire atti di terrorismo negli Stati Uniti e nel mondo" e per rafforzare gli strumenti investigativi del governo⁸⁷, e il *Military Order* sulla "detenzione, trattamento e procedimento nei confronti dei non-cittadini nella guerra al terrorismo". Con tale documento furono istituite le Commissioni Militari speciali che da quel momento in poi si sarebbero occupate di svolgere i processi nei confronti di ogni "non-cittadino degli Stati Uniti", ritenuto tale a discrezionalità del Presidente.

⁸⁷ All'indomani dell'approvazione del Patriot Act sia negli USA che in Europa si aprì un intenso dibattito sulla centrale questione se si fosse potuto sacrificare diritti e libertà in nome della sicurezza nazionale – di cui si trova traccia sul sito della "Bill of Rights Committee", www.bordc.org/articles.htm; ad essere in pericolo si ritenne fossero le disposizioni del cd. Bill of Rights, cioè i diritti tutelati nei primi dieci emendamenti della Costituzione degli Stati Uniti: il primo, che garantisce la libertà di parola e di stampa, il quarto, che tutela contro perquisizioni e sequestri ingiustificati, e soprattutto il quinto, che stabilisce che nessuno può essere accusato di un crimine grave se non da una "grand jury" e che tutti hanno diritto al "giusto processo". Si è ritenuto che tutte queste garanzie fossero state conculcate dal Patriot Act.

Questi provvedimenti hanno fornito, tra l'altro, la possibilità di intercettare, registrare, utilizzare e condividere le comunicazioni telefoniche a fini giudiziari senza autorizzazione preventiva di un magistrato; l'obbligo per tutti gli operatori di internet di concedere informazioni confidenziali su semplice domanda delle forze di polizia e di sicurezza, senza l'autorizzazione di un magistrato; la possibilità dell'esecutivo di far giudicare i terroristi catturati da tribunali militari a porte chiuse, senza le garanzie usuali dei procedimenti giurisdizionali.

Ulteriore tappa fondamentale nella guerra incondizionata al terrorismo è stata la predisposizione di una serie di memorandum da parte dell'amministrazione Bush a partire dal dicembre del 2001, con cui venivano definiti lo status giuridico di "combattente nemico"- non prigioniero comune, né prigioniero di guerra- nei confronti del quale si decise non dovessero applicarsi le norme della Terza Convenzione di Ginevra⁸⁸, né la facoltà di ricorrere alle corti federali statunitensi per chiedere l'*habeas corpus*, che tutela dall'ingiusto arresto e detenzione.

Il mancato riconoscimento dello status di prigioniero di guerra ai combattenti nemici e l'impossibilità di applicare loro la Convenzione di Ginevra sul trattamento di prigionieri di guerra ha aperto la strada alle torture. Dal febbraio 2002 l'amministrazione Bush iniziò a preoccuparsi dei metodi di interrogatorio da usare con i detenuti, esordendo con i cosiddetti *Miranda Rights*⁸⁹, i diritti al silenzio e ad essere assistiti da un

⁸⁸

⁸⁹ Nella sentenza *Miranda v. Arizona* del 1966 la Corte Suprema sancì l'inutilizzabilità nel corso del processo delle informazioni ottenute in interrogatori in assenza degli avvocati,

avvocato: il dipartimento di giustizia, infatti, stabilì che le «affermazioni incriminanti possono essere ammesse nei procedimenti di fronte a Commissioni militari, anche se gli inquirenti non hanno rispettato le disposizioni dei *Miranda*». Nello stesso anno vennero messi a punto dall'ufficio legale del dipartimento di Giustizia due memoranda riguardanti le tecniche di interrogatorio da usare sui detenuti, in cui veniva delineato il sottile discrimine tra le "legittime" tecniche di interrogatorio e agli atti di tortura.

Nel frattempo si aprì negli Stati Uniti, per poi avere eco in Europa, un dibattito sull'ammissibilità, al (dichiarato) scopo della tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, non solo di norme che di fatto avessero comportato una compressione sempre maggiore della libertà dei singoli ma addirittura di metodi vessatori e strumenti coercitivi nella lotta al terrorismo internazionale: il supplizio ritorna così sulla scena, l'antica *indagatio veritatis per tormentum* si pone, al di là della istintiva repulsione, come scelta possibile, e come tale valutabile secondo un criterio di ponderazione tra i beni contrapposti della sicurezza e libertà collettive da un lato, e libertà e dignità individuali dall'altro.

E' quanto ha sostenuto, sulla base di note argomentazioni e slogan utilitaristici⁹⁰ della massima felicità possibile per il maggior numero di persone, e della massima sofferenza per il minimo numero, il noto

o comunque in "interrogatori non convenzionali"; naturalmente la statuizione di tale precedente costituì un forte deterrente alla tortura.

Con il documento del 2002 messo a punto dai consulenti legali dei dipartimenti della difesa e di giustizia del Presidente Bush venne di fatto eliminato questo deterrente.

⁹⁰ Dershowitz non è certo il primo autore a porsi il problema del ricorso a strumenti

professore e avvocato liberal Alan Dershowitz, che dal 2001 si è interrogato sull'opportunità di introdurre dei "torture warrants", dei mandati cioè che autorizzassero legalmente il ricorso a metodi di tortura dall'esito non letale, se necessario per estorcere informazioni idonee a prevenire la realizzazione di gravi attentati, e dunque a salvare vite umane.

Di fronte all'innegabile pericolo per la sopravvivenza collettiva e all'incombente minaccia alla sicurezza delle democrazie occidentali palesatisi drammaticamente dopo l'11 settembre, l'Autore ha sottolineato come la questione dell'utilizzo della tortura sia riemersa come serio argomento di dibattito; del resto, ha affermato, già «poco dopo la svolta segnata da quei tragici eventi, gli agenti dell'FBI cominciarono a far trapelare notizie in cui si lasciava intendere che avrebbero potuto essere costretti a fare ricorso alla tortura per far sì che alcuni detenuti, sospettati di complicità con il terrorismo di Al-Qaeda, fornissero informazioni necessarie per impedire il ripetersi di qualcosa del genere».

La tesi di Dershowitz, in particolare, ha scavato al fondo del sistema giuridico americano e ne ha rivelato, con sottile intento provocatorio, limiti e contraddizioni. L'Autore, infatti, si è in primo luogo interrogato se l'utilizzo di una forma di tortura non letale nei confronti di un sospetto terrorista, al fine di estorcergli informazioni su una strage imminente, si ponga in contraddizione con i principi dell'ordinamento statunitense, anche di natura pattizia. Quanto al quinto emendamento della Costituzione statunitense, che proibisce l'autoincriminazione forzata, tale norma implica senz'altro inammissibilità come prova *contra se* delle dichiarazioni autoincriminanti estorte tramite mezzi di tortura; tuttavia

«se ad un sospettato viene prima concessa l'immunità d'uso – ovvero un decreto giudiziario che annunci in anticipo che nulla di quello che l'imputato dice (né dei risultati che ne derivino) potrà essere usato contro di lui in un processo penale - e poi lo si sottopone a tortura per ottenere informazioni su un futuro attentato terroristico, il suo diritto contro l'autoincriminazione non è stato violato. Nè sarebbe stato violato il suo diritto ad essere esente da una "punizione crudele ed eccezionale", poiché nell'interpretazione corrente questa clausola dell'ottavo emendamento si applica esclusivamente alle punizioni successive alla condanna»⁹¹. I soli principi suscettibili di violazione sarebbero quindi quelli relativi ai diritti fondamentali del cittadino di cui al quinto e quattordicesimo emendamento, la cui duttilità consentirebbe, tuttavia, secondo Dershowitz, di affermare che «l'unico diritto fondamentale per un terrorista, sospettato di rifiutarsi di rivelare le informazioni necessarie ad impedire un attacco terroristico, è la richiesta di fondati elementi di prova e un certo grado di supervisione giudiziaria»⁹².

Quanto ai vincoli costituzionali derivanti dagli obblighi previsti dai trattati, le cui norme hanno valore di legge, le disposizioni della Convenzione di Ginevra contro la tortura e che non prevedono alcuna eccezione al riguardo, ha precisato l'avvocato liberal, sono state sì adottate dagli Stati Uniti, ma con la riserva di applicarne il contenuto nella sola

⁹¹ A. M. DERSHOWITZ, *Why terrorism works*, New Haven – London 2002, trad. it. per Carocci, Roma 2003, p. 128; le tesi sviluppate compiutamente dall'Autore nel saggio menzionato, in realtà erano già state espresse nell'articolo apparso l'8 novembre 2001 sul "Los Angeles time" intitolato "Is there a torturous road to justice?".

⁹² Ivi, p. 129.

misura e secondo le sole modalità compatibili con l'ottavo emendamento. Norma che dalla giurisprudenza è stata interpretata in modo da consentire l'uso della forza fisica per ottenere informazioni necessarie a salvare vite umane; «sicché, se gli Stati Uniti scegliessero di impiegare la tortura non letale nei casi più estremi, tecnicamente si può dire che la loro posizione rimarrebbe conforme agli obblighi previsti dalla firma nel trattato». Peraltro «le corti di giustizia americane normalmente respingono l'applicazione della Convenzione in rapporto alla tortura "mentale" o "psicologica" »⁹³.

In questa prospettiva la tortura sarebbe dunque giuridicamente legittima, ed anche di fronte al problema dirimente della sua legittimazione etica, l'Autore ha risposto con l'argomento utilitarista del male di pochi per l'interesse di molti, sostenendo l'impossibilità di «sottrarsi al difficile dilemma morale consistente nella scelta tra due mali inevitabili, negando la realtà del fatto che la tortura a volte funziona»⁹⁴. Del resto, ha sostenuto Dershowitz, «la semplice analisi dei costi e dei benefici derivanti dall'impiego di una tortura non letale»⁹⁵ sembra dare un esito

⁹³ Ivi, pp. 129- 130. Cfr. S. FRANCIS, *Son of New World Order*, in "Washington Times" del 24 ottobre 1990.

⁹⁴ Peraltro Dershowitz afferma che è proprio grazie agli esiti positivi che spesso offre la tortura in termini di impedimento di catastrofi di grande portata che «essa esiste ancora in molte parti del mondo e in nessuna regione dl mondo è stata completamente eliminata. Questo spiega perché il governo degli Stati Uniti talora "restituisce" dei terroristi sospetti a nazioni come l'Egitto e la Giordania, paesi i cui servizi segreti hanno stretti legami con la CIA ed in cui i terroristi possono essere sottoposti ai cd. interrogatori tattici».

⁹⁵ L'esclusivo utilizzo di forme di tortura non letali, ad esempio l'inserimento di aghi sottili sotto le unghie, semplificherebbe, secondo il noto avvocato liberal, di gran lunga il ragionamento a favore dell'uso della tortura per sventare attentati: «quale principio morale, infatti, potrebbe giustificare la pena di morte per l'assassino passato di una sola

assolutamente indiscutibile: è certamente meglio infliggere un dolore non letale ad un terrorista colpevole, il quale stia nascondendo delle informazioni necessarie a scongiurare un atto di terrorismo, che permettere la morte di un grande numero di vittime innocenti».

Il solo nodo da sciogliere sarebbe, allora, come garantire che il ricorso alla tortura non letale avvenga esclusivamente in casi estremi, senza innescare un pericoloso processo di progressiva erosione della libertà e dei diritti umani fondamentali. In primo luogo Dershowitz ha precisato che l'inflizione della tortura a fini investigativi dovrebbe essere limitata ai terroristi di cui sia stata accertata la colpevolezza. In secondo luogo, utilizzando il tipico argomento liberal addotto a sostegno delle campagne anti- proibizioniste, lo stesso ricorso moderato, normativamente e giurisdizionalmente disciplinato della tortura (attraverso lo strumento del mandato giudiziario), eviterebbe di precipitare lungo la china degli abusi. «Il vero problema, quindi, non sta nel chiedersi se una qualche tortura venga usata o no nel caso dell'attentato imminente – usata lo è comunque. La questione, allora, è se la si debba usare apertamente, in conformità di una procedura legale stabilita in precedenza, oppure se la si debba usare in segreto, violando la legislazione esistente». Un aut-aut risolto dall'Autore con il richiamo alla responsabilità pubblica e alla trasparenza, valori imprescindibili di una democrazia, che renderebbero facilmente dirimibile il dilemma tra la necessità di preservare l'esistenza stessa dello stato e la salvaguardia dei diritti e delle libertà individuali, a favore del primo valore (quello della sicurezza e dell'incolumità collettiva).

persona ma, al tempo stesso, condannare la tortura non letale volta ad impedire un eccidio di massa futuro? »(ivi, p. 140).

Ed a dimostrazione di come la tortura, pur formalmente proibita, sia stata comunque utilizzata nella lotta al terrorismo, il 29 aprile 2004 la televisione *Cbs* mandò in onda le prime immagini dei maltrattamenti e delle torture subite dai detenuti nella prigione di Abu Graib da parte dei soldati americani. Le foto, che fecero il giro del mondo, hanno mostrato prigionieri nudi, incappucciati, con fili elettrici attaccati al corpo, “piramidi umane” fatte dai corpi nudi dei detenuti, prigionieri tenuti al guinzaglio come cani. In tutte le immagini, quasi immancabilmente, facce sorridenti di soldati e soldatesse americani che indicano le parti intime dei detenuti o alzano il pollice in segno di soddisfazione. Il 21 maggio dello stesso anno il *Washington Post* pubblicò alcuni brani di testimonianze dirette di prigionieri di Abu Graib, i quali descrivevano nei dettagli quello che le foto, pur raccapriccianti, non erano riuscite a mostrare: umiliazioni sessuali, sodomizzazioni, stupri (anche di minori), offese, minacce, percosse, costrizioni a rimanere in posizioni dolorose per lunghe ore, privazione del sonno, esposizione prolungata a musica ad alto volume e luce intensa.⁹⁶ Lo scandalo di Abu Graib accese poi i riflettori anche sul trattamento dei prigionieri nella base americana di Guantanamo a Cuba, in cui erano e tuttora sono detenuti i nemici combattenti sottratti alle garanzie della Convenzione di Ginevra sui prigionieri di guerra.

La miope e forsennata ricerca di sicurezza aveva dunque costituito il salvacondotto per la commissione di crimini ed atrocità, la lotta al

⁹⁶ Per una più analitica descrizione delle torture perpetrate nei confronti di sospetti terroristi nella prigione di Abu Graib si veda il saggio curato ed edito da Amnesty International nel 2004 “*Abu Graib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate sulle torture in Iraq*”.

terrorismo il pretesto per giustificare l'erosione dei diritti e della dignità individuali.

Viene da domandarsi, allora, quale orientamento abbiano espresso gli organi giurisdizionali americani dinanzi a tale scempio dei più elementari diritti umani – seppure gli improbabili destinatari fossero stati bollati come nemici combattenti e dunque non persone.

Non è pensabile in questa sede una esaustiva disamina della giurisprudenza delle Corti americane.

Non si può tuttavia non registrare come la giurisprudenza delle corti americane successiva a *Ground Zero* abbia progressivamente attenuato il livello di garanzie previsto dai *Miranda Warnings*, dichiarando che l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese *on torture evidence* deve essere valutata, in relazione al profilo della volontarietà, bilanciando tutte le circostanze del caso, ovvero, addirittura, che in relazione a procedimenti relativi al terrorismo internazionale i principi statuiti dai *Miranda Warnings* non devono applicarsi⁹⁷.

Un altro orientamento giurisprudenziale ha affermato che l'applicabilità delle garanzie del quinto emendamento (che proibisce l'autoincriminazione forzata) è subordinata – in relazione ai processi per terrorismo – alla circostanza che agenti americani abbiano partecipato ad interrogatori di stranieri svoltisi oltremare e che l'omissione della lettura dei *Miranda Warnings* non osta all'utilizzabilità delle dichiarazioni rese *on*

⁹⁷ *United States v. Bin Laden*, in *F. Suppl. 2d*, SDNY, 2001, v. 132, 162.

*torture evidence*⁹⁸. L'orientamento prevalente ha inoltre sancito l'utilizzabilità delle dichiarazioni estorte sotto tortura qualora gli agenti americani non siano stati coinvolti attivamente nelle pratiche illecite⁹⁹.

Meritano inoltre menzione tre casi giudiziari di cui in questi anni la Corte Suprema si è occupata¹⁰⁰: ci si riferisce alle vicende giudiziarie *Hamid v. Rumsfeld*, *Rumsfeld v. Padilla* e *Rasul v. Bush* (quest'ultimo riunito con *Al Odah v. United States*).

I primi due hanno coinvolto cittadini americani detenuti in basi militari su territorio statunitense; il terzo stranieri detenuti nella base americana di Guantanamo a Cuba. Tutti e tre sono pervenuti alla Corte Suprema attraverso una *petition for writ of certiorari*, attraverso cui la parte soccombente aveva chiesto alla Corte di rivedere la decisione presa da una giurisdizione inferiore.

In *Hamid v. Rumsfeld* risultava coinvolto un cittadino statunitense, Yaser Esam Hamid, catturato nel 2001 in Afghanistan dalle forze armate statunitensi impegnate contro le milizie talebane. Sin dalla cattura Hamid era rimasto detenuto senza la possibilità di assistenza legale in quanto l'amministrazione lo aveva dichiarato "nemico combattente". Hamid,

⁹⁸ Cfr. F. RESTA, *Choices among evils*, cit., p.855-856.

⁹⁹ In particolare, vds. *United States v. Yousef*, in *F. 3d, 2 nd Cir.* 2003, vol. 327, 126, caso nel quale l'imputato ha dichiarato di essere stato torturato dalla polizia filippina ed in seguito sottoposto a pratiche di coercizione psicologica da agenti americani durante la *rendition* verso gli USA, ma la corte ha valutato unicamente quest'ultima condotta come ostativa all'utilizzazione delle dichiarazioni rese *on torture evidence*.

¹⁰⁰ Cfr. F. LANCHESTER, *La Corte Suprema e l'emergenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/lanchester.it.

invece, aveva sostenuto di essersi recato in Afganistan nell'ambito di un progetto di cooperazione umanitaria e pertanto non accettava la qualifica di "nemico combattente" e contestava la legittimità della detenzione cui era soggetto.

La Corte distrettuale aveva chiesto che l'amministrazione producesse le prove della qualifica di "nemico combattente", non ritenendo sufficiente la mera dichiarazione di tale status da parte di un funzionario della difesa, la quale era stata prodotta dinanzi alla corte di Circuito. La Fourth Circuit Court aveva, invece, stabilito che benché Hamid fosse legittimato – in quanto cittadino statunitense – a richiedere la procedura di habeas corpus, ciò non comportava il diritto di verificare davanti ad una corte le ragioni fattuali della sua classificazione come "nemico combattente"; inoltre aveva sostenuto che i war powers attribuiti al governo legittimavano la detenzione del detenuto senza accesso ad un difensore.

In questo specifico caso la Corte Suprema avrebbe dovuto stabilire se la Costituzione permettesse la detenzione indefinita nelle mani delle Forze armate da parte dei funzionari dell'Esecutivo di un cittadino statunitense senza alcuna garanzia giuridica sulla base elusiva della cattura in un teatro di guerra e sulla base di una semplice dichiarazione dell'esecutivo che lo definisse "nemico combattente".

Nel caso *Rumsfeld v. Padilla* José Padilla, cittadino statunitense, era stato invece arrestato all'aeroporto di Chicago dall'FBI nell'ambito dell'inchiesta sugli attentati dell'11 settembre. Sulla scorta di un Order firmato dal Presidente il Padilla era stato qualificato "nemico combattente" e della sua detenzione era stato incaricato il segretario di Stato Rumsfeld che lo aveva trasferito nella base navale di Charleston. La Corte di distretto, dopo aver

statuito la propria giurisdizione sul caso, aveva asseverato l'autorità del Presidente attribuitagli dalla Costituzione e dalle leggi di dichiarare cittadini americani "nemici combattenti" e pertanto di detenerli. La Corte Suprema avrebbe dovuto dunque decidere se il Presidente fosse legittimato o meno a trattenere un cittadino americano negli USA dichiarato "nemico combattente".

Il terzo ed ultimo caso *Rasul v. Bush* e *Al Odah v. United States* coinvolgeva alcuni stranieri detenuti nella base navale di Guantanamo, nei confronti dei quali la Corte distrettuale investita del caso aveva dichiarato la sua incompetenza, in quanto nessuna corte statunitense avrebbe potuto pronunciarsi sulla costituzionalità e legalità della detenzione, dal momento che trattava di stranieri catturati e detenuti all'estero, in quanto il solo controllo militare della base di Guantanamo non faceva della stessa territorio statunitense.

Relativamente al caso Hamid – che aveva peraltro suscitato le maggiori attenzioni anche da parte dei costituzionalisti americani¹⁰¹ – la Corte Suprema stabilì che, quantunque il Congresso avesse autorizzato la detenzione di combattenti, nella situazione sottoposta alla sua cognizione il *due process* richiedeva che ad un cittadino statunitense, pur trattenuto come nemico combattente, dovesse essere concessa la possibilità di contestare le basi fattuali della detenzione davanti ad un giudice terzo. Il giudice O'Connor, redattrice della sentenza, sull'interrogativo se

¹⁰¹ Cfr. in proposito T. M. FRANCK, *Criminals, Combatants, or what? An Examination of the role of law in responding to the threat of terror*, in *The American Journal of International Law*, vol. 98, no. 4, (Oct. 2004), pp. 686-688, in cui l'Autore descrive dettagliatamente la portata ed i risvolti della "historic decision in the Hamdi case" della Corte Suprema.

l'Esecutivo avesse o meno autorità di detenere cittadini qualificati come "nemici combattenti" precisò che il Congresso aveva sì autorizzato il Presidente all'uso della forza ed anche alla cattura di prigionieri, ma la detenzione non poteva essere indefinita. La O'Connor affermò inoltre nella sentenza che la Corte, «pur valutando le esigenze di sicurezza, riafferma oggi il diritto di un cittadino americano di non essere forzatamente ristretto dal proprio governo senza *due process of law*» e che il bilanciamento dei valori costituzionali imponeva che, proprio nei momenti di emergenza, venissero preservati gli standard procedurali attraverso una verifica incisiva, «al fine di preservare la fiducia in patria per i valori per cui stiamo combattendo all'estero».

Di qui la possibilità e la necessità che la separazione dei poteri non precludesse assolutamente alla Corte di effettuare una verifica sull'azione dell'Esecutivo, poiché « uno stato di guerra non è un assegno in bianco per il Presidente quando coinvolge il diritto di un cittadino»¹⁰².

Con riguardo agli altri due casi, nel secondo la Corte non volle affrontare il quesito principale se il Presidente potesse trattenere un cittadino americano dichiarato "nemico combattente" ma affermò sul punto la giurisdizione della *District Court of South Carolina*, nel cui territorio si trovava la base navale in cui Padilla era detenuto. E' interessante registrare come la *dissenting opinion* del giudice Stevens avesse stigmatizzato questa "prudenza" procedurale, riallacciandosi ai valori posti in essere dalla sentenza del caso Hamid.

¹⁰² Sulla portata di queste dichiarazioni si veda D. COLE – V. DINH, *Guantanamo: democrazia e non- persone*, in *Micromega* 2004, pp. 231-244.

Infine, in *Rasul v. Bush* asserì la giurisdizione della *District Court* sulla richiesta dei ricorrenti, di modo che anche gli stranieri detenuti in custodia militare fossero legittimati a ricorrere.

Come è ovvio, l'analisi sin qui fatta è molto sintetica e non tiene conto delle ampie discussioni operate nel corso dei giudizi di livello inferiore e delle varie opinioni formulate dai giudici della Corte Suprema.

Essa evidenzia, tuttavia, la necessità avvertita negli Stati Uniti di interrogarsi se i principi e le garanzie -ad essi sottese- su cui si fonda lo Stato di diritto possano essere limitati o addirittura conculcati in situazioni di emergenza quale quella del terrorismo internazionale.

Della possibilità di fondare «la convivenza democratica su un compromesso tra stato di diritto e sicurezza nazionale»¹⁰³ si è discusso molto e con toni spesso accesi anche nel nostro Paese.

In particolare ci si è domandati se, in nome della necessità salvifica dell'ordinamento, si possa ammettere «l'esistenza di una "zona grigia" a cavallo tra legalità ed illegalità, dove gli operatori della sicurezza possano agire per sventare le minacce più gravi», perché «lo stato di diritto» non è «una specie di feticcio davanti a cui ci si dovrebbe solo inchinare acriticamente», bensì «è solo uno strumento, altamente imperfetto, che serve a regolare i rapporti entro la comunità democratica in condizioni di normalità. Uno strumento che fallisce quando scatta l'emergenza»¹⁰⁴.

¹⁰³ Cfr. A. PANEBIANCO, *Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario*, in *Corriere della Sera* del 13 agosto 2006, p.1.

¹⁰⁴ Ivi, p. 11.

Considerazioni, queste, che sono state sviluppate prendendo spunto dall'ipotesi, già ravvisata da Dershowitz, di un grande attentato con migliaia e migliaia di vittime innocenti, sventato grazie alla confessione estorta tramite tortura.

Anche in Italia, dunque, a più di trent'anni dall'emergenza terrorismo nazionale che pure interrogò intellettuali, giuristi e strateghi sulla possibilità di utilizzare strumenti poco ortodossi per contrastare crimini e stragi efferati – da draconiani inasprimenti delle pene all'utilizzo di misure premiali disancorate dall'offesa tipica ed elargite solo a fronte di una collaborazione processuale, all'utilizzo della *indagatio veritatis per tormenta*¹⁰⁵ – la tortura torna ad essere considerata un proficuo strumento investigativo, utilizzabile per salvare lo stato di diritto e la stessa democrazia dal nemico.

Peraltro, dinanzi a tale ipotizzata soluzione, si è da più parti replicato che, premesso che la sicurezza è senza dubbio un bene fondamentale, altrettanto con certezza si può ritenere che non sia un «tema esclusivo. Altrimenti c'è il rischio i diritti e le garanzie diventino ostaggio della sicurezza»¹⁰⁶ e che i principi su cui si fonda uno stato di diritto siano tutt'altro che «chimere astratte o idealità vaporose, ma forze concretamente esistenti nella storia»¹⁰⁷. Ci si è in buona sostanza chiesti

¹⁰⁵ E' noto che, dinanzi alla discussa opportunità di legalizzare lo strumento della tortura per sconfiggere il terrorismo, il Generale Carlo Alberto dalla Chiesa emblematicamente affermò in quegli anni: "l'Italia può sopravvivere alla perdita di Aldo Moro, ma non all'introduzione della tortura".

¹⁰⁶ Così G. C. CASELLI, *Chi gioca con la tortura*, in *L'Unità* del 16 agosto 2006.

¹⁰⁷ La citazione è di C. MAGRIS, *Il peso dei Principi*, in *Corriere della Sera* del 14 agosto 2006.

«che razza di democrazia e di stato di diritto siano quelli che, per salvarsi, rinunciano ai loro fondamenti per adottare quelli del nemico che dicono di combattere, e che senso abbia cancellare la democrazia e lo stato di diritto per difenderli meglio»¹⁰⁸.

In realtà, dinanzi alla paventata possibilità di contemplare l'utilizzo della tortura per il pur nobile fine della difesa delle sedicenti democrazie occidentali dal pericolo incombente – purtroppo in alcuni casi divenuto concreto – minacciato dal nemico, non ci si può esimere dall'affermare, tuttavia, che “la democrazia si difende con la democrazia” e che questo slogan è tutt'altro che una formula vuota ed esclusivamente umanitaria. Dietro di esso, infatti, vi è molto più che un ottuso garantismo fine a se stesso: vi è il rispetto reale ed imprescindibile per la libertà e dignità dell'uomo, sia esso amico o nemico, innocente o delinquente, e vi è una importante esigenza di prevenzione generale. Infatti, solo in uno Stato che protegga in modo serio e senza scorciatoie i valori avvertiti come fondamentali dalla collettività, che punisca con le garanzie di un giusto processo e senza facili compromessi i crimini compiuti a tutti i livelli nella società, l'intero sistema normativo-giuridico può risultare comprensibile per i destinatari e fungere da guida al comportamento dei cittadini.

Dinanzi ad eventi, quali quelli messi in atto dal terrorismo internazionale che fortemente sconvolgono la coscienza democratica e suscitano considerevole allarme sociale, insomma, occorrerebbe che lo Stato, più drasticamente che mai, preservasse inalterati i valori su cui si fonda.

¹⁰⁸ M. TRAVAGLIO, *La tortura liberale*, in *L'Unità* del 15 agosto 2006.

In risposta agli attacchi alle proprie sicurezza e potenza indiscussa, invece, le democrazie occidentali hanno abbassato il grado ed il livello di civiltà giuridica.

Lo testimoniano i denunciati episodi di tortura e i numerosi e tristemente noti casi di voli e sparizioni segreti (le cd. *extra-ordinary renditions*), che esprimono in maniera significativa la costante e sistematica violazione di ogni norma, interna come di diritto internazionale, che sancisca il divieto assoluto di tortura, a difesa della libertà, della incolumità e prima ancora della dignità della persona , ma anche a tutela degli stessi principi fondativi dello stato di diritto.

Il fine della salvezza dello stato, dunque, non può mai giustificare i mezzi, tortura compresa.

A meno che non si ritenga affatto necessario il rispetto dei valori fondanti di una democrazia, ma importi elusivamente la mera difesa sociale contro la minaccia dei delitti, anche i più efferati. Salvo che non si concepisca l'idea di un diritto che persegua solo la *salus rei publicae*, costi quel che costi.

Qui, naturalmente, siamo sul terreno delle valutazioni e scelte in senso lato etico-politiche. Ma questo terreno è per l'appunto quello sul quale si misurano la forza e la maturità di una democrazia.

CAPITOLO II

PROSPETTIVE INTERNAZIONALI ED ULTRASTATALI DEL DIVIETO DI TORTURA

- 2.5 Lineamenti di diritto penale internazionale e divieto di tortura
- 2.6 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura: obblighi, organi e procedure di controllo
- 2.7 Il Protocollo opzionale alla Convenzione
- 2.8 Una norma consuetudinaria che vieta la tortura?
 - 2.5.3 La tortura come crimine internazionale (brevi precisazioni)
 - 2.5.4 La tortura come crimine di guerra crimine contro l'umanità: fonti pattizie e giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali
 - 2.6.1 L'istituzione della *International Criminal Court*: una tappa fondamentale per l'internazionalizzazione della giustizia penale
 - 2.6.2 (*Segue*): la tortura nello Statuto di Roma
 - 2.6.3 (*Segue*): il principio di complementarità come espressione di una dinamica di armonizzazione e l'adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma.
 - 2.6.4 (*Segue*): l'Unione europea sostiene l'*International Criminal Court*. La posizione comune 2003/444/PESC e l'Accordo di cooperazione e di assistenza tra la Corte penale internazionale e l'UE.

2.1 Lineamenti di diritto penale internazionale e divieto di tortura

La tortura, nonché ogni trattamento crudele, inumano o degradante, è vietata da numerosi accordi internazionali e, pertanto, va considerata a tutti gli effetti un crimine internazionale, ossia una violazione delle norme internazionali da cui discende la responsabilità penale degli autori individuali che l'hanno posta in essere.

Quel complesso di norme internazionali di natura pattizia ovvero consuetudinaria che hanno la funzione di definire e sanzionare i crimini internazionali, nonché di imporre agli Stati l'obbligo di processare e punire gli autori e di dettare le regole per l'instaurazione e lo svolgimento a livello internazionale dei relativi procedimenti penali - e oramai divenuto, per il suo livello di "penetrazione" nel diritto penale statale¹, una realtà che non può essere assolutamente ignorata² - è designato con differenti denominazioni, tra le quali "diritto penale internazionale", secondo una espressione assai diffusa, coniata ed inizialmente utilizzata soprattutto dagli internazionalisti, "diritto internazionale penale", o anche "diritto penale delle nazioni", "dei popoli", "delle genti" o simili.

¹ Cfr M. PISANI, *La 'penetrazione' del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Indice penale*, 1999, p. 5 ss, nonché M. VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali alle Commissioni verità e riconciliazione*, Torino 2000, p. 44. L'Autrice, peraltro, propone, in luogo della dizione "diritto internazionale penale", quella di "diritto criminale internazionale", spostando pertanto l'attenzione dal piano delle pene a quello delle violazioni, i crimini appunto.

² L. STORTONI, *Presentazione*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, cit., p. XII.

Peraltro, è stato osservato³, la questione dell'esatta denominazione da dare alla branca del diritto punitivo che comprende i *crimina iuris gentium* ed i crimini previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale è tutt'altro che (unicamente) terminologica, anche in considerazione della «necessità di tenere ben distinta la materia dei crimini internazionali da tutte quelle norme, di diritto per lo più interno e relativo a materie di vario genere (estradizione, condizione giuridica dello straniero, validità spaziale della legge penale, etc.), con cui ogni sistema penale nazionale disciplina i propri rapporti di coesistenza con altri sistemi penali nazionali e che, in quanto spesso 'collegate' ad obblighi assunti in sede internazionale, possono in effetti dar luogo a una qualche confusione sul piano sistematico».

Quella avente ad oggetto i *crimina iuris gentium* è una branca del diritto punitivo relativamente nuova ed assolutamente complessa (perciò stesso affascinante), in quanto «assai fluida ed incerta, alla continua ricerca di una propria identità dogmatica e "prigioniera" di una tensione continua tra l'obbligo di fedeltà ad alcuni capisaldi del diritto penale di derivazione illuministico-liberale (legalità dei reati e delle pene, diritto penale del "fatto", responsabilità penale personale, ecc.) e la necessità di tener conto delle proprie peculiarità (natura per lo più consuetudinaria o pattizia del diritto internazionale, particolare efferatezza dei crimini, commissione per lo più su vasta scala degli stessi, ecc.)»⁴.

³ M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano 2003, p. 11.

⁴ ID., Introduzione, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale. II Studi*, Torino 2007, p. XIV.

Orbene, nel tentativo di sistematizzazione (e, prima ancora, di denominazione!) di una materia così complessa e articolata (anche perché composta da fonti che si sovrappongono e concorrono tra di loro⁵, come in seguito si vedrà), nel dibattito giuridico italiano⁶ si è soliti distinguere il “diritto internazionale penale” dal “diritto penale internazionale”, alludendo con la prima espressione al diritto ed alle procedure atte alla repressione dei crimini internazionali ed, invece, utilizzando la seconda per definire quella pluralità di istituti in cui internazionale è la natura dei rapporti (estradizione, rogatorie, ecc)⁷. Pertanto, «al penalista ... “desideroso” di approfondire questa materia ma al tempo stesso “fedele” ai propri doveri di appartenenza, altro non resta che..., preso atto della pluralità di linguaggi utilizzati e della necessità di utilizzare un modulo comunicativo che sia il più coerente e chiaro possibile, ... operare una

⁵ Si è rilevato che tali fonti formano, più che una scala gerarchica, una “rete giuridica”, in cui sono ravvisabili plurimi nodi di collegamento ed intersezione. In proposito, L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. Pen.*, n. 1/2003, p.271; E. FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino 2000, p. 96 s.

⁶ Nei contributi di lingua inglese non si ritrova la dicotomia tra “diritto penale internazionale” e “diritto internazionale penale”. L'espressione *International Criminal Law* fa riferimento sia a quelle norme internazionali di carattere penale che sanciscono la responsabilità degli individui per crimini internazionali, sia a quelle disposizioni che regolano i rapporti caratterizzati da elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale.

⁷ Orientamento autorevolmente espresso, tra tutti, dal Prof. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, cit., pp. 11-12.

netta scelta di campo in favore dell'espressione "diritto internazionale penale"»⁸.

All'opposto, secondo altri anche insigni penalisti⁹ la disciplina giuridica in oggetto dovrebbe designarsi con l'espressione "diritto penale internazionale", «formula che, facendo seguire al sostantivo "diritto" l'aggettivo "penale", indica che si tratta di una materia che va approfondita compiutamente da chi coltivi lo studio degli istituti di diritto penale»¹⁰.

Peraltro, in tempi relativamente recenti, è stata autorevolmente avanzata la proposta di indicare con l'espressione "diritto penale internazionale" le norme di diritto internazionale che disciplinano la repressione dei *crimina iuris gentium* da parte di organi giurisdizionali internazionali o ultra-statali, e di indicare, invece, con l'espressione diritto penale extra-territoriale le norme di diritto interno aventi ad oggetto, sotto vari profili, i

⁸ M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, cit., pp. 11-12.

⁹ In tal senso si esprime M. CHERIF BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, e *Diritto penale internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, il quale, in quest'ultimo lavoro, sottolinea: «il diritto penale internazionale si può definire come l'insieme degli aspetti sostanziali e processuali penali del diritto internazionale e degli aspetti internazionali del diritto e della procedura penale dei singoli Stati. Di conseguenza, talvolta è chiamata "diritto penale internazionale", altre volte "diritto internazionale penale". Questa doppia nomenclatura ne rispecchia le due fonti principali, con tutto quello che comporta la differenza della natura e della metodologia delle diverse discipline...la complessità di questa materia ...deriva appunto dalla difficoltà di conciliare la diversità delle sue stesse fonti».

¹⁰ A. FIORELLA, *Introduzione*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale I. Casi e materiali*, Torino, 2006, pp. XII-XIII, il quale sottolinea come nello stesso senso si esprimano autorevolmente anche Pagliaro e, più recentemente, Marinucci e Dolcini.

rapporti dello Stato con i sistemi penali stranieri¹¹. Si tratta tuttavia di una proposta che, sebbene assai persuasiva perché in grado di conciliare le esigenze di chiarezza e di rigore sistematico, almeno fino ad ora non ha trovato seguito nella letteratura specialistica.

In verità, lo sforzo (che si traduce nell'imbarazzo) di operare una scelta terminologica adottando, tra le soluzioni contrapposte, quella che possa dirsi maggiormente convincente e sistematicamente corretta, rinviene la sua matrice nella problematicità di definire una materia relativamente nuova prima ancora di individuarne inequivocabilmente l'oggetto, o, comunque, di tracciarne in modo ben definito i contenuti ed i contorni, che tuttavia restano ancora per certi versi indefiniti ed ambigui¹².

Ciò premesso, va ulteriormente chiarito che ai fini dello studio della tortura come fenomeno e dato imprescindibile dell'esperienza giuridica internazionale ed ultra-statuale, poco conto assume la scelta tra l'una o l'altra opzione terminologica, posto che in tutti i casi la tortura indubitabilmente rappresenta un tema con il quale il nostro ordinamento è chiamato a confrontarsi.

¹¹ Si tratta della proposta formulata dal Prof. Pagliaro in occasione del convegno dell'ISISC sul tema "*Diritto penale internazionale: una nuova disciplina*", tenutosi a Siracusa nei giorni 7, 8 e 9 dicembre 2001.

¹² In tal senso appaiono condivisibili le considerazioni di M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale internazionale*, cit., pp. 495-496: «...A differenza del diritto penale interno, che mira alla certezza, il diritto penale internazionale spesso mira all'ambiguità, lascia spazi di incertezza, al fine di dare agli Stati un margine di flessibilità nell'esecuzione degli obblighi internazionali applicabili al diritto penale internazionale. Con ciò si dimostra sia la difficoltà di definire questa materia, sia di identificare una metodologia dotata di coerenza e di continuità, proprio perché esiste un elemento politico che non solo prevale sull'interesse giuridico, ma spesso lo prevarica».

Ebbene, a noi sembra l'espressione "diritto penale internazionale" più convincentemente attagliarsi alla branca del diritto in esame, posto che un sistema di regole come quello in oggetto (sebbene distinto sia dal diritto internazionale che dal diritto penale quanto a fonti, dinamiche operative e meccanismi di garanzia) costituisce prima di tutto materia penale, essendo pur sempre teleologicamente volto alla punizione di determinati individui mediante misure sanzionatorie limitative della libertà personale. Proprio tale caratteristica impone di confrontarsi, al pari di quanto avviene nel diritto penale statale, con i difficili equilibri tra esigenze di difesa sociale da un lato, e di salvaguardia delle garanzie individuali, dall'altro.

Al di là di tali premesse definitorie, la branca del diritto punitivo che comprende i *crimina iuris gentium*, si connota per alcune peculiarità. Innanzitutto per la sua formazione relativamente recente¹³: fino alla metà del XX secolo, infatti, annoverava i soli crimini di guerra, cui seguì, dopo la Seconda guerra mondiale, l'introduzione dei crimini contro l'umanità e contro la pace, del crimine di genocidio, infine, negli anni ottanta, della tortura come fattispecie criminosa autonoma.

Proprio per la sua formazione relativamente recente, il diritto internazionale penale si caratterizza per la sua elementarietà e per la profonda incertezza circa l'esatta individuazione degli elementi costitutivi dei crimini internazionali dallo stesso previsti.

Peraltro, proprio l'indeterminatezza della maggior parte delle norme penali di fonte internazionale ha sovente indotto i tribunali nazionali –

¹³ Sul punto, autorevolmente, M. CHERIF BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, cit., p. 9 ss.

mossi dall'esigenza di conferire ad esse un maggior grado di precisione giuridica – ora ad arricchirne ora a specificarne il contenuto. Di qui l'ulteriore peculiare importanza assegnata alla giurisprudenza dei tribunali nazionali, che hanno contribuito alla trasposizione, a livello di diritto internazionale penale consuetudinario, di norme o istituti giuridici propri del diritto penale sostanziale e processuale dei singoli stati.

Accanto alla giurisprudenza dei tribunali nazionali, nell'ambito di questa branca del diritto, assumono un ruolo fondamentale altresì le pronunce dei tribunali internazionali. Solo in linea di principio, infatti, le stesse non costituiscono di per sé una fonte del diritto internazionale penale, nemmeno a titolo di giudicato interno al medesimo tribunale. Formalmente, infatti esse possono valere soltanto come «strumenti a carattere sussidiario per la determinazione delle regole internazionali di diritto», secondo quanto stabilito dall'art 38(1)(d) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG). In realtà sono le caratteristiche proprie del diritto internazionale penale sin qui menzionate a conferire alle decisioni giurisprudenziali nazionali ed internazionali una «importanza cruciale, dal momento che esse possono contribuire non solo ad accertare se su una certa questione si sia sviluppata o meno una norma di diritto consuetudinario, ma anche ad individuare quale sia l'interpretazione più corretta delle disposizioni contenute nei trattati internazionali»¹⁴.

¹⁴ Così A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 45. Stante, dunque, l'indeterminatezza delle norme di diritto internazionale penale, il contributo degli organi giurisdizionali alla definizione del diritto – prassi normale dei paesi di *common law* – diventa di fondamentale importanza: tanto i giudici nazionali che quelli internazionali adempiono un ruolo straordinariamente importante nel definire, gradualmente, nozioni,

Pertanto, tra le fonti del diritto penale internazionale è possibile annoverare non solo gli statuti delle corti e dei tribunali internazionali ed i trattati internazionali (tra cui, per quel che ci interessa, la Convenzione del 1984 sulla tortura di cui si dirà tra breve), ma anche il diritto consuetudinario¹⁵, il ricorso al quale può rendersi necessario non solo per chiarire il contenuto delle disposizioni pattizie o per colmare eventuali lacune, ma anche allo scopo di individuare con esattezza i principi generali di diritto internazionale penale – laddove si debba far luogo alla loro applicazione.

Ancora, costituiscono fonti del diritto penale internazionale i principi generali dello stesso¹⁶, alla cui applicazione si è arrivati attraverso la graduale trasposizione, nel tempo, dai sistemi giuridici nazionali al sistema giuridico internazionale¹⁷, nonché i principi generali del diritto penale riconosciuti dalla comunità degli Stati, che possono essere ricavati

istituti o concetti giuridici di carattere generale, ovvero nell'esplicitare gli elementi costitutivi tipici dei crimini internazionali.

¹⁵ La natura per lo più consuetudinaria e pattizia del diritto internazionale penale è sottolineata anche in M. CATENACCI, *“Legalità” e “tipicità” del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, cit., p. 17.

¹⁶ Tra i principi del diritto internazionale penale è possibile annoverare il principio di legalità - con i suoi corollari della tassatività, del divieto di analogia, del divieto di applicazione retroattiva – il principio dell'interpretazione favorevole all'accusato, il principio della presunzione di innocenza, il principio della parità delle parti processuali e, più in generale, il cd. “giusto processo”.

¹⁷ Così, ad esempio, nella *sentenza Furundzija*, della quale tra breve si parlerà, trovarono applicazione tanto il principio generale del rispetto della dignità umana – interpretato come principio fondamentale del diritto internazionale umanitario e del diritto umanitario in generale – che il principio *nullum crimen sine lege*.

da un'indagine comparativistica dei principali sistemi giuridici del mondo¹⁸.

Infine, bisogna menzionare, tra i tratti specifici del diritto penale internazionale, il carattere di reciproca sussidiarietà con il diritto internazionale pubblico: nell'ipotesi infatti che siano perpetrati crimini internazionali (tortura compresa) non a titolo individuale ma per conto dello Stato, la loro commissione implicherà il sorgere di un duplice ordine di responsabilità, a carico dell'individuo – la quale ricade nell'ambito del diritto penale internazionale – ed a carico dello Stato – denominata "aggravata"- per conto del quale il singolo organo abbia agito, regolata dalle apposite norme internazionali previste in materia¹⁹.

Peraltro, occorre forse esplicitare, proprio dal carattere intrinsecamente punitivo del diritto penale internazionale – che, dunque, ha la funzione di proteggere la comunità internazionali dalle lesioni più gravi ai principi ed

¹⁸ E' bene precisare che quest'ultima fonte del diritto internazionale penale ha natura sussidiaria: il ricorso ad essa può essere fatto solo se quello ad altre fonti (trattati, consuetudine, principi generali del diritto internazionale, norme prodotte da fonti secondarie) si sia rivelato inutile.

Di grande rilievo, a tal proposito, è il fatto che l'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale - che indica una serie di criteri interpretativi cui la Corte deve fare riferimento nei casi "dubbi" – faccia espresso riferimento ai "principi di diritto ricavabili dai sistemi giuridici del mondo", la cui comparazione diventa così una vera e propria tecnica interpretativa aggiuntiva rispetto a quelle (letterale, sistematica, teleologica) oggi comunemente utilizzate (sul punto M. CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, cit., p. 21ss)

¹⁹ Peraltro, all'interno della comunità internazionale, la tendenza più recente sembrerebbe quella di preferire la prima categoria di responsabilità alla seconda. Una scelta, questa, comprensibilmente motivata da considerazioni di natura politica, ed, in particolare, dalla inclinazione degli Stati ad evitare di invocare la responsabilità aggravata degli altri.

ai valori su cui si fonda – discende la particolare attenzione conferita al principio di legalità.

Tale principio è stato per così dire “codificato” all’art. 22 dello Statuto della Corte penale internazionale del 1998. In particolare questa disposizione avrebbe accolto²⁰, seppur con qualche adattamento, una concezione della legalità tendenzialmente analoga a quella degli ordinamenti di *civil law*, e dunque non solo nell’accezione di divieto di retroattività, ma anche in quella più rigorosa di tipicità del reato, con due significativi corollari: in primo luogo, nell’accertamento delle responsabilità penali anche i giudici della Corte penale internazionale saranno tenuti a procedere secondo un giudizio di conformità (sussumibilità) dei fatti oggetto del giudizio al “tipo”; in secondo luogo – e sarebbe questo l’aspetto più discusso e sul quale ci sono maggiori divergenze tra internazionalisti e penalisti - a quegli stessi giudici non sarà consentito, se non laddove la stessa disposizione legislativa

²⁰ Si riportano, di seguito (seppure in sintesi), le condivisibili considerazioni sulle garanzie del principio del *nullum crimen sine lege* (così come accolto nello Statuto di Roma) e le esigenze repressive della giustizia internazionale penale esposte dal prof. Mauro Catenacci nella relazione illustrata al Convegno del 24 e 25 novembre 2006 svolto a Firenze dal titolo “Giustizia penale internazionale e garanzie fondamentali”, il quale, in quella occasione, ebbe a sottolineare come il principio di legalità, così come accolto nello Statuto della Corte penale internazionale, rappresenti una scelta discutibile per alcuni, perfettibile a Suo parere, specie se vista dagli “occhi del penalista forse troppo abituato a confrontarsi con una realtà ordinamentale, come quella statuale, più rassicurante”. Lo stesso Professore già precedentemente nel suo lavoro “Legalità e ‘tipicità del reato’ nello Statuto della Corte penale internazionale”, cit, aveva espresso la convinzione di come le scelte operate dallo Statuto di Roma rispetto al principio di legalità rappresentino un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze della giustizia penale internazionale e quelle di garanzia del singolo e delle sovranità statuali.

eccezionalmente lo consenta o lo imponga, un ricorso “*preater legem*” (ossia a fonti diverse dallo Statuto)²¹.

Peraltro è stato sottolineato²² come questo meccanismo di stretta legalità e tipicità delineato nello Statuto di Roma sia perfettamente coerente con il principio ex art. 17 di sussidiarietà (o di complementarietà) dell’intervento della Corte - che vedrebbe limitata la sua giurisdizione ad un *numerus clausus* di crimini internazionali - nonché con l’esigenza di stabilità del sistema dei rapporti tra la Corte e gli Stati e con un diritto alla difesa effettivo, così come codificato nelle Convenzioni internazionali sui diritti dell’uomo.

Quanto espressamente al divieto di tortura, è enunciato in numerosi accordi internazionali sui diritti umani, stipulati sia a livello universale che regionale.

In particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, in risposta ai “barbari atti che avevano oltraggiato la coscienza del genere umano”, all’art 5 enuncia: «Nessun individuo potrà essere soggetto a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, inumani o degradanti» e le quattro Convenzioni di Ginevra relative al diritto internazionale

²¹ Sarebbe questa la coraggiosa e significativa novità introdotta dallo Statuto di Roma rispetto agli statuti degli altri tribunali internazionali, nei quali era stata sperimentata la possibilità di attingere a fonti extra statutarie.

²² Sono ancora queste le considerazioni esposte dal prof. Mauro Catenacci nella relazione illustrata al Convegno del 24 e 25 novembre 2006 svolto a Firenze dal titolo “*Giustizia penale internazionale e garanzie fondamentali*”, cui già precedentemente si è fatto riferimento.

umanitario applicabile ai conflitti armati, proibiscono all'art. 3 «il trattamento crudele e la tortura di persone che non prendono parte alle attività ostili» e vietano altresì «gli oltraggi alla dignità personale e in particolare il trattamento umiliante o degradante». Inoltre, ai sensi dell'art. 99 della III Convenzione di Ginevra, «nessuna coercizione morale e fisica può essere esercitata su un prigioniero di guerra allo scopo di indurlo ad ammettere di essere colpevole dell'atto del quale è accusato».

Nel 1966 il divieto di tortura fu inserito nel Patto internazionale sui diritti civili e politici che, all'art. 7, recita: «nessuno dovrà essere soggetto a tortura o ad altro trattamento o pena crudele, inumano o degradante». Divieto che non ammette alcuna deroga: all'art. 4, infatti, si esclude che, anche nei casi di «pubblico pericolo eccezionale che minacci l'esistenza della Nazione e venga proclamato con atto ufficiale», gli Stati parte possano contravvenire al divieto di tortura. L'inderogabilità della disposizione, peraltro, è stata ribadita dal Comitato dei diritti dell'uomo che ha riaffermato la *peremptory nature* del divieto in questione nel commento generale del 31 agosto 2001²³.

Questo significa che a livello internazionale, nel bilanciamento tra i valori della sicurezza dello Stato, da un lato, e del diritto a non essere sottoposti a tortura, dall'altro, si è optato per la tutela di quest'ultimo²⁴ (ammesso –

²³ U.N. *Internazionale Covenant on Civil and Political Right, General Comment No. 29 (States of emergency, art. 4)*, CCPIR/C/21/Rev1/Add11.

²⁴ Anche la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 5 novembre 1950 e di cui l'Italia è parte - come più si dirà in seguito - enuncia il divieto di tortura all'art 3, disposizione che, peraltro, fa parte del cosiddetto "nocciolo duro" della Convenzione, in quanto non può essere derogata neppure in caso

s'intende- che si tratti di valori inconciliabili tra loro) e che gli Stati parte di tali convenzioni che optano per una scelta differente sul piano interno commettono un illecito internazionale

La proibizione della tortura è stata inoltre oggetto di una specifica risoluzione adottata dall'Assemblea generale il 9 dicembre 1975, la "Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura ed altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti", che, oltre a statuire il divieto assoluto della tortura, ne fornisce all'art. 1 la definizione: "il termine tortura indica qualsiasi atto per il quale il dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, sono deliberatamente inflitte ad un individuo da parte di pubblici ufficiali o sotto loro istigazione, allo scopo di ottenere da esso o da un terzo informazioni o confessioni, di punirlo per un atto che ha commesso o che si sospetta abbia commesso, o allo scopo di intimidirlo o di intimidire altre persone".

La definizione offerta dalla Dichiarazione del 1975 è stata ripresa in gran parte nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altri trattamenti o pene crudeli, inumane e degradanti*, adottata con la Risoluzione del 10 dicembre 1984 n. 39/46.

Enunciano altresì il divieto di tortura l'art. 2 della Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura del 9 dicembre 1985; il Preambolo della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e trattamenti o pene inumani e degradanti del 26

di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (art. 15, paragrafi 1 e 2).

novembre del 1987; l'art. 37(a) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989; la Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sui principi fondamentali sul trattamento dei detenuti del 14 dicembre 1990; gli articoli 2(b)(c) e 5(f) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia; gli articoli 3(f) e 4(a) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nel Ruanda; gli articoli 7(l)(k) e 8(2)(a) dello Statuto della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998.

2.2 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura: obblighi, organi e procedure di controllo

La Convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti è stata adottata il 10 dicembre 1984 con risoluzione 39/46 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

Questa Convenzione, di cui l'Italia è parte²⁵, enuncia, all'art. 1 la definizione di tortura, che si sostanzia in «ogni atto con il quale siano inflitti intenzionalmente dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, ad una persona», a meno che tali dolori o sofferenze «risultino unicamente da sanzioni legittime, o siano inerenti a tali sanzioni, o ad esse conseguenti». Inoltre, la norma stabilisce che gli atti di tortura devono essere inflitti per

²⁵ La ratifica è stata autorizzata con la legge del 3 novembre 1988 n. 498; la Convenzione è in vigore per l'Italia dall'11 febbraio 1989.

ottenere da una persona informazioni o confessioni, ovvero per punirla per un'azione che una persona o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, o per intimidire o esercitare pressioni su una persona o su di una terza persona, o ancora per qualsivoglia forma di discriminazione. Infine, è necessario che la tortura sia «inflitta da un pubblico ufficiale o qualsiasi altra persona che eserciti funzioni ufficiali, o su istigazione o con il suo consenso o la sua acquiescenza, espressa o tacita»²⁶.

E' stato osservato²⁷ come l'enunciazione contenuta nella norma contempli degli elementi, per così dire, costitutivi della tortura: il primo – una condotta consistente nell'inflizione di dolore o sofferenze gravi e che esaurisce la fattispecie oggettiva della tortura - sembra presentare notevoli difficoltà interpretative, dal momento che risulta assai difficoltoso misurare la sofferenza umana con criteri interamente oggettivi, dovendosi tener conto anche delle caratteristiche e delle condizioni di ciascuna vittima.

²⁶ La definizione dell'art. 1 ha ormai una portata generale che trascende l'ambito proprio della Convenzione del 1984. Tale effetto "extra-convenzionale" è stato confermato, tra l'altro, dal Tribunale per la ex-Iugoslavia nella sentenza relativa al *caso Furundzija* al termine di un'attenta ricognizione della proibizione sia nel diritto internazionale umanitario sia nelle norme internazionali sui diritti umani.

Ciò non esclude che, nell'ambito degli accordi regionali sui diritti umani o negli ordinamenti interni degli Stati, non possano trovare applicazione definizioni diverse della tortura, ancorché più ampie (ma non più restrittive) di questa.

²⁷ A. MARCHESI – A. GIANNELLI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO' (a cura di), *La tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, cit., p. 139 ss.

Si tratta, dunque, di una formula ampia e priva di riferimenti a comportamenti specifici, non avendo avuto successo né la posizione di chi avrebbe voluto “oggettivizzare” (e cristallizzare) l’ambito quantomeno della tortura mentale attraverso l’elencazione delle singole ipotesi di sofferenza non fisica²⁸, né alcune altre proposte di segno restrittivo²⁹

Peraltro la definizione appare di non facile intelligibilità ove si considerino certe forme di tortura moderna che si propongono di colpire l’integrità psichica e morale della vittima, di abbrutirne la personalità senza per questo provocarle necessariamente dolore o sofferenze (quantomeno visibili).

La questione della gravità delle sofferenze richieste perché vi sia tortura si è, per di più, posta a più riprese nella giurisprudenza internazionale e non si può dire che sia ancora risolta³⁰.

Va tenuto inoltre conto del fatto che l’elemento materiale della tortura è interpretato in maniera restrittiva nelle riserve apposte da alcuni Stati al

²⁸ E’ stata questa la posizione assunta dagli Stati Uniti in sede di negoziato, posizione che, come si dirà a breve, è stata in seguito riaffermata nell’ambito di un “*undersanding*” contenuto nella *resolution of ratification* relativa alla Convenzione.

²⁹ Secondo il delegato del Regno Unito, ad esempio, la sofferenza causata da un atto di tortura avrebbe dovuto essere “estreme” e non semplicemente “severe”.

³⁰ Si segnala in proposito l’interpretazione evolutiva della nozione di tortura accolta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza relativa al caso *Selmouni contro Francia*. Facendo riferimento alla soglia di gravità necessaria perché una violazione dell’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo sia qualificata come “tortura”, la Corte ha voluto precisare che la natura inevitabilmente relativa della valutazione si traduca nel carattere dinamico della nozione, tanto che fatti che un tempo (basti pensare alla sentenza *Irlanda contro Regno Unito* del 1979, di cui si dirà in seguito) sarebbero stati qualificati come meri trattamenti inumani, oggi sono da considerarsi tortura a tutti gli effetti.

momento della ratifica della Convenzione. Gli Stati Uniti, ad esempio, hanno scelto di elencare in maniera tassativa le forme di tortura mentale in relazione alle quali accettano di essere vincolati, escludendone altre. Altri stati, pur non apponendo riserve in ordine alla definizione convenzionale della tortura, hanno introdotto norme interne di attuazione della stessa che fanno riferimento a nozioni più limitate del fenomeno³¹.

Quanto all'elemento psicologico che deve connotare la condotta, la norma citata – che in larga misura riflette il contenuto del diritto consuetudinario vigente³² – richiede che la condotta sia realizzata “intenzionalmente”: non è cioè sufficiente che la condotta sia sorretta dalla volontà e assistita dalla consapevolezza del proprio operare nel mondo esterno, ma è necessario altresì che l'autore si sia rappresentato anticipatamente le conseguenze del proprio agire ed abbia messo in moto le energie causali in vista di quel fine previsto, con la consapevolezza di aggredire il bene tutelato dalla norma che vieta appunto la tortura.

L'articolo 1, inoltre, menziona, tra gli elementi costitutivi della tortura, anche la particolare finalità in vista della quale la stessa viene inflitta dall'autore, finalità che peraltro risulta particolarmente ampia, con l'effetto di escludere dal novero delle ipotesi di tortura i soli atti di crudeltà del tutto gratuita, cagionati senza alcuno scopo ulteriore oltre a quello di provocare sofferenze alla vittima.

³¹ A. MARCHESI – A. GIANNELLI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, cit., p. 146.

³² A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 162.

Inoltre, ai fini della configurabilità della tortura, occorre che vi sia il coinvolgimento di un apparato dello Stato, anche nella forma della mera acquiescenza; l'art. 1, infatti, presuppone che la tortura debba essere attuata "by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity": si dovrà vedere, in buona sostanza, quello che è stato definito "engagement of authority". Tuttavia, da una parte, è sufficiente un "engagement" di chiunque si trovi ad agire in una "official capacity" anche se sprovvisto della qualità di organo in base al diritto interno. Dall'altra, la partecipazione richiesta, oltre a quella della esecuzione materiale, potrà assumere le forme, decrescenti per intensità, dell'istigazione, del consenso, dell'acquiescenza³³. La previsione di quest'ultima ha, fra l'altro, per effetto quello di estendere l'applicabilità della Convenzione ai casi di maltrattamenti inflitti da "squadroni della morte" che operino con la semplice tolleranza delle autorità dello Stato sul cui territorio agiscono.

In definitiva, la nozione di tortura accolta nella Convenzione appare limitata a pratiche che siano inserite, in un modo o nell'altro, in una cornice di rapporti "verticali" tra autorità e individuo.

Infine, affinché si possa ravvisare un atto di tortura, è necessario che il dolore o le sofferenze non siano il risultato dell'applicazione di sanzioni lecite. Questa parte della definizione solleva una questione fondamentale: se per "*lawful sanctions*" s'intendono, come era chiaramente intenzione di alcuni Stati in fase di elaborazione della Convenzione, le sanzioni previste

³³ A. MARCHESI, op. cit., p. 989 ss.

dal diritto penale interno di ciascuno Stato parte, allora la Convenzione avrà come unico effetto quello di riconoscere e, per quanto possibile, garantire a livello internazionale il diritto a non subire torture negli stessi termini in cui questo è già riconosciuto dagli ordinamenti interni degli Stati parte. Sarà infatti sufficiente che uno Stato decida di non vietare una determinata prassi sanzionatoria perché la sanzione, per quanto crudele possa essere (si pensi alle amputazioni), sia esclusa dall'ambito della nozione convenzionale di tortura, con riferimento allo Stato le cui leggi la autorizzano. La situazione appare ancora più problematica quando, come avviene in talune riserve apposte alla Convenzione, la nozione di "sanzioni legittime" viene estesa oltre l'ambito delle sanzioni penali sino a comprendere l'insieme delle *law enforcement actions*.

L'alternativa si fonda sulla interpretazione dell'espressione "sanzioni lecite" quali "sanzioni consentite dal diritto internazionale". Il riferimento al diritto internazionale, che proibisce le punizioni e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti, avrebbe per effetto di ricondurre qualunque comportamento rientrante in tale nozione, se pur previsto nel diritto interno, nell'ambito di applicazione della Convenzione stessa.

Per quanto riguarda la portata dell'art. 1, è stato osservato come la nozione di tortura presa sin qui in esame, pur se formalmente applicabile unicamente agli effetti della Convenzione stessa, è divenuta un punto di riferimento che trascende lo strumento specifico di cui è parte. Lo ha confermato il Tribunale per la ex- Jugoslavia nella sentenza del *caso Furundzija*³⁴ al termine di un'attenta ricognizione della proibizione nel

³⁴ La sentenza è consultabile sul sito del tribunale per la ex-Jugoslavia, www.un.org/icty.

diritto internazionale umanitario e nelle norme sulla protezione dei diritti umani. Dopo aver premesso che un effetto extraconvenzionale può aversi nella misura in cui la definizione in questione codifica o contribuisce allo sviluppo o alla cristallizzazione nel diritto internazionale consuetudinario, il Tribunale ha esposto le ragioni per le quali un siffatto effetto si sarebbe prodotto nel caso di specie, ravvisabili nella corrispondenza tra nozione convenzionale e la definizione contenuta nella Dichiarazione sulla tortura della Nazioni Unite del 1975; nell'equivalenza sostanziale tra la definizione della Convenzione del 1984 e quella della Convenzione interamericana per la prevenzione e repressione della tortura; infine, nella circostanza che la medesima definizione sia in linea con la nozione di tortura applicata dagli organi internazionali di garanzia, quali lo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sulla tortura, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Comitato dei diritti umani.

Se la nozione di tortura contenuta nella Convenzione del 1984 ha ormai portata generale, ciò non esclude che, in ambiti più delimitati, quali gli accordi regionali sui diritti umani o il diritto interno, non possano trovare applicazione definizioni diverse, purché più ampie e non più restrittive.

Oltre a contenere una definizione di tortura, la Convenzione del 1984, all'art. 2, par. 1, obbliga gli Stati parte ad adottare tutte le misure

Anche nei casi *Delalic et al.* (TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza 16 novembre 1998, caso n. IT-96-21-A) e *Kunaracet al.* (TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza 10 dicembre 1998, caso n. IT-95-17/1-T) il tribunale internazionale per la ex-Iugoslavia ha precisato che "gli elementi costitutivi del crimine di tortura contenuti nella definizione della Convenzione del 1984 sono oggi accettati in via generale dall'intera comunità internazionale" (in proposito, A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 161-162).

legislative, amministrative, e giudiziarie o di altro tipo per prevenire la commissione di atti di tortura nel territorio sottoposto alla loro giurisdizione.

La stessa disposizione, al paragrafo 2, precisa che nessuna situazione di natura contingente, come un conflitto armato, l'instabilità politica interna, un'emergenza di carattere pubblico, possono essere invocate quali condizioni per giustificare la tortura.

Peraltro, recentemente il Comitato contro la tortura – istituito con la Convenzione stessa -con dichiarazione del 22 novembre 2001, in considerazione delle risposte approntate da taluni Paesi parte della Convenzione dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, ha ricordato agli Stati contraenti la natura assolutamente inderogabile della maggior parte degli obblighi derivanti dallo strumento patrizio, in particolare di quelli previsti dal citato articolo 2, dall'articolo 15, che vieta l'utilizzo come prova di confessioni estorte con la tortura e dall'articolo 16, che vieta trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti³⁵.

Il trattato, inoltre, precisa che le autorità governative nazionali non possono procedere alla espulsione o all'extradizione di un presunto criminale in un altro Stato, se sussistono seri motivi per ritenere che egli stesso possa divenire oggetto di tortura (art. 3 par. 1) ed obbliga (art. 4) a qualificare gli atti di tortura come illeciti penali e a punire i responsabili con pene appropriate che tengano conto del carattere grave di tale tipo di

³⁵ A. LANZI – T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. Dir. Internazionale*, 2004, fasc. 3., p. 688

illecito³⁶ ; all'articolo 5 impegna gli Stati parte ad esercitare la propria giurisdizione nei confronti di coloro che sono imputati di atti di tortura in tre differenti casi, vale a dire: se il reato è compiuto in un territorio sottoposto alla loro giurisdizione o a bordo di una nave o aeromobile da loro registrati; se l'imputato è un loro cittadino; se la vittima è un loro cittadino.

Altrettanto interessante è l'enunciazione del diritto di perseguire il presunto criminale quando si trovi nel territorio di uno Stato membro della Convenzione, da cui l'opzione di procedere alla celebrazione del processo in quello stato o la facoltà di garantire l'estradizione nello Stato nel quale egli ha commesso atti di tortura, secondo il principio "*aut dedere aut judicare*" (art. 8). Ancora, la possibilità di adottare la procedura di inchiesta internazionale, se vi sono attendibili informazioni circa la commissione sistematica di atti di tortura nel territorio di uno Stato parte della Convenzione.

La Convenzione, inoltre, - ed è questo un altro aspetto importante ed innovativo - prevede l'adozione di adeguate misure in materia, sia di carattere preventivo (dall'educazione alla diffusione di informazione nel settore della formazione del personale giudiziario, civile, militare, medico o, più in generale, correlato alle funzioni di custodia, di indagine e di

³⁶ Recita testualmente l'art. 4 della Convenzione: «1. Each State Party shall censure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature».

trattamento di individui sottoposti ad arresto, detenzione o reclusione), sia di carattere successivo (consistenti nella garanzia, all'interno del proprio sistema giuridico, per le vittime di azioni di tortura di una riparazione giusta ed adeguata, anche in correlazione al processo di riabilitazione che le vede coinvolte in prima persona).

Per assicurare la piena ed effettiva attuazione dei contenuti del trattato, la Convenzione ha istituito un apposito organo, il Comitato contro la tortura (CAT³⁷), i cui precipui compiti attengono all'azione di monitoraggio in ordine all'applicazione del disposto patrizio ed al supporto agli Stati parti contraenti affinché le misure in esso previste vengano effettivamente adottate.

Il CAT è composto da dieci esperti di alto valore morale e di accertata competenza in materia di diritti umani, in carica per quattro anni (art. 17). Tale organo possiede ampi poteri di esame ed investigazione al fine di garantire la piena realizzazione dei fini della Convenzione. Secondo l'articolo 19, in particolare, tale organo ha competenza ad esaminare i rapporti prodotti dagli Stati membri e ad esso inviati, ogni quattro anni, per il tramite del Segretario generale delle Nazioni Unite.

Gli Stati contraenti sono invitati a prendere parte alle sessioni del Comitato, a fornire informazioni e rispondere ai quesiti dallo stesso inoltrati riguardanti i rapporti prodotti.

Il CAT procede quindi alla elaborazione di commenti generali in merito ai rapporti, segnalando eventuali mancati adempimenti dal disposto

³⁷ Sui poteri e le procedure del CAT si veda più diffusamente C. ZANCHI', *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino 2001.

patrizio; questi commenti sono trasmessi allo Stato interessato e vengono inclusi nella relazione annuale sottoposta dal Comitato all'attenzione dell'Assemblea generale.

Sulla base dell'articolo 20 il CAT, qualora riceva informazioni attendibili e fondate sulla commissione sistematica di atti di tortura nel territorio di uno Stato parte, ha piena competenza per l'adozione di una procedura di carattere confidenziale e posta in essere con la collaborazione delle autorità governative interessate.

Il Comitato invita innanzitutto lo Stato ad esaminare le informazioni raccolte e ad inviare ulteriori osservazioni in merito; qualora vi siano prove sufficienti della sistematica violazione dei diritti umani mediante la commissione di atti di tortura, designa uno o più membri incaricati di svolgere un'indagine e li autorizza, ove fosse necessario, a compiere una visita nello Stato oggetto di tale inchiesta, con il consenso di quest'ultimo.

Il Comitato trasmette, infine, al governo dello Stato le sue conclusioni, aventi natura confidenziale³⁸, nelle quali sono altresì indicate le misure appropriate da adottare in relazione alle circostanze verificate.

Nell'articolo 21 viene, invece, descritta la procedura del ricorso in caso di controversia tra gli Stati contraenti, nell'ipotesi in cui uno di essi ritenga un altro responsabile di violazioni della Convenzione. In questa procedura, definita delle comunicazioni interstatali, il Comitato assume il

³⁸ Il CAT, pertanto, solo dopo aver consultato lo Stato interessato, può procedere alla elaborazione di un resoconto sommario da inserire nel rapporto annuale che è inviato all'Assemblea generale dell'ONU. Attraverso tale operazione le informazioni di natura confidenziale possono essere conosciute dall'intera comunità internazionale.

ruolo di mediatore tra le parti allo scopo di pervenire ad una soluzione amichevole; nel caso in cui questo non si realizzi, il Comitato predisponde un rapporto indirizzato all'attenzione del Segretario generale delle Nazioni Unite ed agli Stati interessati.

Accanto a questa procedura è prevista, altresì, la facoltà di inoltrare comunicazioni al CAT anche da parte di singoli individui che assumono di essere state vittime di tortura, sempre che lo Stato coinvolto abbia dichiarato di riconoscere tale specifica competenza del Comitato ai sensi dell'articolo 22. In tale procedura il CAT verifica preliminarmente l'ammissibilità del ricorso ed in caso positivo inizia l'esame nel merito, adoperandosi a svolgere indagini ed a raccogliere informazioni sul caso. Nel corso di tale procedura lo Stato può presentare al Comitato le sue osservazioni e le misure eventualmente adottate. comunica alle parti interessate.

2.3 Il Protocollo opzionale alla Convenzione

Il 9 gennaio 2003 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato, con risoluzione 57/199, un Protocollo opzionale aggiuntivo alla Convenzione. Il testo, risultato di accesi dibattiti e di un'elaborazione durata più di dieci anni³⁹, rinvia le sue matrici di politica legislativa

³⁹ Si vedano, in proposito, A. SACCUCCI (a cura di), *Verso i nuovi orizzonti della tutela preventiva della tortura*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, fasc. 7, pp. 917 ss. e R. TURRINI VITA, *Il*

nell'esigenza di prevedere un meccanismo nuovo, nell'ambito della Convenzione del 1984, che possa contribuire in maniera incisiva alla tutela delle persone sottoposte a misure detentive o restrittive della libertà personale negli Stati parte della Convenzione stessa, al fine di assicurare un efficace controllo del rispetto dei fondamentali diritti della persona proprio nei luoghi di detenzione.

Mentre, infatti, nel sistema previsto dalla Convenzione all'articolo 20, questo scopo si realizza solo nella forma di interventi ispettivi disposti *ex post*, ossia a seguito di circostanziate informazioni circa le violazioni avvenute in un determinato paese, la novità introdotta dal Protocollo⁴⁰ è, invece, ravvisabile nell'istituzione di un sistema di visite periodiche, previste *ex ante* ed effettuate da organismi nazionali ed internazionali, il cui fine non è repressivo, bensì preventivo, ossia rivolto all'accertamento che il trattamento delle persone detenute non sia contrario ai principi del diritto internazionale ed, in particolare, a quelli della Convenzione contro la tortura⁴¹.

Protocollo addizionale alla Convenzione ONU contro la tortura. Osservazioni procedurali e note critiche, in Rassegna penitenziaria e criminologia, 2002, fasc. 1-2, pp. 36 ss.

⁴⁰ Per un'attenta analisi delle disposizioni e delle novità del Protocollo si veda M. CARBONELLI, *Il Protocollo aggiuntivo alla convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2003, fasc. 1, p. 64 ss.

⁴¹ Per quanto riguarda la differenza tra "atti di tortura" e "pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti" occorre ricordare che mentre il termine tortura viene utilizzato per indicare pratiche violente e lesive dell'integrità fisica o psicologica della vittima, nella nozione di pena o trattamento crudele, inumano o degradante vengono fatte rientrare le sofferenze e le umiliazioni derivanti in particolare dal trattamento detentivo quando vissuto in strutture fatiscenti in cui non sia possibile soddisfare i bisogni primari relativi all'alimentazione, allo spazio vitale, alle visite, alla corrispondenza ed in generale al rispetto della dignità umana. Inoltre gli atti di tortura ex art. 1 della Convenzione, hanno,

In realtà infatti, già gli articoli 2 e 16 del trattato stabiliscono l'obbligo a carico degli Stati parti di prevenire gli atti di tortura e i trattamenti inumani e degradanti in ogni luogo posto sotto la propria giurisdizione ed il proprio controllo. Il Protocollo vuole altresì tradurre questa esigenza in termini concreti ed effettivi attraverso l'istituzione di un sistema di controllo che ne garantisca il rispetto.

L'articolo 1 enuncia a chiare lettere l'intento perseguito dal nuovo testo convenzionale, ossia di stabilire un sistema di *regular visits* nei luoghi di privazione della libertà personale, effettuate sia da organi interni sia da organi internazionali, entrambi composti da esperti indipendenti. Il meccanismo preventivo viene dunque articolato su due livelli: uno nazionale ed un altro internazionale.

Ogni Stato parte del Protocollo, dunque, dovrà istituire propri organi di controllo e consentire ad essi ed al Sottocomitato internazionale ispezioni e visite ad ogni luogo, sottoposto alla propria giurisdizione ed al proprio controllo, in cui vi siano persone private della libertà personale a seguito di una decisione delle stesse, o comunque in virtù del loro consenso, della loro istigazione o acquiescenza (art. 4).

Gli articoli 12 e 14 sanciscono, poi, in maniera più specifica, gli obblighi assunti dagli Stati che aderiscono al protocollo in relazione al Sottocomitato internazionale. L'art. 12, infatti, afferma che, al fine di rendere possibile l'esecuzione del suo mandato, gli Stati devono ricevere l'organismo internazionale nel proprio territorio e garantirgli l'accesso nei

come precedentemente detto, una finalizzazione tipica che manca nella nozione di trattamento crudele, inumano o degradante.

luoghi di detenzione, fornirgli le informazioni necessarie a valutare le varie situazioni, incoraggiare i contatti tra il Sottocomitato e gli organi nazionali di controllo, esaminare le raccomandazioni dallo stesso emesse all'esito delle visite.

L'art. 14, al primo comma, specifica che gli obblighi statali comprendono la garanzia dell'accesso illimitato ad ogni informazione sul numero dei detenuti, sul numero e la localizzazione dei luoghi di detenzione e sul trattamento e le condizioni delle persone ivi detenute; la garanzia dell'accesso illimitato ad ogni luogo di detenzione; la possibilità di dialogare con chiunque il Sottocomitato reputi necessari e, in particolare, con le persone sottoposte a misure detentive, anche senza testimoni e con l'aiuto di un interprete, la libertà di scegliere i luoghi da ispezionare e le persone con cui interloquire.

Il Sottocomitato stabilirà un programma di visite presso gli Stati che accetteranno gli obblighi convenzionali (art. 13) e notificherà loro tale programma, in modo che essi possano espletare per tempo tutte le formalità necessarie a rendere possibile l'ispezione e definirne le modalità logistiche.

L'articolo 14 al secondo comma, aggiunge che nessuno Stato potrà opporsi alla visita del Sottocomitato, mentre l'ispezione di un particolare luogo di detenzione potrà essere evitata solo in base ad urgenti ed ineludibili motivi legati alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza o gravi disordini che interessino quel particolare luogo di detenzione e ne sconsiglino temporaneamente l'accesso.

Per favorire la collaborazione con l'organismo internazionale, inoltre, l'articolo 15 sottolinea che nessuna autorità statale potrà imporre, o tollerare l'imposizione, di alcun provvedimento sanzionatorio contro persone o organizzazioni per il fatto che queste abbiano fornito informazioni, vere o false che risultino, al sottocomitato internazionale. Le raccomandazioni che quest'ultimo prenderà a seguito delle visite verranno comunicate, in modo confidenziale, allo Stato contraente interessato e agli organi del meccanismo di prevenzione nazionale. La pubblicazione di tale rapporto sarà possibile solo a richiesta dello Stato coinvolto nel controllo oppure, in base ad una decisione autonoma del Comitato contro la tortura, nel caso in cui tale Stato violi gli obblighi previsti dal protocollo.

Per quanto riguarda i rapporti tra il Sottocomitato e gli organismi di controllo nazionali, l'art. 11 afferma che il primo dovrà consigliare ed assistere, se necessario, gli Stati parti nella costituzione di tali organismi; mantenere con questi ultimi un contatto diretto e, se necessario, confidenziale, offrendo loro supporto e assistenza tecnica; assisterli nella valutazione degli strumenti dei mezzi da utilizzare per il miglioramento della tutela delle persone private della libertà personale contro la tortura e gli altri trattamenti inumani e degradanti; predisporre raccomandazioni ed osservazioni agli Stati parti in ordine al rafforzamento del meccanismo di controllo interno ed all'ampliamento delle sue competenze.

Quanto al meccanismo nazionale, il testo convenzionale prevede che gli Stati contraenti debbano mantenere, designare o istituire, entro un anno dall'entrata in vigore del testo patrizio, uno o più organi nazionali indipendenti il cui fine sia quello di prevenire la tortura e debbano garantirne la funzionalità.

In realtà il testo non arriva a determinare, nei particolari, la struttura, le competenze o i poteri di questi organi nazionali; tali aspetti, infatti, sono lasciati alla libera determinazione degli organi nazionali. Quello di cui il protocollo si preoccupa, è di sancire l'obbligatorietà di questo meccanismo nazionale e di indicarne le funzioni essenziali.

Scopo del sistema di prevenzione interno dovrebbe essere quello di costituire un meccanismo che si occupi stabilmente di assicurare la sorveglianza ed il controllo del trattamento riservato alle persone private della libertà personale nei luoghi di detenzione nazionali. Accanto al sottocomitato internazionale, il cui intervento e le cui visite non possono che essere episodiche e temporanee, il meccanismo nazionale assume dunque un ruolo di necessario completamento, nella prospettiva di garantire in maniera continua e costante un controllo preventivo della situazione presente nel territorio di ogni singolo Stato parte.

Del resto, la ragione della scelta di promuovere un *"two – pillar sistem"* è ravvisabile proprio nell'esigenza di assicurare nel modo più efficace ed efficiente possibile – anche attraverso meccanismi preventivi – il rispetto della Convenzione del 1984.

Per concludere l'esame del testo convenzionale, va sottolineata l'importanza, tra le disposizioni finali, degli articoli 25, 30, 31 e 32.

L'art. 25, in particolare, è stato oggetto di un acceso dibattito in sede di relazione del testo definitivo del Protocollo, in quanto pone a carico delle Nazioni Unite, e non degli Stati contraenti, i costi necessari per la costituzione ed il mantenimento del costituendo sottocomitato. Altre diatribe sono nate anche in relazione all'art. 30, che sancisce l'impossibilità

di apporre riserve, al momento dell'adesione al Protocollo, per gli Stati che intendano di divenirne parti, Gli artt. 31 e 32, infine, riguardano – ed anche queste ultime due disposizioni hanno suscitato vivaci contrasti – il coordinamento fra il sistema di controllo istituito dal protocollo e gli altri sistemi già operanti in ambito regionale o internazionale, nonché la necessità di promuovere la collaborazione fra gli organismi dei vari sistemi al fine di evitare un'inutile sovrapposizioni di compiti e funzioni.

2.4 Una norma consuetudinaria che vieta la tortura?

Molti autori ritengono ormai esistente in materia di tortura – al di là delle disposizioni pattizie – una norma internazionale non scritta⁴². I più fanno riferimento ad una norma consuetudinaria⁴³, alcuni ad un principio generale di diritto ⁴⁴, altri più in generale, al diritto internazionale

⁴² Come è stato osservato, l'utilizzo del singolare non esclude la possibilità che siano venute in essere più norme di diritto internazionale generale in materia di tortura (per una più ampia analisi di questo aspetto, A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. internazionale*, 1993, fasc. 4, pp. 979 ss.

⁴³ La natura consuetudinaria della proibizione della tortura è sostenuta dal Doering, *Rapporteur dell'Institut de droit international sul tema dell'estradizione*, secondo cui "l'interdiction de la torture est, à tout le moins, de droit coutumier" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol 60-II, 1983, p. 253); in termini pressoché identici LILICH (*Civil Rights*, in *Human Rights in International law* (a cura di Meron), Oxford, 1984, vol. I, p. 127).

⁴⁴ Della proibizione della tortura dal punto di vista dei "principi generali" si occupa, tra gli altri, M. C. BASSIOUNI, *An Appraisal of Torture in International law and practice. The need*

generale⁴⁵. Altri ancora utilizzano in proposito categorie quali “*gross violation*”, “*core right*” e simili⁴⁶, che sembrano indicare la convinzione dell’esistenza di una norma sulla tortura che trascende i singoli ambiti convenzionali. E una parte non insignificante di autori fa ricorso in questa materia allo *jus cogens*⁴⁷, mostrando di ritenere *a fortiori* che la tortura sia vietata dal diritto internazionale generale.

La maggior parte della dottrina è dunque orientata nel senso dell’esistenza di una norma generale sulla tortura, anche in ragione della prassi sviluppatasi in seno alle organizzazioni internazionali, in occasione sia dell’elaborazione di testi convenzionali, sia dell’adozione di atti non vincolanti.

Sul piano pattizio, come si è già detto, il divieto di tortura, oltre ad essere stabilito dalla Convenzione del 1984, è enunciato in tutti gli atti che costituiscono, nel loro insieme, la struttura portante della normativa internazionale in tema di diritti dell’uomo. Del resto, il consenso circa l’obiettivo di mettere fine a tale pratica è ampio e rappresentativo delle

for an International Convention to prevent and suppress torture, in *Revue int. de droit penal*, 1977, p.17ss.

⁴⁵ C. RODLEY (*The Treatment of prisoners under International law*, Paris- Oxford, 1987, p. 70) a conclusione della sua rassegna delle possibili fonti di una proibizione della tortura al di là degli ambiti pattizi esistenti, sostiene che “...it is safe to conclude that the prohibition is one of general international law, regardless of whether a particular state is party to treaty expressly containing the prohibition”.

⁴⁶ Secondo EL KOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droit de l’homme*, Dordrecht, 1986, p. 109, la proibizione della tortura farebbe parte di un “*minimum irréductible des droits de la personne humaine*”.

⁴⁷ EL KOUHENE, cit., D. DINSTEIN, *The International Bill of Rights*, New York, 1981, p. 122.

diverse aree geopolitiche. Lo confermano non solo le risoluzioni adottate in materia dall'Assemblea generale ma anche le numerose affermazioni fatte nel corso dei dibattiti che di queste hanno preceduto l'adozione. Ed è stato anche sottolineato⁴⁸ come il tempo relativamente breve intercorso tra l'apertura alla firma della Convenzione del 1984 e il raggiungimento del numero delle ratifiche necessarie per la sua entrata in vigore rappresenti un dato significativo.

Tutto ciò, è stato rilevato, non comporta necessariamente che sia venuta in esistenza una norma di diritto internazionale generale in materia. Anzi, se è vero che il ripetersi di una disposizione in più risoluzioni o convenzioni successive può far pensare che si sia formata una norma generale di contenuto analogo, è vero anche che l'esigenza di reiterare una tale disposizione in più strumenti pattizi potrebbe nascere proprio dalla constatazione della assenza di una norma generale, la cui presenza renderebbe superflua tale ripetizione..

Tuttavia, due ulteriori elementi sembrano rafforzare la tesi favorevole all'esistenza di una norma generale in materia di tortura. In primo luogo, la risoluzione 39/46 dell'Assemblea generale, con cui è stata adottata la Convenzione del 1984, indica chiaramente che fine della stessa Convenzione è di ottenere "a more effective implementation of the *existing* prohibition under international and national law of the practice of torture". Gli Stati che hanno approvato tale risoluzione avrebbero dunque ritenuto di contribuire a rafforzare una proibizione già esistente della tortura.

⁴⁸ A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, cit., p. 983.

In secondo luogo, sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di cui si dirà diffusamente in seguito) prevedono che l'applicazione della maggior parte delle proprie norme possa essere sospesa in caso di "pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione", ma escludono da questa possibilità poche norme il cui rispetto costituisce un obbligo inderogabile e comprendono fra queste la norma che contempla il diritto a non subire torture.

L'appartenenza di questo "minimum irréductible"⁴⁹, ovvero al ristretto gruppo di quei diritti che ricevono dai trattati una tutela maggiore, costituisce una indicazione importante allorché si debba stabilire quali fra i numerosi diritti individuali che ricevono una certa tutela convenzionale siano da ritenersi giuridicamente protetti, anche al di là di quest'ultima. Più precisamente, questo dato – ossia l'inderogabilità della regola in questione, insieme alla reiterazione nei principali trattati in difesa dei diritti umani – è stato ritenuto sintomatico dell'esistenza di una norma consuetudinaria, o che dir si voglia, che trascende l'accordo⁵⁰.

Quanto ipotizzato, peraltro, trova riscontro in talune "storiche" decisioni giurisprudenziali di tribunali nazionali statunitensi, come nella sentenza *Pinochet* o ancora in quella del caso *Filartiga*, nella quale una corte federale statunitense ha affermato che "il torturatore è divenuto *hostis humani*

⁴⁹ EL KOUHENE, op. cit., p. 108.

⁵⁰ A. MARCHESI, op. cit., p. 985.

Si veda, al riguardo, anche A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 160.

*generis*⁵¹, o nel caso *Tel- Oren*⁵², in cui il giudice Edwards, pur escludendo che il caso in esame rientrasse in tale fattispecie, ha asserito esplicitamente l'esistenza di una norma consuetudinaria sulla tortura, o, ancora, nel giudizio del caso *Forti v. Suarez- Mason* in cui la District Court per il Northern District of California non ha avuto dubbi nel sostenere "that official torture constitutes a cognizable violation of the law of nations under par. 1350" ed ha aggiunto: "This proscription is univarsal, obligatory and definable".

Oltre alla prassi statunitense, ai fini dell'individuazione di una norma consuetudinaria sulla tortura, vanno annoverate alcune tra le più importanti sentenze del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Iugoslavia (TPIJ), in particolare quella sul caso *Furundzija*, e della Corte

⁵¹ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980)..

L'importanza di tale decisione è sottolineata da due importanti studiosi americani della materia, BLUM e STEINHARDT (*Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: the alien tort claims act after Filartiga v. Pena-Irala*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1981, p. 53 ss), secondo cui "...courts applyng par. 1350 afret *Filartiga* will serve a constructive role in the formation of international lawitself. In finding thet the international norm against torture is sufficiently clear for pourposes of subject -matter of jurisdiction, the *Filartiga* court effectively contributed to the clarity of the law considered. Under generally accepted principles of legal interpretation, foreign and international tribunals may appropriately invoke the *Filartiga* decision as evidence of haw other state actors conceive the status of international norms proscribing torture, and by natural extension, other violations of core human rights".

⁵² *Tel-Oren v. Lybian Arab Republic*, 726 F. 2d 774 (1984).

europea dei diritti dell'uomo, in special modo quelle sui casi *Aksoy*⁵³ e *Selmouni*⁵⁴.

Anche la camera di prima istanza del TPIJ nel caso *Furundzija*, dopo aver ricordato i trattati in materia di diritti umani e le risoluzioni delle organizzazioni internazionali che vietano la tortura, ha precisato: "l'esistenza di questo corpus di norme generali e disposizioni convenzionali che vieta la tortura dimostra che la comunità internazionale, consapevole dell'importanza di mettere al bando un fenomeno criminale così odioso, ha deciso di eliminare ogni forma di tortura, agendo sia a livello di responsabilità del singolo Stato nei rapporti interstatali sia di responsabilità di singoli individui. Non sono stati lasciati margini per tentare scappatoie, espedienti, o quant'altro per sfuggire all'applicazione di una simile normativa"⁵⁵.

⁵³ *Aksoy v. Turkey*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 dicembre 1996, par. 62.

⁵⁴ *Selmouni v. France*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 luglio 1999, par. 96-105.

E' stato osservato come, se si esclude la prassi applicativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la prassi europea in materia di tortura è piuttosto scarsa. I casi estranei al sistema della Convenzione europea riguardano, da una parte, vicende che hanno preceduto l'entrata in vigore di tale trattato e, dall'altra, la materia dell'estradizione verso stati terzi. In quest'ultimo contesto, la natura non solo pattizia del divieto internazionale della tortura è stata affermata con particolare insistenza dai tribunali svizzeri che hanno fatto riferimento ad un principio generale di diritto internazionale (A. MARCHESI, op. cit., pp. 995-996).

⁵⁵ *Furundzija*, TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza 10 dicembre 1998 (caso n. IT-95-17/1T), par. 146.

Quanto al contenuto della norma di diritto internazionale generale sulla tortura - sebbene si sia osservato in proposito come da un esame comparato anche sommario della definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione del 1984 risulti essere più restrittiva di quelle proprie delle altre convenzioni⁵⁶- sembra poco probabile che la norma di diritto internazionale generale di cui si ipotizza l'esistenza possa essere riferita anche a fenomeni che sono stati deliberatamente esclusi dalla portata della definizione convenzionale.

Del resto, lo stesso *iter* formativo della Convenzione del 1984 sembra a tal fine particolarmente interessante. L'elaborazione di quest'ultima - che costituisce, lo ricordiamo, il primo atto internazionale interamente dedicato al problema della tortura - si è svolta nell'arco di diversi anni, nella commissione dei diritti umani e nell'Assemblea generale, ed ha visto partecipare attivamente e confrontarsi sulle questioni più controverse i delegati di numerosi Stati. Anche sulla scorta di tali osservazioni, dunque,

⁵⁶ Le differenze tra la nozione accolta nell'ambito di quest'ultima e le nozioni fatte proprie dalla prassi applicativa di trattati quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici riguardano, in particolare, l'aspetto delle finalità della condotta e quello della partecipazione di individui non organi di stato alla tortura nelle sue varie fasi. (oltre a quello relativo alla eccezione delle cosiddette "lawful sanctions"). Per quanto riguarda il primo aspetto, mentre né la giurisprudenza europea né la prassi del comitato dei diritti dell'uomo consentono di formulare una conclusione definitiva, la Convenzione del 1984 - come già visto - è esplicita nel richiedere, perché una condotta sia considerata tortura, che questa sia caratterizzata da un determinato scopo. Anche in relazione al secondo aspetto, la giurisprudenza europea e la prassi applicativa del Patto sui diritti civili e politici non consentono, allo stato attuale, di stabilire in modo certo se e in quale misura la tortura possa comprendere o meno azioni compiute dai privati. La Convenzione del 1984, dal canto suo, prevede il necessario coinvolgimento, anche se soltanto nelle forme del consenso o dell'acquiescenza, di un pubblico ufficiale o di altra persona che esercita una funzione pubblica.

è stato ritenuto che la norma consuetudinaria sulla tortura faccia riferimento ad una nozione non più ampia di quella contemplata dall'art. 1 della Convenzione del 1984.

2.5 La tortura come crimine internazionale (brevi precisazioni)

«I crimini internazionali sono quelle violazioni delle norme internazionali da cui discende la responsabilità penale dei loro autori individuali⁵⁷, in

⁵⁷ Il concetto di crimine internazionale è collegato ad una questione teorica assai dibattuta, soprattutto nella dottrina italiana, ossia quella della soggettività internazionale dell'individuo. In una prima accezione, infatti, la nozione di crimine internazionale descriverebbe un insieme di condotte che il diritto internazionale vieta e che, se poste in essere, danno luogo alla responsabilità penale internazionale dei loro autori. Il presupposto indispensabile di questa concezione, come è evidente, è che gli individui siano direttamente destinatari del precetto internazionale. Secondo un'altra accezione, invece, la nozione di crimini internazionali altro non indicherebbe che una serie di comportamenti nei confronti di quali gli stati hanno il potere (e in certi casi l'obbligo) di esercitare la propria potestà punitiva secondo le regole stabilite dai rispettivi ordinamenti. In questa seconda accezione, i destinatari delle norme internazionali sui crimini internazionali sarebbero dunque non gli individui, bensì gli Stati. Sebbene per lungo periodo gli studiosi della materia abbiano propenso per quest'ultima impostazione teorica, in epoca recente (a partire dagli anni novanta del secolo scorso) la creazione dapprima dei tribunali penali internazionali *ad hoc* successivamente della Corte penale internazionale - che procedono contro gli individui accusati di aver commesso uno dei crimini rientranti nei rispettivi ambiti di competenza materiale e che hanno prodotto una copiosa giurisprudenza in materia, contribuendo alla formazione di norme consuetudinarie di generale applicazione - appare più difficile contestare che le norme internazionali di taluni crimini internazionali si indirizzino direttamente agli individui, e che l'azione punitiva degli stati si configuri come un'attività esercitata in nome e per conto della comunità internazionale (si veda, in proposito, P. GAETA, *Crimini internazionali*, in *Dizionario di diritto pubblico*).

quanto opposta alla responsabilità dello Stato in nome o per conto del quale questi ultimi possono avere agito»⁵⁸.

Dall'analisi dei crimini internazionali emerge una serie di peculiarità che li connotano in generale: in primo luogo questa tipologia di crimini ha ad oggetto violazioni di norme di diritto internazionale - consuetudinario ovvero pattizio- che, in quanto finalizzate a proteggere valori e interessi giuridici considerati meritevoli di tutela dall'intera comunità internazionale, vincolano conseguentemente tutti gli Stati e tutti gli individui al loro rispetto. In secondo luogo è possibile evidenziare come vi sia un interesse universale a reprimere questi crimini: pur se solo a certe condizioni, infatti, i loro presunti autori possono, in linea di principio, essere perseguiti e puniti in qualunque Stato, indipendentemente dalla circostanza che il crimine sia stato commesso all'estero, o dall'esistenza di un legame di nazionalità tra lo Stato e l'autore o la vittima del fatto – purché però il presunto reo si trovi sul territorio dello Stato che intende perseguirlo penalmente. Infine, nell'ipotesi in cui l'autore del crimine abbia agito in veste di pubblico ufficiale, vale a dire in qualità di rappresentante, de iure o de facto, di uno Stato, lo Stato in nome, nell'interesse o per conto del quale l'agente ha agito non può invocare per il proprio

⁵⁸ A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 24. Più diffusamente, dello stesso Autore, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

rappresentante il diritto all'immunità dalla giurisdizione civile o penale dello Stato straniero che il diritto consuetudinario riconosce ai pubblici ufficiali che agiscono nell'esercizio delle proprie funzioni⁵⁹.

Sulla base di queste premesse, per crimini internazionali si intendono i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, il genocidio, la tortura (come fattispecie autonoma, distinta da quella come crimine di guerra o contro l'umanità), l'aggressione e, infine, alcune forme estreme di terrorismo.

Sono inoltre crimini di natura propriamente internazionale⁶⁰ quelli che sono commessi da organi dello Stato, oppure da privati ma in connessione ad un particolare contesto o con il consenso, la partecipazione o l'acquiescenza di un organo statale.

Gli atti di tortura possono integrare, dunque, al di là del crimine internazionale come fattispecie autonoma ai sensi della Convenzione del 1984, un crimine contro l'umanità, qualora siano parte di una prassi diffusa o sistematica, ovvero un crimine di guerra, se praticati in tempo di guerra in connessione con un conflitto armato.

⁵⁹ Sulla nozione e le peculiarità del crimine internazionale si veda A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p.25 ss.

⁶⁰ P. GAETA, *Crimini internazionali*, secondo il quale questi vanno tenuti distinti i crimini commessi a titolo privato, che sono previsti da norme internazionali non perché siano propriamente internazionali i beni giuridici tutelati, bensì perché gli Stati ritengono conveniente contrastare forme di criminalità privata che minaccia i loro comuni interessi (in questa categoria è possibile annoverare la pirateria).

2.5.1 *La tortura come crimine di guerra e crimine contro l'umanità: fonti pattizie e giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali*

I crimini di guerra sono gravi violazioni⁶¹ delle norme consuetudinarie e pattizie del diritto internazionale umanitario dei conflitti armati, che comportano, oltre l'eventuale responsabilità dello Stato, anche quella individuale di coloro che le hanno poste in essere⁶².

Tale definizione è stata ribadita e meglio esplicitata dalla Camera d'Appello del TPIJ nel *caso Tadic'*, che ha sancito che i crimini di guerra devono consistere in "una grave violazione di una norma internazionale", vale a dire "devono costituire un'infrazione di una regola posta a protezione di beni primari e una tale infrazione deve determinare gravi conseguenze per la vittima"; che "la norma internazionale violata deve appartenere al diritto consuetudinario ovvero essere parte di un trattato applicabile al caso concreto"; che "ad una tale violazione deve corrispondere, secondo il diritto consuetudinario o pattizio, la responsabilità penale personale del suo autore"⁶³.

⁶¹ Il requisito della gravità della violazione è di particolare rilievo, come è stato ribadito esplicitamente nella sentenza del caso *Tadic'*, in cui la Corte d'Appello ebbe a sottolineare, con un esempio, l'irrilevanza della condotta di un combattente che in un villaggio occupato, si limiti a rubare provviste di cibo (*Tadic'*, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, TPIJ; Camera d'Appello, decisione del 2 ottobre 1995 (caso n. IT-94-1-AR72) par. 59

⁶² Cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 53 ss.

⁶³ *Tadic'*, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, cit., par. 94.

Per la realizzazione di questi crimini è necessario che vi sia un contesto bellico (il che, peraltro, non vuol dire che i combattimenti debbano essere in corso, giacché è considerato tale anche l'occupazione bellica).

Inoltre, la condotta atta ad integrare il crimine deve essere tenuta in connessione con un conflitto armato.

Infine la vittima deve essere identificabile con il "nemico" o, più genericamente, con l'"avversario"⁶⁴.

Non è invece necessario che il soggetto attivo del crimine sia un militare o un combattente, giacché anche i civili possono commettere crimini di guerra. È stato in proposito specificato come un'attenzione particolare vada posta dai crimini commessi da civili contro altri civili, in quanto possono ben costituire crimini di guerra, ammesso che vi sia pur sempre un legame o una connessione tra l'illecito ed il conflitto armato⁶⁵.

In considerazione della natura del conflitto, i crimini di guerra possono distinguersi in due specie, a seconda che si inseriscano nel quadro di conflitti armati di natura internazionale o di conflitti armati interni. Tale aspetto è stato statuito nella sentenza della Camera d'Appello del TPIJ sul già citato *caso Tadic'*, che ha definitivamente chiarito come elemento essenziale del crimine di guerra sia il nesso tra la condotta criminosa e un conflitto armato, internazionale o interno.

⁶⁴Su questi aspetti P. GAETA, *Crimini internazionali*, cit., p.

⁶⁵ Cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., p. 59, il quale specifica che se un simile nesso manca, l'atto illecito costituisce crimine di guerra, ma più semplicemente, ove sia tipizzato, un reato perseguibile in base alla legge vigente nel territorio dello Stato in cui è stato commesso.

Ai fini dell'identificazione delle condotte proibite, che pertanto realizzino crimini di guerra, è necessario determinare di volta in volta il contenuto della norma violata.

Volendo semplificare, però, si può dire che costituiscono crimini di guerra nell'ambito dei conflitti armati internazionali le violazioni gravi delle norme delle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, le quali, però, pur costituendo la prima opera di codificazione della disciplina normativa della guerra, non indicano quali condotte concretino il tipo di illecito preso in esame. La criminalizzazione delle condotte, infatti, avviene attraverso la prassi degli stati e la giurisprudenza.

Quanto ai crimini consistenti nella violazione delle norme sulla tutela delle vittime della guerra, essi si sono in larga misura formati, a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza e del comportamento degli stati, a livello consuetudinario e, successivamente, sono stati codificati e tipizzati nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949.

Un'elencazione delle fattispecie qualificabili come crimini di guerra può essere rintracciata, come si dirà tra breve, all'art. 8 dello Statuto della CPI.

Quanto al connotato psicologico che deve assistere la condotta, le disposizioni dei trattati sin qui richiamati impongono ai fini dell'ascrizione della responsabilità all'autore, che questi abbia agito con dolo diretto, o, quantomeno, con *recklessness*, ossia una forma meno intensa di dolo – che una parte della dottrina descrive come ai confini tra il dolo eventuale e la colpa cosciente⁶⁶- che sussiste quando l'agente,

⁶⁶ G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. a cura di M. Papa, Bologna, 2004, p.182

nonostante sia consapevole della probabilità che dalla sua condotta derivino delle conseguenze dannose, la pone comunque in essere, assumendo consapevolmente il rischio di causare tali conseguenze.

La tortura, oltre a costituire crimine di guerra, può essere qualificata crimine contro l'umanità.

L'origine storica della norma internazionale sui crimini contro l'umanità può farsi risalire al secondo dopoguerra, in particolare all'istituzione del Tribunale militare internazionale di Norimberga, quando al fine di punire le atrocità naziste emerse l'esigenza di prevedere una figura criminosa che prescindesse dai requisiti dei crimini di guerra.

Si tratta, dunque, di crimini particolarmente odiosi che comportano una seria lesione alla dignità umana, che si caratterizzano – oltre per l'estrema gravità – per il fatto di non esaurirsi in eventi sporadici o isolati, bensì i far parte di una prassi estesa o sistematica, dunque di un'ampia serie di condotte illecite. E' necessario, dunque, che il singolo atto costituisca l'anello di una catena di crimini dello stesso tipo o faccia parte della sequenza di atti attraverso i quali tali crimini sono stati commessi (prassi estesa), ovvero che sia la manifestazione di un disegno politico o di un piano elaborato o ispirato da autorità statali, ovvero da vertici di un'entità de facto o di un gruppo politico organizzato(prassi sistematica).

Inoltre, si tratta di atti proibiti e punibili indipendentemente dal fatto che siano commessi in tempo di pace o di guerra.

Quest'ultimo fondamentale aspetto, è stato peraltro definitivamente cristallizzato, come tra breve si vedrà, nello Statuto di Roma della CPI, che all'articolo 7 ha codificato la nozione di crimine contro l'umanità.

2.6.1 L'istituzione della International Criminal Court: una tappa fondamentale per l'internazionalizzazione della giustizia penale

«La giustizia penale internazionale ha due facce diverse: quella dei Tribunali internazionali, da Norimberga alla Corte permanente, che sono chiamati a reprimere i più atroci crimini contro l'umanità, ispirandosi ad un valore finale, ultimo, di giustizia e, forse, guardando anche oltre, verso la pace dei popoli; e quella regionale dell'Europa, che va dalla Comunità economica alla Unione europea di oggi, una faccia originariamente orientata più verso interessi economici, che si allarga oggi verso la tutela di interessi comunque comuni all'area dei Paesi europei e che è chiamata a fronteggiare la criminalità transazionale.

Due linee, dunque, molto diverse, ma accomunate da un dato di fondo, cioè quello di innalzare le pretese nei confronti del diritto penale: sia l'una che l'altra faccia sfociano, in definitiva, in una crescente istanza repressiva»⁶⁷.

⁶⁷ Sono queste le autorevoli considerazioni esposte dal Prof. F. Palazzo nell'introduzione al Convegno del 24 e 25 novembre 2006 svolto a Firenze dal titolo "Giustizia penale internazionale e garanzie fondamentali".

Quanto al primo aspetto della internazionalizzazione della giustizia penale, la costituzione della Corte penale internazionale ha rappresentato e rappresenta una vera e propria svolta epocale, non solo per la storia delle relazioni internazionali, ma anche per la cultura e per la stessa esperienza penalistica moderne.

Il 1 luglio 2002, dopo più di un cinquantennio di dibattiti e di iniziative ufficiali, di grandi entusiasmi e cocenti delusioni⁶⁸, è entrato in vigore lo Statuto del Tribunale penale Internazionale Permanente, istituito dalla Conferenza Diplomatica dei plenipotenziari degli Stati membri delle Nazioni Unite tenutasi a Roma dal 15 giugno al 17 luglio 1998, e incaricato di perseguire ed assoggettare ad un catalogo ben definito di pene⁶⁹ una serie di crimini (i cd. *crimina iuris gentium*) a loro volta riconducibile in tre voci fondamentali: genocidio (art. 6), crimini contro l'umanità (art. 7) e crimini di guerra(art. 8)⁷⁰.

⁶⁸ G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Milano, 2002, p. 534 ss.

⁶⁹ Si tratta delle sanzioni previste dall'art. 77 dello Statuto, e che sono di due tipi: detentive (reclusione fino a trent'anni e, nei casi non meglio specificati "di estrema gravità", ergastolo e patrimoniali, sotto forma di multa o confisca. Sull'argomento in generale FAIZA P. KING - ANNE MARIE A ROSA, *Penalties under the ICC Statute*, in LATTANZI - SCHABAS (a cura di) *Essays on the Rome Statute of International Criminal Court*, vol. I, L'Aquila 1999, p. 331 ss.

⁷⁰ A queste norme va peraltro aggiunto l'art. 70, che prevede, quali "reati contro l'amministrazione della giustizia" (*offences against the administration of justice*), sia le ipotesi criminose tradizionalmente collocate in questo settore della parte speciale (ad es. la falsa testimonianza o la subornazione), sia ipotesi di collocazione sistematica meno scontata(così, ad esempio, la corruzione in atti giudiziari, che invece il codice penale italiano colloca, com'è noto, tra i delitti contro la pubblica amministrazione).

Questo evento segna, in realtà, solo l'inizio del processo che ha portato, già dalla fine del 2006, alla piena attivazione del Tribunale, con cui sembra ormai destinata al superamento l'esperienza – assai controversa e mai completamente condivisa dalla comunità internazionale – dei cd. Tribunali *ad hoc*; delle Corti, cioè, di volta in volta istituite a seguito del verificarsi di conflitti collettivi - nel cui ambito sono state perpetrate gravissime violazioni dei diritti umani - e che, tuttavia, proprio perché nate sulla base di atti unilaterali e sulla scia di esigenze politico- criminali contingenti, non avevano mai saputo o potuto dissipare il sospetto di una giustizia internazionale basata, in realtà, sui rapporti di forza tra gli Stati e caratterizzata dalla mera formalizzazione del "diritto dei vincitori sui vinti"⁷¹.

A differenza di quanto è avvenuto per l'istituzione dei Tribunali *ad hoc* (per l'ex Jugoslavia e per i Ruanda), la Corte è stata creata con un trattato multilaterale. Ciò rappresenta un dato importante, perché permette di evidenziare la base consensuale delle norme statutarie, che rappresentano il frutto di un compromesso raggiunto da un'Assemblea di Stati appartenenti a tradizioni giuridiche e culturali diverse⁷².

A differenza dei Tribunali *ad hoc* che, come si è detto, sono stati creati per operare per un ristretto lasso di tempo limitatamente ai crimini commessi in un dato periodo ed in una circoscritta area geografica, la Corte penale

⁷¹ M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, cit., p. 2 ss.

⁷² Tale aspetto è ampiamente sottolineato da E. AMATI- M. COSTI- E. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI – V. CACCAMO- M. COSTI –E. FRONZA- A.VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano 2006, p. 20 ss.

internazionale ha carattere permanente; ciò significa che si pone come organo a giurisdizione ordinaria (art. 1 StCPI), nel senso che potrà giudicare qualsiasi crimine internazionale commesso dopo l'entrata in vigore dello Statuto nei territori di uno qualsiasi dei Paesi parte o da cittadini di uno degli Stati parte (art. 4 co. 2; art. 12 StCPI).

Per questo aspetto lo Statuto di Roma sembrerebbe destinato a riscuotere maggiori consensi, e ciò non solo grazie al numero di stati che lo hanno sottoscritto⁷³, ma anche in ragione dei solidi meccanismi di tutela delle sovranità statuali che esso prevede e del carattere universale della gran parte dei suoi principi: una volta disposto che la giurisdizione della Corte sui crimini descritti dallo statuto ha carattere sussidiario rispetto a quella degli Stati⁷⁴, che quella giurisdizione potrà esercitarsi solo sui fatti

⁷³ Su 160 Stati partecipanti alla Conferenza, 120 hanno votato a favore del testo finale dello statuto, 7 hanno votato contro, 21 si sono astenuti e 12 non hanno partecipato al voto. Va tuttavia aggiunto che, per quanto assai poco numeroso, il gruppo dei Paesi contrari annovera al suo interno nazioni del calibro di Cina, India e Stati Uniti: Paesi, questi, che oltre ad esercitare un ruolo determinante nella politica internazionale, rappresentano, nel loro insieme, circa il 44% della popolazione mondiale, ed il cui rifiuto ad aderire allo statuto (la cui operatività, come si dirà tra breve, è peraltro sottoposta a complessi meccanismi di cooperazione internazionale) suscita dunque non poche preoccupazioni circa la reale capacità delle pene previste dallo stesso statuto di adempiere ad un'efficace funzione general-preventiva. Particolarmente rilevante, a tal proposito, com'è agevole intuire, è la mancata adesione degli Stati Uniti, unica superpotenza in grado di influenzare lo sviluppo globale e gli stessi processi di mondializzazione, e la cui effettiva partecipazione alla realizzazione dello Statuto avrebbe sicuramente offerto maggiori garanzie di effettività a questo sistema punitivo.

⁷⁴ Lo Statuto di Roma dispone, infatti, che la Corte è "complementare alle giurisdizioni penali nazionali", nel senso che la Corte si pone come sussidiaria rispetto ad esse ed interviene solo nel caso in cui lo Stato non abbia la volontà o la capacità di perseguire i crimini per cui essa stessa è competente.

commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto stesso e che, comunque, nella loro attività i magistrati della Corte saranno soggetti ad un nucleo di regole scritte ed immutabili per via giurisprudenziale⁷⁵; una volta disposto tutto ciò, i pericoli di un uso meramente strumentale e contingente dell'*International Criminal Court* (ICC) sembrerebbero, se non dileguarsi, quanto meno ridimensionarsi.

Quanto alle ragioni per cui lo Statuto rappresenta un passaggio epocale anche per la storia del diritto punitivo, se ne possono individuare almeno due di ragguardevole rilevanza.

La prima consiste nel fatto che, per quanto tradizionali e "consueti" siano i principi in esso contenuti, lo Statuto realizza comunque (se pur solo parzialmente) uno dei più ambiziosi e suggestivi progetti politico-criminali concepiti nel secolo appena trascorso, e cioè la codificazione del diritto penale internazionale, mutuando dal concetto di "codificazione" non tanto e non solo l' "oggetto" (un vero e proprio codice), quanto soprattutto "lo spirito", ossia la volontà di realizzare quel valore

Il principio di complementarità espressamente consacrato nello Statuto (punti 6 e 10 del Preambolo e art. 1 StCPI) costituisce uno dei principi fondamentali del diritto penale internazionale: con esso lo Statuto della Corte penale internazionale designa una precisa modalità di rapporto tra la corte e gli ordinamenti nazionali degli Stati parte della Convenzione nell'esercizio della giurisdizione sui crimini internazionali. Senza dubbio la strenua tutela della sovranità statale (di cui il controllo e il monopolio dell'azione penale su un territorio definito costituiscono ancora un elemento sostanziale e simbolico di grandissima importanza) ha giocato un ruolo considerevole nell'opera di ingegneria penalistica che ha prodotto la nuova architettura della giustizia penale internazionale.

⁷⁵ E' quanto scaturisce dal combinato disposto degli articoli 22, 23 e 24, i quali assoggettano l'ICC al principio di legalità dei reati e delle pene ed ai suoi corollari.

fondamentale dell'esperienza giuridica contemporanea della certezza del diritto⁷⁶. Questo è evidente non solo per il fatto che nello Statuto siano confluiti le norme e gli istituti che il "reticolo" di fonti (scritte e non) di diritto internazionale e la stessa giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* avevano prodotto nei decenni precedenti; ma anche per un ulteriore dato che si rinviene in esso: un autonomo ed articolato sistema di imputazione oggettivo-soggettiva dei fatti reato, che funge così da vera e propria "parte generale". Fino al 1998, infatti, il diritto penale internazionale, nei suoi aspetti sostanziali, era identificabile con pressoché esclusivo riferimento alla "parte speciale", vale a dire con riferimento ai singoli fatti perseguibili dalla giustizia internazionale: attraverso l'esperienza degli Statuti e della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* aveva cioè via via preso corpo un nucleo di incriminazioni dai contorni più o meno definiti, il cui insieme finiva con l'essere l'unico, vero elemento di identificazione di questa branca del diritto punitivo. Mancava, invece, una vera e propria parte generale, ossia un nucleo altrettanto definito ed omogeneo di regole di iscrizione di responsabilità agli autori di quei crimini.

Con l'approvazione dell'ICC *Statute* sembra insomma ormai aver preso avvio proprio la fase di stabilizzazione dei principi e degli istituti del diritto penale internazionale a lungo invocata dalla dottrina penalistica. «...Ed è dunque a quest'ultima, e non ad altri, che spetta ora il compito, una volta preso atto di questa novità, di elaborare le categorie dogmatiche e politico-criminali scaturenti dal nuovo 'sistema ultra-statuale'...si tratta di un compito a nostro sommo avviso ineludibile, il cui assolvimento

⁷⁶ In proposito, H. JESCHECK, *La Corte penale internazionale. Precedenti, lavori preparatori, statuto*, in *Ind. Pen.*, n.1/2000 p. 303 ss.

non è solo funzionale ad esigenze pratiche..., ma che può fornire un importante sviluppo della scienza penalistica nel suo complesso. Nel commentare i principi, gli istituti ed i criteri di imputazione contenuti nello Statuto sarà infatti giocoforza partire dalle tradizionali categorie del diritto penale contemporaneo, oggi largamente condivise in quanto espressione di principi di civiltà giuridica... e non vi è dubbio che in questo modo alla dottrina penalistica verrà comunque offerta una straordinaria opportunità per “rimeditare” quelle categorie e verificarne, ancora una volta, attualità e fondamento»⁷⁷.

La seconda delle ragioni che inducono a considerare l’entrata in vigore dell’ICC *Statute* come un vero e proprio “passaggio epocale” per il diritto penale è che esso, proprio perché costruito intorno ad un nucleo omogeneo di principi generali e di regole di imputazione realizza il primo (e finora unico) sistema penale ultra-statuale del mondo contemporaneo.

In realtà nello Statuto di Roma ed in tutti gli altri progetti di “internazionalizzazione” del diritto penale fin qui intrapresi si rinviene l’esigenza, propria della nostra contemporaneità, di una proiezione sovranazionale della potestà punitiva, dettata, a sua volta, dalla necessità di governare gli effetti di quell’imponente fenomeno, economico ma anche geopolitico denominato “globalizzazione”, di cui è ormai noto uno dei tratti peculiari rinvenibili nella crisi del tradizionale dogma del monopolio statale della potestà punitiva.

⁷⁷ M. CATENACCI, “Legalità” e “tipicità” del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, cit., pp. 20-21.

Con lo Statuto di Roma, insomma, possono ritenersi gettate le basi di un nuovo e fin qui inedito sistema penale ultra-statuale, cioè di un apparato repressivo affrancato dai consueti limiti spaziali di efficacia del diritto penale statale, che ruota attorno ad un nucleo di regole e di principi generali ed il cui rispetto è affidato, sulla base di una cessione pattizia di quote di sovranità, ad un soggetto istituzionale nei cui confronti gli Stati aderenti assumono un generale obbligo di cooperazione⁷⁸.

⁷⁸ In dottrina si parla, in proposito, di “cooperazione internazionale verticale” (in proposito e relativamente al tema della crisi della sovranità degli stati si veda A. DEL VECCHIO, *Corte penale internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro della crisi della sovranità degli Stati*, in *Comun. internaz.* n. 4/1998, p.630ss).

La specificità di tale situazione è infatti del tutto evidente: da un lato data l'assenza di meccanismi di coercizione degli Stati ad adempiere al generale obbligo di cooperazione con la Corte sancito dall'art. 86 dello Statuto, non può ancora parlarsi di diritto penale “sovranaZIONALE” (almeno nel senso in cui fino ad oggi l'espressione è stata utilizzata con riferimento ad altri sistemi sanzionatori non esclusivamente statali, quali ad esempio, l'Unione Europea).

Dall'altro, tuttavia, quell'obbligo di cooperazione pur sempre esiste e configura comunque un rapporto fra soggetti di diritto internazionale, tale che la collaborazione dello Stato nell'esecuzione delle attività di competenza della corte può essere pretesa e non solo richiesta (a tal fine si veda quanto disposto dall'art. 87 dello Statuto: “quando uno Stato contraente, contro le disposizioni di questo statuto, omette di conformarsi alla richiesta di cooperazione formulata dalla Corte, impedendole in tal modo l'esercizio dei propri poteri e delle proprie funzioni quali previste dal presente statuto, la corte può prenderne atto formalmente e devolvere la questione all'Assemblea degli Stati aderenti o al Consiglio di Sicurezza, se è lo stesso Consiglio di Sicurezza ad aver segnalato l'affare alla Corte”).

Da qui dunque la necessità dell'interprete di individuare una categoria “intermedia” tra diritto penale statale e diritto penale sovranazionale, che esprima nel modo più appropriato possibile questa nuova realtà; ed in questo senso, sembra che l'espressione “sistema penale ultra-statuale” possa soddisfare simile esigenza.

Situazione questa assai più avanzata di quella venutasi a creare in passato con l'istituzione di diversi tribunali penali internazionali ad hoc, e che comunque segna un punto a favore di quanti, convinti che la tutela dei diritti umani non possa soccombere di fronte alla ragion di stato, si sono battuti nei decenni scorsi per creare uno strumento di tutela di quei diritti che fosse, almeno nelle intenzioni, dotato di autonomia operativa e di efficacia deterrente⁷⁹.

2.6.2 (Segue): la tortura nello Statuto di Roma

Secondo quanto statuito dallo Statuto di Roma - che ha riprodotto i contorni del diritto penale internazionale di derivazione consuetudinaria, pattizia (ci si riferisce agli statuti dei tribunali ad hoc) e giurisprudenziale (come precedentemente illustrato)- la tortura può costituire crimine contro l'umanità (art. 7 StICC) e crimine di guerra (art. 8 StICC); si tratta cioè di crimini di particolare gravità, connotati dal carattere massivo e dalla pluralità di vittime e di agenti⁸⁰.

⁷⁹ Sulla necessità di non ridurre la grande questione dei diritti dell'uomo alla sola punizione dei colpevoli delle violazioni, ms di allargarla ad una serie di azioni positive a tutela dei diritti calpestati, si vedano le osservazioni di I. PETRONE, *La tutela dei diritti umani tra politica e giurisdizione*, in *Quest. Giustizia* 1999, p.81 ss e M. PIERRO, *I diritti umani, ieri e oggi*, ivi, p. 67 ss.

I crimini contro l'umanità, come già visto, costituiscono un *genus* di reati che designano alcuni gravi atti di violenza, commessi su larga scala da individui, organi di uno stato o singole persone, contro altri individui, per motivazioni politiche, ideologiche, razziali, nazionali, etniche o religiose.

Sono definiti nello Statuto di Roma all'art. 7⁸¹ attraverso una tecnica normativa "a strati", nel senso che nella prima parte del paragrafo 1

⁸⁰ Va precisato che, così come delineato dallo Statuto di Roma, ciascun crimine non si limita ad individuare una singola condotta criminosa ma, più in generale, descrive una moltitudine di condotte, accomunate da un "elemento di contesto" o "chapeau" (termine, quest'ultimo, che compare in alcuni testi dei lavori preparatori con riferimento agli elementi comuni ai crimini contro l'umanità; v. *Preparatory Commission for the International Criminal Court*, 1999, L.5/Rev.1/Add.2, 7,10,13,24,37).

Le fattispecie sono costruite quindi in maniera differente rispetto a quelle di diritto interno: infatti, accanto alle singole condotte criminose (ad es. l'omicidio o la tortura) viene previsto un elemento di contesto. Per i crimini contro l'umanità è infatti richiesta l'esistenza di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile.

L'elemento di contesto svolge una importante funzione selettiva permettendo anzitutto di distinguere queste ipotesi delittuose dai delitti comuni. In altri casi, invece, rende penalmente perseguibili fatti che negli ordinamenti nazionali non sono previsti come reati, ed, infine, consente, a fronte di una medesima condotta riconducibile a più tipologie di crimini internazionali, di individuare la figura di crimine rilevante nel caso di specie (v. E. AMATI- M. COSTI- E. FRONZA, *Introduzione*, cit., p.1 ss)

⁸¹ L'articolo 7 dello Statuto di Roma intitolato "Crimini contro l'umanità" recita: "1. Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno qualsiasi degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco:

- a) Omicidio;
- b) Sterminio;
- c) Riduzione in schiavitù;
- d) Deportazione o trasferimento forzato della popolazione;

e) Imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale;

f) Tortura;

g) Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o altre forme di violenza sessuale di analoga gravità;

h) Persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale ai sensi del paragrafo 3, o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale, collegate ad atti previsti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte;

i) Sparizione forzata di persone;

j) Crimine di apartheid;

k) Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

2. Agli effetti del paragrafo 1:

a) Per «attacco diretto contro popolazioni civili» s'intendono le condotte che implicano la reiterata commissione di atti previsti al paragrafo 1 contro qualsivoglia popolazione civile, in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione diretto a realizzare l'attacco;

b) per «sterminio» s'intende, in modo particolare, il sottoporre intenzionalmente le persone a condizioni di vita dirette a cagionare la distruzione di parte della popolazione, quali impedire l'accesso al vitto ed alle medicine;

c) per «riduzione in schiavitù» s'intende l'esercizio su una persona di uno qualsiasi o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambini;

d) per «deportazione o trasferimento forzato della popolazione» s'intende la rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragioni previste dal diritto internazionale che lo consentano;

e) per «tortura» s'intende l'infliggere 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

vengono descritti elementi comuni a tutte le singole fattispecie incriminatrici, cd. elementi di contesto o chapeau⁸².

Gli elementi di contesto dei crimini contro l'umanità sono due: uno di "natura oggettiva", che può concretizzarsi in due modalità alternative, nel senso che la commissione degli atti elencati nel primo paragrafo dell'art. 7 sia avvenuta nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro le popolazioni civili (*«when committed as part of a widespread or systematic*

legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati;

f) per «gravidanza forzata» s'intende la detenzione illegale di una donna resa gravida con la forza, nell'intento di modificare la composizione etnica di una popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale. La presente definizione non può essere in alcun modo interpretata in maniera tale da pregiudicare l'applicazione delle normative nazionali in materia di gravidanza;

g) per «persecuzione» s'intende la intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo o della collettività;

h) per «crimine di apartheid» s'intendono gli atti inumani di carattere analogo a quelli indicati nelle disposizioni del paragrafo 1, commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica e di dominazione da parte di un gruppo razziale su altro o altri gruppi razziali, ed al fine di perpetuare tale regime;

i) per «sparizione forzata di persone» s'intende l'arresto, la detenzione o il rapimento delle persone da parte o con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato o organizzazione politica, che in seguito rifiutino di riconoscere la privazione della libertà o di dare informazioni sulla sorte di tali persone o sul luogo ove le stesse si trovano, nell'intento di sottrarle alla protezione della legge per un prolungato periodo di tempo.

3. Agli effetti del presente Statuto con il termine «genere sessuale» si fa riferimento ai due sessi, maschile e femminile, nel contesto sociale. Tale termine non implica alcun altro significato di quello sopra menzionato.

⁸² In proposito, si veda la nota n. 80.

attack directed against any civilian population»); l'altro di "natura soggettiva" consistente nella consapevolezza dell'attacco («*with knowledge of attack*»)⁸³.

Quanto specificamente alla tortura come crimine contro l'umanità, occorre fare alcune brevi precisazioni e richiami a quanto detto nel paragrafo 2.2.

Tradizionalmente nel diritto penale internazionale (almeno fino all'entrata in vigore dello Statuto) la nozione di tortura veniva ricondotta all'inflizioni di forti sofferenze, fisiche o psicologiche, da parte di un pubblico ufficiale o da chi avesse agito per suo conto o con il suo consenso, allo scopo di carpire dalla vittima una confessione o informazioni; nozione, questa, ripresa dalla Convenzione sulla tortura del 1984 che, come visto, estende il dolo specifico anche ad ulteriori ipotesi a cui la giurisprudenza dei tribunali ad hoc ha fatto largamente ricorso⁸⁴.

Lo Statuto fornisce, invece, fornisce una nozione del crimine in parola del tutto peculiare rispetto ai precedenti storici, rimuovendo sia l'elemento del dolo specifico⁸⁵, sebbene alcune delegazioni fossero di avviso contrario, che quella della qualifica soggettiva dell'agente, richiedendo, invece, che la vittima sia in custodia o sotto il controllo dell'accusato. Viene poi ulteriormente specificato che non integrano il crimine in commento i

⁸³ Sul significato degli elementi di contesto si veda, più diffusamente, S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, in E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale. II Studi*, cit., p.198 ss.

⁸⁴ Come successivamente si vedrà, questa formulazione del crimine di tortura costituirà la base di lavoro su cui sono stati impostati i progetti di legge per l'introduzione del delitto di tortura nel nostro ordinamento.

⁸⁵ La mancata previsione del dolo specifico è stata persino affermata espressamente nella nota 14 degli *Elements of Crimes*: "It is understood that no specific purpose need to be proved for this crime".

dolori o le sofferenze che costituiscano esclusivamente la conseguenza inscindibile od occasionale di sanzioni legittime.

La descrizione contenuta nello Statuto segna un passaggio rilevante nella nozione di tortura, in quanto, escludendo valutazioni ancorate alla qualifica soggettiva dell'agente ed alle finalità dell'azione ed aggiungendo l'elemento della custodia o del controllo, sposta significativamente il baricentro del disvalore del crimine dalla condotta all'evento e demarca più chiaramente il bene della integrità fisica e psichica, di chi si trova in uno stato di soggezione, come oggetto di tutela della fattispecie.

Sotto il profilo dell'elemento materiale, la tortura è un crimine di evento causalmente orientato, non essendo indicata alcuna particolare modalità di inflizione dei dolori e delle sofferenze, richiedendosi solo che siano forti, senza però contenere alcuna precisazione per valutare la gravità delle stesse.

Per quanto attiene a quest'ultimo elemento, è stato affermato⁸⁶ che la valutazione dovrebbe prendere in considerazione sia le circostanze oggettive, quali la durata del trattamento e le conseguenze fisiche e mentali subite, che quelle soggettive della vittima, quali lo stato di salute, l'età e le condizioni psico-fisiche.

La custodia o il controllo, invece, implicherebbero la sussistenza di una situazione che comporta una qualche forma di potere che il soggetto attivo può vantare nei confronti della vittima, a cui corrisponde uno stato di

⁸⁶ S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, cit., p. 219.

soggezione di questa che ne limita la capacità di difesa e la rende ancor più meritevole di tutela. L'ampiezza delle ipotesi riconducibili a questa situazione trova conforto nel fatto che è stata scartata la proposta alternativa di inserire la locuzione "privata della libertà", proprio per poter includere tutti quei casi in cui, pur non essendovi una vera e propria limitazione della libertà del soggetto passivo, l'autore possa comunque disporre fisicamente della vittima o per esercitare su di essa un condizionamento, anche di natura psicologica, tali per cui questa si trovi in una minorata capacità di difesa e di reazione.

In merito alla circostanza che i dolori e le sofferenze non debbano essere conseguenza connaturata o occasionalmente determinata dall'applicazione di sanzioni legittime, posto che ogni sanzione implica ontologicamente un notevole carico afflittivo derivante dall'irrogazione della pena, ove fossero stabilite da uno Stato sanzioni palesemente in dispregio ai comuni canoni internazionali, l'inflizione delle medesime potrebbe non rientrare nella clausola di esclusione.

Da ultimo, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, occorre chiedersi - ed è un quesito che sinora non ha trovato risposta, neppure negli *Elements of Crimes*⁸⁷ - quale valenza sia da attribuire al termine "intenzionalmente", se cioè costituisca o meno l'espressione di un dolo intenzionale.

Quanto alla tortura come crimine di guerra, si è già visto come questa tipologia di crimine costituisca gravi violazioni delle norme

⁸⁷ Gli *Elements of Crimes* altro non sono che ausili interpretativi delle disposizioni contenute nello Statuto.

consuetudinarie o dei trattati di diritto internazionale che regolano i conflitti armati, violazioni che possono essere commesse in tempo di guerra da militari o da civili.

La ricostruzione di questa tipologia di crimini nello Statuto risulta particolarmente problematica, non solo perché si tratta di un elenco impressionante di ben cinquanta differenti ipotesi, alcune delle quali contenenti a loro volta più fattispecie, ma anche e soprattutto per la difficoltà di inquadrare correttamente alcuni elementi. Questo perché i *war crimes* sono definiti dall'art. 8⁸⁸ attraverso una tecnica normativa che,

⁸⁸ Ai sensi dell'articolo 8 dello Statuto di Roma "1. La Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala.

2. Agli effetti dello Statuto, si intende per «crimini di guerra»:

a) Gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949¹, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra:

i) omicidio volontario;

ii) tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici;

iii) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute;

iv) distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari o compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente;

v) costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica;

vi) privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo;

vii) deportazione, trasferimento o detenzione illegale;

viii) cattura di ostaggi.

b) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti:

i) dirigere intenzionalmente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità;

ii) dirigere intenzionalmente attacchi contro beni di carattere civile, e cioè beni che non siano obiettivi militari;

iii) dirigere intenzionalmente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili previste dal diritto internazionale dei conflitti armati;

iv) lanciare intenzionalmente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, lesioni a civili o danni a proprietà civili ovvero danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti;

v) attaccare o bombardare con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi, e che non costituiscano obiettivi militari;

vi) uccidere o ferire combattenti che, avendo depresso le armi o non avendo ulteriori mezzi di difesa, si siano arresi senza condizioni;

vii) fare uso improprio della bandiera bianca, della bandiera o delle insegne militari e dell'uniforme del nemico o delle Nazioni Unite nonché degli emblemi distintivi della Convenzione di Ginevra, cagionando in tal modo la perdita di vite umane o gravi lesioni personali;

viii) il trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione e il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio;

ix) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici, a ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti, purché tali edifici non siano obiettivi militari;

x) 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,

dentari o ospedalieri delle persone coinvolte né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone e ne danneggiano gravemente la salute;

xi) uccidere o ferire a tradimento individui appartenenti alla nazione o all'esercito nemico;

xii) dichiarare che nessuno avrà salva la vita;

xiii) distruggere o confiscare beni del nemico, a meno che la confisca o la distruzione non siano imperativamente richieste dalle necessità della guerra;

xiv) dichiarare aboliti, sospesi od improcedibili in giudizio diritti ed azioni dei cittadini della nazione nemica;

xv) costringere i cittadini della nazione nemica, anche se al servizio del belligerante prima dell'inizio della guerra, a prendere parte ad operazioni di guerra dirette contro il proprio Paese;

xvi) saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto;

xvii) utilizzare veleno o armi velenose;

xviii) utilizzare gas asfissianti, gas tossici o gas simili nonché tutti i liquidi, le materie o i procedimenti analoghi;

xix) utilizzare proiettili che si espandono o si appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano, quali i proiettili con l'involucro duro che non ricopre interamente la parte centrale o quelli perforati ad intaglio;

xx) utilizzare armi, proiettili, materie e metodi di guerra con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie, o che colpiscano per loro natura in modo indiscriminato in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati, a condizione che tali armi, proiettili, materie e metodi di guerra siano oggetto di un divieto d'uso generalizzato e rientrino tra quelli elencati in un allegato annesso al presente Statuto, a mezzo di un emendamento adottato in conformità delle disposizioni in materia contenute negli articoli 121 e 123;

xxi) violare la dignità della persona, in particolare utilizzando trattamenti umilianti e degradanti;

xxii) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza di cui all'articolo 7 paragrafo 2 capoverso f), imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra;

xxiii) utilizzare la presenza di un civile o di altra persona protetta per evitare che taluni siti, zone o forze militari divengano il bersaglio di operazioni militari;

xxiv) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici, materiali, personale ed unità e mezzi di trasporto sanitari che usino, in conformità con il diritto internazionale, gli emblemi distintivi previsti dalle Convenzioni di Ginevra;

xxv) affamare intenzionalmente, come metodo di guerra, i civili privandoli dei beni indispensabili alla loro sopravvivenza, compreso il fatto di impedire volontariamente l'invio dei soccorsi previsti dalle Convenzioni di Ginevra;

xxvi) reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate nazionali o farli partecipare attivamente alle ostilità.

c) In ipotesi di conflitto armato non di carattere internazionale, gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno qualsiasi degli atti di seguito enumerati, commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle Forze Armate che hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa:

i) 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;

ii) violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti;

iii) prendere ostaggi;

iv) emettere sentenze ed eseguirle senza un preventivo giudizio, svolto avanti un tribunale regolarmente costituito che offre tutte le garanzie giudiziarie generalmente riconosciute come indispensabili.

d) Il capoverso c) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e non si applica quindi a situazioni interne di disordine e tensione quali sommosse, atti di violenza sporadici e isolati o atti di natura analoga.

e) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati non di carattere internazionale, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti:

i) dirigere intenzionalmente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità;

ii) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici, materiali, personale ed unità e mezzi di trasporto sanitari, che usino in conformità con il diritto internazionale gli emblemi distintivi delle Convenzioni di Ginevra;

iii) dirigere intenzionalmente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace in conformità della Carta delle Nazioni Unite, nella misura in cui gli stessi abbiano diritto alla protezione accordata ai civili ed alle proprietà civili previste dal diritto internazionale dei conflitti armati;

iv) dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici, ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati ed i feriti, purché tali edifici non siano obiettivi militari;

v) saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto;

vi) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra;

vii) reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate o in gruppi armati o farli partecipare attivamente alle ostilità;

viii) disporre un diverso dislocamento della popolazione civile per ragioni correlate al conflitto, se non lo richiedano la sicurezza dei civili coinvolti o inderogabili ragioni militari;

ix) uccidere o ferire a tradimento un combattente avversario;

x) dichiarare che nessuno avrà salva la vita;

xi) assoggettare coloro che si trovano in potere dell'avversario a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici, dentari o ospedalieri delle persone interessate né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute;

xii) distruggere o confiscare beni dell'avversario, a meno che la confisca o la distruzione non siano imperativamente richieste dalle necessità del conflitto.

f) Il capoverso e) del paragrafo 2 si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e pertanto non si applica alle situazioni interne di disordine e tensione quali sommosse, atti di violenza sporadici e isolati o atti di natura analoga. Si applica ai conflitti armati che si verificano nel territorio di uno Stato ove si svolga un prolungato

sebbene analoga a quella adottata per gli altri crimini, risulta ancor più “stratificata”, posto che prevede la combinazione dei singoli fatti tipici con una pluralità di elementi comuni, anche differenziati per gruppi di fattispecie.

Quanto specificamente al crimine della tortura intesa come crimine di guerra, se da una parte scompaiono anche solo negli *Elements of Crimes* gli elementi costitutivi della custodia e del controllo, e non è esplicita l’esclusione dei dolori e delle sofferenze derivanti dall’applicazione di sanzioni legittime (requisiti, come visto, presenti per la medesima figura nei crimini contro l’umanità), dall’altra, al contrario, si richiede la sussistenza del dolo specifico, elemento tradizionalmente presente nel concetto di tortura nel diritto internazionale.

2.6.3 (Segue): *il principio di complementarità come espressione di una dinamica di armonizzazione e l’adeguamento dell’ordinamento italiano allo Statuto di Roma.*

conflitto armato tra le forze armate governative e gruppi armati organizzati, o tra altri gruppi.

3. Nulla di quanto contenuto nelle disposizioni del paragrafo 2, capoversi c) ed e) può avere incidenza sulle responsabilità dei governi di mantenere o ristabilire l’ordine pubblico all’interno dello Stato o di difendere l’unità e l’integrità territoriale dello Stato con ogni mezzo legittimo.

Uno dei principi fondamentali dell'edificio internazional-penalistico così come delineato dallo Statuto di Roma è il principio di complementarità⁸⁹- secondo cui la giurisdizione dei crimini internazionali è attribuita in via prioritaria agli Stati, in via sussidiaria alla Corte -, nel quale si compendia una precisa modalità di rapporto tra la Corte e gli ordinamenti nazionali degli Stati parte della Convenzione nell'esercizio della giurisdizione sui crimini internazionali.

Senza dubbio la strenua tutela della sovranità statale (di cui il controllo ed il monopolio dell'azione penale su un territorio definito costituiscono ancora elemento sostanziale e simbolico di grandissima importanza) ha giocato un ruolo considerevole nell'architettura della nuova giustizia penale internazionale, accanto anche alla consapevolezza di una maggiore effettività nelle persecuzioni a livello statale di questi crimini e, infine, alla natura della Corte, giurisdizione sovranazionale, permanente ed unica, con dei limiti in termini di operatività.

⁸⁹ Il principio di complementarità è espressamente previsto nello Statuto: il punto 10 del Preambolo dispone che "la Corte è *complementare* rispetto alle giurisdizioni penali nazionali"; ancora, il punto 6 del Preambolo afferma che "è dovere di ciascuno Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili dei crimini internazionali"; infine, l'art. 1 dello Statuto ribadisce: "È istituita la corte penale internazionale che come istituzione permanente esercita la propria giurisdizione sulle persone per i crimini più gravi nel contesto internazionale, come definiti da questo Statuto, ed è *complementare* alla giurisdizione penale nazionale". Queste disposizioni vanno integrate con l'art. 17 StCPI che esplicita le condizioni di procedibilità della giurisdizione della Corte.

Peraltro, è stato osservato⁹⁰, «se da un lato si può intravedere nel principio della complementarità un freno e un limite al campo di azione della Corte, dall'altro, invece, se ne può cogliere l'importanza nel quadro di una progressiva armonizzazione di logiche giuridiche nazionali, senza peraltro che venga intaccata in maniera troppo radicale la sovranità degli Stati in materia penale».

In un sistema così costruito emerge, dunque, in modo significativo l'importanza dell'adeguamento degli ordinamenti degli Stati parte allo Statuto, che implica, naturalmente, che i legislatori nazionali rimodellino (ove e se è necessario) la normativa vigente, riconoscendo e tipizzando i comportamenti previsti dallo Statuto come crimini.

L'adeguamento avrà come corollario significativo un processo di armonizzazione dei sistemi penali nazionali rispetto alle prescrizioni contenute nello Statuto, e si tradurrà in modifiche sul piano legislativo, al fine di rendere compatibili le disposizioni di diritto interno con quelle sovranazionali.

Lo Statuto avrà, pertanto, un effetto di ravvicinamento dei sistemi penali (nella salvaguardia delle differenze) e non già di unificazione penale su scala mondiale (sia pure settoriale). In tale sistema, infatti, ogni Stato parte ha un margine di discrezionalità nello scegliere se, come e quando adattare la propria legislazione nazionale.

⁹⁰ E. FRONZA, *Principio di complementarità, esercizio della giurisdizione ed adeguamento a livello interno*, in in E. AMATI – V. CACCAMO- M. COSTI –E. FRONZA- A.VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., p. 37.

In verità lo Statuto non contiene un obbligo per gli Stati parte di adattare il proprio diritto penale nazionale alle proprie norme, ma soltanto un onere⁹¹.

Per tale ragione non è prevista alcuna sanzione nel caso in cui lo Stato non si attivi in tale direzione. Se quest'ultimo non dovesse provvedere all'adeguamento del proprio diritto nazionale, con la conseguenza di non poter giudicare un caso in cui si ravvisi sussistente un crimine internazionale, la conseguenza (accettata con la firma dello Statuto) sarebbe di vedersi "sottratta" la propria giurisdizione dalla Corte, qualora quest'ultima riconosca sussistenti i requisiti di procedibilità indicati dall'art. 17 StCPI.

E' necessario sottolineare come invece sembra sussistere un obbligo di adattamento a livello interno relativamente alle norme sulla cooperazione con la Corte permanente: nel caso in cui la giurisdizione spetti a quest'ultima, infatti, la cooperazione degli Stati parte nelle indagini e nelle azioni penali sarà essenziale, dal momento che la Corte non dispone di poteri e di apparati investigativi.

D'altro canto lo Statuto, già si è visto, attribuisce agli Stati un'autonomia di scelta sia per quanto riguarda il modello di adattamento, sia i contenuti di quest'ultimo⁹².

⁹¹ Ci si potrebbe tuttavia domandare se in realtà non sussista per gli Stati un obbligo di adattamento in base ad altre norme di diritto internazionale. Lo Statuto, infatti, è "dentro" il diritto internazionale e in tale prospettiva si potrebbe pensare anche che sia stato concepito in quanto testo che presuppone l'esistenza di un obbligo internazionale preesistente (nelle Convenzioni, ad esempio).

Quanto al processo di adattamento nel nostro Paese occorre fare alcune considerazioni.

L'Italia nella fase di preparazione e di adozione dello Statuto ha avuto, come noto, un ruolo molto attivo e di notevole importanza. Anche la ratifica del testo definitivo, a seguito della verifica di compatibilità con la Carta fondamentale⁹³, è avvenuta in tempi rapidissimi, con la legge n. 232 del 1999⁹⁴.

Nonostante una fase iniziale molto promettente, a più di dieci anni dalla ratifica dello Statuto nessuno dei progetti elaborati durante le legislature attuale e precedente è stato presentato al Parlamento per essere discusso.

⁹² A partire da un'analisi comparata delle esperienze di adeguamento si possono individuare i seguenti modelli di adattamento (pur se vi possono essere forme di implementazione "miste"): l'introduzione di riforme di codici già esistenti, che consente di evitare la proliferazione di testi normativi, così come scelto dal legislatore francese; l'adozione attraverso leggi speciali, opzione, quest'ultima, che si può realizzare attraverso l'introduzione da parte dello Stato di un'unica legge generale di implementazione in cui si disciplinano tutti i profili di diritto sostanziale e di cooperazione con la CPI (modello scelto dall'Argentina, Uruguay ed Ecuador), ovvero mediante l'adozione di più leggi concernenti i diversi aspetti dall'adeguamento (così è avvenuto in Germania, in cui sono state emanate diverse leggi speciali riguardanti rispettivamente il diritto penale sostanziale e la cooperazione internazionale).

⁹³ L'art. 11 della nostra Carta costituzionale autorizza l'adesione da parte dell'Italia ad intese, eventualmente limitative della sovranità purché dirette a perseguire la pace e la giustizia.

⁹⁴ Lo statuto di Roma è infatti soggetto ad ordine di esecuzione ex L. 232/1999 ("ratifica ed esecuzione dello Statuto istitutivo della CPI); non è pertanto self executing sia per quanto attiene alla cooperazione con la Corte sia relativamente all'attuazione del principio di complementarità. Va considerato, in ogni caso, che in Italia non vi sono state obiezioni con riferimento alla perdita di sovranità che implica la ratifica dello Statuto, poiché l'art. 11 della Carta fondamentale, come detto in nota precedente, permette tali limitazioni.

Nel corso degli ultimi nove anni, ben quattro Commissioni ministeriali sono state istituite con lo scopo di adeguare la legislazione interna allo Statuto di Roma: Commissione Pranzetti (1998, Ministero degli affari esteri, che ha completato il lavoro nel 2001), Commissione La Greca-Lattanzi (1999, Ministero della giustizia, che ha completato il lavoro elaborando un disegno di legge-delega a fine 2001), Commissione Conforti (2002, Ministero della giustizia, che ha concluso i propri lavori nel 2003 con una proposta mai tradotta in un progetto ministeriale sottoposto al vaglio del Parlamento), Commissione Scandurra (2002, Ministero della difesa, che ha concluso i propri lavori con un altro progetto di legge-delega, approvato dal Senato il 18 novembre 2004 (Atto Senato n. 2493 della XIV Legislatura) e che attualmente è depositato, ma non ancora esaminato, alla Camera (Atto Camera n. 5433).

Oltre alle quattro Commissioni ministeriali, sono state prese diverse iniziative parlamentari per l'adeguamento della legislazione interna allo Statuto di Roma (Atto Camera n. 2724, onorevole Kessler e altri, XIV legislatura; Atto Senato n. 1638, senatore Iovene e altri; Atto Senato n. 893, senatore Pianetta, XV Legislatura; Atto Senato n. 1089, senatore Martone e altri; Atti camera n. 1439, onorevole Melchiorre, n. 1695, onorevole Gozi, n. 1782, onorevole Di Pietro XVI Legislatura).

Da ultimo vanno segnalati due risoluzioni del 29 gennaio e 4 febbraio di quest'anno della Seconda Commissione della Camera dei deputati aventi ad oggetto l'attuazione dello Statuto di Roma, nelle quali si è chiesto l'impegno del Governo a predisporre con la massima urgenza un disegno

di legge di adeguamento interno delle norme dello Statuto di Roma, «al fine di giungere al più presto all'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano e sanare così un'inadempienza politicamente e giuridicamente molto rilevante che mette a rischio la credibilità del nostro paese e le aspirazioni dei candidati italiani a far parte della Corte».

In conclusione, pur a fronte di uno sforzo anche lodevole di adattare il diritto nazionale allo Statuto, sarebbe necessario – anzi, indispensabile – che nel nostro Paese si intervenga in modo completo e risolutivo, anche in considerazione del fatto che il processo di implementazione riveste particolare importanza con riferimento all'accertamento dell'incapacità giuridica di uno Stato a perseguire crimini internazionali, e ricordando, infine, «che allo stato, nel caso di transito sul territorio del nostro paese di criminali di guerra ricercati dalla Corte Penale Internazionale, le autorità italiane non sarebbero oggi in grado di collaborare con la Corte dell'Aja, rendendo così il nostro Paese una possibile meta e zona di rifugio per ricercati per crimini internazionali gravissimi». ⁹⁵

⁹⁵ Cfr. Interrogazione nella seduta dell'8 aprile 2009 presso la II Commissione 5-01277, consultabile sul sito www.camera.it

2.6.4 (*Segue*): l'Unione europea sostiene l'*International Criminal Court*. La posizione comune 2003/444/PESC e l'Accordo di cooperazione e di assistenza tra la Corte penale internazionale e l'UE.

L'altro aspetto – cui si è fatto cenno nel paragrafo 2.6.1 – della giustizia penale internazionale, accanto a quello della Corte penale internazionale, è quello “regionale” dell'Unione europea, originariamente orientata alla tutela di interessi economici comuni e oggi fortemente indirizzata alla salvaguardia anche dei diritti umani, che l'UE è impegnata a promuovere e a difendere attivamente sia all'interno dei suoi confini, sia nelle relazioni con i Paesi terzi.

Nel quadro del programma comunitario per la salvaguardia dei diritti umani, già saldamente ancorati nei trattati istitutivi e rafforzati grazie all'adozione della Carta dei diritti fondamentali⁹⁶ di cui si dirà

⁹⁶ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è un documento, proclamato nel corso del Consiglio europeo di Nizza del 20 dicembre 2000, che sancisce il carattere fondamentale e la portata dei diritti umani per i cittadini dell'UE. La Carta riprende e raccoglie per la prima volta in un testo organico i diritti civili, politici, economici e sociali quali risultano in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni degli Stati membri, dal Trattato sull'Unione europea, dalla Convenzione europea per i diritti umani (CEDU), dalla Carta sociale europea, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla Corte dei diritti umani di Strasburgo.

La proclamazione della Carta ha rappresentato un passo decisivo per l'UE, dal momento che la materia della tutela dei diritti umani ambito comunitario ora appare disciplinata da un testo organico.

Al momento, tuttavia, la Carta è un documento senza valore giuridico vincolante; soltanto con il suo inserimento in una eventuale Costituzione europea tale atto potrà assumere al rango di carta dei diritti di tutti i cittadini europei.

diffusamente tra breve, l'Unione europea si è fermamente impegnata a promuovere l'entrata in vigore dello Statuto di Roma ed il buon funzionamento della Corte penale internazionale.

Il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e del diritto umanitario internazionale, oltre al consolidamento della democrazia e dello stato di diritto, al mantenimento della pace ed al rafforzamento della sicurezza internazionale, figurano tra gli obiettivi (art. 11 TUE) della politica estera e di sicurezza comune (PESC)⁹⁷ e «tra le priorità delle relazioni esterne dell'UE. ...e lo Statuto di Roma e l'istituzione della Corte penale internazionale ...costituiscono uno strumento indispensabile per conseguire le priorità così individuate»⁹⁸.

⁹⁷ E' uno dei tre cd. pilastri dell'UE, espressione comunemente utilizzata nel linguaggio comunitario per descrivere la struttura tripolare dell'Unione così come delineata dal Trattato di Maastricht.

I tre pilastri che compongono il figurato tempio dell'Unione sono la dimensione comunitaria, disciplinata dalle disposizioni contenute nei trattati istitutivi delle Comunità europee, e nell'ambito del quale si applica il cd. metodo comunitario che marginalizza il ruolo dei governi nazionali a favore delle istituzioni europee; la politica estera e di sicurezza comune (PESC, secondo pilastro) e la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (CGAI), divenuta a seguito delle modifiche introdotte dal trattato di Amsterdam cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (terzo pilastro), nell'ambito dei quali, invece, si applica il metodo intergovernativo che lascia il potere decisionale agli Stati membri.

⁹⁸ E' quanto si può leggere nel sito <http://europa.eu/legislation> dedicato all'attività legislativa dell'Unione europea.

Al fine di definire e dare attuazione a queste strategie nell'ambito del secondo pilastro, il Consiglio dell'Unione⁹⁹, nella composizione dei ministri degli esteri, ha adottato la posizione comune¹⁰⁰ 2003/444/PESC, con cui l'Unione ha inteso promuovere il buon funzionamento dell'ICC, ma anche l'appoggio universale alla stessa, compiendo ogni sforzo necessario per far sì che alla Corte aderisca il numero più ampio possibile di Paesi. Più in particolare, nella posizione comune si legge che gli Stati membri «sono tenuti a tener conto di tale obiettivo in occasione dei negoziati (bilaterali o multilaterali) e del dialogo politico con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali. Devono altresì adottare iniziative intese a promuovere i valori, i principi e le disposizioni dello Statuto di Roma, nonché avviare una cooperazione con gli Stati, le organizzazioni internazionali, le organizzazioni non governative ed i rappresentanti della società civile interessati...mettono altresì a disposizione dei Paesi interessati la loro esperienza relativa all'attuazione dello Statuto e forniscono l'assistenza tecnica e finanziaria necessaria per preparare la partecipazione ne l'attuazione dello stesso nei Paesi terzi»¹⁰¹.

⁹⁹ Si tratta dell'istituzione che gestisce, assieme al Consiglio europeo che definisce i principi e gli orientamenti generali, la PESC. Più in particolare, il Consiglio dell'Unione, sulla base degli orientamenti forniti dal consiglio europeo, prende le decisioni necessarie per l'attuazione della PESC ed attua le strategie comuni attraverso l'adozione di azioni comuni e posizioni comuni.

¹⁰⁰ Tra gli atti della PESC particolare importanza rivestono le azioni comuni (obbligatorie per gli Stati membri) e le posizioni comuni (art. 15 TUE), che definiscono l'approccio dell'Unione su una questione particolare, cui le politiche degli Stati membri devono conformarsi.

¹⁰¹ I passaggi più importanti della posizione comune n. 444/2003 possono essere letti consultando il sito http://europa.eu/legislation_summaries/index_it.htm.

Nella posizione comune, inoltre, si precisa che l'Unione incoraggia gli Stati parte dello Statuto di Roma a trasferire i rispettivi poteri e contribuisce all'assistenza e alla formazione dei giudici, procuratori e funzionali dell'ICC.

Inoltre, sulla scorta della presa d'atto che alcuni Paesi firmatari dello Statuto hanno concluso accordi bilaterali con gli Stati Uniti sulle condizioni per la consegna di persone allo stesso, il Consiglio ha fissato nella posizione comune «i seguenti principi guida per gli Stati membri dell'UE che valutino la possibilità di firmare accordi del genere con gli Stati Uniti: la conclusione di accordi con questi ultimi sulle condizioni per la consegna di una persona al Tribunale è contraria agli impegni assunti dai Paesi membri; gli accordi adottati devono garantire che i responsabili di un reato di competenza del tribunale non restino impuniti; gli accordi relativi alla nazionalità delle persone da non consegnare devono riguardare esclusivamente i cittadini di Paesi che non aderiscono al Tribunale; le immunità di Stato o diplomatiche vanno rispettate, ogni accordo deve riguardare soltanto le persone presenti in uno Stato perché vi sono state inviate da un altro Paese; gli accordi possono essere limitati nel tempo e vanno ratificati secondo le procedure costituzionali di ogni Stato».

Nella posizione comune inoltre si legge che il «Consiglio propone di sviluppare il dialogo politico approfondito con gli Stati Uniti, in particolare sui seguenti punti: l'opportunità che gli Stati Uniti aderiscano nuovamente al processo del tribunale; l'avvio di una collaborazione tra gli Stati Uniti e l'ICC per specifici casi; l'applicazione della legge americana per la tutela dei membri dei servizi degli Stati Uniti».

Sempre nell'ambito degli obiettivi di sostegno e di appoggio alla ICC, l'Unione ha approvato, con decisione 2006/313/PESC del Consiglio del 10 aprile 2006 l' "accordo di cooperazione ed assistenza tra la Corte penale internazionale e l'Unione europea". Con esso l'UE ha stabilito le modalità di cooperazione ed assistenza nei riguardi della Corte mediante, tra l'altro, consultazioni sulle questioni di comune interesse e lo scambio regolare di documenti ed informazioni di interesse reciproco.

Orbene, quanto sin qui detto anche in merito agli orientamenti dell'UE, non semplicemente conferma l'importanza dello Statuto di Roma e della ICC con questo istituita, ma anche il suo ruolo – ormai riconosciuto e legittimato anche dall'UE – preminente nell'ambito del processo di internazionalizzazione della giustizia penale.

Si tratta di elementi che conferiscono allo Statuto dell'ICC un ulteriore motivo di interesse, aggiuntivo rispetto a quello rappresentato dal suo essere un importante momento di stabilizzazione delle categorie di diritto penale internazionale e che contribuiscono a renderlo assai più meritevole di attenzione e di approfondimenti da parte della scienza penalistica.

CAPITOLO III

L'EUROPA E IL DIVIETO DI TORTURA:

DALLA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI ALLA ESPLICITA TUTELA DELLA DIGNITA' UMANA

- 3.1 Premessa. Profili di tutela dei diritti fondamentali in Europa: da Maastricht a Lisbona
- 3.2 Il ruolo del Consiglio d'Europa nella protezione dei diritti umani e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo
 - 3.3.1 Il divieto di tortura nella giurisprudenza di Strasburgo
 - 3.3.2 (*Segue*): divieto di tortura e sicurezza: un impossibile bilanciamento nella giurisprudenza CEDU
 - 3.3.3 (*Segue*): obblighi positivi a carico degli Stati parte della Convenzione, in una prospettiva integrata tra divieto di tortura e metodi di accertamento
- 3.4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e il CPT
- 3.5. Il Regolamento CE 1236/2005 e il decreto legislativo n. 11/2007 (eventuali spunti per la definizione della fattispecie penale di tortura in Italia?)

3.6 Considerazioni conclusive: l'Europa nuova frontiera per la tutela dei diritti umani nel quadro della internazionalizzazione della giustizia penale?

3.1 *Premessa. Profili di tutela dei diritti fondamentali in Europa: da Maastricht a Lisbona*

Tra le specificità del fenomeno dell'integrazione europea, originato prevalentemente dalla necessità di una tutela più efficace e coesa degli interessi economici dei Paesi del continente europeo, assume particolare rilievo la tutela dei diritti fondamentali¹, che si è via via configurata quale elemento ed indice sostanziale di riconoscimento dell'identità europea.

La versione originaria dei trattati comunitari non conteneva un catalogo organicamente e sistematicamente redatto dei diritti fondamentali, salvo la disciplina delle libertà economiche. All'art. 177 del Trattato che istituisce la Comunità europea (nuova denominazione assunta dalla Comunità economica europea con il Trattato di Maastricht ed istituita con il Trattato di Roma del 1957) si legge al comma 2: "La politica della Comunità in questo settore - si allude al settore della cooperazione allo sviluppo di cui al comma 1 della stessa disposizione - contribuisce all'obiettivo generale di sviluppo e di consolidamento della democrazia e dello stato di diritto, nonché al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

¹ "L'espressione 'diritti fondamentali' è dotata di un certo margine di incertezza e di ambiguità. Con essa si esprime in definitiva l'idea che esistono diritti individuali nei confronti dei pubblici poteri che questi non possono in alcun modo comprimere; una tale esigenza si esprime per altro nei diversi ordinamenti nelle forme più diverse, sicché non esiste concordanza né sulle posizioni soggettive riconducibili a tale nozione, né sugli strumenti utilizzati al riguardo" (G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli stati membri*, in *Riv. Int. Dir. dell'uomo*, 1991, p. 618); sulla tutela dei diritti fondamentali si veda anche S. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di Cappelletti e Pizzorusso, Milano 1982, p. 53 ss.

Un ruolo fondamentale e di impulso nell'attribuzione alle Comunità Europee (poi divenute Unione) anche di obiettivi di salvaguardia dei valori fondamentali e dei diritti ad essi sottesi, in linea con la tradizione culturale occidentale, è stato svolto dalla Corte di Giustizia, la cui traiettoria giurisprudenziale in questo settore è stata tutt'altro che lineare ed uniforme.

In una prima fase, infatti, (si allude alla fine degli anni cinquanta, per tutti gli anni sessanta) la Corte di giustizia non assecondò la rilevanza dei diritti fondamentali in seno al diritto comunitario. La inarrestabile forza di penetrazione dei diritti fondamentali nel sistema comunitario doveva tuttavia manifestarsi grazie all'imporsi delle tradizioni costituzionali comuni, in quanto il processo di trasferimento di quote delle sovranità nazionali a favore delle Comunità non avrebbe potuto implicare un decremento del livello di tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali.

In una seconda fase (anni settanta) la Corte accolse l'integrazione dei diritti fondamentali nei principi generali del diritto, che la Corte stessa è chiamata a garantire². Peraltro, nel percorso che ha condotto all'affermazione della tutela dei diritti fondamentali, uno stimolo

² In questi anni assunse particolare rilevanza la decisione del caso *Internationale Handelsgesellschaft* (sent. 17/12/1970), in cui la Corte giunse in modo esplicito a riconoscere la tutela dei diritti fondamentali quale parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce la tutela e ad iscrivere quest'ultima, in quanto ispirata alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, nel quadro, nella struttura e nell'ambito degli obiettivi della Comunità.

Qualche anno dopo, nel caso *Nold* (sent. 14/05/1974) la Corte ribadì che, garantendo la tutela dei diritti fondamentali, essa è tenuta ad ispirarsi alle dette tradizioni costituzionali.

determinante è stato dato dalla giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca, che hanno condizionato il primato del diritto comunitario al rispetto da parte di quest'ultimo dei diritti fondamentali³.

In una terza fase, iniziata a partire dalla metà degli anni settanta, l'organo preposto al rispetto del diritto comunitario tese ad includere un nuovo fondamentale tassello nel quadro della tutela dei diritti della persona, assumendo quali parametri di riferimento la CEDU e altri strumenti di diritto internazionale, in particolare il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966⁴.

Si tratta di una elaborazione giurisprudenziale che si sviluppa fino a giungere, in tempi più recenti, ad affermare l'inammissibilità all'interno dell'Unione di misure incompatibili con il rispetto dei diritti umani riconosciuti e garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950. Le fonti normative di riferimento della Corte di giustizia possono identificarsi con i principi comunitari derivanti dal diritto scritto e con le tradizioni costituzionali comuni con gli stati membri.

E' su tali basi che l'istituzione posta al vertice del sistema giurisdizionale europeo ha dato vita ad una ad una intensa attività giurisprudenziale tradottasi nella elaborazione ed enucleazione di una pluralità di diritti della persona, contribuendo all' "umanizzazione" della Comunità ed al

³ L. S. ROSSI, *La Carta di diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. costituz.*, 3/2002, p. 567.

⁴ A partire dalla sentenza *Hauer* (del 13/12/1979) la Corte ha compiutamente elaborato quella nozione autonoma di diritti fondamentali, basata sul riferimento alle "tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che è stata poi riprodotta nel Trattato di Maastricht.

salto di qualità fondamentale che le consentiva di considerare gli individui non più e non solo nella loro dimensione economica, ma anche quali soggetti della collettività umana e protagonisti delle diverse articolazioni della medesima⁵.

Pur alla luce dell'essenziale ruolo della Corte di giustizia nella direzione del riconoscimento e della salvaguardia dei diritti fondamentali, l'ampliamento dei compiti della Comunità aveva reso palese il carattere insufficiente ed inappagante fino a quel momento consistente nell'innesto dei diritti fondamentali di matrice giurisprudenziale in seno al sistema comunitario.

E' in tale ottica che deve concepirsi il recepimento all'interno del Trattato di Maastricht sull'Unione europea del principio del rispetto dell'uomo e delle libertà fondamentali. All'art. 6 del Trattato sull'UE si legge: "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli stati membri. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,..., e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto".

Inoltre, il TUE si riferisce, nella sua versione originaria, alla tutela dei diritti fondamentali nell'art. F, comma 2, nelle disposizioni in materia di politica estera e di sicurezza comune (art. 11, comma 1) ed in relazione al

⁵ Su tali aspetti dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, cfr. P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGIERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2006, pp. 84 ss.

pilastro concernente la cooperazione in materia di giustizia ed affari interni.

L'opera di "costituzionalizzazione" dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali avviata con il Trattato sull'UE del 1992 prosegue in forza delle innovazioni introdotte dal Trattato di Amsterdam.

Lo scenario che pertanto si delinea in seguito alle integrazioni apportate da quest'ultimo accordo risulta caratterizzato dalla configurazione dei diritti fondamentali come uno dei cardini assiologici su cui si basa l'Unione europea.

E' nel contesto di tale scenario che sorge, in seno al Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999, il duplice proposito di convocare una conferenza intergovernativa – CIG 2000 – al fine di revisionare il Trattato sull'Unione Europea, che portò all'approvazione del Trattato di Nizza, nonché di elaborare una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con l'obiettivo di conferire visibilità e cristallizzazione ai diritti che, elementi essenziali del patrimonio costituzionale comune europeo, avevano sino a quel momento beneficiato di una base meramente giurisprudenziale.

La Carta nel suo preambolo proclama di avere una valenza ricognitiva e codificatoria rispetto ai principi preesistenti: "La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alle carte sociali adottate dalle Comunità e dal

Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo"⁶.

Lungi, però, dal limitarsi ad una meccanica trascrizione dell'esistente, la Convenzione incaricata di redigere la Carta ha apportato importanti novità contenutistiche alla tutela dei diritti fondamentali; in primo luogo ha inteso specificare, non a caso sempre nel preambolo, che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà...essa pone la persona al centro della sua azione...". La Convenzione ha pertanto raggruppato i diritti fondamentali intorno a sei valori o principi fondamentali, ed attraverso tale tecnica di redazione ha collocato gli stessi su un piano paritario, e, in particolare ha inteso evitare la storica contrapposizione tra diritti sociali e i restanti diritti fondamentali. In questo modo sembra che la Convenzione abbia recepito e proiettato all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea il principio della indivisibilità dei diritti fondamentali, secondo il quale una tutela effettiva dei diritti civili e politici necessita della contestuale garanzia dei diritti sociali ed economici, senza i quali anche la tutela dei primi finirebbe per risultare meramente astratta e fittizia⁷.

⁶ Per un commento del Preambolo della Carta con la giurisprudenza CEDU e della Corte di giustizia europea si veda L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO - A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2001.

⁷ In questo senso F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *La costituzione europea. Un primo commento*, Bologna 2004, p. 62.

Nell'ambito del valore di riferimento della dignità umana, cui è dedicato il Capo primo della Carta⁸, con una formula che ricalca alla lettera l'art. 3 della CEDU, di cui più avanti si dirà diffusamente, si legge all'art. 4: "Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti"⁹.

Dato il valore indiscutibilmente significativo della Carta¹⁰, che, pur nei limiti di un compromesso tra le diverse culture presenti nell'Unione

⁸ All'art. 1 della Carta si legge: "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata".

⁹ E' interessante notare come la proibizione della tortura nella Carta debba essere letta alla luce del valore di riferimento più ampio della dignità umana, tecnica redazionale espressiva di precise scelte assiologiche volte a sottolineare il nesso ineludibile tra tortura e dignità umana, senz'altro condizionate dall'orientamento della giurisprudenza CEDU (Nella sentenza *Chaahal v. Regno Unito* del 15 novembre 1996 la Corte di Stasburgo ha fornito una precisa lettura della dignità, quale diritto insuscettibile di bilanciamento, fondativo del divieto inderogabile di tortura. In un'altra sentenza del 28 luglio 1999 relativa al caso *Selmouni*, tra le altre notazioni si può leggere: "Nei confronti di una persona privata della sua libertà ogni uso della forza fisica che non è reso strettamente necessario dal comportamento della suddetta persona, lede la dignità umana e costituisce una violazione del diritto garantito dall'art. 3"; di entrambe le sentenze, fortemente espressive degli orientamenti della Corte in tema di tutela della dignità umana e divieto di tortura, si parlerà diffusamente tra breve).

¹⁰ In verità, la Carta è stata anche oggetto di disparate critiche: vi è stato chi ne ha lamentato la inutilità, chi l'assenza di originalità rispetto al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di cui si è detto che la Carta costituirebbe un inutile doppione, chi la sua insufficienza come progetto di Costituzione europea e chi persino ne ha stigmatizzato l'eccessiva invasività rispetto all'attuale ripartizione tra gli Stati e l'Unione (per una più approfondita panoramica delle critiche di cui la Carta è stata oggetto cfr. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione*, in *Il Diritto dell'UE*, 2/3, 2001).

In realtà è stato rilevato che il campo di applicazione della Carta è, semplicemente, diverso sia da quello della CEDU che da quello delle Costituzioni interne: "la Carta è un insieme di garanzie che possono essere invocate contro l'Unione, le sue istituzioni e le sue norme giuridiche. Essa può poi essere fatta valere anche contro gli Stati membri, ma solo nella misura in cui essi attuano il diritto comunitario...La carta, dunque, non si sovrappone e non rappresenta un'alternativa alle costituzioni statali, ma costituisce uno strumento simmetrico rispetto ad esse:così come queste limitano i poteri dello stato, essa

europea, rappresenta un documento di estrema importanza politica e storica, quali il suo valore giuridico e le sue implicazioni?

Sebbene la Carta sia nata come strumento di *soft law*, vale a dire come dichiarazione congiunta delle tre istituzioni che l'hanno proclamata a Nizza, di alto valore politico, ma formalmente sprovvista di valore giuridico autonomo, con essa fu dato avvio al processo di costituzionalizzazione¹¹ dell'Unione europea; non a caso, infatti, fu inserita qualche anno dopo nella Costituzione europea, firmata nell'ottobre del 2004.

In realtà l'intento di dotare l'Unione di un fondamento costituzionale, salutato dai giuristi anche come "importante tappa del processo di europeizzazione del diritto penale"¹², fu destinato a naufragare con il voti contrari espressi nel 2005 dalla Francia e dai Paesi Bassi, a seguito dei quali si aprì un periodo di riflessione di due anni al termine del quale i

limita i poteri delle istituzioni comunitarie" (L. S. ROSSI, *La Carta di diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, cit., pp. 565-566).

¹¹ E' stato osservato come, oltre al contributo alla costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Unione, la Carta assume un ruolo significativo sotto altri due profili: essa sottrae alla discrezionalità della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado il monopolio dell'interpretazione e dell'elaborazione dei diritti fondamentali; in secondo luogo tenderà ad esaltare il ruolo costituzionale della Corte di giustizia, affrancandola, altresì, da una lettura meramente economica dei diritti fondamentali, permettendole di entrare nelle problematiche a questi sottese "dalla strada maestra" del bilanciamento dei valori, e non della integrazione economica.

¹² A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e processo*, 1/2004, p. 5.; l'Autore, quasi precorrendo i tempi, a proposito della Carta dei diritti fondamentali scriveva in quell'articolo (p. 7): "La solenne proclamazione a Nizza di una Carta europea dei diritti solo in apparenza del tutto priva di valore giuridico, e comunque palesemente votata in futuro ad essere integrata nei trattati, indicava già in modo inequivocabile che i tempi erano ormai maturi per dare vita a nuovi equilibri, espressivi di un diverso assetto dell'Unione e, di riflesso, dello stesso 'diritto penale europeo'".

Capi di Stato e di Governo dell'UE raggiunsero un'intesa su un mandato dettagliato per la successiva conferenza intergovernativa incaricata di redigere un trattato sulla riforma istituzionale entro la fine del 2007.

Nel dicembre 2007 i Capi di Stato e di Governo hanno firmato il Trattato di Lisbona, che riformula gli attuali trattati europei, abbandonando l'idea di sostituirli con un unico testo di livello costituzionale. Il testo del nuovo trattato, che si rifà al progetto di trattato costituzionale, ma da questo differisce per il metodo, la struttura e i contenuti, e che ora è in fase di ratifica, conferisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea effetto vincolante, in quanto le riconosce lo stesso valore giuridico dei trattati.

Oltre all'evidente importanza dell'inserimento delle statuizioni della Carta – tra le quali, per quel che maggiormente ci interessa, del divieto assoluto della tortura – in un Trattato (di cui si auspica presto la ratifica da parte degli Stati dell'UE), si può rilevare come la protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario contribuisca ad innalzare il livello di tutela degli stessi nell'ambito dei sistemi penali nazionali e, per altro verso, come questo possieda un'indubbia attitudine armonizzatrice dei sistemi stessi.

Al di là della tutela apprestata dalla Carta dei diritti fondamentali, occorre inoltre segnalare come la salvaguardia degli stessi, con particolare

riguardo ai diritti umani, sia promossa attivamente dall'Unione anche nelle relazioni con i paesi terzi¹³.

Non a caso tutti gli accordi commerciali o di cooperazione contengono una clausola che sancisce che i diritti umani sono un principio essenziale nelle relazioni tra le parti.

Inoltre, al fine di proteggerli in tutto il mondo, l'UE finanzia lo strumento europeo per la democrazia e i diritti umani (EIDHR), che si concentra su quattro settori, tra cui la lotta alla tortura attraverso misure preventive (addestramento e formazione delle forze di polizia) e repressive (appoggio ai tribunali internazionali).

L'impegno dell'Europa nella protezione dei diritti umani ed in particolare nella lotta alla tortura e alle altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, è stato puntualizzato negli "Orientamenti per una politica dell'UE nei confronti dei paesi terzi in materia di tortura" statuiti dal Consiglio "Affari generali" a Lussemburgo nel 2001. In tale documento è stato sottolineato come gli interventi dell'UE in materia comprendano un sostegno attivo al consolidamento ed all'applicazione degli strumenti internazionali a tal fine preposti, al quale si aggiungono le attività svolte nel quadro della Politica estera e di sicurezza comune (PESC).

¹³ Per un'agevole ricostruzione del quadro dei diritti fondamentali, con particolare riguardo ai diritti umani ed ai contenuti della Carta dei diritti fondamentali si rimanda al sito http://europa.eu/pol/rights/index_it.htm (Attività UE – Diritti umani).

3.2 Il ruolo del Consiglio d'Europa nella protezione dei diritti umani e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Accanto all'Unione europea, impegnata, anche alla luce di disposizioni pattizie, nella promozione e nella salvaguardia dei diritti fondamentali – che hanno finito per divenire aspetto imprescindibile dell'integrazione europea – vi è un altro profilo, sempre regionale, ugualmente decisivo per lo sviluppo ed il consolidamento di tali diritti.

E' il Consiglio d'Europa, nato nel 1948 come organizzazione internazionale con l'intento, da parte degli Stati europei ad esso aderenti, di rafforzare la coesione intorno ai valori della democrazia e dello stato di diritto.

Originariamente concepito al fine di configurare una sorta di "testa politica" dell'organizzazione degli Stati parte, trovò poi riconoscimento nel Trattato di Maastricht - pur tuttavia non come istituzione comunitaria - che ne stabilì in misura più dettagliata i profili funzionali, affermando nell'art. 4: "Il Consiglio europeo dà all'Unione impulso necessario al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici generali".

Tale organo, che doveva dunque rappresentare una semplice istanza intergovernativa e pertanto non soggetta alle regole procedurali determinate dai trattati istitutivi ed ai limiti di competenza posti in relazione alle materie oggetto di trattazione, in realtà ha esercitato ed esercita un supremo potere di indirizzo, che ha costantemente influenzato il processo di integrazione comunitaria, tanto da essere finalmente annoverato, nel Trattato di Lisbona, tra le istituzioni comunitarie.

E' nel contesto del Consiglio d'Europa che nel 1950, ispirata alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, fu approvata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), documento di straordinaria importanza giuridica e fondamento di tutti i successivi sviluppi del diritto europeo dei diritti dell'uomo.

La caratteristica principale di questo accordo – vera svolta in materia di tutela dei diritti umani sul piano internazionale – è data dal fatto che esso, a differenza di altri strumenti internazionali in materia, non si limita ad elencare i diritti da salvaguardare, ma prevede altresì un meccanismo che, attraverso l'istituzione di un apparato di tipo giurisdizionale dotato del potere di emettere decisioni obbligatorie e vincolanti, è in grado di assicurare il rispetto effettivo dei medesimi da parte degli Stati membri.

Inizialmente tre istituzioni condividevano la responsabilità della tutela e del rispetto del catalogo dei diritti contemplato dalla Convenzione: la Commissione europea dei Diritti dell'uomo (istituita nel 1954), la Corte europea dei Diritti dell'uomo (istituita nel 1959) e il Comitato dei Ministri del consiglio d'Europa, composto dai ministri degli affari esteri degli stati membri o dai loro rappresentanti.

A partire dal 1998, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 aggiuntivo alla Convenzione, al fine di semplificare la durata delle procedure e di rafforzare al tempo stesso il carattere giudiziario del sistema, sono state eliminate le vecchie Corte e Commissione europea dei Diritti dell'uomo ed è stata data vita ad un nuovo organo pienamente giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo - composto da giudici eletti dall'Assemblea parlamentare del consiglio d'Europa che risiedono in permanenza a

Strasburgo - che eredita non solo le funzioni degli organi precedenti, ma anche quelle prettamente decisionali del Comitato dei ministri, al quale residua la sola funzione di controllo della corretta esecuzione delle sentenze della Corte.

Ratificando la Convenzione gli Stati contraenti si obbligano a riconoscere ed a proteggere all'interno dei rispettivi ordinamenti i diritti previsti dal titolo I della stessa Convenzione a tutte le persone comprese nella loro giurisdizione, impegnandosi anche ad offrire loro un "ricorso effettivo" dinanzi ad un'istanza nazionale in caso di violazione (art. 13 della Convenzione)¹⁴.

La Corte, d'altro canto, è l'organo preposto al rispetto dei diritti contemplati nella Convenzione che agisce non di iniziativa propria, ma a seguito di denuncia; essa è infatti competente ad esaminare sia ricorsi interstatali (proposti da uno Stato membro nei confronti di un altro Stato membro), sia ricorsi individuali (proposti cioè da un singolo individuo nei confronti di uno Stato membro)¹⁵

L'articolo 3 della Convenzione, con una formula lapidaria, che riproduce quasi testualmente l'art. 5 della Dichiarazione Universale, stabilisce che "nessuno può essere sottoposto a tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti", tale proibizione ha carattere assoluto, in quanto non consente né eccezioni, né limitazioni ai diritti garantiti. La menzionata disposizione,

¹⁴ B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, (voce), *Enciclopedia del diritto*, Milano, pp. 330-331.

¹⁵ C. RUSSO – P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano 2000, p. 32 ss.

invero, non impiega alcun termine da cui possa farsi derivare l'intangibilità della proibizione, che, piuttosto, si ricava dai lavori preparatori, dall'articolo 15 della Convenzione e dalla giurisprudenza della corte e della commissione di Strasburgo.

In particolare, l'articolo 15¹⁶ prevede la possibilità di derogare al rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione nei casi di "stato d'urgenza", quando cioè ricorra la duplice condizione della esistenza di un pericolo pubblico minacciante la vita della nazione e la necessità della misura derogativa. Il secondo comma di tale disposizione normativa non autorizza, però, alcuna deroga ai diritti previsti, tra l'altro, dall'articolo 3, neanche in presenza di situazioni emergenziali di cui al primo comma.

L'intangibilità della proibizione della tortura si deduce, peraltro, anche dai lavori preparatori in seno all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, nei quali si legge: "si 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"¹⁷.

La portata assoluta della disposizione è stata più volte affermata, infine, nella giurisprudenza degli organi di tutela della Convenzione: "Anche

¹⁶ L'articolo 15 della CEDU dispone: "1. In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Parte contraente può prendere delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contrasto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. la disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo che per il caso di decesso risultante da legittimi atti di guerra, né agli articoli 3, 4 (par. 1) e 7."

¹⁷ Cfr. S. BARTOLE - . CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, p. 50.

nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la convenzione proibisce i termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti... (inoltre) il divieto di tortura è assoluto, quale che sia la condotta della vittima”¹⁸.

L’articolo 3 non fornisce alcuna definizione del termine “tortura” o di “pena o trattamento inumano o degradante”, definizioni che, invece, sono state elaborate dalla giurisprudenza della Commissione e della Corte europea.

3.3.1 Il divieto di tortura nella giurisprudenza di Strasburgo

I contenuti dell’articolo 3 CEDU si sono arricchiti di significato, acquisendo contorni sempre più netti e connotazioni sempre più ampie, grazie all’interpretazione che della disposizione hanno fornito la Commissione e, soprattutto, la Corte europea.

Il primo, e forse anche più elementare, problema interpretativo della norma attiene alla definizione del significato e, dunque, dei contorni, dei tre comportamenti vietati, ossia della tortura, dei trattamenti e delle pene inumani o degradanti.

I confini di queste condotte sono stati chiariti dalla Corte, la quale ha precisato come, preliminarmente, occorra verificare se vi sia stata o meno

¹⁸ Corte, 6 aprile 2000, caso *Labita c. Italia*, par. 119.

violazione dell'articolo 3: perché una condotta incorra nel divieto in esame deve raggiungere un livello minimo di gravità (che va valutata indipendentemente dalla legittimità o meno del trattamento)¹⁹, accertato il quale deve essere qualificata e ricondotta nel novero dei comportamenti vietati come tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti, a seconda delle circostanze del caso, tra cui la durata del trattamento, le sue concrete modalità di esecuzione, il sesso e l'età della persona sottopostavi, oltre che lo stato di salute della stessa²⁰.

La soglia di gravità, pertanto, indica, da un lato, il limite esterno dell'articolo 3 – individuando gli atti che raggiungono o oltrepassano quella soglia – e, dall'altro, i “paletti” che consentono di distinguere la tortura dalle altre condotte vietate.

Su questi primi e basilari aspetti interpretativi il *leading case* è costituito dalla sentenza²¹, ormai non più recente, sul *caso Irlanda contro Regno Unito* del 18 gennaio 1978, avente ad oggetto i maltrattamenti inflitti dalle autorità di polizia britanniche ad alcuni prigionieri irlandesi sospettati di appartenere all'IRA, o comunque di esserne fiancheggiatori.

Nella fattispecie, costituivano oggetto di contestazione da parte del governo irlandese soprattutto alcune tecniche di interrogatorio adottate dalla polizia britannica definite “di privazione sensoriale” o “di

¹⁹ Cfr. S. BARTOLE - . CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 56.

²⁰ R. M. AVOLA FARACI, *Prassi di polizia e tortura degli indagati: considerazioni intorno alla sentenza Selmouni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legisl. penale*, fasc. 2-3 2002, p. 605.

²¹ Questa e le altre sentenze a seguire sono state consultate sul sito www.echr.coe.it.

disorientamento”²², e l’utilizzo di forti percosse, come risultava da rapporti medici redatti al momento del rilascio, al fine di indurre alla confessione.

La Commissione, in sede istruttoria, aveva ravvisato nel caso di specie gli estremi della tortura; la Corte, investita dell’affare, ebbe innanzitutto a precisare, in via generale, che per aversi violazione dell’articolo 3 CEDU il maltrattamento deve raggiungere un minimo di gravità, tenuto conto delle circostanze oggettive del fatto materiale e delle qualità soggettive dell’individuo interessato. Passando poi al caso di specie, la Corte ritenne che le indicate tecniche di interrogatorio, nonché gli altri maltrattamenti denunciati, costituissero un trattamento inumano e degradante, e non tortura: inumano in quanto, nella loro sistematicità, idonei a causare nei destinatari se non delle vere lesioni, almeno delle vive sofferenze fisiche e morali; degradante, perché tali da creare nei detenuti sentimenti di paura, di angoscia, di inferiorità, atti ad umiliarli, avvilirli e spezzare la loro resistenza fisica e morale. Occorre precisare che la decisione venne presa soltanto a maggioranza, cui si oppose l’opinione dissenziente di quattro giudici, che sottolinearono come per il configurarsi della tortura non fosse necessario raggiungere la soglia della violenza fisica, ben potendo la medesima manifestarsi anche attraverso tecniche più sofisticate e capaci di annientare la volontà del soggetto²³.

²² Le tecniche incriminate consistevano, in particolare, nel far restare per diverse ore le persone arrestate in piedi e con i palmi delle mani appoggiati al muro, nel far indossare loro per tutto il periodo della detenzione, salvo durante gli interrogatori, un cappuccio scuro; nel costringerle a restare in locali investiti da forti rumori, nel somministrare loro un’alimentazione estremamente ridotta, specie prima degli interrogatori.

²³ In S. BARTOLE - . CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 61.

La decisione della Corte europea su questo caso porrà i fondamenti della disciplina del divieto di tortura, anche con riferimento a elementi più specifici (sebbene in questa pronuncia solo menzionati) quali l'onere della prova e i compiti degli Stati membri nel procedere ad immediata e approfondita inchiesta. Ma il dato maggiormente rilevante può essere senz'altro considerato la puntualizzazione sulla necessità di fare riferimento a tutti gli elementi del caso concreto e all'intensità delle sofferenze inflitte alla vittima, al fine di individuare se, con riferimento al fatto storico, queste integrino tortura o mero trattamento disumano o degradante. Quest'ultimo riferimento diverrà di particolare rilievo nel corso degli anni, perché la giurisprudenza della Corte procederà ad assumere una valutazione di carattere evolutivo del significato della nozione di tortura, sulla base dell'assunto che "la Convenzione europea è uno strumento da sottoporre a un'interpretazione ispirata alla dottrina del diritto vivente e alla luce delle condizioni della vita attuale"²⁴.

Sempre con riferimento alle problematiche interpretative inerenti i confini tra tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti, dalla giurisprudenza della Corte si può evincere come, nel considerare un trattamento o una pena disumana, si debba focalizzare l'attenzione sulle sofferenze fisiche inflitte, laddove, invece, nel valutare se una condotta rivesta o meno gli estremi del trattamento o della pena degradante ci si debba soffermare su elementi di tipo morale ed emotivo. Nella sentenza del *caso Tyrer contro Regno Unito* (sentenza del 25 aprile 1978) la Corte precisò, inoltre, che la pena, per potersi qualificare degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU, deve

²⁴ In F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO', *Tortura di Stato*, cit., p. 168.

comportare un'umiliazione ed un avvilitamento che si collochino ad un livello particolare, e si differenzino dall'elemento abituale di umiliazione che caratterizza qualsiasi punizione.

La tortura, infine, non sembra trovare nelle pronunce della Corte di Strasburgo un significato autonomo rispetto alle altre due categorie menzionate, non essendo altro che un trattamento disumano o degradante che causa sofferenze più intense.

D'altro canto, come già accennato, la Corte non esclude che certi fatti qualificati come trattamenti inumani e degradanti e non come tortura possano ricevere una qualificazione differente in avvenire, tenuto conto anche del fatto che " il livello delle esigenze crescenti in materia di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali implica, parallelamente ed ineluttabilmente, la più grande fermezza nell'apprezzamento degli attentati ai valori fondamentali delle società democratiche"²⁵. Queste importanti affermazioni danno conto di come la Corte abbia sottolineato la necessità di un'interpretazione evolutiva del concetto di tortura, anche sulla scorta della constatazione che il tasso di

²⁵ *Caso Selmouni c. Francia*, sentenza del 28 luglio 1999, par. 101: "The Court has previously examined cases in which it concluded that there had been treatment which could only be described as torture (see the Aksoy judgment cited above, p. 2279, § 64, and the Aydın judgment cited above, pp. 1891-92, §§ 83-84 and 86). However, having regard to the fact that the Convention is a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (see, among other authorities, the following judgments: *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31; *Soering* cited above, p. 40, § 102; and *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 26-27, § 71), the Court considers that certain acts which were classified in the past as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies".

sviluppo del senso di civiltà giuridica espresso dall'ordinamento europeo consenta oggi un livello di protezione della dignità umana – valore che, secondo la Corte, si assume violato contravvenendo al divieto di cui all'art. 3 – molto più elevato che non in passato. Con la conseguenza che, grazie al trascorrere del tempo ed agli effetti del diritto (o meglio dei valori dello stato di diritto e del costituzionalismo) sulla coscienza civile²⁶, molti comportamenti delle pubbliche autorità un tempo tollerati – se non addirittura auspicati – quali strumenti di protezione della sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico, sono oggi considerati proibiti ai sensi della Convenzione europea.

Il carattere evolutivo del divieto di tortura si può cogliere anche con riguardo a talune sentenze nelle quali, almeno all'apparenza, sembra che la Corte abbia superato il criterio della soglia di gravità, ai fini della qualificazione delle condotte poste in essere dalla pubblica autorità come violazione dell'art. 3 CEDU. Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze relative al *caso Tomasi contro Francia*²⁷, in cui la mancanza del riferimento al criterio della soglia di gravità lasciava intendere che qualunque violenza commessa su persona privata della libertà rientrasse nella sfera di applicazione dell'articolo in esame, salva poi la necessità di richiamare quel criterio per qualificare le condotte come tortura o trattamenti disumani o degradanti; ed alla decisione *Rabitsch*²⁸, che sembrava confermare questo orientamento nel paragrafo 38, nel quale si può leggere: “ nei confronti di una persona privata della libertà, l'impiego della forza fisica, quando non sia strettamente necessitata dal suo

²⁶ F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, cit., pp. 171-172.

²⁷ Corte, 27 agosto 1992.

²⁸ Corte, 4 dicembre 1995, *caso Rabitsch contro Austria*.

comportamento, viola la dignità umana e costituisce, in linea di principio, una violazione del diritto garantito dall'articolo 3". In realtà, dall'esame dei casi concreti²⁹ è emerso che le persone private della libertà avevano subito atti di violenza; due dati certi, pertanto: privazione della libertà e maltrattamenti inflitti. Tali maltrattamenti, una volta accertati, indipendentemente dalle conseguenze fisiche o morali che possono aver prodotto, combinati con lo stato di restrizione della libertà in cui i ricorrenti si trovavano, sono stati valutati dalla Corte come trattamenti disumani e degradanti, ritenendo implicitamente superata la soglia di applicazione dell'art.3.

In realtà, la vera novità di queste sentenze può essere ravvisata nelle modalità attraverso cui la violazione dell'art. 3 è stata provata, ossia attraverso una sorta di presunzione di responsabilità da parte dello Stato convenuto in giudizio. Tali affermazioni introducono, così, ad un'altra tematica sottesa alla disposizione di cui all'art. 3 CEDU, ossia all'onere della prova. Se, infatti, molto spesso e soprattutto nei primi anni di attività della Commissione, i ricorsi presentati si sono arrestati allo stadio della ricevibilità e dichiarati manifestamente infondati per le difficoltà incontrate dai ricorrenti di provare l'avvenuta violazione³⁰ e per la tendenza degli organi istituiti dalla Convenzione ad esigere che la prova

²⁹ Sia nel caso *Tomasi* che in quello *Rabitsch* i ricorrenti lamentavano di aver subito maltrattamenti da parte delle forze di polizia nel corso di un fermo.

³⁰ Le difficoltà di carattere probatorio sono dipese sia dalla impossibilità oggettiva di provare nel singolo caso concreto le condotte lesive del diritto garantito (assenza di testimoni, reticenze e spirito di corpo della polizia o di altre autorità), sia da ostacoli frapposti dagli organi della Convenzione.

fosse tale da superare ogni ragionevole dubbio³¹, è pur vero che tale rigore probatorio richiesto si è attenuato quando la lamentata violazione è stata commessa ai danni di una persona privata della libertà personale. Pertanto, ogni qualvolta un individuo, sottoposto a misura restrittiva della libertà personale, dimostri che pur essendo stato in buona salute allo stato del fermo, abbia poi presentato ferite sul proprio corpo, “spetta al governo fornire una spiegazione completa e sufficiente sull’origine di quelle ferite”³². Dolori o sofferenze fisiche inflitti intenzionalmente, violenze direttamente esercitate da agenti di polizia nell’esercizio delle loro funzioni, di natura tale da “creare dei sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità atti ad umiliare, avvilitare e fiaccare eventualmente la resistenza fisica e morale di una persona...rappresentano un attentato alla dignità umana e costituiscono, in principio, una violazione del diritto garantito dall’art. 3”³³.

Tale orientamento è stato confermato nella sentenza relativa al *caso Selmouni contro Francia*, del 28 luglio 1999, in cui il ricorrente lamentava che nel corso della *gard à vue*- misura precautelare assimilabile al nostro fermo di polizia- aveva subito maltrattamenti integranti la violazione di cui all’art. 3. un caso, dunque, molto simile al precedente, in cui la Corte ebbe ad asserire che “quando una persona viene sottoposta alla *gard à vue* in buona salute, ma non lo è più al momento del rilascio, è compito dello Stato fornire una spiegazione plausibile di come le ferite siano state

³¹ In modo da evitare che gli stati convenuti in giudizio fossero facilmente soggetti alla denigrazione cui li espone l’accusa di tenere comportamenti così riprovevoli (in tal senso v. la sentenza del già citato *caso Irlanda contro Regno Unito*, par. 161)

³² Corte, *Tomasi*, cit, par. 108.

³³ Ivi, par. 111.

causate, motivando, in mancanza, l'applicazione dell'art. 3 CEDU³⁴. Non avendo il Governo convenuto, nel caso di specie, addotto alcuna giustificazione, la Corte europea non poté che riconoscere la violazione della norma citata.

Più recentemente, questo orientamento è stato avvalorato da altre sentenze della Corte di Strasburgo: ci si riferisce alle sentenze sui casi *Zelilof contro Grecia*³⁵, *Kocak contro Turchia*³⁶, e *Tastan contro Turchia*³⁷, in cui i ricorrenti hanno sostenuto di essere stati arrestati in buona salute e rilasciati con gravi lesioni cagionate, a loro dire, dalla polizia. Nel primo caso la Corte ha specificato che “è obbligo dello Stato provvedere a fornire una spiegazione plausibile delle lesioni occorse, nonché produrre prove in grado di eliminare qualsiasi dubbio circa le dichiarazioni accusatorie della vittima, in particolare se tali dichiarazioni sono supportate da certificati medici”; nel secondo che “era compito del Governo dimostrare con convincenti argomenti che l'uso della forza non era eccessivo”. Con la sentenza del 4 marzo 2008, infine, la Corte ha ribadito che “ lo Stato è

³⁴ *Caso Selmouni contro Francia*, par. 87: The Court considers that where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention (see the *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, pp. 40-41, §§ 108-11, and the *Ribitsch v. Austria* judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, pp. 25-26, § 34). It also points out that in his criminal complaint and application to join the proceedings as a civil party, Mr Selmouni directed his allegations against the police officers in question (see paragraph 28 above) and that the issue of their guilt is a matter for the jurisdiction of the French courts, in particular the criminal courts, alone. Whatever the outcome of the domestic proceedings, the police officers' conviction or acquittal does not absolve the respondent State from its responsibility under the Convention (see the *Ribitsch* judgment cited above). It is accordingly under an obligation to provide a plausible explanation of how Mr Selmouni's injuries were caused.

³⁵ Sentenza del 24 maggio 2007.

³⁶ Sentenza del 3 maggio 2007.

³⁷ Sentenza 4 marzo 2008.

tenuto a motivare tutte le violazioni dell'integrità fisica e psichica che un individuo subisce in stato di detenzione o, più in generale, quando è sottoposto al controllo di autorità o di agenti dello Stato medesimo".

L'articolo 3 CEDU ha conosciuto poi un'interessante applicazione in tema di estradizione, in quanto strumento giuridico attraverso cui affermare e sanzionare la responsabilità dello Stato estradante. A riguardo, caso emblematico è il già citato affare *Soering c. Regno Unito* che, a motivo della complessità delle implicazioni ad esso sottese, costituisce probabilmente uno dei casi più delicati affrontati dalla giurisdizione di Strasburgo.

Jens Soering, giovane studente tedesco, aveva, con la complicità della fidanzata, ucciso i genitori di quest'ultima, residenti nello stato americano della Virginia. Entrambi si erano poi rifugiati nel Regno Unito, cui, a causa dell'efferato delitto, gli stati Uniti avevano richiesto la loro estradizione, ottenendo la relativa autorizzazione. La ragazza non si era opposta all'estradizione e, tradotta negli Stati Uniti, aveva patteggiato la pena. Il Soering, al contrario, aveva proposto ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, lamentando che, qualora l'estradizione fosse stata eseguita, egli – stante il ruolo principale rivestito nella perpetrazione del duplice omicidio – avrebbe con ogni probabilità riportato una condanna a morte.

La Corte, impossibilitata all'epoca ad applicare il combinato disposto dell'art. 2 CEDU e del Protocollo n. 6³⁸, decise di ricondurre il caso

³⁸ L'applicazione combinata dell'art. 2 CEDU e del Protocollo n. 6 si ricava il divieto di estradizione verso Paesi che applichino la pena di morte. Al caso menzionato non era possibile applicare tali disposizioni, dal momento che all'epoca del ricorso il Regno Unito non ancora aveva ratificato il Protocollo n. 6.

nell'ambito applicativo dell'art. 3, fondando su tale disposizione la pronunzia di condanna del Regno Unito.

Osservò, infatti, che qualora l'extradizione fosse stata eseguita, il ricorrente avrebbe corso il rischio concreto di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti³⁹: tali erano infatti, a suo giudizio, le modalità con le quali lo Stato della Virginia provvedeva abitualmente all'esecuzione della pena capitale, e consistenti "nel lunghissimo periodo da trascorrere nel 'corridoio della morte', in condizioni così estreme e con l'angoscia onnipresente e crescente dell'esecuzione della pena capitale. Tali modalità, anche in considerazione "della situazione particolare del ricorrente e specialmente della sua età e del suo stato mentale all'epoca del crimine" sicuramente eccedevano la soglia fissata dall'art. 3 e giustificavano, pertanto, la condanna dello Stato estradante⁴⁰.

Numerosi casi di applicazione dell'art. 3 si sono poi avuti in materia di espulsioni. Analogamente a quanto affermato nel *caso Soering*, la giurisprudenza della Corte e della Commissione ha ripetutamente inibito alle Parti Contraenti l'espulsione di individui verso paesi nei quali sia prevedibile e anche solo possibile che essi siano sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

³⁹ La complessità del caso non deve far tralasciare un importante particolare: la corte, sanzionando il mero rischio di violazione anziché la violazione già avvenuta, ha voluto confermare l'orientamento secondo il quale anche il semplice danno potenziale e, in taluni casi, meritevole di tutela.

⁴⁰ A mero titolo conoscitivo, alla sentenza della corte seguirono una serie di trattative tra i paesi in questione, al termine delle quali gli Stati Uniti modificarono il capo di imputazione del *Soering* che, non rischiando più la condanna a morte, poté essere tranquillamente estradato.

3.3.2 (Segue:) divieto di tortura e sicurezza: un impossibile bilanciamento nella giurisprudenza CEDU

Strettamente connessi al tema dell'extradizione, sono gli aspetti inerenti un possibile bilanciamento tra il divieto posto dall'art. 3 CEDU e le esigenze della sicurezza nazionale, derivanti dalla lotta al terrorismo. Si tratta, dunque, - come si è già avuto modo di constatare nel secondo capitolo - di una tematica di scottante attualità, su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi tanto nel 1996, quanto, più recentemente, in due casi che hanno visto coinvolta l'Italia.

Nella sentenza del 15 novembre 1996 del caso *Chahal contro Regno Unito*, la Corte europea, pur avendo riconosciuto "le immense difficoltà incontrate in epoca moderna dagli Stati nel proteggere le proprie comunità contro la violenza terroristica", affermò che in ogni caso "la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti, quale che sia l condotta della vittima". Sulla base di questa considerazione, la Corte esclude che un cittadino indiano, che era stato accusato di svolgere nel Regno Unito attività terroristiche, potesse essere espulso in India, dove rischiava di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Ad avviso della Corte, le attività poste in essere nel Regno Unito dall'individuo in questione, per quanto deprecabili o pericolose, non potevano essere prese in considerazione al fine di valutare il rispetto da parte di uno Stato del divieto di tortura posto dall'art. 3 CEDU: tale disposizione, infatti, non lasciava "alcuno spazio per il bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti e le ragioni che determinavano l'espulsione".

L'inattuabilità di un bilanciamento tra divieto di tortura e sicurezza nazionale, è stata poi ribadita in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo: ci si riferisce al *caso Saadi*⁴¹ ed al *caso Khemais*⁴², che hanno visto coinvolta l'Italia come Paese convenuto in giudizio.

La vicenda oggetto della prima sentenza menzionata, trae origine dal provvedimento di espulsione comminato nei confronti del ricorrente, un cittadino tunisino⁴³, in forza della legge n. 155/2005 sul contrasto al terrorismo internazionale, il cui articolo 3 al primo comma prevedeva che il ministero dell'Interno potesse disporre l'espulsione dello straniero "nei cui confronti vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali". Il comma 4 della stessa disposizione stabiliva che contro questo provvedimento fosse possibile fare ricorso al Tar competente per territorio, sebbene tale ricorso non potesse sospendere l'esecuzione del provvedimento. Nella vicenda in esame, l'ostacolo rappresentato dall'assenza di un rimedio interno in grado di consentire la sospensione dell'esecuzione del provvedimento di espulsione è stato superato dal ricorrente attraverso la richiesta avanzata alla Corte europea di indicare, ai sensi dell'art. 39 del proprio regolamento, misure provvisorie – vincolanti per lo Stato convenuto – volte ad ottenere tale sospensione.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 28 febbraio 2008.

⁴² Corte europea dei diritti umani, Sez. II, 24 febbraio 2009.

⁴³ Occorre precisare che il sig. Saadi nel 2005 era già stato condannato in contumacia nel proprio Paese di origine, la Tunisia, appunto, a vent'anni di reclusione per essere stato ritenuto membro di una organizzazione terroristica che agiva anche in tempo di pace e per istigazione al terrorismo (sui dettagli della vicenda, G. GARUTI (a cura di), *Osservatorio della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. pen. processo*, n. 5/2008, p. 655 ss)

L'Italia, d'altro canto, se da una parte si premurava di presentare richiesta diplomatica - attraverso la propria ambasciata - che il ricorrente, una volta estradato, non sarebbe stato sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU⁴⁴, dall'altra chiedeva alla Corte un superamento del principio già espresso nel caso *Chahal*, sulla scorta delle continue minacce alla sicurezza collettiva perpetrata dal terrorismo di matrice internazionale, in ragione delle quali molti Stati parte della CEDU avevano dovuto adottare legislazioni improntate a contrastare con rigore tale fenomeno⁴⁵.

L'auspicio di un mutamento di indirizzo giurisprudenziale, peraltro, si fondava sul dato di fatto che la Corte di Strasburgo spesso si era mostrata sensibile all'esigenza di interpretare in modo evolutivo la portata degli obblighi derivanti dalla Convenzione, ritenuta – come visto nel paragrafo precedente – “strumento vivente” da interpretare alla luce delle condizioni esistenti al momento della pronunzia sul caso.

Contrariamente alle aspettative della parte convenuta, invece, la Corte europea, pur osservando che non si poteva sottovalutare il pericolo del terrorismo e pur prendendo atto degli sforzi degli Stati parte per far fronte alla difficoltà di proteggere i propri cittadini dalla violenza terroristica, ha ribadito recisamente che l'articolo 3 della CEDU resta una norma di carattere assoluto, e pertanto insuscettibile di bilanciamento con altri valori, pur egualmente rilevanti, come quello della sicurezza collettiva e ha precisato che “la sicurezza nazionale non può giustificare

⁴⁴ In risposta, il Ministero degli esteri tunisino mandava una nota diplomatica all'ambasciata italiana dichiarando che la legge tunisina garantiva i diritti dei prigionieri, anche perché la Tunisia aveva aderito a “importanti trattati e convenzioni internazionali” (cfr. G. GARUTI (a cura di), *Osservatorio della Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 656)

⁴⁵ Cfr. P. PALCHETTI, Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani, in *Guida al diritto – il Sole 24ore*, n. 3/2008, p. 86.

un'accezzazione del rischio" – e, si badi bene, anche soltanto del rischio! – "di maltrattamenti". La Corte, pertanto, ha confermato che, per ritenere una estradizione contraria alla Convenzione, è necessario e sufficiente che sia dimostrato il rischio⁴⁶ che l'estradatao sia assoggettato a maltrattamenti nello Stato di destinazione.

Questo indirizzo giurisprudenziale è stato recentemente confermato nella sentenza del 24 febbraio 2009⁴⁷ riguardante l' analogo caso di un cittadino tunisino, Khemais, nei confronti del quale il nostro Paese aveva nel maggio 2008 pronunciato l'ordine di espulsione, dal momento che rappresentava una minaccia per la sicurezza nazionale per la sua attività tra gli estremisti islamici. Contro tale provvedimento Khemais aveva presentato ricorso alla Corte di Strasburgo e l'Italia, dal canto suo, a giustificazione del provvedimento di espulsione, aveva prodotto alla Corte documenti contenenti accordi ed assicurazioni diplomatiche che aveva ottenuto dalle autorità tunisine, secondo i quali il ricorrente non sarebbe stato sottoposto a torture, trattamenti, inumani o degradanti, o detenzione arbitraria. La Corte, in espressa continuità con il *caso Saadi*, ha ritenuto fondati i rapporti di organizzazioni internazionali sulle condizioni di detenzione e sui diritti violati dei prigionieri tunisini, ed ha statuito, pertanto, che la decisione dell'Italia di espellere il ricorrente dal proprio territorio aveva violato l'art. 3 della Convenzione.

⁴⁶ Tale rischio, a parere della Corte, era ampiamente sottolineato da documenti di *Amnesty International* e dello *Human Rights Watch*, che descrivevano la situazione tunisina e testimoniavano di pratiche, sovente inflitte a persone sotto la custodia della polizia, che includevano l'essere appesi al soffitto, la minaccia di stupro, la sottoposizione ad elettroshock, l'immersione della testa in acqua, percosse e bruciature con sigarette. La Corte europea non ha dubitato dell'affidabilità di questi resoconti e ha notato che il governo italiano non ha prodotto alcuna prova per ribaltare siffatte affermazioni.

⁴⁷ Caso *Khemais contro Italia*.

3.3.3 (Segue): obblighi positivi a carico degli Stati parte della Convenzione, in una prospettiva integrata tra divieto di tortura e metodi di accertamento

La necessità di rendere effettiva la tutela della dignità umana ai sensi dell'art. 3 CEDU ha portato gli organi di tutela di Strasburgo a porre a carico degli Stati parte della Convenzione obblighi positivi di garanzia, "al fine di proteggere l'integrità fisica della persona privata della libertà".

Pertanto, altro importante aspetto dell'art. 3, oltre al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, è l'obbligo dello Stato, a fronte di denunce di torture e di maltrattamenti subiti, di procedere all'accertamento della fondatezza delle stesse mediante un'inchiesta imparziale ed efficace, senza la quale i divieti della disposizione rischierebbero di rimanere mere enunciazioni di principio. Si tratta, infatti, di un obbligo complementare e strettamente funzionale al rispetto effettivo dell'obbligo sostanziale negativo, di un *volet* procedurale che accompagna quello sostanziale.

Merita sottolineare che l'individuazione, da parte della Corte di Strasburgo, del menzionato obbligo procedurale è in linea con l'espressa enunciazione del medesimo obbligo da parte della Convenzione di New York del 1984, il cui articolo 12 dispone: "ogni Stato parte provvede affinché le autorità competenti procedano immediatamente a un'inchiesta imparziale ogniqualvolta vi siano ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura sia stato commesso in un territorio sotto la sua giurisdizione". Questa disposizione, tenuto conto del carattere universale della Convenzione che la contiene, sembra rivelare l'esistenza di un sentimento diffuso della Comunità internazionale quanto all'esigenza che il divieto di tortura non sia dissociato dall'obbligo, dinanzi a denunce di

violazione, di procedere ad un'inchiesta volta ad accertare se questa sia stata effettivamente commessa⁴⁸.

L'obbligo delle autorità statali di svolgere un'indagine ufficiale volta ad accertare le cause e a individuare i presunti responsabili della lesione del diritto riconosciuto dalla Convenzione è stato per la prima volta affermato dalla Corte nella sentenza del 27 settembre 1995 relativa all'affare *McCann*⁴⁹ con riferimento al decesso di una persona causato da un agente dello Stato.

In un affare deciso di lì a poco – l'affare *Aksoy-*, in cui la vittima era stata sottoposta ad atti di tortura ad opera degli ufficiali di polizia nel corso degli interrogatori, la Corte ha parlato di “obbligo di svolgere un'inchiesta approfondita ed effettiva⁵⁰. Nella successiva sentenza relativa al caso *Assenov* la Corte ha specificato anche che l'inchiesta deve essere ufficiale, ribadendo, a giustificazione dell'obbligo procedurale che “...”⁵¹

Da questa e da altre recenti sentenze⁵² della Corte si desumono i caratteri che devono contraddistinguere l'inchiesta effettiva: essa, infatti, deve essere condotta da un'autorità indipendente, cioè non influenzabile dall'individuo o dall'autorità accusati di tortura o di maltrattamenti per

⁴⁸ Cfr. A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale (Parte I)*, in *Com. Internaz.*, fasc. 2, 2005, p. 273.

⁴⁹ Caso *McCann e altri c. Regno Unito*.

⁵⁰ Sentenza del 26 novembre 1996, affare *Aksoy c. Turchia*, par. 98.

⁵¹ Sentenza 28 ottobre 1998, caso *Assenov e altri c. Bulgaria*, par. 102.

⁵² Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 23 ottobre 2007 del caso *Colibaba c. Moldova* (in cui la Corte ha ritenuto fosse stato violato il disposto procedurale sotteso all'art. 3 CEDU per lacune investigative che avevano contraddistinto l'inchiesta) ed alla sentenza del 6 settembre 2007, caso *Kucheruk c. Ucraina*, relativa ai maltrattamenti subiti da un infermo di mente in un carcere ucraino (in questo affare la Corte si è pronunciata per la violazione dell'art. 3 in quanto l'inchiesta svolta non aveva soddisfatto i requisiti di pubblicità e di indipendenza, dal momento che l'investigazione era stata svolta interamente dall'autorità coinvolta).

subordinazione gerarchica o istituzionale o di fatto; deve essere svolta in modo diligente, completo ed approfondito, al preciso fine di individuare il presunto autore (o autori) del comportamento incriminato, curando di raccogliere le prove e di verificare, per quanto possibile, la concordanza di testimonianze, dichiarazioni ed altri elementi utili alla ricostruzione degli avvenimenti.

In ogni caso lo Stato è tenuto ad esercitare un controllo pubblico sullo svolgimento delle indagini in modo da fugare ogni dubbio circa la sua complicità o tolleranza per gli atti di tortura o i maltrattamenti e deve rendere pubblico il risultato cui sono pervenute le autorità competenti al termine delle indagini medesime.

La Corte ha evidenziato altresì la centralità delle responsabilità del procuratore nell'ambito dell'inchiesta, allorquando, nonostante disponga di tutti gli strumenti giuridici per lo svolgimento di un'inchiesta effettiva, assuma un atteggiamento deferente verso i membri delle forze di polizia nel reperire le prove relative a presunti casi di tortura a loro imputabili⁵³.

In tal caso, secondo la Corte, la violazione del *volet* procedurale è ascrivibile al procuratore, il cui comportamento superficiale è suscettibile di comportare gravi deficienze nell'esito dell'indagini preliminari, pregiudicando così anche l'esito del ricorso volto alla riparazione del danno.

La Corte si è spinta fino a formulare un apposito elenco che i requisiti di un'inchiesta penale svolta dal procuratore deve rispettare per essere

⁵³ Tra gli altri, si veda la sentenza del 18 ottobre 2001, relativa all'affare Indelicato c. Italia, paragrafi 21 e 37. In questo caso il procuratore della Repubblica di Livorno aveva ridimensionato l'allarme contenuto nel rapporto redatto dall'Amministrazione penitenziaria della Toscana e la preoccupazione espressa dal giudice di sorveglianza del Tribunale di Livorno per i maltrattamenti denunciati da taluni detenuti nel carcere di Pianosa.

effettiva⁵⁴. A questo scopo tale organo è tenuto sia a interrogare i presunti autori e la vittima, sia a cercare i testimoni; sia ad accertarsi che gli esami medici richiesti siano diretti a verificare che la vittima abbia realmente subito atti di tortura o di maltrattamenti, e che siano svolti da personale medico competente ed indipendente, nonché in assenza di persone appartenenti alla polizia⁵⁵.

Inoltre, il procuratore, ove le circostanze del caso lo richiedano, deve recarsi sul luogo del reato per confrontarne lo stato con la versione fornita dalle parti; ancora, egli è tenuto a controllare la veridicità dei documenti relativi allo stato di detenzione.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla portata applicativa dell'articolo 3, che pur presentando letteralmente un contenuto negativo si estende sino a comprendere l'obbligo di un'inchiesta con le caratteristiche sin qui menzionate, costituisce senza dubbio uno spunto utile – e, si direbbe, imprescindibile – per il legislatore italiano, ai fini della trasposizione, nel nostro ordinamento, del divieto di tortura, affinché questo presupposto dato sostanziale sia coerente con le sue implicazioni processuali.

La tematica della tortura, infatti, come ampiamente dimostrato dalla Corte, insiste non soltanto sul piano del diritto penale sostanziale

⁵⁴ Nella sentenza del 27 luglio 2004, affare *Slimani c. Francia*, par. 32, la Corte ha specificato che l'effettività dell'inchiesta consta dell'adozione di tutte le misure ragionevoli di cui le autorità dispongono al fine di raccogliere le prove relative ai fatti. Cfr., altresì, le sentenze del 27 settembre 1997, affare *Aydin c. Turchia*, paragrafi 92 e 106; del 14 febbraio 2002, affare *Orak c. Turchia*, par. 83; e del 30 settembre 2004, affare *Krastanov c. Bulgaria*, par. 60.

⁵⁵ Si veda, recentemente, la sentenza relativa al già citato caso *Kucheruk c. Ucraina* del settembre 2007.

(punizione di condotte integranti atti di tortura), ma anche al piano del diritto penale processuale; attiene al modo in cui si accertano i fatti, al tipo epistemologia giudiziale che si concepisce e si pratica.

3.4. *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e il CPT*

Un ulteriore strumento normativo, specificamente elaborato dal Consiglio d'Europa per integrare le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CEPT), firmata a Strasburgo il 26 novembre 1987 ed entrata in vigore il 1° febbraio 1989, a seguito della ratifica da parte di sette Stati membri⁵⁶.

Al fine di combattere più incisivamente la pratica della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, la nuova Convenzione intende affiancare al sistema predisposto dalla CEDU fondato su denunce provenienti da singoli individui o Stati contraenti che lamentino la violazione dei diritti dell'uomo, un sistema non giudiziario a carattere preventivo incentrato su "visite" nei luoghi in cui "vi siano persone private di libertà da un'Autorità pubblica" (art. 2 CEPT). Rientrano, pertanto nell'ambito applicativo della Convenzione tutti i luoghi di restrizione della libertà personale: carceri, commissariati di polizia, ospedali psichiatrici, strutture militari e civili, pubbliche o private, ma

⁵⁶ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge 2 gennaio 1989 n. 7.

queste ultime solo a condizione che il provvedimento restrittivo sia il risultato dell'azione di un'autorità pubblica e non di un atto volontario della persona⁵⁷.

Pertanto, mentre il procedimento dinanzi alla Corte europea si conclude con l'irrogazione di sanzioni nei confronti degli Stati convenuti, il meccanismo predisposto dalla CEPT prevede la redazione di un rapporto sulle informazioni raccolte, contenente una raccomandazione che, se non rispettata nelle sue indicazioni dallo Stato destinatario della stessa, viene seguita da una "dichiarazione pubblica"⁵⁸.

Allo scopo, quindi, di rendere effettiva la protezione degli individui da torture o altri maltrattamenti, la Convenzione del 1987 istituisce il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (di seguito denominato "Comitato"). Tale organo internazionale presenta tratti assai originali, che lo distinguono nettamente da altri istituti operanti anch'essi nel campo delle relazioni internazionali⁵⁹.

Il primo aspetto innovativo del Comitato si riferisce ai suoi compiti: la sua funzione essenziale, come appena accennato, è quella di compiere sopralluoghi "in ogni luogo dipendente dalla giurisdizione" (art. 2 CEPT) di ciascun Stato membro. In buona sostanza, il Comitato è un organo non giudiziario⁶⁰, con funzioni ispettive⁶¹: esso può compiere ispezioni

⁵⁷ C. ZANGHI', *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 372.

⁵⁸ Sui caratteri distintivi delle due convenzioni si veda G. PIGHI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 1989, p. 1643 ss.

⁵⁹ A. CASSESE, *Il Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumani o degradanti*, in *Riv. intern. dir. dell'uomo*, fasc. 1, 1992, p. 11 ss.

⁶⁰ Si può leggere, infatti, nel Rapporto esplicativo che accompagna la Convenzione, al paragrafo III intitolato "Le principali caratteristiche del nuovo sistema" art. 17: "Non

periodiche o *ad hoc* (quando ciò sia richiesto da particolari esigenze o circostanze), al termine delle quali redige un rapporto contenente le sue constatazioni e raccomandazioni. Questo rapporto non può essere reso pubblico, ma viene inviato in via confidenziale al Governo dello Stato visitato; se quel Governo non dovesse cooperare o non attuare le raccomandazioni del Comitato, quest'ultimo potrà fare una "dichiarazione pubblica" al riguardo. Tale atto costituisce, quindi, una denuncia pubblica del comportamento inadempiente tenuto dallo Stato e rappresenta, pertanto, una sanzione di fronte alla comunità internazionale, che ha essenzialmente funzione di deterrente per gli Stati restii a collaborare.

La procedura da seguire per effettuare un sopralluogo presso uno Stato membro è disciplinata dettagliatamente dalla Convenzione, che attribuisce al Comitato la più ampia possibilità di agire, seppure gli imponga, quale condizione preliminare necessaria della visita, l'obbligo di notificare al Governo dello Stato interessato la sua intenzione ad effettuare il sopralluogo, indicando altresì i nomi di coloro che parteciperanno all'ispezione. In seguito a tale notifica il Comitato è abilitato ad effettuare il sopralluogo in qualsiasi momento ed in qualsiasi luogo e lo Stato, dal suo canto, è tenuto a fornire le facilitazioni necessarie affinché il Comitato possa svolgere il suo compito nel modo più completo. Tale necessaria ed imprescindibile collaborazione tra il Comitato e lo Stato membro, entrambi investiti di precisi obblighi, è esplicitamente sottolineata nel

spetta al Comitato svolgere funzioni giudiziarie, né è suo compito stabilire se sono state commesse violazioni di strumenti giuridici internazionali" (la versione integrale della CEPT accompagnata dal Rapporto esplicativo può essere reperita sul sito www.cpt.coe.int)

⁶¹ Occorre sottolineare che il Comitato è il primo organo ispettivo internazionale nel campo dei diritti umani.

Rapporto esplicativo della CEPT, che all'art. 20 precisa: "Per l'applicazione della Convenzione, il Comitato e lo Stato in questione sono tenuti a cooperare". In quest'ottica, in particolare, lo Stato deve assicurare il libero accesso al proprio territorio, senza alcuna restrizione, deve consentire la libera circolazione dei membri del Comitato e deve fornire ogni informazione per lo svolgimento dei compiti di quest'organo. A quest'ultimo deve essere garantita la possibilità di intervistare, senza alcun testimone, le persone soggette a provvedimenti restrittivi della libertà e di contattare qualsiasi persona che possa fornire notizie ed informazioni utili riguardanti il caso in esame.

L'art. 9 CEPT, tuttavia, consente agli Stati interessati, in "circostanze eccezionali" di presentare obiezioni circa la possibilità del Comitato di effettuare la visita in un momento particolare o in un luogo determinato. Le "circostanze eccezionali" invocabili dagli Stati sono specificamente stabilite dalla Convenzione, allo scopo di limitare il potere discrezionale degli stessi; questi possono avvalersi di tale facoltà solo per motivi di pubblica sicurezza, di difesa nazionale e nell'ipotesi in cui siano in atto gravi rivolte nei luoghi nei quali il sopralluogo dovrebbe essere effettuato o a causa delle precarie condizioni di salute delle persone da visitare.

Un secondo profilo originale del Comitato è costituito dalle sue finalità. Si tratta, invero, di finalità preventive, così come precisato nell' art. 20 del Rapporto esplicativo: "L'obiettivo del Comitato non è quello di condannare gli Stati, ma piuttosto di cercare di migliorare, se necessario, in uno spirito di cooperazione e mediante consigli, la protezione delle persone private di libertà". Le indagini del Comitato, pertanto, non hanno il solo fine di stabilire se uno Stato membro infligga o meno trattamenti inumani o degradanti o commetta atti di tortura. "Il fine essenziale del

Comitato è quello di prevenire tali trattamenti o atti. Le sue indagini hanno dunque per oggetto, in generale, le condizioni di detenzione delle persone private della libertà: dalle condizioni ambientali alle cure mediche, dal vitto ai rapporti con i familiari, dalla possibilità di ricorrere contro gli abusi delle autorità detentrici al diritto all'istruzione o a svolgere attività lavorativa. Il comitato deve dunque non solo accertare se esistono condizioni che già appaiono disumane o degradanti, ma deve verificare se esistono condizioni in grado di degenerare, portando a maltrattamenti o a pratiche di tortura"⁶².

Un terzo aspetto peculiare del Comitato è costituito dalla sua composizione. Mentre quasi tutti gli organi internazionali di controllo o a carattere giudiziario sono costituiti da giuristi e/o diplomatici, il Comitato è composto, proprio in ragione dei suoi compiti, da medici, esperti in regimi penitenziari, esperti di diritti umani, giuristi particolarmente competenti nel campo del diritto penale, e comunque, ai sensi dell'art. 4 n. 1 della CEPT, da "persone di alta moralità note per la loro competenza in materia di diritti dell'uomo o in possesso di esperienza professionale nei campi di applicazione della presente convenzione". E' infatti evidente come solo questa composizione così variegata ed eterogenea possa consentire al Comitato di esercitare le sue funzioni ispettive con fini preventivi.

Nel Rapporto esplicativo, inoltre, si precisa che la Convenzione richiede che "i membri partecipino a titolo individuale e che siano indipendenti ed imparziali e disponibili a servire il Comitato in maniera effettiva. Di

⁶² A. CASSESE, *Il Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumane o degradanti*, cit., p. 12.

conseguenza, viene previsto che non vengano proposti o eletti candidati con un conflitto di interessi o che abbiano difficoltà a soddisfare le esigenze di indipendenza, imparzialità e di disponibilità. Si prevede ugualmente che un membro del Comitato che incontri tali difficoltà rispetto a una determinata situazione non partecipi alle attività del comitato relative a tale situazione”.

Un quarto tratto interessante del Comitato è costituito dalla circostanza che esso, nelle proprie valutazioni, non ha parametri di giudizio precostituiti. In effetti la Convenzione non contiene alcuna norma in tal senso, ma solo norme procedurali, concernenti la sua formazione e le sue funzioni. Solo nel preambolo è fatto riferimento all’art. 3 CEDU, ma ciò non significa che il Comitato debba attenersi strettamente a quella norma. Pertanto, nel valutare se un certo trattamento o certe condizioni di detenzione integrino trattamenti inumani o degradanti o addirittura costituiscano forme di tortura, il Comitato è libero di adottare i propri parametri di giudizio. Di fatto, il Comitato si è ispirato sinora non solo alla giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell’uomo, ma anche alle “Regole penitenziarie europee” adottate nel 1987 con raccomandazione dal Consiglio d’Europa.

Un’ultima notazione va fatta sul Comitato: esso rappresenta quanto di più avanzato si sia riuscito a costruire con strumenti internazionali per la prevenzione della tortura. Esso, infatti, si distingue nettamente da un altro organo, istituito nel 1984, il Comitato contro la tortura, che pur delineando con chiarezza l’assolutezza del divieto e la finalità del proprio mandato, non è dotato del potere essenziale dell’accesso ai luoghi di detenzione,

come, del resto, l'esperienza di Guantanamo ha recentemente mostrato. Il CAT, quindi, elabora le proprie conclusioni, a differenza del CPT, sulla sola base dell'analisi della legislazione e dei suoi rapporti con i governi e con le organizzazioni non governative operanti nei singoli stati.

All'entrata in vigore della CEPT è seguita, qualche anno più tardi, l'adozione di due protocolli facoltativi, entrambi entrati in vigore il 1° marzo 2002; il primo prevede disposizioni circa la posizione degli stati non membri del Consiglio d'Europa, invitandoli ad aderire alla convenzione ed indicandone le procedure. Il secondo disciplina alcune modifiche di carattere tecnico, concernenti la composizione del CPT, attraverso la previsione di due gruppi per favorire il processo di elezione dei membri, nonché il rinnovo della metà dei membri stessi ogni due anni e la possibilità di esercitare il loro mandato per due volte.

3.5. *Il Regolamento CE 1236/2005 e il decreto legislativo n. 11/2007 (eventuali spunti per la definizione della fattispecie penale di tortura in Italia?)*

Nell'ambito della protezione di diritti fondamentali – ed, in particolare, della dignità umana, contro ogni forma di tortura o di trattamento inumano o degradante – si è sin qui avuto modo di constatare come l'azione svolta dalla comunità dei paesi europei sia stata e sia tutt'oggi incisiva, tanto attraverso gli strumenti predisposti dall'Unione europea, quanto mediante quelli concepiti in seno al Consiglio d'Europa.

Al fine di completare - seppur senza alcuna pretesa di esaustività - questa panoramica, occorre da ultimo menzionare il regolamento CE n. 1236/2005 adottato dal Consiglio del 27 giugno 2005, relativo al commercio di determinate merci che utilizzabili per la pena di morte, per la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti.

Il rafforzamento della politica e della legislazione sull'esportazione di equipaggiamenti utilizzabili a fini di tortura in ambito europeo, avviato nel 2002 con la presentazione della proposta di regolamento da parte della Commissione, è culminato con l'introduzione nel territorio doganale dell'Unione europea di uno specifico regime degli scambi con i Paesi terzi di prodotti non rientranti negli elenchi dei materiali di armamento nazionale, ma rilevanti sotto il profilo dei diritti umani.

Il regolamento, integrando il sistema attuale di commercio degli armamenti e degli equipaggiamenti militari, da un lato vieta l'esportazione e l'importazione di beni la cui unica utilizzazione pratica sia o potrebbe essere quella di infliggere la pena capitale o la tortura; dall'altro, subordina ad un'autorizzazione delle autorità competenti dei singoli Stati l'esportazione di articoli che potrebbero servire a tali scopi, purché si dimostri che lo Stato membro di destinazione le utilizzerà esclusivamente per l'esposizione al pubblico in un museo in considerazione del loro valore storico .

Tratto di preminente importanza del regolamento è la definizione di tortura dallo stesso contemplata: con tale termine, infatti, - conformemente a quanto stabilito dalla Convenzione di New York - deve indicarsi qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti a una persona dolori 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 intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tali dolori o tali sofferenze siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o col suo consenso espresso o tacito. Tale termine non include tuttavia il dolore o le sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legali, inerenti a tali sanzioni, o ad esse connessi.

Tuttavia nei “consideranda” del Regolamento al punto numero 8 si legge: “Ai fini del presente Regolamento, si ritiene opportuno applicare le definizioni di tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 e nella risoluzione 3452 (XXX) dell’Assemblea generale delle nazioni Unite. Queste definizioni dovrebbero essere interpretate in funzione della giurisprudenza sull’interpretazione dei termini corrispondenti nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nei testi pertinenti adottati dall’UE o dai suoi Stati membri”.

Il regolamento, direttamente applicabile in ciascuno dei Paesi membri dell’Unione, rinvia agli ordinamenti interni la fissazione di “efficaci, proporzionate e dissuasive” (“consideranda”, punto 26) misure sanzionatorie a tutela della disciplina introdotta.

Conformemente alla delega contenuta nella legge comunitaria 2005, e prima del termine di scadenza della stessa (23 febbraio 2008), il Governo del nostro Paese ha approvato il 12 gennaio 2007 il decreto legislativo n. 11 sulla “Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento CE n. 1236/2005”, introducendo sanzioni penali ed

amministrative a presidio dei divieti e degli obblighi previsti nella normativa comunitaria.

In linea con la costruzione di un sistema unitario di controllo di esportazioni e di importazioni di merci di difficile gestione in relazione al potenziale offensivo per i diritti umani, il decreto incarica delle autorizzazioni il ministero del Commercio internazionale, affiancato con parere obbligatorio, ma non vincolante, dal Comitato consultivo istituito dall'art. 11 del Dlgs 96/2003. Pertanto, svolgendo già le strutture interessate analoghe attività in un settore contiguo la materia disciplinata, l'ulteriore attribuzione di funzioni non comporta la creazione di nuove strutture amministrative⁶³.

L'articolo 2 del decreto, in attuazione di quanto previsto dal regolamento CE circa la statuizione di misure sanzionatorie "efficaci, proporzionate e dissuasive" da parte degli ordinamenti interni, garantisce l'efficacia della disciplina comunitaria in oggetto con l'introduzione di fattispecie contravvenzionali.

Per le condotte di esportazione o importazione di beni specificamente individuati nell'allegato II del regolamento⁶⁴, ossia beni utilizzabili in modo esclusivo ed univoco per la pena di morte, per la tortura o altri

⁶³ Cfr. M. E. CASTALDO, *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, in *Guida al diritto. Il sole-24 ore*, n. 18/2007, p. 40.

⁶⁴ Con riferimento all'individuazione dell'oggetto materiale dei reati contemplati nel decreto legislativo attraverso il rinvio agli allegati del regolamento comunitario, e alle modifiche che questi subiranno periodicamente e secondo le procedure adottate dal regolamento stesso, ci si è posti il problema della compatibilità delle disposizioni così strutturate con il principio di legalità, *sub specie* principio di determinatezza e tassatività. In realtà, si tratta di un tipico esempio di etero-integrazione del precetto penale mediante il ricorso, pur tuttavia sul piano strettamente tecnico, ad una fonte secondaria individuata. Il decreto legislativo, invero, predetermina i criteri in base al regolamento comunitario concorrerà alla specificazione del precetto e, pertanto, non sembra porre problemi in ordine alla compatibilità con il principio di legalità.

trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, è previsto l'arresto da uno a tre anni e l'ammenda da quindicimila a cinquantamila euro. La pena detentiva dell'arresto fino a due anni e quella pecuniaria dell'ammenda da diecimila a cinquantamila euro, comminabili alternativamente, concernono l'assistenza tecnica in relazione ai beni indicati. Laddove si tratti, invece, di oggetti indicati nell'allegato II del regolamento utilizzabili, tuttavia, in ragione del loro valore storico, per l'esposizione al pubblico in un museo, l'esportazione o l'importazione o l'assistenza tecnica connessa senza l'autorizzazione prevista sono sanzionate con la pena pecuniaria dell'ammenda da quindicimila a novantamila euro.

Quando, invece, le operazioni di import- export riguardino i beni indicati nell'allegato III del regolamento, ossia prodotti o attrezzature solo potenzialmente utili ai fini indicati, e siano effettuate senza l'autorizzazione prescritta dalla disciplina comunitaria o con documentazione falsa, le pene dell'arresto da sei mesi a due anni e dell'ammenda da cinquemila a cinquantamila euro si applicano congiuntamente.

La sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento della somma di denaro da diecimila a sessantamila euro è prevista per gli illeciti amministrativi, specificamente individuati nell'omissione di comunicazioni o registrazioni imposte, nella mancata conservazione dei documenti rilevanti per la legge, o nell'assenza di collaborazione con l'autorità competente omettendo di fornire atti o documenti richiesti connessi ai beni in questione.

La confisca delle merci oggetto delle operazioni indicate è disposta con la sentenza di condanna o con la decisione sul patteggiamento.

Le sanzioni penali dell'arresto o dell'ammenda, nei limiti edittali previsti nella legge delega, si applicano congiuntamente o alternativamente nelle diverse ipotesi, modulate secondo l'importanza del bene coinvolto quale oggetto materiale del reato. La scelta del Parlamento, cui il Governo si è uniformato nel dare attuazione alla delega legislativa, di introdurre fattispecie contravvenzionali è legata alla particolare natura degli illeciti: si tratta, infatti, di violazione di divieti o di obblighi inerenti attività soggette a un sistema amministrativo di autorizzazioni⁶⁵.

Merita, infine, sottolineare come il richiamo operato dal regolamento comunitario, ai fini dell'individuazione del significato della tortura e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti, alla definizione contenuta nella Convenzione di New York, integrato, però, dal riferimento alla giurisprudenza sull'interpretazione dei termini corrispondenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nei testi pertinenti adottati dall'UE o dai suoi Stati membri, apra ad una definizione che supera quella di contenuto minimo della Convenzione stessa del 1984 e si armonizzi con i risultati interpretativi cui è pervenuta, in questi anni, la Corte di Strasburgo.

Indicazione di cui potrebbe essere utile tener conto in sede di elaborazione del disegno di legge sull'introduzione nel nostro Paese del reato di tortura, anche al fine di evitare discrasie nella lotta ad un fenomeno che richiederebbe interventi univoci, non pregiudicati da

⁶⁵ E' stato tuttavia rilevato come, "nella prospettiva di una complessa disciplina della materia del commercio di beni potenzialmente offensivi dei diritti umani modulata secondo la gravità e il tipo di offesa arrecato, poteva risultare opportuna la previsione di ipotesi delittuose a presidio di attività aventi ad oggetto beni dalla sicura ed esclusiva destinazione illecita finale, quali quelli elencati nell'allegato II del documento" (M. E. CASTALDO, *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, cit., p. 41).

distonie interpretative capaci di generare “zone grigie” nella disciplina di una materia così delicata ed importante.

3.6 Considerazioni conclusive: l'Europa nuova frontiera per la tutela dei diritti umani nel quadro della internazionalizzazione della giustizia penale?

A conclusione di questa panoramica sui profili della tutela dei diritti fondamentali in Europa - e prima di restringere l'indagine sulle eventuali risposte legislative approntate dall'Italia per tutelare la dignità umana da atti di tortura -, occorre tornare ad allargare lo sguardo al di là degli strumenti giuridici offerti a livello continentale dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (con il presidio “operativo” della Corte di Strasburgo) e dalla stessa Unione europea, che li richiama solennemente a proprio fondamento, per considerare nuovamente anche la più ampia prospettiva aperta dalla evoluzione del diritto penale internazionale dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma.

Ebbene, non si tratta di meri effetti di un processo che l'Europa ha subito per quella spinta alla globalizzazione che investe di certo anche il terreno giuridico; essa ha invero giocato un ruolo da protagonista, nel promuovere la trasformazione del diritto penale internazionale in una nuova realtà positiva, in cui i diritti fondamentali dell'uomo siano riconosciuti non soltanto nella loro tradizionale e pur sempre necessaria (ma certamente riduttiva) funzione di limite di ogni intervento punitivo – secondo le esigenze fatte proprie dalla citata Convenzione europea del

1950 - ma anche quale oggetto di diretta tutela penale offerta a livello internazionale.

In quest'ottica va letto il superamento dell'esclusiva riserva di competenza degli Stati membri dell'Unione in materia penale, diretto a garantire la miglior protezione possibile degli interessi comunitari e di quelli più generali di cui essa è portatrice, attraverso più penetranti interventi di armonizzazione ed una concorrente competenza della Comunità stessa⁶⁶. Ed è in questa prospettiva che si auspica, anche in vista dell'attesa ratifica del Trattato di Lisbona, che il legislatore europeo, oltre a fornire mere – seppur indispensabili – posizioni sul divieto di tortura, traduca le stesse in disposizioni che stigmatizzino a chiare lettere questa pratica, assecondando il suo ruolo di organizzazione di respiro internazionale per uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁶⁶ Sul punto si veda L. PICOTTI, *I diritti fondamentali oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. Penale*, n. 1/2003, p. 261.

CAPITOLO IV

LA TUTELA PENALE DELLA PERSONA DA ATTI DI TORTURA: POSSIBILI ORIZZONTI

4.1 L'incriminazione della tortura in Italia: un quadro dagli spunti interessanti, ma dalle prospettive piuttosto deludenti

4.2 Tortura e bene giuridico: quale criterio di identificazione di un potenziale reato?

Opp: La tortura nel nostro codice penale: quali le opzioni di politica criminale e quale il criterio di identificazione di un potenziale reato?

4.3 le possibili tecniche di redazione della fattispecie penale della tortura

Opp: le possibili tecniche normative per contrassegnare il disvalore della tortura

4.4. L'autore del reato: quali possibili soluzioni?

1.1.L'incriminazione della tortura in Italia: un quadro dagli spunti interessanti, ma dalle prospettive piuttosto deludenti

In Italia, lo si è accennato nei capitoli precedenti, la tortura non né reato.

In spregio alla Convenzione ONU contro la tortura ed allo Statuto della Corte penale internazionale – ratificati dal nostro Paese rispettivamente il...- l'ordinamento giuridico italiano ancora oggi, non prevede alcuna fattispecie incriminatrice della tortura, con la conseguenza che ai casi di tortura si applicano fattispecie talvolta assai meno gravi ma soprattutto ben poco significative del disvalore precipuo che questa pratica, in quanto tale, assume a prescindere dalle specifiche modalità con cui si realizza: dall'abuso d'ufficio alla violenza privata, dal generico abuso di autorità previsto all'art. 608 del nostro codice penale, alle percosse e lesioni, peraltro punibili, laddove non provochino rispettivamente una malattia nel corpo o nella mente e l'invalidità superiore a venti giorni, a querela di parte.

Invero, nel corso dell'attuale legislatura e di quelle precedenti, sono stati presentati numerosi disegni di legge, uno dei quali addirittura approvato dalla Camera e licenziato dalla Commissione giustizia del Senato, ma arenato tra le vicende politiche e le "emergenziali priorità" della passata legislatura.

Eppure, il nostro Paese è stato tra i primi dell'Unione europea ad emanare, in ossequio al regolamento CE n. 1236/2005, disposizioni legislative (ci si riferisce al decreto legislativo 11/2007, di cui si è parlato nel capitolo precedente) recanti la disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento stesso, concernente il commercio di

determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte e la tortura.

Con la paradossale incongruità che, attualmente, risultano punite, a titolo contravvenzionale - anche con la pena detentiva dell'arresto! - talune condotte concernenti la commercializzazione o la detenzione di beni utilizzabili per la tortura, pur non essendo quest'ultima in alcun modo inquadrata nel novero dei reati.

Per la verità, già nel corso della tredicesima legislatura¹ furono presentati diversi disegni di legge sia alla Camera che al Senato che lasciavano intendere chiaramente (lo si può evincere dalle relazioni di presentazione degli stessi) la necessità che il nostro Paese mantenesse fede agli accordi internazionali ratificati, introducendo la tortura, quale autonoma fattispecie incriminatrice, ovvero quale aggravante.

In particolare, tra i numerosi progetti di legge presentati ed immancabilmente assegnati alla Commissione Giustizia in sede referente, e lì archiviati, si segnalano, in ordine cronologico, gli atti presentati al Senato, rispettivamente nel 1997 e nel 1999, nn. 2701 e 3691, in entrambi i quali le relazioni di presentazione sottolineano la necessità di introdurre un'autonoma fattispecie incriminatrice della tortura, indiscutibilmente qualificabile *crimen iuris gentium*.

In particolare, nel primo disegno di legge² si spiegavano palesemente le ragioni che rendono inopportuna la riconducibilità di condotte di tortura

¹ La tredicesima legislatura ebbe inizio il 9 maggio 1996 e si concluse il 29 maggio del 2001.

nell'ambito applicativo di reati già contemplati nel nostro codice penale³ e si prevedeva l'introduzione, nel capo del nostro codice penale dedicato ai

² Il disegno di legge n. 2701 constava di un solo articolo, nel quale si poteva leggere: "Dopo l'articolo 580 del codice penale è inserito il seguente:

Art. 580 bis – (Tortura). – Chiunque, con qualsiasi atto, infligga intenzionalmente ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o psichiche, al fine 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 intimidirla o far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la pena della reclusione da quattro ad otto anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale gravissima, si applica la pena della reclusione da sette a quindici anni.

Non rientrano nella fattispecie di reato di cui al presente articolo il dolore o le sofferenze causate dall'uso legittimo dei mezzi di coercizione, sempre che l'azione offensiva sia limitata a quanto strettamente necessario per la realizzazione dello scopo."

³ Questi aspetti sono ben delineati nella relazione di presentazione del ddl in esame, nella quale si evidenziava come la mancata previsione legislativa di uno specifico reato di tortura comporti l'impossibilità di punire determinati comportamenti che per il loro specifico disvalore non possono essere ricondotti nell'ambito applicativo, ad esempio, nel delitto di lesioni personali, ove abbiano causato lesioni guarite nei venti giorni previsti dall'art. 582 c.p., ovvero ove la vittima, per timore di rappresaglia o perché si trovi in uno stato di profonda prostrazione psicologica, non abbia sporto denuncia. Ancora si sottolineava come nell'ordinamento del nostro Paese non siano punibili fatti idonei a cagionare delle gravissime sofferenze psichiche, ove da tali fatti non derivino lesioni personali. Infatti, "puntare una pistola alla tempia della persona sottoposta ad interrogatorio, inscenare una falsa fucilazione, sono fatti che possono provocare sofferenze psicologiche molto più devastanti delle sofferenze provocate da lesioni personali, e rientrano, pertanto nel concetto di tortura. In ipotesi del genere si potrebbe, tutt'al più, fare ricorso alla norma incriminatrice della minaccia, la cui pena, però è assolutamente inadeguata".

delitti contro la vita e l'incolumità individuale, del reato 580 *bis*, rubricato "tortura", caratterizzato, tra l'altro, dai seguenti aspetti: con riguardo alla tecnica prescelta per contrassegnare la condotta punibile, essa faceva leva indifferentemente sul dato dell'evento (si poteva definire, dunque, una fattispecie causalmente orientata); non circoscriveva la sfera dei potenziali autori a determinate categorie di soggetti, ben potendo essere posto in essere da "chiunque"; era connotato dall'elemento psicologico del dolo specifico e prevedeva, nei commi due, tre e quattro, una pena via via più grave a seconda che dal fatto derivasse una lesione personale grave, gravissima, ovvero la morte del soggetto passivo.

Il disegno di legge n. 3691⁴, che pure annoverava la tortura tra i delitti contro la vita, ma all'art. 593 *bis*, risulta interessante per taluni passaggi della relazione, nei quali si precisava come la tortura non ferisca l'individuo che la patisce solamente nel corpo, ma anche nello spirito, offendendone la dignità umana, e pertanto si sostanzia nell'inflizione non tanto e non solo di sofferenze fisiche, ma anche psicologiche; d'altro canto nella stessa relazione – e a noi sembra questo un ulteriore tratto saliente –

⁴ Il ddl n. 3691 prevedeva tre articoli. In particolare, l'art. 1 recitava: "Dopo l'articolo 593 del codice penale è inserito il seguente:

Art. 593 bis. – (Tortura) – Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge ad una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche e mentali, al fine di ottenere segnatamente 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 intimidirla o di fare pressione su di lei o su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

La pena è aumentata se ne deriva una lesione personale. E' raddoppiata se ne deriva la morte.

Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che istiga altri alla commissione del fatto, o che si sottrae volontariamente all'impedimento del fatto, o che vi acconsente tacitamente.

Qualora il fatto costituisca oggetto di obbligo legale l'autore non è punibile."

Gli articoli 2 e 3 del ddl riguardavano, rispettivamente, la disciplina dell'immunità e dell'estradizione, e la costituzione di un fondo per le vittime di reati di tortura.

si poteva leggere: “la esplicita previsione del reato di tortura, oltre che a corrispondere ad un obbligo giuridico internazionale, costituisce un forte messaggio simbolico in chiave preventiva. Significa chiarire con nettezza quali sono i limiti dell’esercizio della forza e quali sono i limiti di esercizio dei pubblici poteri rispetto alle esigenze investigative e di polizia”⁵.

Accanto a questi disegni di legge, si segnala - tra gli altri- quello presentato alla Camera dall’allora Ministro della giustizia Fassino n. 7283⁶, per un aspetto di rilevante importanza: esso, infatti, a differenza delle altre proposte di legge presentate in argomento, prevedeva l’introduzione, in luogo di una specifica ed autonoma fattispecie incriminatrice, di una aggravante ad effetto speciale che – si apprendeva dalla relazione – “reca in sé gli elementi costitutivi delle condotte riconducibili alla nozione di tortura” fornita dalla Convenzione del 1984. Questa scelta derivava dalla presa d’atto del Ministro che “la necessaria tipicità delle fattispecie penali ... non si presta a ridurre in una sola norma la varietà delle situazioni riconducibili al concetto di ‘tortura’, con la possibilità che sfuggano al precetto condotte significative e la probabilità di non riuscire a graduare,

⁵ Proprio coerentemente con questi intenti così espliciti della relazione, si era previsto che il delitto di cui all’art. 593 *bis* c.p. fosse posto in essere esclusivamente dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio.

⁶ Il ddl 7283 constava di quattro articoli; in particolare il primo disponeva: “1. *Le pene previste per i delitti non colposi contro la persona, consumati o tentati, sono aumentate da un terzo alla metà quando il colpevole ha commesso il fatto con abuso di poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio adoperando sevizie o agendo con crudeltà o comunque ricorrendo ad altre modalità di violenza fisica o morale verso la persona, idonee ad intimidirla ovvero a ridurre in modo apprezzabile la libertà di autodeterminarsi allo scopo di ottenere da essa o da altri dichiarazioni o informazioni.*

2. *Le circostanze attenuanti concorrenti con l’aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento conseguente alla predetta aggravante.*

3. *In ogni caso in cui sussiste la circostanza aggravante di cui al comma 1 la pena da applicare non può essere inferiore ad un terzo della pena massima stabilita per il delitto.”.*

come pure è necessario, sul piano sanzionatorio, condotte di diverso disvalore. ... l'introduzione di un'aggravante ... consentirebbe, perciò, di sanzionare più efficacemente quelle gravi pressioni fisiche o morali volte al fine di intimidire, violare la dignità della persona o conculcarne il diritto di autodeterminarsi, senza rinunciare, però, ad irrogare le pene in ragione del diverso grado di offensività delle condotte pure previste dalle varie fattispecie incriminatrici".

Anche nel corso della quattordicesima legislatura, sia alla Camera che al Senato, si discusse di disegni di legge volti ad introdurre un'autonoma fattispecie incriminatrice della tortura.

Tra gli altri, in ordine cronologico, si segnalano i disegni di legge presentati al Senato nel 2001 e nel 2002 (rispettivamente n. 582 e n. 1608), ed quelli proposti alla Camera nel 2001 (ddl 1483-1518-1948 A) e nel 2004 (n. 4990), anch'essi bloccatisi all'esame della Commissione giustizia in sede referente.

Il primo disegno di legge menzionato ricalcava, quasi pedissequamente, la già citata proposta numero 3691 della tredicesima legislatura, mentre quello n. 1608 prevedeva l'introduzione, nella sezione del codice penale riservata ai delitti contro la libertà personale e subito dopo la disposizione concernente il sequestro di persona, l'art. 605 *bis*⁷, costruito come fattispecie a forma aperta realizzabile da "chiunque" abbia – però - la

⁷ "Art. 605 bis. – (Tortura) – chiunque infligga intenzionalmente a una persona, di cui abbia la custodia o il controllo, gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, che non siano inerenti all'applicazione o all'esecuzione di misure sanzionatorie legittime, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

La pena è aumentata se il fatto è commesso nell'esercizio di pubbliche funzioni o con abuso di autorità.

Il delitto non si estingue per prescrizione."

custodia o il controllo del soggetto passivo, e connotata, sul piano dell'elemento soggettivo, dal dolo intenzionale. Ancora, l'articolo di cui si proponeva l'introduzione, prevedeva un aumento della pena se il fatto descritto nel primo comma fosse stato commesso nell'esercizio di pubbliche funzioni o con abuso di autorità, e ipotizzava l'imprescrittibilità del delitto così definito.

Quanto alle proposte presentate dinanzi alla Camera dei deputati, il disegno di legge n. 1483-1518-1948 A, risultante dall'unificazione, in sede di Commissione giustizia, di tre proposte di legge, disponeva all'articolo 1 l'introduzione - tra i delitti contro la libertà morale (ed è questa la novità più rilevante, visto che la protezione di questo bene giuridico sino a questo momento non era stata assunta come criterio identificativo del delitto di tortura) - dell'articolo 613 bis^s, qualificabile come reato proprio, a forma vincolata, in cui la realizzazione del fatto tipico risultava condizionata da talune qualità del soggetto passivo (che doveva essere sottoposto all'autorità dell'autore del reato) e connotato dal dolo specifico, dunque da particolari finalità - che peraltro ricalcavano pedissequamente quelle previste nella definizione di tortura della Convenzione ONU del 1984 - in vista delle quali il fatto doveva essere compiuto.

^s "Art. 613-bis (Delitto di tortura). Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, con violenza o minacce gravi, infligge ad una persona sottoposta alla sua autorità sofferenze fisiche o mentali allo scopo di ottenere informazioni o confessioni da essa o da una terza persona su un atto che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso ovvero allo scopo di punire una persona per atti dalla stessa compiuti o che la medesima è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale, è punito con la reclusione da uno a dieci anni..

Salvo che il fatto costituisca delitto più grave, la pena è aumentata se dal fatto deriva una lesione grave o gravissima, è raddoppiata se ne deriva la morte".

Quanto alla proposta di legge n. 4990⁹ presentata nel maggio 2004 - nella cui Relazione introduttiva si rinvennero le matrici di politica legislativa, ascrivibili alla necessità di colmare una “zona grigia della nozione di tortura comunemente accolta che però non trova riscontro nelle nostre norme penali” – si riproponeva, all’art. 613 bis, l’introduzione del delitto di tortura, questa volta, rispetto al ddl n. 1483-1518-1948 A, punito con la pena detentiva dalla forbice edittale più ampia (reclusione da uno a quindici anni). Salvo le ulteriori differenze rispetto all’ultimo disegno di legge citato ravvisabili nella qualificazione del reato come reato comune, essendo “chiunque” potenziale soggetto attivo, e nella mancata descrizione del concetto di “tortura”, la proposta di legge n. 4990 presentava notevoli analogie con altre già presentate e discusse, anche nella legislatura precedente.

⁹ La proposta di legge in esame constava di un solo articolo, che disponeva: “Dopo l’art. 613 del codice penale sono inseriti i seguenti:

Art. 613 bis (Delitto di tortura). E’ punito con la reclusione da uno a quindici anni chiunque infligge ad una persona una tortura fisica o mentale, sottoponendola a patimenti disumani o a sofferenze gravi, allo scopo di ottenere informazioni o confessioni da essa o da una terza persona su un atto che essa stesso o una terza persona ha commesso o è sospettata di avere commesso, ovvero allo scopo di punire una persona per gli atti dalla stessa compiuti o che la medesima è sospettata di aver compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pena è aumentata se dal fatto deriva una lesione grave o gravissima, è raddoppiata se ne deriva la morte.

Il fatto non è punibile se sono inflitte sofferenze o patimenti come conseguenze di condotte o sanzioni legittime ad essa connesse o dalle stesse cagionate.

Non può essere assicurata l’immunità diplomatica per il delitto di tortura ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati da autorità giudiziaria straniera o da un tribunale internazionale. In tali casi lo straniero è estradato verso lo Stato nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura, o nel caso di procedimenti davanti ad un tribunale internazionale, verso lo Stato individuato ai sensi della normativa internazionale vigente in materia.

Art. 613 ter (Fatto commesso all’estero). E’ punito secondo la legge italiana, ai sensi dell’art. 7, primo comma ,numero 5), il cittadino o lo straniero che commette nel territorio estero il delitto di tortura, di cui all’art. 613 bis.” .

Arrivando alla legislatura precedente rispetto a quella attuale, la ricostruzione degli accidentati percorsi concernenti l'incriminazione della tortura risulta più complessa ed articolata, (sebbene le proposte di legge non presentino spunti particolarmente originali), anche in ragione del fatto che il legislatore dell'epoca era giunto ad un passo dall'approvazione di una norma che prevedesse una specifica fattispecie al riguardo.

Invero, il 13 dicembre 2006 la Camera dei deputati votò ed approvò in Assemblea il disegno di legge n. 1206, trasmesso nello stesso giorno al Senato, dove acquisì la nuova numerazione di 1216.

Il disegno di legge in questione era frutto di più proposte di legge – specificamente nn. 915, 1206, 1272, 1279 – presentate tutte il primo anno della quindicesima legislatura, discusse in sede referente dalla Commissione Giustizia, allora presieduta dall'on. Pino Pisicchio, e di cui lo stesso relatore aveva proposto un testo unificato, discusso ed approvato con taluni emendamenti in quella stessa sede, ed di cui l'Assemblea dei deputati aveva espresso voto favorevole.

In particolare, il ddl n. 915¹⁰, presentato nel maggio 2006 dall'on Pecorella, che nella Relazione introduttiva illustrava come gli atti di tortura non

¹⁰ La suddetta proposta di legge constava dell'art. 1, che così disponeva: "Dopo l'articolo 613 del codice penale sono inseriti i seguenti:

Art. 613 bis. – (Delitto di tortura) – E' punito con la reclusione da uno a quindici anni chiunque infligge ad una persona una tortura fisica o mentale, sottoponendola a patimenti disumani o a sofferenze gravi, allo scopo di ottenere informazioni o confessioni da essa o da una terza persona su un atto che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di avere commesso ovvero allo scopo di punire una persona per gli atti dalla stessa compiuti o che la medesima è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale.

Salvo che il fatto costituisca reato più grave, la pena è aumentata se dal fatto deriva una lesione grave o gravissima.; è raddoppiata se ne deriva la morte.

Il fatto non è punibile se sono inflitte sofferenze o patimenti come conseguenza di condotte o sanzioni legittime ad esse connesse o dalle stesse cagionate.

fossero inquadrabili nel novero delle fattispecie incriminatrici già presenti nel nostro codice, prevedeva la pena detentiva della reclusione da uno a quindici anni per chiunque infliggesse ad una persona “una tortura fisica o mentale, sottoponendola a patimenti disumani o a sofferenze gravi” per gli stessi scopi previsti dalla Convenzione ONU del 1984. Graduava, inoltre, la pena, con la previsione di circostanze aggravanti, a seconda che dal fatto derivasse una lesione personale grave o gravissima, ovvero la morte, contemplava la causa di non punibilità per l’inflizione di sofferenze o patimenti derivanti dall’applicazione di sanzioni legittime, e inibiva l’immunità diplomatica “per il delitto di tortura ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati da un’ autorità giudiziaria straniera o da un tribunale internazionale”. Quanto al bene giuridico che la proposta di legge intendeva proteggere, si individuava la libertà morale quale criterio identificativo del reato così congegnato.

La proposta di legge d’iniziativa del deputato Forgiione n. 1206¹¹, presentata nel giugno dello stesso anno, differiva dalla precedente per

Non può essere assicurata l’immunità diplomatica per il delitto di tortura ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati da una autorità giudiziaria straniera o da un tribunale internazionale. In tali casi lo straniero è estradato verso lo Stato 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 a un tribunale internazionale, verso lo Stato individuato ai sensi della normativa internazionale vigente in materia.

Art. 613 ter. (Fatto commesso all’estero) – E’ punito secondo la legge italiana, ai sensi dell’art. 7, numero 5), il cittadino o lo straniero che commette nel territorio estero il delitto di tortura di cui all’art. 613 bis.”

¹¹ Del disegno di legge n. 1206, che constava di tre articoli, si riporta solo quello concernente specificamente il delitto di tortura: “Art. 1 . Dopo l’articolo 593 del capo I del titolo XII del codice penale è aggiunto il seguente:

Art. 593 bis. – (Tortura) – Il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che infligge a una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di fare pressioni

taluni aspetti: in particolare la collocazione sistematica della tortura tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, per l'autore del reato, individuato nel pubblico ufficiale o incaricato al pubblico servizio che, si specificava nel terzo comma, poteva ben essere (oltre che l'autore materiale) l'istigatore, complice consenziente o mero soggetto acquiescente alla commissione del crimine, per la differente forbice edittale della reclusione, per l'istituzione di un fondo per le vittime dei reati di tortura presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il ddl n. 1272, presentato nel luglio 2006 ad iniziativa di un gruppo di deputati, ricalcava fondamentalmente quello 1206, anche per con riguardo al bene giuridico che con la norma si intendeva tutelare, mentre il ddl n. 1279¹², presentato due giorni dopo ad iniziativa dei deputati Suppa,

su di lei o su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

La pena è aumentata se dal fatto deriva una lesione personale; è raddoppiata se dal fatto deriva la morte.

Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che istiga altri alla commissione del fatto o che si sottrae volontariamente all'impedimento del fatto o che vi acconsente tacitamente.

Qualora il fatto costituisca oggetto di obbligo legale l'autore non è punito."

¹² Nel disegno di legge 1279 si legge: "Art. 1. Alla sezione III del capo III del titolo XII del libro II del codice penale, dopo l'articolo 613 sono aggiunti i seguenti:

Art. 613 bis. (Tortura) – Chiunque sottopone una persona a tortura mediante violenza fisica o morale allo scopo di ottenere informazioni su fatti o circostanze, da essa o da altri posti in essere, anche se non costituenti reato, ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica o religiosa o sessuale è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni.

La pena è aumentata di un terzo se le condotte di cui al primo comma sono poste in essere da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pena è aumentata se dal fatto deriva lesione grave o gravissima; è raddoppiata se ne deriva la morte.

Non è accordata l'immunità diplomatica ai cittadini stranieri condannati o imputati per il reato di tortura di cui al primo comma, comunque qualificato da un'autorità giudiziaria straniera o da un tribunale internazionale. In tali casi lo Stato italiano accorda l'estradizione al Paese richiedente nel rispetto della normativa e degli accordi internazionali vigenti."

Nello stesso disegno di legge, all'art. 2, si prevedeva poi la costituzione di un fondo per le vittime di tortura.

Tenaglia Gambescia e Cesario, dava conto puntualmente nella Relazione introduttiva della differente opzione per la libertà morale quale interesse da proteggere espressivo della personalità individuale, precisando che “nella nostra legislazione penale, con riferimento alla tutela della persona umana, esiste una scelta etica di fondo che implica una netta distinzione tra la violenza che si esaurisce nella lesione del diritto alla incolumità fisica e quella, di maggiore disvalore sociale, che è funzionale all’offesa della libertà individuale nelle sue varie forme.”. Quest’ultima proposta di legge, inoltre, impiegava la locuzione “sottopone una persona a tortura” al fine di sottolineare – lo si apprende sempre nella Relazione – con il verbo prescelto il carattere permanente dell’illecito¹³ e delineava il reato come comune, sebbene prevedesse l’aumento di pena di un terzo qualora l’autore del fatto fosse un pubblico ufficiale o un incaricato al pubblico servizio.

I disegni di legge presentati nella quindicesima legislatura - di cui si è fatta una breve (e incompleta) sintesi – furono poi analizzati e discussi in Seconda Commissione Giustizia. E’ questa sicuramente la fase dell’iter legislativo maggiormente interessante e ricca di spunti costruttivi ai fini dell’introduzione della norma sulla tortura¹⁴, nella quale, su proposta del relatore Pisicchio, sentito il parere di altre Commissioni permanenti¹⁵ e con

¹³ Questa modalità prescelta per la descrizione della condotta integrante il reato fu oggetto successivamente, in Commissione Giustizia, di aspre critiche per quanto concerne il profilo della determinatezza.

¹⁴ Non è possibile in questa sede dare conto del contenuto dei lavori della Commissione Giustizia, che tuttavia è possibile reperire sempre sul sito della Camera: www.camera.it.

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, ai pareri della quinta Commissione Bilancio e tesoro del 19/09/06 (che subordinò il proprio parere favorevole alla mancata istituzione del fondo per le vittime contro la tortura, per mancanza di copertura finanziaria) e della terza Commissione Affari esteri (per quel che concerneva la disciplina dell’immunità e

diversi contributi dei membri della Commissione concernenti differenti aspetti dell'illecito da introdurre – dal bene giuridico all'autore del reato, dalla disciplina delle circostanze aggravanti a quella del concorso di persone – si poté procedere all'unificazione delle proposte di legge in un unico testo¹⁶ licenziato dalla Commissione e girato all'Assemblea dei deputati che la discusse articolo per articolo ed approvò con voto bipartisan il 13 dicembre 2006.

Lo stesso giorno il disegno di legge, con la numerazione 1216, passò al vaglio del Senato; nel gennaio 2007 venne assegnato alla Commissione

dell'estradizione per reato di tortura). Anche queste notizie possono essere rinvenute sul sito della Camera dei deputati.

¹⁶ La prima parte del testo approvato alla Camera il 13 dicembre 2006, che prevede l'introduzione della fattispecie incriminatrice della tortura tra i delitti contro la libertà morale è la seguente: *“Art. 613 bis (Tortura – E' punito con la pena della reclusione da tre a dodici anni chiunque, con violenza o minacce gravi, infligge ad una persona forti sofferenze fisiche o mentali, ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti, allo scopo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni su un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale.*

La pena è aumentata se le condotte di cui al primo comma sono poste in essere un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio.

La pena è aumentata se dal fatto deriva una lesione grave o gravissima; è raddoppiata se ne deriva la morte”.

Il testo fu approvato anche da Forza Italia e dalla Lega, che subordinarono il loro voto favorevole all'introduzione degli emendamenti dagli stessi proposti. Il primo prevedeva l'impossibilità di riconoscere l'immunità diplomatica per il delitto di esame ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati da autorità giudiziaria straniera o da un tribunale internazionale. In questi casi lo straniero doveva essere estradato verso lo Stato nel quale era in corso il procedimento penale o era stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento dinanzi ad un tribunale internazionale, verso lo Stato individuato ai sensi della normativa internazionale vigente in materia. Il secondo contemplava la possibilità di punire secondo la legge italiana lo straniero che avesse posto in essere atti di tortura anche in un paese estero.

Il testo così strutturato approvato dalla Camera con 466 voti favorevoli ed uno solo contrario.

giustizia, dove venne discusso insieme ad ulteriori disegni di legge¹⁷, ed ai relativi emendamenti. In quella sede si dibatté ancora dell'opportunità o meno di introdurre un delitto di tortura (non mancò chi sostenne perfino - dopo venti anni di discussioni dall'entrata in vigore in Italia della Convenzione del 1984 - che la fattispecie oggetto dell'esame della Commissione fosse già punita dalle norma del codice penale!), delle non facile soluzioni concernenti l'autore del reato e la sua collocazione sistematica all'interno del codice penale vigente.

Nel luglio dello stesso anno venne approvato con una formulazione parzialmente diversa proposta dal relatore della Commissione¹⁸ e dal mese di settembre fu inserito in agenda tra i lavori del Senato per la discussione articolo per articolo, giungendo indiscusso alla fine della quindicesima legislatura.

Per quanto concerne l'attuale legislatura, va precisato che mentre alla Camera sono stati presentati tre disegni di legge¹⁹ tutti concernenti l'introduzione, all'art. 613 bis, del delitto di tortura (uno di essi, il n. 857 d'iniziativa del deputato Pisicchio, riproduce pedissequamente il ddl 1216 della XV legislatura così come approvato dalla Camera dei deputati), e tutti arrestatisi alla fase dell'iniziativa in quanto non ancora assegnati alla Commissione giustizia, al Senato pure vi sono state proposte di legge (ben

¹⁷ Si tratta di disegni di legge presentati al Senato, con i numeri S 798, S 895, ed S 324 ed S 954 nei mesi luglio e settembre dello stesso anno.

¹⁸ Non si è riusciti a rinvenire il testo con la rinnovata formulazione del ddl 1216. Sul sito del Senato, infatti, si può apprendere solamente che il 4 luglio 2007 fu approvato con modifiche dalla Commissione giustizia in sede referente il ddl 1216 ("Introduzione dell'articolo 593 bis del codice penale concernente il reato di tortura ed altre norme in materia di tortura").

¹⁹ Ci si riferisce alle proposte di legge nn. 857, 1508, 1838, presentate alla Camera tra maggio ed ottobre 2008.

sei, a dire il vero²⁰), inviate per la discussione alla Commissione per i Diritti umani, che già avuto modo di pronunciarsi lo scorso 26 novembre²¹, ed alla Commissione giustizia, sollecitata, nella seduta del 3 dicembre, ad approntare con celerità un testo giuridico unificato concernente l'incriminazione della tortura.

Con riguardo a questi ultimi sei disegni di legge, per la verità, non si segnalano diversità rispetto a quelli delle precedenti legislature (anch'essi, tra l'altro, annoverano il delitto di tortura tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale ovvero tra quelli contro la libertà morale), salvo il richiamo, in talune relazioni introduttive, ai recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo in materia ed il riferimento a recenti fatti di cronaca (ci si riferisce, in particolare, al caso Cucchi) che renderebbero necessaria ed urgente l'approvazione di una norma che punisca con la sanzione penale – cui corrisponde un intervento particolarmente penetrante ed assai temibile nella sfera personale dell'individuo – atti così deplorabili.

Alla fine di questo excursus concernente la travagliata (e non ancora conclusa!) vicenda dell'introduzione del delitto di tortura nel nostro

²⁰ Si tratta dei disegni di legge nn. 264, 256, 374, 1237, 1595 e 1884.

²¹ Sul sito del senato è possibile leggere nel resoconto dei lavori della Commissione dei Diritti Umani del 26 novembre scorso: "La Commissione per i Diritti Umani del Senato all'unanimità ha dato parere favorevole all'introduzione nel Codice penale del reato di tortura, così come definito nel protocollo aggiuntivo alla convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti inumani o degradanti. 'E' una questione rilevante per dare finalmente attuazione alle tante convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito' afferma il Presidente della Commissione Pietro Mercenaro, per il quale il provvedimento 'non rappresenta certamente una disposizione superflua, come anche le cronache delle ultime settimane dimostrano ed è importante anche perché a febbraio l'Italia sarà sottoposta ad osservazione da parte del consiglio dei Diritti umani delle nazioni Unite".

Paese, che aveva lo scopo di suggerire spunti in un'ottica *de iure condendo*, piuttosto che di trattare questioni in modo compiuto ed esaustivo, si vuole ancora ribadire con risolutezza la ineludibile necessità di stigmatizzare con la sanzione penale atti di tortura, forse unica (e comunque sicuramente più incisiva) opzione per mantenere fede con coerenza agli impegni internazionali ed europei sottoscritti dall'Italia e per realizzare una più completa - seppur sempre necessariamente frammentaria - tutela della persona.

Con la precisazione che, nel prosieguo, si prenderà in esame, come occasione di riflessione *de lege ferenda*, la disposizione in materia di tortura del ddl 1216 della XV legislatura, unica che, come si è avuto modo di constatare, più delle altre ha resistito alle contingenze politiche, percorrendo un più compiuto iter legislativo.

1.2 Tortura e bene giuridico: quale criterio di identificazione di un potenziale reato?

Opp: La tortura nel nostro codice penale: quali le opzioni di politica criminale e quale il criterio di identificazione di un potenziale reato?

L'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma costituisce, senza dubbio, un momento assai significativo – e in un certo senso preliminare – per la configurazione del tipo di fatto incriminato dalla norma penale.

L'oggetto giuridico del reato, infatti, oltre a rivestire la funzione ideologica di limite e punto di orientamento della legislazione, assume un ruolo essenziale nell'interpretazione della fattispecie, concorrendo a definirne i confini e a distinguerla dalle altre fattispecie (cd. funzione esegetica).

La rilevanza penale di un comportamento umano è pertanto definita e condizionata dal suo contenuto di aggressione a un determinato bene, che la norma penale intende – mediante la sanzione criminale – tutelare²².

In questo senso, con riguardo all'introduzione di una norma penale che punisca la tortura, è indispensabile e prodromico rispetto ad ogni altra considerazione, individuare la "situazione di valore" offendibile e pertanto tutelabile, la cui difesa possa dirsi giustificata (non solo, ma anche) compito fondamentale del diritto penale di uno stato sociale di diritto come il nostro.

Peraltro, le banali considerazioni sin qui esposte sottendono altre preliminari, concernenti la scelta dello strumento sanzionatorio punitivo: perché apprestare la tutela penale da atti di tortura? Qui ci soccorrono i criteri – assolutamente assodati – della proporzione e della sussidiarietà. Il primo postula che la reazione all'illecito sia congrua rispetto alla gravità di questo e poiché la libertà personale, cioè il bene direttamente o indirettamente colpito dalla sanzione penale, si colloca ai vertici dell'ordinamento costituzionale, ne deriva che soltanto l'offesa ed un interesse di rango corrispondente può essere elevata a reato. D'altro canto,

²² Con la precisazione, però, che il contributo fornito dal bene giuridico alla definizione dei caratteri dell'illecito penale vada sempre e comunque "raccordato" ad una valutazione complessiva di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi che fanno parte del "tipo" (sul punto, cfr. M. CATENACCI, *Bene giuridico (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, p. 672 e A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, pt. g., Milano 2003, p. 232).

la funzione rieducativa propria della sanzione penale non potrebbe nemmeno essere prospettata se essa risultasse sproporzionata all'illecito commesso.

Il criterio di sussidiarietà - che ugualmente muove dal riconoscimento del peculiare rilievo attribuito alla libertà personale - orienta (o dovrebbe indubitabilmente orientare) il legislatore nella scelta della sanzione criminale in considerazione del fatto che la limitazione di questo fondamentale interesse può essere giustificata in chiave punitiva soltanto quando manchino tecniche di controllo sociale diverse e dotate di un grado di efficacia pari a quello della sanzione penale.

Orbene, se in via preliminare valutiamo la scelta di criminalizzare atti di tortura alla stregua dei criteri esposti, non vi sarà possibilità di obiettare - anche con riguardo alla afferrabilità sul piano dei contenuti - la necessità di ricorrere a quel particolare ed incisivo strumento di controllo sociale che è il diritto penale per stigmatizzare una pratica così odiosa e socialmente riprovevole.

Ciò premesso, è indubbio che la tortura costituisca una gravissima forma di aggressione alla persona, fine ultimo del nostro ordinamento giuridico-costituzionale, la cui tutela non può che costituire lo scopo permeante tutti i settori dell'ordinamento stesso, compreso il diritto punitivo, tradizionalmente sede deputata a presidiare gli interessi più importanti che, in forma diretta o indiretta, fanno pur sempre capo all'uomo²³.

Più precisamente, in considerazione della pluralità di beni di pertinenza della singola persona, la tortura mortifica o addirittura annichilisce la

²³ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Persona (delitti contro la)*, voce del *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, p. 515 ss.

dignità umana, valore fondamentale ed inalienabile, nel quale si riflettono due essenziali istanze dell'individuo: in primo luogo, il bisogno di sentirsi protetto verso l'esterno, e questo si esprime nell'assoluta inviolabilità del corpo e della volontà di autodeterminare le proprie scelte; in secondo luogo, la possibilità di stabilire rapporti sociali con gli altri individui liberamente ed in piena autonomia²⁴.

Più in generale, com'è stato ben detto, il rispetto della dignità umana si sostanzia nel "diritto di ognuno ad essere trattato come uomo da un suo pari: per questo motivo esso costituisce un limite generale ed invalicabile nell'esercizio di qualsivoglia potere pubblico, così come nell'esercizio di un qualsiasi diritto"²⁵

Che atti di tortura prostrino ed offendano la dignità in chi la subisce, degradandolo ad oggetto senza tutela, è dato incontrovertibilmente riconosciuto dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali, in particolare da quella della Corte dei Diritti dell'uomo di Strasburgo che, come si è avuto modo di approfondire nelle pagine precedenti, individua nella dignità l'elemento primario della personalità umana protetto dal divieto di tortura esplicitamente sancito dall'articolo 3 CEDU.

Queste considerazioni –tornando ad una prospettiva interna- dovrebbero tradursi nell'individuazione del bene "dignità personale" quale criterio identificativo di una possibile fattispecie incriminatrice della tortura nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, orientando pertanto il

²⁴ Sul rispetto della dignità dell'uomo come limite inviolabile si veda G. M. SALERNO, *Ragioni di stato e dignità dell'uomo*, in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO', *Tortura di Stato*, cit., p. 181 ss.

²⁵ In tal senso, A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, p. 113 ss.

legislatore nella collocazione sistematica della norma che, mediante l'irrogazione di una sanzione criminale, scoraggi atti di tortura.

Peraltro, va precisato, l'obiettivo di politica criminale di stigmatizzare la tortura può essere perseguito – lo si è riscontrato nelle proposte di legge pocanzi annoverate – mediante l'introduzione nella parte generale del codice penale di una specifica aggravante ovvero mediante la previsione di una norma incriminatrice di parte speciale. Con la differenza che “col delineare una nuova fattispecie incriminatrice il legislatore provvede a colmare una reale o supposta lacuna della protezione penalistica, apprestando in forma adeguata la tutela di un determinato bene giuridico contro una *specifica* forma di aggressione; mediante la previsione di una circostanza” – in questo caso aggravante – “il legislatore mira, più semplicemente, ad adeguare la pena applicabile al maggiore o minore disvalore del fatto tipico, che si ritiene consegua ad una particolare modalità esecutiva del fatto, o, più in generale, alla presenza di determinate ‘circostanze’ del suo realizzarsi”²⁶.

Orbene, pur considerando tutto sommato valutabili le ragioni che farebbero propendere per la scelta dell'aggravante della tortura, secondo le quali la necessaria tipicità delle fattispecie penali non si presterebbe a ridurre in una sola norma la varietà delle situazioni riconducibili al concetto di 'tortura', è pur vero che l'introduzione di una specifica ed autonoma fattispecie legale della tortura consentirebbe, anche sul piano general preventivo dell'orientamento pedagogico di una norma, l'attribuzione della peculiare rilevanza e del giusto – e non mimetizzabile

²⁶ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, Torino 2005, pp. 4-5.

tra le varie ipotesi aggravate! – valore (o meglio, disvalore) della tortura in quanto *specifica* forma di aggressione al ben giuridico “persona”.

Ciò posto, convenuto inoltre sull’interesse ultimo dell’individuo protetto dal divieto di tortura, e tenuto conto che il modulo organizzativo della parte speciale del codice ad oggi vigente è rigorosamente ispirato ad un criterio classificatorio basato sui beni giuridici, tra i quali però non figura la dignità umana, occorre necessariamente effettuare una scelta concernente una plausibile collocazione sistematica della fattispecie legale della tortura, tra le diverse “unità elementari”²⁷ in cui si articola il titolo dedicato alla tutela penale della persona.

Due le possibili opzioni emergenti dai disegni di legge al riguardo presentati nell’attuale e nelle precedenti legislature, e fundamentalmente condivisibili: annoverare la tortura tra i delitti contro la vita e l’incolumità personale, ovvero tra quelli contro la libertà morale, quale espressione della libertà individuale²⁸.

In verità, si potrebbe ulteriormente supporre una possibile terza soluzione, ravvisabile nell’introduzione di un nuovo capo, all’interno del titolo XII del codice Rocco, dedicato ai delitti contro la dignità individuale, in cui

²⁷ Questa espressione è mutuata dal testo di T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in cui gli insigni autori scrivono: “Il legislatore del 1930 prospetta dunque una sorta di genealogia dei beni giuridici muovendo da una categoria generale e procedendo per via di ulteriori specificazioni sino ad arrivare all’ ‘unità elementare’ rappresentata dall’interesse proprio ed esclusivo di ciascun singolo reato”.

²⁸ “Nei delitti contro la libertà morale l’azione del reo incide immancabilmente nella sfera psichica del soggetto passivo, determinandolo ad un comportamento che altrimenti egli non terrebbe ovvero cagionando una generica diminuzione del suo sentimento di sicurezza – e così indirettamente condizionandone le scelte – o, infine, annullandone con mezzi insidiosi la capacità di intendere e di volere” (C. FIORE, *Libertà individuale (delitti contro la)*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, Milano, p. 4).

inserire la fattispecie astratta della tortura, al fine di darle una congrua collocazione sistematica, anche in considerazione degli orientamenti giurisprudenziali europei, che il nostro Paese pur deve tenere in debito apprezzamento.

Ma, verrebbe a questo punto da obiettare, il codice penale non è un contenitore in cui gettare alla rinfusa norme secondo l'occorrenza, da ampliare e restringere secondo il bisogno, ma un insieme organico di norme, espressive di una precisa volontà incriminatrice, che riflette una determinata realtà politica ed istituzionale di un dato momento storico! Vero è che l'assetto normativo originariamente profilato dal codice del 1930 non è più conciliabile con l'ordinamento costituzionale repubblicano che assegna un indiscutibile primato alla tutela della persona in tutte le sue forme, compresa la dignità umana, e che dunque si renderebbe auspicabile una riscrittura del sottosistema penale²⁹; ma, appunto, in questa sede andrebbe effettuata un'opzione classificatoria del delitto di tortura più appropriata, elevando la dignità umana ad aspetto della persona offendibile e tutelabile.

Tornando alle due opzioni praticabili in relazione al codice tutt'oggi vigente, ed al di là di un'auspicabile e non più rinviabile riforma (anche in considerazione delle nuove esigenze di tutela profilatesi all'orizzonte), occorre fare delle necessarie, seppur scontate, osservazioni: il capo dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale è una parte del codice in cui il legislatore ha inteso incriminare condotte che offendono beni- interessi di esclusiva pertinenza fisica individuale, nel quale pertanto prevale

²⁹ Punto ineludibile, in un'ottica di riforma del sistema penale, sarebbe necessariamente rappresentato dalla Costituzione che, fissando i cardini della nostra convivenza politica, sociale ed economica, deve costituire il baricentro del sistema penale.

l'elemento materiale della lesione della persona. Anche tale dato può connotare la tortura, ma innanzitutto non la connota necessariamente in tutte le manifestazioni, e comunque non ne costituisce l'unico ed il più rilevante aspetto: non si può certo pensare che il disvalore precipuo della tortura sia ravvisabile nell'inflizione di qualche livido, ma neppure nell'estrema conseguenza della morte dell'individuo che la subisce!

Si ritiene, pertanto, che collocare sistematicamente il delitto di cui si caldeggia l'introduzione nell'ambito dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale, sarebbe poco appropriato, se non riduttivo.

Più opportuna, se non propriamente soddisfacente, parrebbe l'introduzione della fattispecie astratta della tortura nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, intesa quale libertà di autodeterminarsi dell'individuo, ed istanza nella quale, in un'ottica costituzionalmente orientata, può dirsi realizzato il rispetto della dignità umana, al cui riguardo hanno diritto, ai sensi dell'art. 3 della Carta fondamentale, tutti i cittadini.

E dato che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana", appare innegabile come non solo aspirazioni puramente umanitarie, ma obiettivi ed obblighi costituzionalmente sanciti impongano la tutela indefettibile della persona, in tutti i suoi aspetti, compreso in quello dell'immunità da atti di tortura.

1.3. Le possibili tecniche di redazione della fattispecie penale della tortura

Dalla struttura e dall'importanza del bene giuridico che si intende proteggere con l'incriminazione dipendono, irrimediabilmente, la tecnica normativa prescelta per la formulazione legislativa (dunque la tecnica di tipizzazione) del reato, nonché la scelta dei potenziali autori.

Con riguardo al secondo aspetto si ritiene doveroso precisare che del soggetto attivo del reato si parlerà nel prosieguo, anche in considerazione delle notevoli implicazioni che questa tematica presenta – almeno da quanto si evince dagli spunti offerti dai menzionati disegni di legge – con quella del mancato attivarsi del soggetto nell'impedimento di atti di tortura altrui e con quella di un ipotetico manifestarsi della tortura nella forma della compartecipazione criminosa.

Quanto alla tecnica normativa adottata per la tipizzazione dell'incriminazione, prima di analizzarne i molteplici aspetti, non si può omettere un accenno alle strettissime connessioni funzionali tra la stessa così come prescelta dal legislatore e il principio di determinatezza, quale imprescindibile aspetto tanto della legalità sostanziale, quanto di quella processuale.

Prendendo come possibile modello di incriminazione la fattispecie legale della tortura così come delineata nel ddl n. 1216 della precedente legislatura, ed analizzandola soprattutto alla luce della definizione di tortura dei trattati internazionali, si può cogliere come la fattispecie oggettiva del tipo di fatto incriminato si sostanzia nell'infliczione di "forti sofferenze fisiche o mentali, ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti" (nella Convenzione ONU e nell' ICC Statute "dolore o sofferenze gravi, sia fisici che mentali"), con l'ulteriore elemento

qualificante la condotta delle modalità con cui essa è posta in essere, ossia “con violenza o minacce gravi” (altro elemento che contribuisce a circoscrivere l’area del penalmente rilevante, assente, invece, nella Convenzione e nello Statuto menzionati).

Orbene, se da un lato la norma sulla tortura così come congegnata nel disegno di legge menzionato non fu, all’epoca, oggetto di rilievi critici da parte della Commissione permanente Affari Costituzionali cui fu fatta esaminare prima che fosse licenziata dalla Camera, dall’altro non mancarono apprezzamenti di dissenso espressi da taluni membri della Commissione giustizia in sede referente in merito alla congruità della formulazione prescelta con istanze di determinatezza e, sul piano applicativo, di tassatività.

Fu rilevata, infatti, la non facile intelligibilità dei termini prescelti per contrassegnare la condotta incriminata (in che misura le sofferenze sono “forti” e quando queste vengono inflitte con violenza o minacce “gravi?”), posta anche la possibilità che si realizzino certe forme di tortura moderna che colpiscono, o si propongono di colpire, l’integrità psichica o morale della vittima, di abbrutirne la personalità senza per questo provocarle necessariamente sofferenze, quantomeno visibili³⁰.

³⁰ Peraltro, la questione della gravità delle sofferenze richieste perché vi sia la tortura si è posta a più riprese, come accennato nel capitolo II, nella giurisprudenza internazionale, e non si può dire che sia ancora risolta.

In proposito, si segnala l’interpretazione evolutiva della nozione di tortura accolta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza relativa al caso *Selmouni contro Francia*. Facendo riferimento alla soglia di gravità necessaria perché una violazione dell’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo sia qualificata come “tortura”, la Corte ha voluto precisare che la natura inevitabilmente relativa della valutazione si traduca nel carattere dinamico della nozione, tanto che fatti che un tempo (basti pensare alla sentenza *Irlanda contro Regno Unito* del 1979, di cui si dirà in seguito) sarebbero stati qualificati come meri trattamenti inumani, oggi sono da considerarsi tortura a tutti gli effetti.

In realtà, per la redazione della fattispecie il legislatore del ddl 1216, scelse di utilizzare sì elementi descrittivi, in quanto correlati a dati della realtà empirica, (ed, in particolare, ci si riferisce ai concetti di “sofferenza” , “violenza”, “minaccia”), che però presuppongono momenti valutativi, e dunque sono suscettibili di interpretazioni discrezionali che rischiano di tradursi in un ampliamento o restringimento della sfera di protezione assicurata al bene giuridico tutelato dalla norma a seconda della sensibilità dell’interprete³¹.

Quanto ancora agli ulteriori aspetti della tecnica di tipizzazione della tortura, occorre segnalare delle differenze tra la fattispecie così come delineata dal ddl 1216 e le definizioni che della tortura si rinvergono nella Convenzione ONU del 1984 e nello Statuto della Corte penale internazionale, che (in quanto contenute in trattati ratificati ed entrati in vigore nel nostro Paese) non possono non essere tenute in debito conto dal legislatore, anche al fine di evitare aporie all’interno del sistema giuridico.

Mentre, infatti, in entrambi gli accordi internazionali si è inteso assicurare un’ampia protezione alla persona da atti di tortura, scegliendo di optare per un’incriminazione per così dire onnicomprensiva, che racchiudesse cioè ogni forma di aggressione al bene, senza selezionarne alcune cui conferire il valore di crimine internazionale, il legislatore del ddl n. 1216 – ma anche delle altre proposte di legge – ha ritenuto di restringere a priori la potenziale ampiezza dell’area ricoperta dall’incriminazione,

³¹ E’ del tutto evidente, infatti, che quanto maggiore è precisione della formulazione legislativa del reato, tanto più il giudice che la applica risulta vincolato al contenuto del precetto (e, sul piano general-preventivo in chiave di orientamento ed aggregazione dei consociati intorno ai valori espressi dalla norma, e dunque anche dell’effettività, tanto più il messaggio legislativo sarà efficace).

selezionando una precisa modalità della condotta, che costituisce fattore tipizzante della fattispecie. Nel nostro Paese, dunque, si è optato per l'attribuzione di una sfera di protezione meno ampia al bene da tutelare con la sanzione penale, isolando, tra tutte le possibili forme di aggressione quelle, e soltanto quelle, poste in essere "con violenza o minacce gravi". In questo modo si è costruita la norma sulla tortura come fattispecie cd. "a forma vincolata", imperniata, cioè, non sul risultato dell'azione in termini di lesione o messa in pericolo del bene giuridico, bensì sulle specifiche modalità della condotta.

Invero, oltre che sulle caratteristiche del comportamento, la tecnica prescelta per contrassegnare la condotta punibile nell'art. 613 bis così come previsto dal ddl n. 1216 fa leva anche sulle finalità che l'autore si propone.

Viene così in rilievo un ulteriore aspetto della fattispecie, ossia quello dell'elemento psicologico che deve connotare la condotta dell'agente.

Al fine di prendere in considerazione le possibili soluzioni in una prospettiva *de lege ferenda*, occorre segnalare anche in quest'ambito delle differenze. Se, infatti, l'*ICC Statute*, quando all'articolo 7 definisce la tortura crimine contro l'umanità, precisa che "per tortura s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali" senza avventurarsi in ulteriori precisazioni o limitazioni del "tipo" di crimine, diversamente si esprimono la Convenzione ONU ed i disegni di legge italiani in materia.

Quanto alla Convenzione del 1984, pur richiedendo l'intenzionalità nell'inflizione del dolore o delle sofferenze gravi, esige anche che la

condotta sia connotata da precise finalità³², in vista delle quali l'autore sottopone a tortura il soggetto passivo. Finalità che sono poi quasi pedissequamente riprese nel ddl n. 1216 (e nella maggioranza delle proposte di legge).

In quest'ultimo testo normativo non si è inteso specificare che le forti sofferenze fisiche o mentali devono essere inflitte "intenzionalmente" in quanto ai sensi del secondo comma dell'articolo 42 del vigente codice penale, nei delitti, in mancanza di diverse statuizioni normative, il fatto tipico si intende sempre come doloso.

Pertanto, pur non essendo esplicitato, non è sufficiente che la condotta sia sorretta dalla volontà e assistita dalla consapevolezza del proprio operare nel mondo esterno, ma è necessario altresì che l'autore si sia rappresentato anticipatamente le conseguenze del proprio agire ed abbia messo in moto le energie causali in vista di quel fine previsto, con la consapevolezza di aggredire il bene tutelato dalla norma che vieta appunto la tortura.

Questa, però, menziona, tra gli elementi costitutivi del fatto tipico, anche la particolare finalità in vista della quale il fatto stesso deve essere compiuto, affinché corrisponda alla fattispecie legale della tortura. Si può senz'altro dire, pertanto, che il legislatore italiano, sicuramente ispirato dall'articolo 1 della Convenzione ONU, abbia inteso connotare con il dolo specifico la condotta dell'autore del reato.

³² Nella Convenzione sulla tortura si precisa che dolore o sofferenza gravi in cui si esplica la tortura devono essere inflitti "allo scopo di ottenere da essa o da un'altra persona informazioni o una confessione, di punirla per un atto che essa o un'altra persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, per intimidirla o sottoporla a coercizione o intimidire o sottoporre a coercizione un'altra persona o per qualunque ragione che sia basata su una discriminazione di qualsiasi tipo".

Condotta che, peraltro, deve avere come conseguenza della sua realizzazione la lesione del bene, e non la mera messa in pericolo, che non sarebbe pertanto sufficiente ad integrare la fattispecie della tortura perlomeno nella forma di reato perfetto.

Infine, sempre con riguardo alla struttura dell'incriminazione, va precisato – e questa considerazione costituisce il raccordo con le successive riflessioni sull'autore del reato – che il ddl n. 1216 accanto alla fattispecie non circostanziata (cd. reato semplice) di tortura, prevede anche due fattispecie circostanziate nei commi 2 e 3 dell'articolo 613 bis. Pertanto, il fatto tipico del reato non solo è descritto nel suo nucleo essenziale, ma appare specificato – nel suo concreto manifestarsi – dalle qualità di carattere soggettivo dell'autore del reato (pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio) o da particolari conseguenze prodotte dalla condotta (lesioni gravi, gravissime o morte del soggetto passivo).

Ovviamente, con la previsione di queste due circostanze che aggravano la pena, il legislatore ha voluto graduare la stessa in ragione del maggiore disvalore del fatto tipico, in relazione alla sussistenza, in concreto, dei menzionati elementi specializzanti.

1.4 L'autore del reato: quali possibili soluzioni?

Con la previsione della circostanza aggravante soggettiva prevista dal secondo comma dell'ipotizzato articolo 613 bis, il legislatore del ddl n. 1216 ha inteso predeterminare un aggravamento della pena in

considerazione di un supposto maggiore disvalore che il fatto presenta laddove sia posto in essere da una particolare categoria di soggetti, ossia pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio. Il reato comune, invece, secondo quanto disposto nel primo comma, può essere realizzato da “chiunque”.

Queste osservazioni ci offrono lo spunto per volgere uno sguardo – seppure fugace – su un'altra (ma non finale, dal momento che se ne potrebbero analizzare tante altre) tematica, quella concernente l'autore del reato.

Con la premessa che le possibili opzioni in argomento sono state le più dibattute nelle assemblee parlamentari e nelle Commissioni giustizia all'atto di redigere una possibile fattispecie incriminatrice della tortura.

Quanto alle soluzioni ipotizzate nei differenti disegni di legge presentati nel corso delle ultime legislature, se ne possono individuare alcune. Invero, l'autore del fatto previsto dalla legge come delitto di tortura può essere “chiunque”; ovvero la sfera dei potenziali autori può essere circoscritta a determinate categorie di soggetti, rivestiti di particolari qualità di carattere giuridico (qualità che valgono a porli in una particolare relazione con il bene protetto dalla norma); o ancora sarebbe possibile qualificare la fattispecie come reato comune, ma circoscriverne l'ampiezza con riferimento al soggetto passivo, individuato in colui del quale l'autore abbia la custodia o il controllo.

Al riguardo, i trattati dal nostro Paese sottoscritti hanno adottato soluzioni difformi l'una dall'altra: se, infatti, la Convenzione sulla tortura prescrive che atti di tortura siano inflitti “da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o di altra persona che svolga una

funzione ufficiale”, l’ICC Statute si astiene dal circoscrivere l’ambito dei potenziali autori, precisando, d’altro canto, che i gravi dolori o sofferenze fisiche o mentali devono essere inflitti intenzionalmente, affinché sia ravvisabile tortura ai sensi dell’articolo 7 (dunque come crimine contro l’umanità), “ad una persona di cui si abbia la custodia o controllo”.

Naturalmente, l’opzione “reato comune ovvero proprio” non è per nulla indifferente, né per quanto concerne l’estensione dell’area di tutela del bene giuridico, né ai fini della determinazione del dolo (la volontà criminosa deve presupporre la conoscenza della qualifica?) e infine in sede di concorso di persone (se ed a quali condizioni un soggetto “estraneo” può concorrere nel reato proprio?).

Invero, la tortura, pur essendosi differentemente espressa storicamente come strumento inquisitorio, mezzo di ricerca della prova, sanzione penale, o efficace strumento intimidatorio e di diffusione del terrore, ha sempre gravitato e continua a gravitare intorno al rapporto tra autorità ed individuo, di cui esprime una delle più odiose forme di perversione. Nei tormenti, il potere dell’autorità pubblica da funzione regolata dalla legge si traduce in arbitrio violento, demolendo lo status di cittadino e di persona di chi la subisce, degradandolo ad oggetto senza diritti e senza tutela.

In questo (o anche in questo) ci sembra si possa compendiare il precipuo disvalore della tortura.

“Pretendere, allora” – è stato osservato³³ – “ che la tortura possa essere il delitto di ‘chiunque’ non costituisce solo un’incongrua distonia (nel più sta

³³ T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, cit., p. 7.

il meno, si potrebbe dire); in realtà apre la strada all'incongruenza ed al paradosso. Basti pensare (ma gli esempi potrebbero essere una legione) che i maltrattamenti inflitti dal padre al figlio per sapere da chi ha ricevuto un sacchetto di eroina, dovrebbero, secondo l'articolo 613 bis, qualificarsi tortura (pena da tre a dodici anni); gli stessi maltrattamenti inflitti dallo stesso padre ma solo per gratuito e sadico malanismo, dovrebbero invece qualificarsi a norma dell'articolo 572 del c.p. (pena da uno a cinque anni)".

In realtà, l'opzione in termini di reato proprio fu perseguita non per precisi scopi di politica criminale, ma al solo fine di evitare contrasti politici ed obiezioni di parte che, in merito all'altra soluzione (prospettante la fattispecie come reato proprio) accolta in altri disegni di legge, si sarebbero senz'altro riproposti.

Per queste ragioni (almeno da quanto si evince dai lavori preparatori, dalle relazioni introduttive e dalle discussioni in aula) si scelse di optare per il reato comune, pur prevedendo al secondo comma la fattispecie circostanziata della tortura posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio.

Sarebbe stato preferibile, a parere di chi scrive, ispirarsi alla soluzione accolta dalla Convenzione ONU: l'illecito è senza dubbio e necessariamente "proprio", anche se in forma non esclusiva; l'autorità deve comunque esserci, ancorché non sia necessariamente sua la mano che tormenta.

Tale soluzione, peraltro, da un lato sarebbe da privilegiare anche alla formulazione accolta dall'ICC Statute (che, come visto, pone l'attenzione sugli elementi della "custodia" o del "controllo", senza esplicitarne la portata applicativa), dall'altro sembrerebbe porre meno problemi in

ordine ad ulteriori questioni emerse sempre in sede di discussione dei disegni di legge e dalla portata francamente condivisibile. Ci si riferisce all'ipotesi di chi istiga altri alla commissione del reato, di chi vi acconsente tacitamente o di chi si sottrae volontariamente all'impedimento del fatto.

Con riguardo a quest'ultima eventualità - che si ritiene sia suscettibile di verificarsi (basti pensare al responsabile di una caserma che pur a conoscenza delle modalità poco ortodosse di un interrogatorio svolto da suoi sottoposti volontariamente non faccia nulla per ricondurlo nei parametri consentiti dalla legge) - non si può non osservare come, in ossequio al principio di stretta legalità ed al correlativo divieto di analogia, non sia possibile stabilire arbitrariamente un'equivalenza tra la condotta attiva dell'infliggere forti sofferenze fisiche e mentali con quella omissiva dell'impedirne la realizzazione! E come ad una fattispecie non causalmente orientata come quella ipotizzata dal ddl n. 1216 sia inibita l'applicazione della clausola di estensione della tipicità oggettiva prevista dall'art. 40 cpv c.p. Sarebbe pertanto necessario, al fine di incriminare condotte di questo tipo, che vi sia un'apposita norma incriminatrice che preveda, accanto all'ipotesi dell'azione, anche quella dell'omissione come modalità di realizzazione del fatto tipico. E, si potrebbe aggiungere, sarebbe auspicabile!

Quanto all'ipotesi dell'istigazione, laddove l'istigatore pur non prendendo parte all'esecuzione del reato abbia la disponibilità dell'azione, cioè la "signoria del fatto" che si realizza pertanto anche con il proprio contributo (oltre che con quello dell'esecutore materiale), si può - sembra senza difficoltà - ricondurla nell'ambito applicativo dell'articolo 110 c.p., disposizione che ha l'effetto di rendere tipiche condotte atipiche, come

quella dell'istigazione, che tuttavia ripetono la loro rilevanza dal rapporto che le lega alla realizzazione di fatto principale.

Naturalmente, nell'ipotesi che l'istigazione sia accolta, ma il reato non sia commesso, si applicherà quanto previsto dall'articolo 115 c.p.

Ma se all'istigazione non potesse attribuirsi valore di una condotta tipica ai sensi della norma sul concorso di persone perché manca l'elemento psicologico che deve connotarlo?

In questo caso, non potendosi applicare l'art. 110, dal momento che manca la volontà di concorrere nell'esecuzione del reato, occorrerebbe, ai fini dell'incriminazione della mera istigazione prevedere un'apposita disposizione che permetta di incriminare tale condotta che di per sé non integrerebbe compiutamente la realizzazione della fattispecie legale della tortura.

Con queste osservazioni si vogliono concludere questi spunti sulle prospettive di incriminazione della tortura, che ci sia augura francamente diventino - da meri possibili futuri sviluppi - concreta realtà.

BIBLIOGRAFIA

A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e processo*, 1/2004.

A. CASSESE, *Il Comitato del Consiglio d'Europa per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumani o degradanti*, in *Riv. intern. dir. dell'uomo*, fasc. 1, 1992, p. 11 ss.

A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005.

A. DEL VECCHIO, *Corte penale internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro della crisi della sovranità degli Stati*, in *Comun. internaz.* n. 4/1998.

A. DERSHWITZ, *Tortura democratica ed umanitaria*.

- A. FIORELLA, *Introduzione*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale I. Casi e materiali*, Torino, 2006, pp. XII-XIII,
- A. GIANNELLI – M. P. PATERNO' (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.
- A. GIANNELLI – M. P. PATERNO', *La tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.
- A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale (Parte I)*, in *Com. Internaz.*, fasc. 2, 2005, p. 273.
- A. LANZI – T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. Dir. Internazionale*, 2004, fasc. 3., p. 688
- A. M. DERSHOWITZ, *Why terrorism works*, New Haven – London 2002, trad. it. per Carocci, Roma 2003.
- A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, a cura di C. Clerico, Milano 1963, pp. 88-89.
- A. MARCHESI – A. GIANNELLI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO' (a cura di), *La tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.
- A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. intern.*, 1993, fasc. 4, pp. 979-999.
- A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. intern.*, 1999, fasc. 2, pp. 463-475.
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, pt. g., Milano 2003.

- A. PANEBIANCO, *Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario*, in *Corriere della Sera* del 13 agosto 2006, p.1.
- A. PUGGIONI (a cura di), *Tortura in Irlanda*, Roma 1972.
- A. SACCUCCI (a cura di), *Verso i nuovi orizzonti della tutela preventiva della tortura*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, fasc. 7, pp. 917 ss.
- B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, (voce), *Enciclopedia del diritto*, Milano, pp. 330-331.
- BLUM - STEINHARDT (*Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: the alien tort claims act after Filartiga v. Pena-Irala*), in *Harvard Int. Law Journal*, 1981, p. 53 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1965.
- C. FIORE, *Libertà individuale (delitti contro la)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, p. 4).
- C. MAGRIS, *Il peso dei Principi*, in *Corriere della Sera* del 14 agosto 2006.
- C. PALMA, *La democrazia violentata. Breve storia della tortura in Occidente*, in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO' (a cura di), *La tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.
- C. RODLEY *The Treatment of prisoners under International law*, Paris- Oxford, 1987.
- C. RUSSO – P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano 2000.

C. RUSSO RUGGIERI, *Quaestiones ex libero nomine. La tortura degli uomini nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano 2002.

C. SCIUTO, *Torture Act*, in *Micromega* 2004, p. 245 ss.

C. THOMASIIUS, *Dissertatio de tortura ex foris christianorum proscribenda*, 1705, trad. ted. a cura di R. Leiberwirth, Weimar 1960.

C. ZANCHI', *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino 2001.

D. COLE – V. DINH, *Guantanamo: democrazia e non- persone*, in *Micromega* 2004, pp. 231-244.

DE SALVIA, *Droit Communautaire droit penale t Convention européenne des droit de l'homme. Quelques observations liminaires*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano 1981, pp. 105 ss.

E. AMATI- M. COSTI- E. FRONZA, *Introduzione*, in E. AMATI – V. CACCAMO- M. COSTI –E. FRONZA- A.VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano 2006, p. 20 ss.

E. FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino 2000, p. 96 s.

E. FRONZA, *Principio di complementarietà, esercizio della giurisdizione ed adeguamento a livello interno*, in in E. AMATI – V. CACCAMO- M. COSTI –E. FRONZA- A.VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano 2006, p. 37.

- E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale. Casi e materiali*, Torino, 2006.
- E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale. II Studi*, Torino 2007.
- E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale. Studi. Appendice*, Torino, 2008.
- E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto statale*, Napoli, 2008.
- EL KOUHENE, cit., D. DINSTEIN, *The International Bill of Rights*, New York, 1981.
- EL KOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droit de l'homme*, Dordrecht, 1986.
- ESPOSITO, *La giustizia penale tra patti internazionali e tutela dei diritti dell'uomo e l'azione del Comitato europeo per i problemi criminali del Consiglio d'Europa*, in *Atti dell'incontro di studio svoltosi a Siracusa sul tema Diritto penale internazionale*, Roma 1979, p. 124
- F. RESTA, *Personalità individuale (delitti contro la)*, in *Dizionario di diritto pubblico*.
- F. BASSANINI – G. TIBERI (a cura di), *La costituzione europea. Un primo commento*, Bologna 2004, p. 62.
- F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO', *La tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.

F. C. PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto penale europeo sul diritto italiano*, Milano 1982.

F. C. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in Enc. dir., XXXIII, Milano 1983, p. 298.

F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1981.

F. MISIANI, *La tortura moderna*, pp. 438-441.

F. VENTURI, *Illuministi italiani*, Milano-Napoli 1958, t. III.

FAIZA P. KING - ANNE MARIE A ROSA, *Penalties under the ICC Statute*, in LATTANZI – SCHABAS (a cura di) *Essays on the Rome Statute of International Criminal Court*, vol. I, L'Aquila 1999, p. 331 ss.

G. C. CASELLI, *Chi gioca con la tortura*, in *L'Unità* del 16 agosto 2006.

G. FIANDACA – E. MUSCO, *Persona (delitti contro la)*, voce del *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, p. 515 ss.

G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Napoli 1780, lib. III.

G. GARUTI (a cura di), *Osservatorio della Corte europea dei diritti umani*.

G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli stati membri*, in *Riv. Int. Dir. dell'uomo*, 1991, p. 618

G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. a cura di M. Papa, Bologna, 2004.

G. PIGHI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, fasc. 4, 1989, p. 1643 ss.

G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Milano, 2002, p. 534 ss.

GREGORI, *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, Milano 1979.

H. ALLEG, *La tortura*, Torino 1958.

H. JESCHECK, *La Corte penale internazionale. Precedenti, lavori preparatori, statuto*, in *Ind. Pen.*, n.1/2000 p. 303 ss.

I. PETRONE, *La tutela dei diritti umani tra politica e giurisdizione*, in *Quest. Giustizia* 1999, p.81 ss.

J. VON SONNENFELS, *Sull'abolizione della tortura, 1775*, a cura di C. Amoretti, Galeazzi, Milano 1776, p. 65.

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*

L. FERRAJOLI, *Le libertà nell'era del liberismo*, in *Quest. Giust.* n. 2-3, 2004, p. 341.

L. FERRARI BRAVO -F. M. DI MAJO – A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2001.

L. FIORAVANTI, (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001.

L. PANSOLLI, voce *Tortura*, in *Nov. Dig It.*, vol. XIX, p. 424.

L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. Pen.*, n. 1/2003, p.271;

L. PICOTTI, *I diritti fondamentali oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. Penale*, n. 1/2003, p. 261.

L. S. ROSSI, *La Carta di diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. costituz.*, 3/2002, p. 567.

L. STORTONI, *Presentazione*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, cit., p. XII.

LILLICH, *Civil Rights*, in *Human Rights in International law* (a cura di Meron), Oxford, 1984, vol. I, p. 127.

M. C. BASSIOUNI, *An Appraisal of Torture in International law and practice. The need for an International Convention to prevent and suppress torture*, in *Revue int. de droit penal*, 1977, p.17ss.

M. CARBONELLI, *Il Protocollo aggiuntivo alla convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2003, fasc. 1, p. 64 ss.

M. CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità" del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2003.

M. CATENACCI, *Bene giuridico (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, p. 672.

M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano

M. CHERIF BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999.

M. E. CASTALDO, *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, in *Guida al diritto. Il sole-24 ore*, n. 18/2007, p. 40.

M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976.

M. HORKHEIMER – T. ADORNO, *La dialettica dell'Illuminismo*, Torino 1966.

M. P. PATERNO', *La critica alla tortura nell'illuminismo giuridico settecentesco*, p. 21 ss., in A. GIANNELLI – M. P. PATERNO', *La tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004.

M. PIERRO, *I diritti umani, ieri e oggi*, in *Quest. Giustizia* 1999, p. 67 ss.

M. PISANI, *La 'penetrazione' del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Indice penale*, 1999, p. 5.

M. TRAVAGLIO, *La tortura liberale*, in *L'Unità* del 15 agosto 2006.

M. VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali alle Commissioni verità e riconciliazione*, Torino 2000, p. 44.

N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1828, vol. I, p. 86.

P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGIERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2006, pp. 84 ss.

P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953-1954.

P. GAETA, *Crimini internazionali*, in *Dizionario di diritto pubblico*.

P. PALCHETTI, *Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani*, in *Guida al diritto – il Sole 24ore*, n. 3/2008, p. 86.

P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., cap. 13.

PATETTA, *Le ordalie*, pp. 130-139.

PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano*, in *Temi Romana*, 18, 1969, p. 611 ss.

R. FEOLA, *Ordinamento e sistema politico in Italia*, Napoli 1999, pp. 98 ss.

R. M. AVOLA FARACI, *Prassi di polizia e tortura degli indagati: considerazioni intorno alla sentenza Selmouni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legisl. penale*, fasc. 2-3 2002, p. 605.

R. TURRINI VITA, *Il Protocollo addizionale alla Convenzione ONU contro la tortura. Osservazioni procedurali e note critiche*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 2002, fasc. 1-2, pp. 36 ss.

S. BARTOLE - . CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, p. 50.

S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007.

S. FRANCIS, *Son of New World Order*, in "Washington Times" del 24 ottobre 1990.

S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, in E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale. II Studi*, cit., p.198 ss.

S. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di Cappelletti e Pizzorusso, Milano 1982, p. 53 ss.

SPERDUTI, *Prefazione a La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Strasbourg 1962.

T. M. FRANCK, *Criminals, Combatans, or what? An Examination of the role of law in responding to the threat of terror*, in *The American Journal of International Law*, vol. 98, no. 4, (Oct. 2004), pp. 686-688

T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 2006, p. 70.

T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida al diritto*, n. 4, p. 6.

V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I.

V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, Torino 1967.