

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA GIURISPRUDENZA (CICLO UNICO)



TESI DI LAUREA

in

DIRITTO PENALE

**IL DELITTO DI TORTURA E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Enrico Mezzetti

Laureanda:

Viviana Sachetti

Anno Accademico 2016 – 2017

*Ai miei genitori,
Per il loro irremovibile sostegno.*

“Il grado di civilizzazione di una società si misura dalle sue prigioni.”

- Fyodor Dostoyevsky

INDICE

INTRODUZIONE.....	7
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO: DALLA *QUAESTIO* DEI ROMANI ALLA “NECESSITÀ DELLA TORTURA” NELLA LOTTA AL TERRORISMO

1. PREMESSA.....	14
2. IL LUNGO CAMMINO VERSO L’ABOLIZIONE DELLA TORTURA.....	14
2.1 La <i>quaestio</i> come violazione del <i>nemo tenetur se detegere</i>	14
2.2 I secoli più bui dei diritti fondamentali.....	17
2.3 L’Illuminismo e la lotta alla “crudeltà consacrata”.....	19
3. I PRIMI PASSI A LIVELLO INTERNAZIONALE.....	21
3.1 La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.....	21
3.2 Verso una convenzione contro la tortura: un primo tentativo definitorio.....	23
4. LA CONVENZIONE CONTRO LA TORTURA DELLE NAZIONI UNITE.....	26
4.1 Le novità rispetto alla definizione del 1975.....	26
4.2 Obblighi imposti agli Stati parte.....	30
4.3 Estradizione e giurisdizione universale.....	33
5. LA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI <i>AD HOC</i> E LA CODIFICAZIONE NELLO STATUTO DI ROMA.....	34
5.1 L’influenza della Convenzione contro la tortura sulla giurisprudenza ICTY e ICTR.....	36
5.2 L’ <i>actus reus</i> : una diversificazione nella gravità delle condotte.....	39
5.3 La <i>mens rea</i> : l’intenzionalità della condotta.....	41
5.4 Lo scopo specifico: una discrepanza tra la giurisprudenza dei tribunali <i>ad hoc</i> e lo Statuto di Roma.....	42

5.5 Azione compiuta da un pubblico ufficiale: un requisito ancora necessario? ...	44
5.6 Sul (dubbio) permanere di una distinzione tra tortura e trattamento inumano o degradante	45
6. IL RECENTE RITORNO AL DILEMMA SULLA LICEITÀ DELLA TORTURA.....	46
6.1 Dai crimini di guerra alla guerra contro i crimini	46
6.2 Le presunte lacune della legge: uno spazio di manovra per coloro favorevoli alla tortura dei terroristi.....	47
6.2.1 <i>La c.d. <<tortura bianca>></i>	50
6.3 La necessità di riaffermare l'assolutezza della proibizione della tortura	51

CAPITOLO SECONDO: IL SISTEMA EUROPEO DI TUTELA CONTRO LA TORTURA E GLI INADEMPIMENTI DELL'ITALIA

1. PREMESSA.....	54
2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....	55
2.1 Lo sviluppo di un sistema giurisdizionale	55
2.2 Ambito di applicabilità della Convenzione e giurisdizione della Corte.....	58
3. IL DIVIETO DI TORTURA NEL SISTEMA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....	59
3.1 La riaffermazione dell'assolutezza del divieto di tortura	59
3.2 Il soggetto passivo della condotta illecita	61
3.3 Le condotte vietate dall'articolo 3 CEDU	63
3.3.1 <i>L'individuazione di una soglia minima di gravità delle lesioni causate</i>	64
3.3.2 <i>La difficoltà probatoria per il ricorrente</i>	66
3.3.3 <i>L'individuazione di condotte costituenti trattamento o pena inumani</i>	67
3.3.4 <i>Una maggiore intensità delle sofferenze: la tortura</i>	68
3.3.5 <i>La categoria residuale del trattamento degradante</i>	69

3.4 Gli obblighi positivi per gli Stati membri della CEDU in merito all'articolo 3	70
4. LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA PREVENZIONE DELLA TORTURA DEL 1987.....	72
4.1 Un sistema più stringente nell'ambito del Consiglio d'Europa	72
4.2 Le visite del Comitato per la prevenzione della tortura	74
4.3 I ricorsi individuali davanti il Comitato	77
4.4 Gli interventi del Comitato in Italia	78
5. I PERDURANTI INADEMPIMENTI DELL'ITALIA: "UN'OMISSIONE NORMATIVA CORIACEA"	82
5.1 Il quadro normativo: il valore delle Convenzioni <i>ex se</i> nell'ordinamento giuridico italiano	82
5.2 Un tentativo del legislatore: il codice penale militare di guerra.....	84
5.3 I disegni di legge in materia di tortura	86
5.3.1 <i>Il disegno di legge del 2006</i>	86
5.3.2 <i>I tentativi più attuali</i>	89
5.3.3 <i>Il testo approvato al Senato nel maggio del 2017</i>	92
5.4 I ripetuti richiami a livello internazionale per la mancata introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano	96
5.4.1 <i>Le osservazioni presentate dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura</i>	96
5.4.2 <i>Un'ultima condanna da Strasburgo: il caso Cestaro v Italy</i>	100

**CAPITOLO TERZO: LE VIOLAZIONI SISTEMATICHE DELL'ARTICOLO 3 DELLA CEDU DA
PARTE DELL'ITALIA**

1. PREMESSA.....	102
2. L'ARTICOLO 27 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.....	103

2.1 La funzione della pena	103
2.2 L'individualizzazione del trattamento carcerario	105
2.3 Il rispetto del <<senso di umanità>> nei trattamenti penali.....	107
3. GLI STANDARD MINIMI INTERNAZIONALI PER IL TRATTAMENTO DEI DETENUTI.....	108
3.1 Le Regole Minime Standard delle Nazioni Unite per il Trattamento dei Prigionieri.....	108
3.2 Le <i>European Prison Rules</i>	112
4. L'IRRISOLTO PROBLEMA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO IN ITALIA.....	114
4.1 Le problematiche causate dal fenomeno del sovraffollamento secondo il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura.....	114
4.2 Una prima condanna della Corte EDU: il caso <i>Sulejmanovic v Italy</i>	117
4.3 Una significativa condanna da Strasburgo: <i>Torreggiani v Italy</i>	120
4.3.1 <i>I fatti del caso e la normativa considerata dalla Corte EDU</i>	120
4.3.2 <i>Le questioni pregiudiziali sollevate dal Governo italiano</i>	123
4.3.3 <i>Le considerazioni nel merito sulla dedotta violazione dell'art. 3 della CEDU</i>	124
4.3.4 <i>L'esecuzione del dispositivo nella sua forma di sentenza pilota</i>	127
4.4 I rimedi adottati dall'Italia a seguito della condanna in <i>Torreggiani</i>	129
4.4.1 <i>Il nuovo reclamo giurisdizionale dinanzi il Magistrato di Sorveglianza</i>	130
4.4.2 <i>Il risarcimento del danno per la violazione dell'articolo 3 della CEDU</i>	132
4.4.3 <i>Il Garante nazionale dei diritti dei detenuti</i>	136
5. PROFILI DI CRITICITÀ DEL REGIME DEL <<CARCERE DURO>> IN RELAZIONE ALL'ARTICOLO 3 CEDU	138
5.1 L'ambito applicativo dell'art. 41 <i>bis</i> dell'ordinamento penitenziario.....	138
5.2 Le restrizioni imponibili rispetto all'ordinario trattamento penitenziario.....	139
5.3 Potenziali violazioni del divieto di sottoporre chiunque a trattamenti inumani o degradanti	139

**CAPITOLO QUARTO: LE MISURE ALTERNATIVE E SOSTITUTIVE ALLA PENA DETENTIVA
COME RIMEDIO AL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO**

1. PREMESSA.....	146
2. LE MISURE SOSTITUTIVE DELLA PENA DETENTIVA.....	147
2.1 Profili generali.....	147
2.2 Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.....	148
2.2.1 <i>La pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva e le conseguenze della conversione per insolvenza.....</i>	<i>149</i>
2.2.2 <i>I regimi di semidetenzione.....</i>	<i>152</i>
2.2.3 <i>La libertà controllata.....</i>	<i>154</i>
2.3 Il lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva autonoma.....	155
2.4 L'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato italiano.....	157
3. LE MISURE ALTERNATIVE ALLA PENA DETENTIVA.....	159
3.1 Profili generali.....	159
3.2 La disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale.....	160
3.2.1 <i>L'affidamento in prova c.d. comune.....</i>	<i>162</i>
3.2.2 <i>L'affidamento in prova di tipo terapeutico.....</i>	<i>165</i>
3.2.3 <i>L'affidamento in prova c.d. speciale.....</i>	<i>167</i>
3.3 La detenzione di tipo domiciliare.....	168
3.3.1 <i>La detenzione domiciliare c.d. speciale.....</i>	<i>172</i>
3.4 L'esecuzione della pena presso il domicilio.....	174
3.5 La liberazione condizionale.....	179
3.6 La liberazione anticipata.....	182
3.6.1 <i>La liberazione anticipata c.d. <<speciale>>.....</i>	<i>186</i>
CONCLUSIONI.....	187
BIBLIOGRAFIA.....	196

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di analizzare la situazione connessa alla tortura a livello nazionale, europeo ed internazionale, in un'ottica strettamente correlata al profilo più dinamico del diritto, ossia quello giurisprudenziale, con particolare riguardo alle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'applicazione di questa relevantissima e corposa giurisprudenza nell'ordinamento italiano costituisce un aspetto particolarmente interessante del tema, mancando tuttora uno specifico reato in materia, in quanto si fatica a tradurre il generale divieto imposto dal diritto internazionale vincolante all'introduzione di un preciso delitto di tortura nel sistema penale interno.

Il tema della tortura è argomento ben noto e dibattuto fin dalle origini del diritto: come si illustrerà nel primo capitolo, già con i Romani, che pure ne facevano un larghissimo uso a fini istruttori, si iniziarono a porre delle limitazioni in relazione sia al ceto sociale dell'individuo potenzialmente sottoponibile alla c.d. *quaestio*, sia alla concreta situazione processuale. Lo scandalo suscitato dagli orrori compiuti poi durante il periodo dell'Inquisizione portò ad una vera e propria rivoluzione durante l'Illuminismo, che condannò fermamente qualsiasi atto di tortura e gettò indubbiamente le basi per la concezione più moderna del suo divieto assoluto.

Concretamente, i primi risultati aventi natura codificatoria si rilevano nell'alveo dei lavori delle Nazioni Unite mediante la predisposizione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e poi di una prima apposita Dichiarazione dell'Assemblea Generale a riguardo, fino a giungere finalmente all'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (UNCAT) nel 1984. Tale Trattato internazionale, insieme a quanto già stabilito sino ad allora dal diritto internazionale umanitario, costituì le fondamenta del filone giurisprudenziale creato dai Tribunali penali internazionali *ad hoc* durante gli anni Novanta: il riferimento è a quanto stabilito dai giudici dei Tribunali per i crimini commessi nell'Ex Jugoslavia e in Ruanda. L'importanza del loro lavoro è peraltro testimoniata dalla previsione e relativa sanzione delle condotte di tortura anche nell'ambito dello Statuto di Roma del 1998, costituente il Trattato istitutivo della Corte Penale Internazionale.

Proprio quando il divieto della pratica della tortura sembrava essere stato accettato universalmente come assoluto, sebbene secondo criteri diversi, la diffusione degli attentati terroristici nel mondo occidentale a seguito del terribile attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001 ha aperto una nuova fase di dibattiti intorno alla necessità di apportare delle deroghe ad una regola così perentoria. In un momento storico dominato da emergenza ed emergenzialismo, la paura verso tali attentati ha condotto una parte della dottrina alla ricerca di lacune nel sistema internazionale, le quali lascino alle leggi interne degli spazi di manovra per legittimare l'uso di sevizie sempre più perverse nei confronti di individui sospettati di avere collegamenti con il terrorismo.

Nel secondo capitolo, si cerca di ricostruire il sistema giuridico più completo in materia di tutela dei diritti umani: quello formato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), nell'ambito del Consiglio d'Europa. Alla scarna previsione dell'art. 3 CEDU, che si limita a sancire in termini assoluti il divieto dell'uso della tortura o di trattamenti o punizioni inumani o degradanti, fa da contraltare una vastissima casistica, che si è largamente spesa nell'individuare una distinzione fra le tre fattispecie previste dall'art. 3 CEDU, una soglia minima di gravità perché il fatto costituisca una violazione della CEDU e lo *standard* probatorio richiesto per il ricorrente e per lo Stato convenuto dinanzi la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) nei casi riguardanti detto articolo.

Peraltro, l'azione del Consiglio d'Europa si è orientata con particolare attenzione alla salvaguardia degli individui contro atti di tortura, al punto da creare nel 1987 una specifica Convenzione europea per la prevenzione della tortura, il cui ruolo principale è quello di istituire e di guidare l'azione del relativo Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Quest'ultimo, formato esclusivamente da soggetti che presentano particolari requisiti di indipendenza e terzietà rispetto allo Stato di appartenenza e di esperienza in materia di diritti umani, ha il potere di svolgere una serie di visite sui territori dei firmatari della Convenzione del 1987, concentrandosi prevalentemente sui luoghi in cui tipicamente avvengono forti compressioni dei diritti fondamentali delle persone la cui libertà è stata per qualsiasi ragione limitata: tra questi, *in primis*, gli istituti penitenziari.

Detto Comitato europeo ha più volte richiamato l'Italia, insieme agli organi delle Nazioni Unite di tutela dei diritti umani e alla Corte EDU (da ultimo nel caso *Cestaro v. Italy* del 2015), per aver mancato ai suoi obblighi internazionali di punire adeguatamente nel proprio sistema penale i fatti costituenti tortura o trattamenti o punizioni inumani o degradanti. Tale perdurante mancanza è stata colmata solo in minima parte con l'introduzione di tale reato nel codice penale militare di guerra, con una novella legislativa intervenuta nel 2001.

Diversi sono stati invece i tentativi portati avanti dal Parlamento italiano, a partire dal 2006, per introdurre un'analogia disposizione nel Codice Penale. Nel 2013 i vari disegni di legge presentati sembravano concretizzarsi in un'apposita norma; tale previsione fu però disattesa a causa di un nuovo arresto dell'*iter* legislativo in attesa dell'approvazione da parte della Camera dei Deputati dell'ultimo testo votato in Senato. E proprio quest'ultimo ramo del Parlamento ha approvato nel mese di maggio del 2017 un nuovo progetto, che ha già ricevuto severissime critiche stante la forte inadeguatezza delle disposizioni normative presentate rispetto a quanto richiesto dall'UNCAT e più in generale dagli *standard* internazionali.

L'Italia si trova peraltro in una situazione di violazione sistematica dell'art. 3 della CEDU in considerazione del problema sussistente ormai da diversi anni del sovraffollamento delle strutture penitenziarie, che comporta quantomeno un trattamento inumano e degradante a danno dei detenuti, se non addirittura una vera e propria forma di tortura in alcuni casi più drammatici, e di quello concernente alcuni profili di criticità sollevati in relazione a talune previsioni del regime di c.d. carcere duro regolato dall'art. 41 *bis* dell'Ordinamento Penitenziario.

Il terzo capitolo del presente lavoro si concentra dunque precisamente sulla questione del sovraffollamento carcerario, il quale fu evidenziato soprattutto nel 2013, anno in cui la Corte EDU condannò il nostro Paese nella sua sentenza pilota *Torreggiani and Others v. Italy*. Diversi furono i fatti rilevati dai giudici di Strasburgo in violazione dell'art. 3 della CEDU, tra i quali si segnalano soprattutto la criticità dello spazio estremamente ridotto e mal mantenuto concesso ad ogni detenuto e l'assenza di un apparato di ricorsi che si presentasse come efficace ed adeguato ad accogliere le doglianze dei ristretti, comportando ciò oltretutto l'inosservanza sia delle

Regole Europee per le Prigioni che delle Regole Minime Standard delle Nazioni Unite per il Trattamento dei Prigionieri.

In conseguenza di ciò, all'Italia è stato richiesto di trovare delle soluzioni per rimediare a questa drammatica situazione entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza *Torreggiani*. La prima categoria di rimedi adottati dal legislatore è costituita da tre misure che possano comportare già nel breve termine un immediato beneficio e il rispetto del dispositivo di detta pronuncia.

Innanzitutto, è stato introdotto un nuovo reclamo giurisdizionale (art. 35 *bis* ord. pen.) dinanzi il Magistrato di Sorveglianza, cui sono ora attribuiti vasti poteri a seguito dell'accertamento di una violazione delle prescrizioni in merito al trattamento dei detenuti. È possibile infatti dare seguito a tale ricognizione con un giudizio di ottemperanza indirizzato all'amministrazione penitenziaria durante il quale il Magistrato di Sorveglianza ha l'ulteriore facoltà di annullare gli atti da questa posti in essere in trasgressione al primo provvedimento e di nominare un commissario *ad acta* che ne segua l'adeguamento.

Il secondo istituto, inteso in rapporto di complementarietà con il reclamo appena illustrato, introduce nell'Ordinamento Penitenziario la possibilità per il detenuto o l'internato di richiedere uno specifico rimedio risarcitorio qualora si ritenga vittima di una violazione dell'art. 3 della CEDU. Tale mezzo è del tutto peculiare, in quanto consiste in una riduzione della pena detentiva, con un rapporto di un giorno ogni dieci in cui è stata espiata in condizioni di tortura o di trattamento inumano o degradante: evidente lo sforzo del legislatore di creare un sistema risarcitorio che abbia al contempo effetti positivi di natura deflattiva in relazione al sovraffollamento carcerario.

La terza misura infine si è concretizzata nell'istituzione di un organo extra-giurisdizionale, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale: creato nel 2013, ha avuto modo di iniziare la sua attività nel 2016, presentando la prima relazione sul suo operato al Parlamento nel marzo del 2017. Incaricato di promuovere la collaborazione istituzionale, il Garante nazionale è coadiuvato da un collegio ed è incaricato di verificare la compatibilità delle misure privative della libertà personale con i vincoli internazionali e nazionali in materia, potendo visitare strutture pubbliche e private in cui i soggetti sono ristretti, prendere

visione dei loro documenti e presentare raccomandazioni all'amministrazione interessata.

Il quarto ed ultimo capitolo è interamente dedicato alla seconda categoria di soluzioni adottate dal legislatore per porre rimedio al sovraffollamento carcerario, ossia le misure alternative e sostitutive alla pena detentiva.

Tali misure, il cui uso è fortemente incentivato dagli organi europei ed internazionali che si occupano della materia del diritto penitenziario, non trovano purtroppo una vasta applicazione da parte dei giudici italiani, che pure possono contare su una moltitudine di istituti applicabili ad una grande varietà di situazioni, anche a causa di mancanza di strutture adeguate nelle quali consentirne l'esecuzione.

A seguito della condanna nella sentenza *Torreggiani*, alcuni istituti tradizionali hanno visto un'estensione dell'ambito applicativo per favorire l'uscita dal carcere di quanti più detenuti possibili. Al contempo, è stato introdotto una nuova misura alternativa a carattere temporaneo, ossia la liberazione anticipata c.d. speciale, che ha visto la sua vigenza per un periodo di due anni a decorrere dal dicembre 2013: in particolare, la riduzione di pena che ha comportato è stata innalzata dai quarantacinque giorni della liberazione anticipata ordinaria ai settantacinque per ogni semestre trascorso in carcere dando prova di partecipazione all'opera di rieducazione. L'efficacia retroattiva sino al 1 gennaio 2010 e il grande sconto di pena previsto ha portato peraltro gran parte della dottrina a definire tale soluzione come un indulto mascherato, che avrebbe aggirato in tal modo la maggioranza parlamentare richiesta, al tempo insussistente, per approvare tale provvedimento legislativo.

Con questo lavoro si intende perseguire l'obiettivo di dimostrare l'importanza della adozione di una specifica disciplina sul delitto di tortura in Italia. In tal senso, si cercherà di illustrare come il legislatore stia lentamente riconoscendo in modo pieno, ancorché non sempre adeguato, la criminalizzazione di una serie di condotte che si pongono in radicale contrasto con le fondamenta di ogni democrazia. La speranza è che, finalmente, anche l'Italia possa adeguarsi alle norme europee ed internazionali in materia.

Ricordando, con le parole della Corte Costituzionale, come l'individuo privato della sua libertà personale «ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso

in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale>>¹.

¹ Corte Cost., 28.07.1993, n. 349.

CAPITOLO PRIMO

DALLA *QUAESTIO* DEI ROMANI ALLA “NECESSITÀ DELLA TORTURA” NELLA LOTTA AL TERRORISMO

1. PREMESSA

Fin dai tempi più remoti, la tortura è stato un elemento sempre presente nella prassi giudiziaria dei popoli. I Romani furono certamente i primi a legiferare in merito, benché la pratica fosse già pienamente in vigore tra i Greci.

Il più atroce sviluppo si raggiunse forse all'epoca dell'Inquisizione, la cui prassi venne gravemente denunciata soprattutto in epoca illuministica. E proprio l'Illuminismo vide il fiorire di scrittori, tra cui molti italiani, che apertamente si schierarono contro la tortura, denunciandone le questioni di immoralità che poneva e in ogni caso l'inutilità quanto agli effetti.

L'epoca di espulsione della stessa dai codici penali di tutta Europa nel Settecento oggi sembra però ribaltarsi. Nonostante la proibizione assoluta della pratica della tortura a livello europeo e internazionale, l'attuale situazione di emergenza (ed emergenzialismo) tenta di porsi come deroga a questo divieto.

2. IL LUNGO CAMMINO VERSO L'ABOLIZIONE DELLA TORTURA

2.1 *La quaestio come violazione del nemo tenetur se detegere*

I filosofi greci furono i primi ad approvare la pratica della tortura: Aristotele e soprattutto Platone sostennero la necessità di considerare una legge separata per l'uomo libero e per lo schiavo. Quest'ultimo poteva anche essere messo a morte laddove un uomo libero, per la stessa condotta, era sanzionato con una semplice multa¹. Tuttavia i Greci capirono ben presto che i prigionieri di guerra, che venivano

¹ R. NOBILE, *La tortura nel Bel Paese*, Roma, 2006, 12.

sempre schiavizzati, potevano essere puniti in modo più duro costringendoli ad occuparsi dei compiti più umilianti e degradanti².

I Romani ripresero questa distinzione, che venne introdotta per via legislativa³, aggiungendo però un requisito ulteriore. Se uno schiavo avesse confessato qualcosa che avrebbe danneggiato la posizione del suo padrone, qualsiasi ammissione da parte sua non poteva ritenersi ammissibile in giudizio, benché la confessione fosse stata estrapolata con la tortura. Vi erano tuttavia delle eccezioni, che si riferivano ai casi di alto tradimento, adulterio e incesto⁴. È evidente come la tortura non venisse intesa nel senso moderno: i semplici *tormenta*, gli effetti materiali di queste pratiche, erano concetto ben distinto dalla *quaestio tormentorum*, intendendosi con tale locuzione la parte del procedimento istruttorio che consisteva nell'interrogatorio degli schiavi⁵.

Gli interrogatori si svolgevano in celle anguste, assoggettando anche i testimoni ad una sorta di custodia preventiva, la cui durata non fu limitata fino al 320 d.C.⁶ Fino all'età repubblicana, venivano appunto torturati i soli schiavi, secondo due modalità. Una prima, di natura stragiudiziale, veniva praticata dallo stesso padrone per quei delitti commessi a suo danno dallo schiavo: a ciò assistevano un consiglio di ospiti o amici, incaricati poi di riferire come testimoni. Era però un procedimento che non dava garanzie di imparzialità, e fin dall'epoca arcaica fu preferita la tortura di natura giudiziaria, che si affermò senza rivali in età imperiale⁷. I cittadini avevano inoltre facoltà di torturare i loro debitori finché il debito non fosse pagato⁸.

Secondo Tacito, un antico senatoconsulto pose delle limitazioni riguardanti la persona contro la quale lo schiavo avrebbe testimoniato mediante la tortura. In particolare, mentre nessun problema si poneva qualora l'atto istruttorio riguardasse terzi, se questo invece verteva sul padrone, si iniziò a tenere in considerazione il fatto che lo schiavo agisse come una *longa manus* di questi.

² G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, Londra, 1940, 68.

³ La storiografia ritiene che i primi a provvedere in merito furono Falaride, Tarquinio il Supremo e Massenzio.

⁴ B. INNES, *The History of Torture*, Londra, 1998, 17.

⁵ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Roma, 1953, 17.

⁶ Fu infatti una costituzione dell'imperatore Costantino ad imporre che la custodia cautelare durasse "il minimo necessario".

⁷ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, ult. op. cit., 22.

⁸ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, op. cit., 67. Era infatti consentito rinchiudere il debitore inadempiente in prigioni private e sottoporle a qualsiasi supplizio, purché non letale.

Di conseguenza, «come non si poteva costringere nessun libero mediante la tortura alla confessione, così non si poteva costringere colla tortura neanche i suoi schiavi a fare testimonianza contro di lui»⁹ (*quaestio in caput domini*).

Per quanto concerne i padroni accusati, questi potevano in un primo momento offrire liberamente i propri schiavi, affinché fossero torturati e fornissero elementi di difesa in favore del padrone stesso (*familiam in quaestionem polliceri*). Questa pratica venne definitivamente vietata in età imperiale, temendo che gli interrogati potessero essere portati a testimoniare il falso pur di favorire i propri padroni. A partire dall'epoca di Ottaviano Augusto, gli stessi liberi accusati potevano poi essere torturati per un qualsiasi delitto¹⁰. Questa novità venne presto limitata tra il II e il III secolo d.C. per alcuni reati considerati tra i più gravi¹¹. Supplizi molto intensi furono inflitti in epoca giustiniana a chiunque offendesse la Chiesa, in particolare insultando un religioso nel luogo di culto.

La tortura dei condannati fu invece una pratica pressoché sconosciuta presso i Romani¹². Poco diffusa quella dei condannati a morte come prolungamento delle loro sofferenze, fu invece del tutto vietata quella volta ad ottenere i nomi dei complici di un delitto, come testimoniato da Gaio, che nelle sue *Istitutiones* riporta diverse fonti¹³. Era invece possibile torturare chi accusava altri di tradimento e non era in grado di fornire adeguate prove a sostegno delle proprie allegazioni.

Alla natura sempre processuale della tortura, vi fu una sola consolidata eccezione: le lotte gladiatorie nelle arene. I gladiatori erano dei criminali, già processati e condannati a morte, che finivano per essere giustiziati da bestie feroci tra le grida di giubilo della folla¹⁴.

⁹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, op. cit., 24.

¹⁰ P. FIORELLI, ult. op. cit., 25-26.

¹¹ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, op. cit., 67. Significativamente, figurano tra questi i delitti di lesa maestà, magia, stregoneria e falsificazione del sigillo e della firma imperiale. In ogni caso, per la tortura delle persone di “maggior riguardo” (aristocrazia, sacerdoti, donne incinte, soldati, bambini di età inferiore ai quattordici anni) era richiesto l'*elogium principis*, l'approvazione espressa dell'imperatore. A prescindere dallo *status* sociale invece, pare potesse essere sottoposto a tortura chiunque fosse incoerente nel fornire prove.

¹² P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, op. cit., 43.

¹³ Sembra probabile che fosse invece consentita per ottenere i nomi dei correi nei soli casi di delitti legati ai soldati fuggiti dal servizio e a quelli alleatisi con il nemico.

¹⁴ R. NOBILE, *La tortura nel Bel Paese*, op. cit., 13. Era peraltro prevista una rigida sorveglianza dei condannati che avrebbero dovuto prendere parte ai giochi gladiatori, affinché non si suicidassero prima dello spettacolo.

Nel corso degli anni questo sadico spettacolo venne arricchito di “fantasiose” idee, per prolungare ulteriormente lo spettacolo, nonché le sofferenze dei condannati.

2.2 I secoli più bui dei diritti fondamentali

La legge romana riguardante l'uso della tortura per coloro sospettati di alto tradimento venne impiegata dalla Chiesa romana nei casi di presunta eresia¹⁵. Dopo il secolo XI, iniziarono a comparire i primi studi giuridici in materia (Tabor, Bossi, Claro) ed essa divenne definitivamente parte del diritto positivo, prevedendo nei minimi dettagli modalità e campo applicativo e uniformandone le pratiche nei codici di procedura penale¹⁶.

È proprio negli anni immediatamente successivi, tra XII e XIII secolo, che nacquero e si diffusero in tutta Europa i tribunali dell'Inquisizione, i cui collegi erano formati prevalentemente da frati domenicani istruiti *ad hoc*. Lo scopo iniziale fu quello di reprimere gli eretici catari e valdesi, ma nel Trecento diventarono sedi giurisdizionali permanenti, con autorità su tutte le questioni ecclesiastiche, ma anche su alcune di natura civile¹⁷.

D'altro canto gli stessi procedimenti davanti ai Tribunali civili furono influenzati dall'*iter* dei tribunali ecclesiastici: la diffusione fu tale al punto che nel XVII secolo non vi era Paese europeo che non applicasse la tortura nella fase istruttoria, con la sola eccezione forse della Scandinavia¹⁸. In Francia, negli ultimi anni del XIV secolo, <<la tortura era praticamente divenuta la regola e su di essa i tribunali facevano massimamente affidamento, dal momento che i casi in cui non veniva impiegata sembrano senz'altro eccezionali>>¹⁹.

La prima Inquisizione fu costituita a Tolosa nel 1233, come Corte di Giustizia istituita dalla Chiesa di Roma con l'obiettivo preciso di sopprimere l'eresia²⁰, e in tutta Europa la procedura seguita era simile. Innanzitutto il prigioniero era tenuto per mesi

¹⁵ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, op. cit., 75. I beni dell'eretico erano oltretutto confiscati immediatamente e destinati al patrimonio della Chiesa. Fu questa una misura della quale si fece largamente uso, dato il quasi insostenibile bisogno di fondi della Chiesa nel Medioevo.

¹⁶ R. NOBILE, *La tortura nel Bel Paese*, op. cit., 14.

¹⁷ B. INNES, *The History of Torture*, op. cit., 38. Curiosamente, era stato proprio un sinodo di Roma del 384 a denunciare il largo impiego della tortura nell'ambito dei processi civili.

¹⁸ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, op. cit., 85.

¹⁹ Come dimostrato dai registri dello *Chatelet* di Parigi.

²⁰ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, op. cit., 87.

dentro il carcere, con l'evidente scopo di indebolirlo e facilitare una confessione spontanea. Le condizioni carcerarie sono accuratamente descritte da Riley Scott che, prendendo in considerazione la situazione in Portogallo, spiega come vi fossero <<circa trecento prigionie buie, umide e strette. Gli unici oggetti forniti erano la brutta copia di un giaciglio, un orinale, un lavandino, due brocche, una lampada e un piatto. Ai prigionieri veniva dato cibo scarso e di bassa qualità, era loro vietato parlare e fare qualsiasi rumore e venivano puniti duramente per ogni infrazione alle regole>>.

Trascorso un tempo che il tribunale riteneva sufficiente, quindi del tutto arbitrario, l'imputato era condotto di fronte ai giudici e, previa deposizione di un giuramento di dire la verità, gli veniva chiesto se fosse pronto a confessare la propria eresia. Il rifiuto comportava l'essere ricondotto in cella, per un tempo nuovamente indeterminato, e l'inflizione di punizioni. Durante l'interrogatorio, i giudici tentavano di convincere l'imputato che fossero in possesso di prove determinanti a suo carico e di testimoni pronti a confessare contro di lui, naturalmente senza che fosse rivelata la natura delle prime né l'identità dei secondi. Una bolla di Papa Innocenzo, emanata nel 1252, autorizzava espressamente l'inflizione di torture se ancora l'imputato non avesse fornito alcuna confessione²¹.

In realtà, la prassi giudiziaria evidenzia una maggiore libertà, potendosi individuare tre cause principali per le quali i collegi inquisitori ordinavano l'uso dei supplizi sugli imputati. Innanzitutto, era usata contro le persone che si mostravano incoerenti nelle risposte date alla Corte; in secondo luogo, era utilizzata automaticamente quando la persona era già stata sospettata o accusata di eresia, nonostante l'assenza di testimonianze a carico e anche quando vi fossero prove a favore dell'imputato; infine, se vi fosse un fondamento di sospetto nel ritenere il soggetto un eretico²². Un'altra ipotesi si riscontrava quando due testimoni fornivano prove tra loro contrastanti: in questo caso, i due soggetti erano torturati l'uno

²¹ Cfr. B. INNES, *The History of Torture*, op. cit., 39: l'imputato era condannato alla tortura con una formula pronunciata dal giudice: <<Noi, per la grazia di Dio Inquisitore di [nome della regione amministrativa in cui la Corte aveva sede], avendo considerato attentamente i procedimenti a tuo carico, e vedendo te vacillare nelle tue risposte e che in ogni caso vi sono molte allegazioni contro di te, sufficienti ad esporti alla *quaestio* e alla tortura; affinché la verità esca fuori dalla tua bocca e affinché tu smetta di offendere il sentire dei giudici, dichiariamo, giudichiamo e ti condanniamo con un ordine interlocutorio, [in tal giorno e a tale ora], a subire il tormento e la tortura...>>.

²² B. INNES, *The History of Torture*, ult. op. cit., 39.

di fronte all'altro, finché questi non raggiungessero un accordo ovvero una versione comune sull'andamento dei fatti²³.

La confessione estorta per mezzo della tortura veniva poi verbalizzata dal cancelliere che, successivamente, richiedeva all'imputato di ratificare quanto da lui affermato. Se questi rifiutava, poteva essere nuovamente sottoposto a tortura²⁴.

Peraltro la tortura iniziò a considerarsi come una pena aggiuntiva rispetto alla pena principale, con la conseguenza che la confessione e la successiva ratifica della stessa non erano sufficienti a far cessare i supplizi contro il condannato. Si può indubbiamente sostenere che <<le attività dell'Inquisizione, per la loro estensione, la loro continuità e la loro impareggiabile durezza, eclissarono tutte le altre forme di tortura inflitte nel Medioevo>>²⁵.

2.3 L'Illuminismo e la lotta alla “crudeltà consacrata”

La formale eliminazione della tortura in Europa come pratica processuale si ebbe solo a partire dal Settecento, grazie all'avvento del movimento culturale dell'Illuminismo.

Venne infatti innanzitutto abolita dai codici penali di Prussia e Russia (1740), e successivamente da quelli del Regno Lombardo-Veneto da parte di Maria Teresa d'Austria (1776), nel Regno delle Due Sicilie (1783), in Austria per merito di Giuseppe II (1784), nel Granducato di Toscana (1786, insieme all'abolizione della pena di morte per la prima volta nella storia) e più tardi anche in Francia con Luigi XVIII (1814).

Maria Teresa d'Austria, su impulso delle idee portate avanti in quegli anni da Voltaire, emanò la *Constitutio criminalis Theresiana*, il primo codice al mondo che tentò di identificare le varie specie di tortura al fine di stabilire quali di queste dovessero essere impiegate in ambito processuale²⁶. In particolare, si prevedeva la tassatività del numero e delle modalità applicative dei supplizi, restringendo notevolmente il campo rispetto a quanto i tribunali avevano praticato fino ad allora.

²³ G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, op. cit., 84.

²⁴ Questa seconda forma di tortura fu espressamente introdotta nel Codice penale di Torquemada del 1484.

²⁵ R. NOBILE, *La tortura nel Bel Paese*, op. cit., 15.

²⁶ T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, Pisa, 2015, 60. Fu infatti una seconda versione della stessa *Constitutio* ad eliminare definitivamente la tortura dalla legislazione vigente.

Inoltre, riprendendo un limite già proposto da Guido di Suzzara, era previsto che <<i>i giudici che intendono sottoporre qualcuno alla *quaestio*, prima di tutto si preoccupino in considerazione del diritto dell'umanità di non procedere con facilità al tormento>>, imponendo quindi una considerazione casistica volta ad attenuare la portata delle norme processuali.

Senza dubbio, i due pensatori più influenti di questo periodo furono Pietro Verri e Cesare Beccaria. Quest'ultimo, nella sua celeberrima opera *Dei delitti e delle pene* (1764), più volte sottolinea l'importanza del principio della presunzione di innocenza, e definisce la tortura come <<una crudeltà consacrata dall'uso della maggior parte delle nazioni>>. Proprio in relazione alla presunzione di innocenza, Beccaria osserva che un delitto può attribuirsi ad una persona in modo certo od incerto: nel primo caso, <<inutili sono i tormenti>> in quanto non sarebbe necessaria una confessione, dovendosi applicare la sola pena stabilita dalla legge; nel secondo caso, l'inutilità deriva dal fatto che l'imputato è da considerarsi innocente fino a quando non si arrivi ad una condanna definitiva²⁷.

Questo stesso ragionamento è ripreso anche dal Verri nel suo *Osservazioni sulla tortura* (1777), il quale sottolinea come la tortura costituisca solo un modo per portare una persona ad accusarsi di un delitto, a prescindere se si tratti realmente del reo²⁸.

Spiega infatti Verri che la tortura non è un mezzo per arrivare alla verità, tanto che la stessa legge e pratica processual-penalista non la considera tale. E sebbene talvolta effettivamente i supplizi portino a far confessare il vero all'imputato, si tratterebbe comunque di un metodo <<intrinsecamente ingiusto>> per arrivarci²⁹. Vedremo come serviranno almeno due secoli perché simili consapevolezze diventino davvero parte del patrimonio giuridico universale.

²⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Sipiel-Feltrinelli, 2001, 27.

²⁸ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, 1777, Milano, 66.

²⁹ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, op. cit., 64-65.

3. I PRIMI PASSI A LIVELLO INTERNAZIONALE

3.1 La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata nel 1948, è generalmente riconosciuta come il documento fondante il diritto internazionale sui diritti dell'uomo³⁰. Il documento fu creato come risposta agli orrori vissuti dall'intera umanità durante la Seconda guerra mondiale, e la forte reazione delle Nazioni Unite si evidenzia fin dal Preambolo della stessa. La Dichiarazione intende infatti riconoscere <<la innata dignità e l'uguaglianza e l'inalienabilità dei diritti di tutti i membri della famiglia umana>>, costituenti le fondamenta <<della libertà, della giustizia e della pace nel mondo>>³¹.

Perseguendo tali fini, proprio nella prima parte, all'art. 5, si prevede espressamente che <<[n]essuno può essere sottoposto a tortura o a trattamento o punizione crudeli, inumani o degradanti>>³². Queste stesse identiche parole saranno poi riprese anche nell'art. 7 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (PIDCP)³³, approvato dall'Assemblea Generale il 13 dicembre del 1966, divenuto poi esecutivo in Italia nel 1977.

È da notare tuttavia un'importante differenza tra i due documenti. Mentre il Patto costituisce una convenzione internazionale, e in virtù della ratifica obbliga gli Stati aderenti a rispettarlo, la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo è invece un atto avente natura non vincolante. Tuttavia, non solo è innegabile il grande valore politico della Dichiarazione, ma la dottrina maggioritaria³⁴ ritiene che i diritti ivi elencati siano ormai parte integrante del diritto consuetudinario, se non addirittura norme di rango di diritto perentorio³⁵.

³⁰ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, risoluzione Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. A/217 (10 dicembre 1948).

³¹ << [...] *recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world*>>.

³² <<*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*>>.

³³ Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, 999 UNTS 177.

³⁴ T. BUERGENTHAL, 'The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, 1997, vol. 19 n. 4, 705.

³⁵ H. CHARLESWORTH, 'Universal Declaration of Human Rights (1948)', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, 13 ss.

Il PIDCP istituì oltretutto il Comitato per i Diritti Umani (*Human Rights Committee*)³⁶, avente tra le sue funzioni quella di emanare dei Commenti Generali, che costituiscono una interpretazione autentica del testo del Patto. La funzione di questi atti è anche quella di aggiornare le previsioni degli articoli, tenendo in considerazione lo sviluppo sia del diritto internazionale che dei progressi nella pratica degli Stati membri della Convenzione.

L'importanza del Commento Generale n. 20³⁷, che si riferisce proprio all'art. 7 PIDCP, va anche oltre: la previsione della Convenzione è infatti estremamente scarna, mancando di fornire alcuna definizione sia di <<tortura>> che di trattamento <<crudele>>, <<inumano>> o <<degradante>> (peraltro non riferendo né l'articolo né il Commento la differenza fra queste due fattispecie). Il Commento si sofferma innanzitutto sulla *ratio* del divieto, ossia quella di proteggere la dignità e l'integrità fisica e morale dell'individuo. Lo Stato ha quindi un obbligo di implementare tutte le misure legislative necessarie affinché le persone sotto la propria giurisdizione³⁸ siano tutelate da condotte contrarie all'art. 7, indipendentemente dal soggetto che pone in essere l'atto proibito (pubblico ufficiale nell'esercizio o meno delle proprie funzioni o persona privata)³⁹. Il Comitato richiede inoltre di essere informato di ogni attività di natura legislativa, amministrativa o giudiziaria posta in essere dallo Stato membro per prevenire le condotte proibite.

Dal punto di vista sostanziale, le condotte che il Commento sancisce come proibite sono quelle di istigazione, ordine, tolleranza o messa in atto di tortura o

³⁶ L'art. 28 PIDCP recita: <<1. There shall be established a Human Rights Committee [...] It shall consist of eighteen members and shall carry out the functions hereinafter provided. 2. The Committee shall be composed of nationals of the States Parties to the present Covenant who shall be persons of high moral character and recognized competence in the field of human rights, consideration being given to the usefulness of the participation of some persons having legal experience. 3. The members of the Committee shall be elected and shall serve in their personal capacity>>.

³⁷ United Nations Human Rights Committee, *General Comment 20: "Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)"*, 44esima sessione (10 marzo 1992).

³⁸ Peraltro questo obbligo discende direttamente dall'art. 2 del PIDCP, secondo il quale ogni Stato parte del Patto si impegna a rispettare ed assicurare a tutti gli individui sul proprio territorio e soggetti alla propria giurisdizione i diritti riconosciuti dalla convenzione.

³⁹ Lo stesso Commento richiede la lettura in combinato disposto con l'art. 10, par. 1, PIDCP, secondo cui tutte le persone private della libertà personale devono essere trattate con umanità e con rispetto della loro innata dignità umana.

trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁴⁰. È inoltre specificamente richiesta la penalizzazione di queste condotte.

Per quanto concerne la parte processuale, è prescritta l'assoluta proibizione dell'uso e dell'ammissibilità di dichiarazioni o confessioni estorte mediante tortura.

Infine, alle persone detenute devono essere fornite adeguate informazioni su come presentare un ricorso in merito, consentendo alle stesse di accedere a rimedi giudiziari e riparatori effettivi ed adeguati. Al Comitato dovranno poi essere inviati rapporti statistici sui ricorsi presentati.

Va inoltre sottolineato come in apertura del Patto, all'art. 2, par. 2, si prevede che gli Stati hanno l'obbligo di introdurre, per via legislativa o in qualsiasi altro modo adeguato, i <<*necessary steps*>> affinché si dia effetto ai diritti riconosciuti dal Patto stesso. È poi da considerare anche l'art. 4, a mente del quale non è possibile derogare all'art. 7 nemmeno in caso di dichiarato stato di emergenza.

Si tratta evidentemente dei primi passi a livello internazionale: come tali sono ancora molto generici, lontani da precise definizioni e dall'imporre obblighi specifici in capo agli Stati, se non per via integrativa dei precetti con mezzi quali il suddetto Commento Generale. Senza dubbio però la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e il PIDCP aprirono la strada ad una rapida evoluzione.

3.2 Verso una convenzione contro la tortura: un primo tentativo definitorio

Nel 1975, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottò una Dichiarazione⁴¹ che costituì il preludio della Convenzione del 1984, in attuazione dell'art. 55 della Carta delle Nazioni Unite, secondo il quale le stesse Nazioni Unite hanno l'obbligo di promuovere il rispetto dei diritti umani e delle libertà

⁴⁰ United Nations Human Rights Committee, *General Comment 20*: <<*Those who violate article 7, whether by encouraging, ordering, tolerating or perpetrating prohibited acts, must be held responsible*>>.

⁴¹ Dichiarazione n. 3453 (XXX), *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment*, assemblea plenaria del 9 dicembre 1975 (sessione numero 2433).

fondamentali⁴². Nel Preambolo della Dichiarazione, vengono innanzitutto menzionati sia l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, sia l'art. 7 del PIDCP.

Il relativo annesso contiene un elenco di dodici articoli, predisponendo per la prima volta una definizione di tortura. Il testo dell'art. 1 prevede infatti che: <<[a]i fini della presente Dichiarazione, per tortura deve intendersi ogni atto per mezzo del quale dolore o sofferenza intensi, fisici o mentali, sono *intenzionalmente* [corsivo aggiunto] inflitti da o con l'istigazione di un pubblico ufficiale su una persona al fine di ottenere da questi o da un terzo informazioni o una confessione, punirlo per un atto commesso o che si sospetta abbia commesso, o intimidire questi o altre persone. Non include dolore o sofferenza derivanti solo da, inerenti a o incidentali a sanzioni legittime, purché consistenti con le Regole Standard Minime per il Trattamento dei Prigionieri>>⁴³.

Da un'analisi di questa definizione⁴⁴ si possono ricavare i quattro elementi costituenti la fattispecie. Un primo elemento è la condotta: il causare sofferenze o dolore in forma acuta, siano essi fisici o mentali. È certamente un concetto molto ampio, all'interno del quale possono farsi rientrare una moltitudine di atti (lesioni, percosse). Vedremo poi come nella Convenzione del 1984 verrà meno la caratterizzazione delle sofferenze come acute, che di per sé non sarebbe indice di gravità⁴⁵.

Un secondo elemento è dato dalla intenzionalità della condotta. Si evidenzia da ciò come le condotte di tortura o di trattamento crudele, inumano o degradante sono

⁴² Art. 55: <<With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote [...] universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion>>. Ciò fu espressamente ribadito nel preambolo della Dichiarazione in questione.

⁴³ Art. 1: <<For the purposes of this Declaration, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted by or at the instigation of a public official on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or confession, punishing him for an act he has committed or is suspected of having committed, or intimidating him or other persons. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions to the extent consistent with the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners>>.

⁴⁴ T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, op. cit., 11.

⁴⁵ T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, ult. op. cit., 11. Interessante la considerazione del Padovani a tal proposito, secondo il quale questo termine indica <<più che un'intensità e una estensione, un picco, cioè una sofferenza che può essere acutissima ma durare pochissimo e quindi da questo punto di vista risultare in definitiva non necessariamente grave.>>.

integrate solo se il soggetto agisce dolosamente, e mai con mero comportamento colposo.

Il terzo elemento è costituito dal fine tipico della condotta. Tre sono gli scopi individuati nella Dichiarazione. Innanzitutto vi è quello di <<ottenere [...] informazioni o una confessione>>: il documento considera dunque come primo fine proprio quello più antico, volto a violare il principio del *nemo tenetur se detegere* e a sfruttare il corpo del soggetto come fosse un mezzo di prova. La seconda finalità è quella che possiamo definire <<tortura penale o punitiva>>; la terza è quella di natura <<pedagogica>>⁴⁶, volta ad intimidire la persona, ad agire sulla sua psiche in modo che questa rinunci alla propria personalità o alle proprie manifestazioni.

Il quarto elemento, sicuramente quello maggiormente caratteristico e che per lungo tempo è rimasto indiscusso, è quello del soggetto che esercita la tortura. Stando alla definizione della Dichiarazione, è infatti necessario che gli atti siano posti in essere <<da o con l'istigazione di un pubblico ufficiale>>. Con ciò si intende quindi evidenziare come la tortura si ponga come strumento del potere, usato per porre in soggezione fisica o psichica una persona: si rientra dunque nell'ambito dei cosiddetti reati propri.

La Dichiarazione pone, nel secondo periodo dell'art. 1, quello che potremmo definire come un limite esegetico, una soglia minima che deve essere superata affinché il comportamento possa essere considerato criminoso. Sono infatti escluse le sanzioni legittime, che importano inevitabilmente un certo grado di afflizione e sofferenza. Queste sanzioni devono in ogni caso rispettare le Regole Standard Minime per il Trattamento dei Prigionieri: trattasi di un documento delle Nazioni Unite, adottato a Ginevra nel 1955⁴⁷, che si proponeva di raccogliere le pratiche e i principi in materia di diritto penitenziario sui quali si fosse raccolto un consenso, ponendosi come condizioni minime ritenute adeguate nel sistema delle Nazioni Unite.

La prima parte dell'articolato di tale documento si applica a tutte le categorie di prigionieri, siano essi condannati o imputati, compresi coloro sottoposti a misure di sicurezza. La seconda parte considera invece delle categorie speciali, e nell'ordine sono previste le condizioni minime per: i condannati; le persone affette da malattie

⁴⁶ T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, ult. op. cit., 12.

⁴⁷ Approvato poi dall'ECOSOC con le risoluzioni 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e 2076 (LXII) del 13 maggio 1977.

mentali; coloro sottoposti ad arresto o in attesa di processo; i prigionieri civili, laddove l'ordinamento preveda l'arresto in caso di debiti non sanati o per qualsiasi altra causa non afferente al campo penale; persone arrestate o detenute senza che sia stata formulata alcuna accusa.

Nella prima parte, tra le disposizioni generali, è da considerarsi in particolare l'art. 31, il quale prevede un divieto assoluto di sanzionare violazioni a carattere disciplinario con un trattamento che risulterebbe inumano o degradante. Tra questi sono espressamente considerati le punizioni corporali e il rinchiudere una persona in una cella buia⁴⁸.

Appare evidente l'enorme progresso giuridico raggiunto in pochi anni. Sebbene la Dichiarazione del 1975 non costituisca un documento vincolante, testimonia la volontà degli Stati di giungere a definizioni più stringenti per meglio tutelare contro i terribili atti di tortura. Questa consapevolezza, nel giro di pochissimi anni, porterà l'Assemblea Generale a muoversi verso quello che appariva l'unico obiettivo mancante: la creazione di uno specifico trattato internazionale in materia.

4. LA CONVENZIONE CONTRO LA TORTURA DELLE NAZIONI UNITE

4.1 Le novità rispetto alla definizione del 1975

Nel 1984, venne finalmente adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la prima Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (UNCAT)⁴⁹. La definizione, riportata all'art. 1, rispecchia in modo evidente quella già presente nella Dichiarazione dell'Assemblea Generale del 1975, la quale viene menzionata nel Preambolo dell'UNCAT insieme alla

⁴⁸ Art. 31 Regole Minime Standard: <<Corporal punishment, punishment by placing in a dark cell, and all cruel, inhuman or degrading punishments shall be completely prohibited as punishments for disciplinary offences>>.

⁴⁹ United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adottata il 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987) 1465 UNTS 113. Al momento in cui si scrive, la Convenzione conta 161 Stati parte, costituendo uno dei trattati più largamente ratificati al mondo.

Dichiarazione Universale sui Diritti dell’Uomo e al Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici⁵⁰.

Recita l’art. 1, par. 1: <<[a]i fini della presente Convenzione, il termine “tortura” indica ogni atto⁵¹ mediante il quale gravi dolori o sofferenze, siano essi fisici o mentali, sono intenzionalmente inflitti ad una persona al fine di ottenere da questi o da una terza persona informazioni o una confessione, punirlo per un atto commesso o sospettato di aver commesso da questi o da una terza persona, o intimidire o coartare questi o una terza persona, o per una qualsiasi ragione basata su una *discriminazione* [corsivo aggiunto] di qualsiasi tipo, quando tali dolori o sofferenze sono inflitti da o su istigazione di o con il consenso di o la tolleranza di un pubblico ufficiale o di un’altra persona *nell’esercizio delle sue funzioni* [corsivo aggiunto]. Non include dolore o sofferenza derivanti solo da, inerenti a o incidentali a sanzioni legittime>>⁵².

Vi sono una serie di importanti differenze rispetto alla definizione presente nella Dichiarazione del 1975⁵³. In primo luogo, come summenzionato, si vuole ora considerare l’estensione delle sofferenze e del dolore inflitto, parlandosi di forza di queste e non più di una sorta di picco del dolore che si sarebbe dovuto raggiungere⁵⁴. L’uso della tortura a fini punitivi viene inoltre estesa anche al terzo.

⁵⁰ M. E. TARDU, ‘*The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*’, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, n. 56, 303. Sottolinea peraltro l’autrice come la definizione della Convenzione non faccia mai riferimento alla dignità umana, concetto invece centrale nelle scarse enunciazioni della Dichiarazione Universale e del PIDCP.

⁵¹ M. E. TARDU, ‘*The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*’, ult. op. cit., 304. Un’interpretazione letterale potrebbe condurre ad escludere da questa definizione le condotte in forma omissiva. Ciò chiaramente andrebbe contro la *ratio* della Convenzione, dovendosi pertanto ritenere che anche le omissioni possano integrare gli illeciti in questione.

⁵² Art. 1: <<*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*>>.

⁵³ T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, op. cit., 15.

⁵⁴ In una chiave ben più moderna si pone la Convenzione Inter-Americana per la Prevenzione e la Soppressione della Tortura, adottata solo un anno dopo la Convenzione delle Nazioni Unite. La definizione di tortura ivi prevista all’art. 2 considera anche l’uso di quei metodi volti ad obliterare la personalità della vittima o a diminuirne le sue capacità fisiche o mentali, *pur non causando alcun dolore fisico o sofferenza mentale*.

Viene poi inserita una clausola molto ampia in relazione alle finalità: è infatti ora prevista anche la tortura discriminatoria, quella volta cioè a reagire in modo violento, abnorme, ad una diversità per la sua mera esistenza. Il prevedere delle finalità ben precise, tuttavia, crea anche un problema in relazione ad una (sorprendente) dimenticanza: non è infatti inclusa quella relativa alla conduzione di sperimentazione scientifica senza il previo consenso della vittima. Un'omissione non di poco conto, considerando come la legislazione internazionale conseguente i processi di Norimberga abbia duramente sanzionato tali condotte, a ciò aggiungendosi che questi atti sono proibiti anche dall'art. 7 PIDCP.

È interessante poi notare come si aggiunge un'ulteriore qualifica a quella di pubblico ufficiale che pone in essere la condotta proibita: il soggetto deve infatti agire <<*in an official capacity*>>. Questa specificazione, se da un lato chiaramente restringe il campo applicativo della definizione escludendo l'azione a titolo privato, dall'altro connota di ulteriore gravità il fatto criminoso. La *ratio* è infatti quella di sottolineare l'odiosità di una simile condotta, in quanto messa in atto proprio da chi dovrebbe trovarsi in una posizione di garantismo e neutralità. La definizione della Convenzione, dunque, riesce ad esprimere efficacemente come la propria finalità sia quella di proibire un comportamento espressivo del potere pubblico.

Resta in ogni caso possibile che la condotta integri l'illecito della tortura nel senso della definizione laddove, ancorché materialmente posto in essere da un privato, l'atto sia stato istigato o anche solo tacitamente approvato dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni.

Il cambiamento più significativo è tuttavia quello presente in relazione alla clausola di esclusione. Mentre la Dichiarazione del 1975 faceva riferimento alle Regole Standard Minime per il Trattamento dei Prigionieri, la Convenzione del 1984 non prevede più alcuna norma da rispettare, limitandosi a parlare di sofferenza legata a sanzioni legittime. Questa fondamentale differenza è dovuta al fatto che, nelle discussioni intervenute in Assemblea Generale, vi fu una forte opposizione da parte dei Paesi arabo-islamici⁵⁵, in quanto, nei sistemi punitivi di alcuni di questi Paesi, sono tuttora considerate forme legittime di sanzione pratiche quali lapidazione, taglio di arti,

⁵⁵ Report del Working Group, UN Document E/CN4/L.1490 (1979), paragrafi 20 e 29.

fustigazione⁵⁶. Si tratta, quindi, di una serie di punizioni che certamente si pongono in contrasto con quanto previsto dalle Regole Standard Minime, e in particolare con l'art. 31, che come già evidenziato enuncia un divieto assoluto di assoggettare a punizioni corporali coloro che devono subire sanzioni disciplinari.

L'assenza di questo contro-limite posto dalle Regole Standard Minime per il Trattamento dei Prigionieri comporta che la definizione prevista nella Convenzione internazionale debba necessariamente tenere in considerazione il diritto interno degli Stati membri, lasciando un ampio margine di manovra agli stessi in merito a quanto possa ritenersi un regime punitivo non comportante violazioni della presente Convenzione⁵⁷. A tal proposito è interessante notare come durante le discussioni dell'Assemblea Generale, Italia, Stati Uniti e Regno Unito vollero introdurre una clausola finale secondo la quale le sanzioni sarebbero state legittime solo se conformi al diritto internazionale⁵⁸.

Come si evince chiaramente dal titolo della Convenzione, l'UNCAT riguarda anche i trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Mentre la definizione di tortura è stata notevolmente approfondita rispetto agli strumenti vincolanti precedenti, per le condotte crudeli, inumani e degradanti manca invece una specifica previsione.

L'unica menzione presente è infatti quella dell'art. 16, a norma del quale: <<[o]gni Stato Membro si impegna a prevenire in qualsiasi territorio sotto la propria giurisdizione *altri atti di trattamento o punizione crudele, inumana o degradante che non costituiscono tortura* [corsivo aggiunto] come definita all'art. 1, quando tali atti sono commessi da o con l'istigazione o con il consenso o la tolleranza di un pubblico ufficiale o di un'altra persona nell'esercizio delle sue funzioni. In particolare, gli obblighi contenuti negli articoli 10, 11, 12 e 13 sono applicabili sostituendo la menzione di tortura con quella di altre forme di trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti. Le norme di questa Convenzione non pregiudicano le norme di qualsiasi altro strumento internazionale o legge nazionale che proibiscano il

⁵⁶ T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, op. cit., 16.

⁵⁷ Opposto fu invece l'orientamento in ambito europeo, come testimoniato ad esempio da una delle più celebri sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo già nel 1978. In *Tyrer v The United Kingdom* infatti, l'approccio della Corte è stato proprio quello di restringere la libertà lasciata agli Stati, sancendo la violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo a danno del Regno Unito in relazione all'uso della fustigazione come legittima sanzione disciplinare.

⁵⁸ UN Document A/39/499 (1984), paragrafi 11, 13, 19 e 21.

trattamento o la punizione crudeli, inumani o degradanti, o quelle relative all'extradizione o all'espulsione>>⁵⁹.

Dunque non vi è alcuna caratteristica descritta, potendosi solo dedurre che per trattamento crudele, inumano o degradante debba intendersi un qualcosa di diverso da tortura. Inoltre, la clausola conclusiva dell'articolo pone un ulteriore problema. Mentre infatti la simile proposizione di chiusura dell'art. 1 (<<[q]uesto articolo non pregiudica qualsiasi altro strumento internazionale o legge nazionale che contenga previsioni di applicazione più ampia>>⁶⁰) è volto a fare salve eventuali definizioni nazionali o internazionali che creino una tutela ancora maggiore, quella dell'art. 16 non prevede quest'ultima disposizione, lasciando quindi ad altri strumenti una completa libertà definitoria.

È importante sottolineare sin da ora tuttavia come il Comitato contro la tortura, ossia il *monitoring body* istituito dall'UNCAT con il compito di vigilare sull'implementazione e la corretta applicazione della stessa, ha affermato come tortura e trattamenti crudeli, inumani o degradanti comportano obblighi <<indivisibili, interdipendenti e interrelati>>⁶¹.

4.2 Obblighi imposti agli Stati parte

L'art. 2 dell'UNCAT⁶² impone a tutti gli Stati parte della Convenzione di adottare *effettive* misure per prevenire condotte di tortura (quindi non anche di trattamenti crudeli, inumani o degradanti?) in ogni territorio soggetto alla propria

⁵⁹ Art. 16 UNCAT: <<1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. 2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion>>.

⁶⁰ <<This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application>>.

⁶¹ United Nations Committee Against Torture, *General Comment 2: "Implementation of Article 2 by State Parties"*, CAT/C/GC/2 (24 gennaio 2008), §3.

⁶² Art. 2 UNCAT: <<1. Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction. 2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture. 3. An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture>>.

giurisdizione. In particolare, queste misure devono essere di natura legislativa, amministrativa o giudiziaria, non permettendo deroga alcuna: è infatti irrilevante ogni pubblica emergenza, comprese situazioni estreme quali stato di guerra e instabilità politica nello Stato. Inoltre, nemmeno l'ordine del superiore⁶³ o di una pubblica autorità può costituire una causa di giustificazione⁶⁴.

A queste proibizioni si aggiunge quella stabilita dall'art. 3 riguardo al c.d. obbligo di *non refoulement*: tale imposizione sancisce per lo Stato il divieto di espellere, estradare o rimandare una persona verso un Paese nel quale vi sono fondate ragioni di ritenere che sarà sottoposta, *inter alia*, a tortura.

L'art. 4 obbliga espressamente gli Stati parte a punire tutti gli atti di tortura come reati nell'ambito del proprio sistema penalistico. La penalizzazione deve poi estendersi anche al tentativo, al concorso e alla cooperazione. L'articolo in questione si spinge poi ancora oltre, imponendo che la sanzione sia adeguata alla gravità della natura di queste condotte⁶⁵. Una parte della dottrina tentò inizialmente di sostenere che fosse sufficiente la presenza di reati generici nei sistemi penalistici, in grado di ricomprendere anche il concetto di tortura al loro interno. Negli anni più recenti invece, sulla spinta dei Commenti Generali del Comitato contro la tortura, si è arrivati ad elevare la preferenza per un reato autonomo ad un vero e proprio obbligo, discendente direttamente dalla Convenzione⁶⁶.

Ebbene, nonostante la ratifica dell'UNCAT da parte dell'Italia, intervenuta con la legge del 2 novembre 1988, n. 498, ad oggi non è stato ancora introdotto il delitto di tortura nel codice penale ordinario⁶⁷. La legge in questione, dopo aver dato piena ed intera esecuzione alla Convenzione nel suo art. 2, all'art. 3 si limita a stabilire che sarà

⁶³ Nel Commento Generale n. 2 alla Convenzione, il Committee Against Torture richiede inoltre che gli Stati adottino misure tali da impedire alcuna ritorsione su chi si sottragga all'ordine illegittimo del superiore (cfr. *General Comment 2: "Implementation of Article 2 by State Parties"*, cit., §26).

⁶⁴ Vedremo più avanti come invece una parte della dottrina ritenga invece che il divieto assoluto sia da rivedere, creando uno spazio di giustificabilità nel caso di minaccia terroristica.

⁶⁵ Art. 4 UNCAT: <<1. Each State 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 State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature>>

⁶⁶ A. MARCHESI, 'Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)', in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, n. 6, volume 2, 195 196.

⁶⁷ Significativamente, in un'interpellanza parlamentare del 1999 (2/01945) promossa da Amnesty International, il perdurare della mancata introduzione del delitto di tortura nel codice penale fu definita come un <<inqualificabile inadempimento>>.

punito, previa richiesta del ministro di Grazia e Giustizia: <<a) il cittadino che commette all'estero un fatto costituente reato che sia qualificato atto di tortura dall'art. 1 della Convenzione; b) lo straniero che commette all'estero uno dei fatti indicati alla lettera a) in danno di un cittadino italiano; c) lo straniero che commette all'estero uno dei fatti indicati alla lettera a), quando si trovi sul territorio dello Stato e non ne sia disposta l'extradizione>>.

Questa parte della legge sembra dare attuazione all'art. 5 dell'UNCAT⁶⁸, secondo il quale lo Stato deve stabilire la propria giurisdizione sulle condotte integranti il reato di tortura quando gli atti sono compiuti a danno dei propri cittadini, quando il perpetratore è cittadino dello Stato e, infine, quando l'indagato si trovi sul territorio dello Stato e non lo si voglia estradare. La legge italiana tuttavia, da una parte finisce per ignorare il contenuto della lettera a) dell'art. 5 UNCAT e, dall'altra, omettendo di inserire una definizione di tortura nel proprio ordinamento, finisce per rendere queste norme di fatto inapplicabili⁶⁹, principalmente a causa della mancanza di una pena prestabilita e dei termini molto vasti in cui la Convenzione si esprime, venendo meno a quell'obbligo di precisione e chiarezza richiesto soprattutto in merito alla redazione delle norme penali. In conseguenza di ciò, si può rilevare come in nessun caso l'art. 2 UNCAT è stato ritenuto direttamente applicabile dai giudici italiani, evidentemente consapevoli del rischio di violazione del principio del *nullum crimen*⁷⁰.

Nel suo Commento Generale n. 2, il Comitato contro la tortura sottolinea l'importanza della codificazione del reato di tortura. Ciò permetterebbe il raggiungimento di una serie di obiettivi: oltre ad un effetto di prevenzione e deterrenza generale, sarebbe così possibile enfatizzare la necessità di una sanzione adeguata alla gravità dell'offesa, responsabilizzare i pubblici ufficiali a riportare ai propri superiori

⁶⁸ Art. 5 UNCAT: <<1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases: (a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State; (b) When the alleged offender is a national of that State; (c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate. 2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article. 3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law>>.

⁶⁹ P. GONNELLA - A. MARCHESI, *Onorare gli impegni: l'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006, 10.

⁷⁰ A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)*, op. cit., 202.

le condotte di tale natura e concedere un potere al pubblico di monitoraggio e denuncia nei confronti dei pubblici ufficiali degli Stati inadempienti o inerti nel predisporre un adeguato sistema riparatorio⁷¹.

4.3 Estradizione e giurisdizione universale

Per individuare correttamente l'ambito applicativo dell'UNCAT, è necessario leggere in combinato disposto gli articoli 5 e 7, par. 1⁷². Il primo paragrafo dell'art. 7 stabilisce infatti che, ove una persona cui è stato imputato il reato di tortura si trovi sul territorio di uno Stato membro e sussistano le condizioni di cui all'art. 5, se lo Stato in questione decide di non estradarlo, dovrà in ogni caso necessariamente tradurlo davanti le proprie autorità competenti. Si tratta del c.d. principio dell'*aut dedere aut iudicare*, ormai parte di moltissimi trattati internazionali e del diritto consuetudinario⁷³.

Con questo principio si intreccia poi la nozione di giurisdizione universale: l'esercizio di quest'ultima si può avere quando, non intercorrendo alcun vincolo tra lo Stato e l'imputato e al ricorrere di illeciti di estrema gravità, è richiesto un intervento di qualsiasi Stato sul cui territorio si trovi la persona sospettata o condannata per il reato. Il concetto di giurisdizione universale e quello dell'*aut dedere aut iudicare* finiscono peraltro per sovrapporsi quando uno Stato non ha nessun altro legame se non quello della presenza della persona sul territorio⁷⁴.

In fase di redazione della Convenzione, vi fu una proposta da parte dell'Italia di porre una gerarchia fra i criteri di esercizio della giurisdizione, in particolare inserendo al primo posto quella territoriale e all'ultimo quella universale. Come si evince dall'attuale articolato, la mozione fu respinta⁷⁵. Non essendoci quindi alcun criterio da seguire in fatto di giurisdizione, si deve ricorrere al normale funzionamento

⁷¹ United Nations Committee Against Torture, *General Comment 2: "Implementation of Article 2 by State Parties"*, CAT/C/GC/2 (24 gennaio 2008), par. 11. Come spiegato al par. 18, il Comitato ritiene che l'indifferenza o l'inerzia dello Stato è da considerarsi come una forma di incoraggiamento e/o di permesso *de facto* al compimento di atti integranti il delitto di tortura.

⁷² Art. 7 UNCAT: <<1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution>>.

⁷³ M. P. SCHARF, 'Aut Dedere Aut Iudicare', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, 6 ss.

⁷⁴ M. INAZUMI, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, 2005, Intersentia, 122

⁷⁵ La proposta dell'Italia è indicata nei lavori preparatori, nel documento E/CN.4/1314/Add.4.

dell'istituto dell'extradizione, la quale potrà essere concessa solo previa richiesta dello Stato nel cui territorio è avvenuta la condotta o sulla base della cittadinanza della vittima o dell'imputato. Permane in ogni caso il limite dell'obbligo di *non refoulement*.

Peraltro, l'esercizio della giurisdizione universale non è in alcun modo sottoposta ad un previo rifiuto di estradare il soggetto, essendo sufficiente che lo Stato ospitante decida di attivarsi immediatamente. Deve inoltre ricomprendersi nella definizione di territorio anche quello sul quale lo Stato esercita un'occupazione di tipo militare o comunque un controllo *de jure* o *de facto*⁷⁶.

Una definizione parzialmente diversa è fornita da Cassese⁷⁷, secondo il quale non può propriamente parlarsi di giurisdizione universale, concetto da limitare ai casi di impossibilità sistematica per lo Stato di appartenenza di processare, ma debba piuttosto definirsi come “giurisdizione condizionata” laddove si abbia il c.d. *forum deprehensionis*.

Il lungo percorso compiuto a livello universale in materia di tortura sembra quasi essere rimasto sospeso sul piano teorico durante la seconda metà del Novecento. E difatti una massiccia applicazione punitiva si avrà soltanto negli anni novanta, con i gravissimi crimini compiuti durante i conflitti in Ruanda e in Ex Jugoslavia, con tutti i conseguenti problemi derivanti dal contesto di guerra in cui le condotte di tortura sono andate ad inserirsi.

5. LA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI AD HOC E LA CODIFICAZIONE NELLO STATUTO DI ROMA

Nuovi importanti sviluppi in materia di tortura si sono avuti nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* per i crimini commessi nell'Ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – ICTY*)⁷⁸ e Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda – ICTR*)⁷⁹ e nello

⁷⁶ M. NOWAK - E. MCARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, 2008, Oxford, 318.

⁷⁷ A. CASSESE, *International Criminal Law*, 2013, Oxford, 285-286.

⁷⁸ Istituito con la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 827 del 25 maggio 1993.

⁷⁹ Istituito con la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 955 dell'8 novembre 1994.

Statuto di Roma, ossia lo Statuto che ha fondato la Corte Penale Internazionale (*International Criminal Court – ICC*)⁸⁰. È necessario innanzitutto sottolineare che, per quanto riguarda la Corte Penale Internazionale, la tortura è espressamente prevista e definita come condotta criminosa, sia nell'ambito dei crimini contro l'umanità (art. 7 dello Statuto), sia come crimine di guerra (art. 8 dello Statuto). Negli statuti istitutivi nei tribunali *ad hoc* non figura invece alcuna definizione, dovendo quindi questi, in conformità al principio del *nullum crimen sine lege*, applicare nei giudizi norme già presenti nell'ordinamento giuridico internazionale, discendenti o da consuetudini o da fonti pattizie e convenzionali⁸¹. Tra queste ultime fonti rientra naturalmente anche la Convenzione contro la tortura.

Tuttavia, una fondamentale differenza rispetto al regime creato dall'UNCAT discende dal fatto che la Convenzione si rivolge agli Stati, creando una serie di obblighi e, di conseguenza, di responsabilità in capo a questi ultimi. Il sistema penale internazionale viene invece ad applicarsi direttamente agli individui. In particolare, i relativi tribunali si attivano in via sussidiaria e complementare rispetto a quelli interni nel momento in cui, dinanzi a presunti crimini internazionali, questi ultimi ingiustificatamente non agiscono, in violazione di quelle norme del diritto interno od internazionale che prescrivono il dovere di perseguire penalmente i responsabili di simili illeciti⁸². Peraltro la responsabilità individuale non pregiudica quella statale, il che consente un'efficace interrelazione tra i due regimi giuridici⁸³.

La necessità della criminalizzazione a livello internazionale della tortura e dello sviluppo del diritto penale internazionale anche in questa direzione sono efficacemente evidenziate nella sentenza *Furundžija* dell'ICTY⁸⁴. Innanzitutto, la proibizione della tortura costituisce una fattispecie così stringente che gli Stati sono obbligati espressamente a proibire, punire, ma anche prevenire simili condotte.

⁸⁰ Statuto della Corte Penale Internazionale, adottato il 17 luglio 1998, entrato in vigore il 1 luglio 2002, 2187 UNTS 3.

⁸¹ Si veda ad esempio *Prosecutor v Drazen Erdemovic*, ICTY, Appeals Chamber, 7.10.1997, n. IT-96-22-A, §35.

⁸² D. PIVA, *Responsabilità "individuale" e "da comando" nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale: II. Studi*, Torino, 2010, 77 e ss.

⁸³ Statuto della Corte Penale Internazionale, art. 25.

⁸⁴ *Prosecutor v Furundžija*, ICTY, Trial Chamber, 10.12.1998, n. IT-95-17/1, §147-157.

In secondo luogo, si impongono obblighi *erga omnes* all'intera comunità internazionale.

Infine, il rango di *ius cogens* (cioè di norma di diritto perentorio) che il divieto di tortura è venuto ad assumere⁸⁵, implica non solo il divieto per gli Stati di derogarvi in caso di stato di emergenza, ma anche l'impossibilità per gli individui di giustificarsi adducendo come scriminante l'ordine del superiore o di un potere legislativo o giudiziario, sia esso di matrice nazionale o internazionale. Si può dunque osservare come, da un certo momento storico in poi, al divieto di tortura a carattere internazionale-penalistico si è pienamente affiancato il relativo crimine di stampo penal-internazionalistico, che consente l'individuazione a livello sovranazionale della responsabilità individuale del reo⁸⁶.

5.1 L'influenza della Convenzione contro la tortura sulla giurisprudenza ICTY e ICTR

Sia l'ICTY che l'ICTR analizzarono la questione della opportunità di applicare la definizione prevista dalla Convenzione contro la tortura *in toto* nei casi presentati davanti ad essi. Il problema per entrambi i tribunali toccava due questioni, ossia se fosse possibile applicare la Convenzione, riguardante il diritto internazionale dei diritti umani, ai casi presentati a questi tribunali, riguardanti invece il diritto umanitario, e se la definizione UNCAT avesse raggiunto il rango di norma perentoria⁸⁷.

Per quanto concerne il primo problema, bisogna innanzitutto evidenziare nuovamente che gli Statuti di entrambi i tribunali *ad hoc* prevedono espressamente la condotta di tortura tra quelle possibili per porre in essere crimini contro l'umanità⁸⁸. Inoltre, entrambi gli Statuti richiamano le Convenzioni di Ginevra (1949) che, tra le regole minime, vi annovera proprio il divieto di sottoporre chiunque a tortura o a

⁸⁵ Che il divieto di tortura abbia raggiunto tale rango è stato in ogni caso confermato recentemente anche da *Questions relating to the obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, Corte Internazionale di Giustizia, Judgement, 20.07.2004, Rep 133, §99.

⁸⁶ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, 81.

⁸⁷ C. BURCHARD, 'Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals: A Critical Assessment', in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6 n. 2, 162.

⁸⁸ Art. 5 Statuto ICTY; art. 3 Statuto ICTR.

trattamenti inumani o degradanti⁸⁹, mancando tuttavia anche qui ogni sorta di definizione.

I due tribunali *ad hoc* hanno tentato di sopperire per via giurisprudenziale a questa mancanza di indicazioni nell'ambito del diritto umanitario. Un principio molto importante fu fissato nel caso *Kunarac*: sebbene sia possibile tenere in considerazione definizioni presenti nel ramo dei diritti umani, è necessario fare un distinguo e considerare le differenze tra i due ambiti⁹⁰. La stessa sentenza specifica poi da dove si devono far derivare queste distinzioni. I giudici dell'ICTY spiegano come la maggior parte delle norme dei diritti umani incidano sulla responsabilità degli Stati e dei loro agenti. Al contrario, le regole poste a fondamento del diritto umanitario concernono la responsabilità di qualsiasi individuo che prenda parte nel conflitto armato, prescindendo dalla posizione del suo Stato o dal suo eventuale ruolo di pubblico ufficiale⁹¹.

Tuttavia, <<proprio la fattispecie di tortura, a causa delle sue caratteristiche strutturali, della portata della sua offensività e delle modalità della sua esecuzione>>⁹² costituisce uno dei più importanti punti di incontro, di sovrapposizione e anche di <<reciproca contaminazione>>⁹³ tra i due ambiti del diritto internazionale e quello penale. Il bene giuridico che viene leso è infatti duplice: oltre all'integrità fisica e/o mentale dell'individuo, ne si viola la dignità, valore la cui tutela è l'obiettivo dei settori in questione⁹⁴.

Venendo ora al secondo problema, la definizione presente nella Convenzione contro la tortura viene considerata dall'ICTY come parte del diritto perentorio. Nell'ambito del diritto internazionale, per <<norma di diritto perentorio>> si intende una norma di diritto internazionale generale, accettata e riconosciuta dall'intera

⁸⁹ Ciò è quanto prevede l'art. 3, comune alle quattro Convenzioni di Ginevra. Il richiamo da parte degli Statuti si ritrova negli articoli 2 Statuto ICTY e 4 Statuto ICTR.

⁹⁰ *Prosecutor v Kunarac*, ICTY, Judgement, 22.02.2001, n. IT-96-23-T, §386.

⁹¹ *Prosecutor v Kunarac*, Judgement, *ivi* §489.

⁹² F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, op. cit., 126.

⁹³ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, ult. op. cit., 126.

⁹⁴ E' sufficiente considerare quanto previsto fin dalla prima frase del preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (<<*recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world*>>) e dall'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra, che, tra le disposizioni riguardanti lo standard minimo da rispettare durante un conflitto armato di qualsiasi natura, vieta inderogabilmente gli oltraggi alla dignità umana.

comunità degli Stati, e pertanto non derogabile se non da una susseguente regola di medesimo rango⁹⁵.

L'ICTY, nei casi *Furundžija* e *Kunarac*⁹⁶, ha argomentato che, nei limiti della responsabilità statale, quanto previsto nell'UNCAT avesse raggiunto tale livello di consenso in virtù dei valori che si intendevano tutelare e considerandone anche l'effetto deterrente, riportando a sostegno della propria tesi una vastissima pratica internazionale. La nozione di tortura avrebbe tuttavia raggiunto tale consenso anche in relazione alla responsabilità individuale, nello Stato di cittadinanza o in uno Stato estero⁹⁷: infatti, gli individui hanno dei doveri che trascendono quelli meramente nazionali⁹⁸. Il divieto di tortura in capo agli Stati implica inoltre il loro potere (ma anche dovere, in conformità al principio *aut dedere aut iudicare*) di indagare, processare e punire, oppure di estradare gli individui che hanno commesso atti di tortura che si trovino in un territorio sotto la propria giurisdizione⁹⁹.

In *Furundžija*, i giudici dell'ICTY decidono di prendere le mosse da quanto fu stabilito in *Akayesu*, il quale caso fu invece presentato davanti l'ICTR. Quest'ultimo Tribunale si limitò a considerare *sic et simpliciter* la definizione di tortura emergente dal diritto internazionale generale, ossia precisamente quella della Convenzione contro la tortura¹⁰⁰.

L'ICTY muove dalla definizione UNCAT per poi contestualizzarla nell'ambito del diritto umanitario e permetterne un'ulteriore evoluzione per le summenzionate ragioni. Gli elementi individuati dal Tribunale sono pertanto cinque: (i) l'inflizione deve essere attiva od omissiva, comportando serio dolore o sofferenza, di tipo fisico o mentale; (ii) l'azione o l'omissione deve essere intenzionale; (iii) la condotta deve essere volta ad ottenere informazioni o una confessione, oppure a punire, intimidire,

⁹⁵ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (adottata il 23 maggio 1969, entrato in vigore il 27 gennaio 1980) 1155 UNTS 331, art. 53.

⁹⁶ *Prosecutor v Furundžija*, Trial Chamber, *ivi* §153-157; *Prosecutor v Kunarac*, ICTY, Appeals Chamber, 20.06.2002, n. IT-96-23&23/1, §465-471.

⁹⁷ Il Tribunale sembra qui fare riferimento al principio della giurisdizione universale.

⁹⁸ *Prosecutor v Furundžija*, Trial Chamber, *ivi* §155. I Giudici utilizzano a fondamento di questa affermazione un principio enunciato dal Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, dove fu affermato proprio che «<gli individui hanno doveri internazionali che trascendono gli obblighi nazionali di obbedienza imposti agli individui dallo Stato>>».

⁹⁹ *Prosecutor v Furundžija*, Trial Chamber, *ivi* §156. Si noti l'anacronistico riferimento alla nozione strettamente territoriale di giurisdizione.

¹⁰⁰ *Prosecutor v Akayesu*, ICTR, Judgement, 02.09.1998, n. ICTR-96-4-T, §593.

umiliare o coartare la vittima o una terza persona, o anche volte a discriminare, per una qualsiasi ragione, la vittima o una terza persona; (iv) deve esserci un nesso con un conflitto armato, ed ecco la fondamentale differenza rispetto a quanto previsto dall'UNCAT; (v) almeno una delle persone coinvolte nella condotta di tortura deve essere un pubblico ufficiale o deve agire in un qualsiasi momento in una capacità diversa da quella di privato, ad esempio come un organo *de facto* dello Stato o come entità che possiede un'autorità simile¹⁰¹. Si cercherà di illustrare di seguito come i tribunali si sono orientati in relazione agli elementi individuati dall'ICTY.

5.2 L'*actus reus*: una diversificazione nella gravità delle condotte

Partendo dal primo elemento considerato nella definizione fornita in *Kunarac*, si può immediatamente notare una rilevante differenza rispetto a quanto previsto dall'UNCAT. L'ICTY infatti introduce tra le condotte rilevanti anche quelle a carattere omissivo.

Nello stesso caso poi, i giudici hanno rilevato la mancanza di una elencazione di condotte costituenti tortura, trattandosi dunque di un crimine di evento causalmente orientato¹⁰². Pertanto questi ultimi hanno ritenuto che vi fossero alcuni atti che integrano la fattispecie di tortura in sé, senza che sia necessario provarne il carattere di severità.¹⁰³ Naturalmente questa argomentazione finisce per abbassare notevolmente lo *standard* di prova richiesto per l'accusa, non rendendosi più necessario nemmeno un certificato medico per dimostrare gli effetti delle sofferenze e dei dolori subiti. Probabilmente per queste ragioni, la Corte non si è sentita di presentare un elenco di condotte per le quali valga una presunzione assoluta di tale tipo, limitandosi a considerare come tali i soli casi presentati davanti a sé. L'ICTY ha

¹⁰¹ *Prosecutor v Furundžija*, Trial Chamber, *ivi* §162.

¹⁰² S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale: II. Studi*, Torino, 2010, 356.

¹⁰³ *Prosecutor v Kunarac*, Appeals Chamber, *ivi* §150.

quindi concluso che costituiscono in ogni caso tortura le condotte di stupro¹⁰⁴ e di mutilazione di parti del corpo¹⁰⁵.

Per le restanti condotte, invece, torna a doversi provare il superamento di una soglia di sufficiente gravità. L'ICTY ha qui enucleato a titolo esemplificativo alcuni atti che necessitano di tale prova: percosse, prolungato impedimento nel dormire, mangiare o nel fornire igiene e assistenza medica, come anche la minaccia di uccidere, stuprare o sottoporre a torture in generale i familiari¹⁰⁶.

Per determinare precisamente cosa integri il requisito della severità, si è stabilito che è necessario procedere con un *case by case approach*, tenendo in considerazione elementi oggettivi, ma anche soggettivi¹⁰⁷: la natura, il contesto e la consistenza degli atti; la durata del maltrattamento; l'eventuale premeditazione e il fine della condotta; la condizione mentale e fisica della vita, considerando, *inter alia*, l'età, lo stato di salute e la posizione di inferiorità o subordinazione della vittima rispetto al torturatore¹⁰⁸. La Corte ha comunque rifiutato di considerare che vi potessero essere elementi che escludessero la sussistenza dell'illecito in questione a prescindere da ogni prova contraria.

È importante evidenziare come nello Statuto di Roma, in linea con la Convenzione contro la tortura, si pone una clausola di esclusione relativamente ai dolori e alle sofferenze derivanti da, inerenti a od incidentali a sanzioni legittime¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Ciò fu affermato espressamente in *Prosecutor v Kunarac*, ICTY, Appeals Chamber, *ivi* §150. Qualche dubbio lascia invece l'orientamento dell'ICTR in materia, poiché sembra tenere conto anche di elementi di circostanza in *Prosecutor v Semanza*, ICTR, Judgement, 10.03.2003, IT-97-20-T, §482-485. Il Tribunale afferma infatti che il crimine di tortura è risultato integrato non dallo stupro in sé, ma dal fatto che nel caso di specie la tortura sia stata di tipo mentale, poiché la condotta fu posta in essere ai danni di una donna di etnia *Tutsi*, mentre l'agente veniva incoraggiato dalla folla di persone *ivi* presente, causando dunque alla vittima forti sofferenze psicologiche.

¹⁰⁵ C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals: A Critical Assessment*, op. cit., 164.

¹⁰⁶ *Prosecutor v Kvočka et al.*, ICTY, Trial Chamber, 02.10.2001, IT-98-30/1, §150.

¹⁰⁷ S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, op. cit., 356.

¹⁰⁸ *Prosecutor v Brdanin*, ICTY, Judgement, 01.09.2004, IT-99-36-T, §484.

¹⁰⁹ Art. 7(2)(e), Statuto di Roma: << [...] *except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions*>>.

5.3 La *mens rea*: l'intenzionalità della condotta

Nell'appello di *Kunarac*, l'accusa affermò che il delitto di tortura non richiede che il reo abbia commesso l'atto in questione con coscienza o intenzione di causare dolori o sofferenze severe.

La Corte invece si orientò diversamente, sostenendo l'importanza di stabilire se il perpetratore abbia inteso commettere l'atto in un modo in cui, nel normale corso degli eventi, quell'atto causerebbe dolori o sofferenze serie alla propria vittima. Tuttavia si deve tenere distinta l'intenzione dalla *motivazione*: ad esempio, nel caso di tortura inflitta mediante violenza sessuale, è irrilevante il motivo puramente sessuale che guida il reo, dovendosi invece considerare solo la consapevolezza e la volontà di infliggere una sofferenza serissima alla vittima¹¹⁰.

Nella stessa direzione dell'ICTY sembra orientarsi anche la Corte Penale Internazionale. L'art. 7 dello Statuto di Roma considera i crimini contro l'umanità, elencando una serie di condotte che, per integrare la fattispecie, devono essere perpetrate nell'ambito dell'elemento contestuale di un attacco esteso o sistematico diretto contro una qualsiasi popolazione civile, con la consapevolezza dell'attacco. Al par. 1, lett. f) viene nominata la condotta di tortura, la quale viene poi più specificamente delineata al par. 2, lett. e)¹¹¹. E proprio qui si precisa come l'inflizione di dolori o sofferenze severe debba essere *intentional*; sul punto invece non viene aggiunto nulla dagli *Elements of Crimes*¹¹².

In un caso piuttosto recente¹¹³, la Corte Penale Internazionale ha stabilito come l'intenzionalità menzionata dall'art. 7, par. 2, lett. e) sia da riferirsi comunque alla condotta e da leggere in relazione all'art. 30¹¹⁴. Quest'ultimo precisa la definizione di

¹¹⁰ Proprio questo caso si verificò in *Prosecutor v Čelebići* (ICTY, 16.11.1998, IT-96-21).

¹¹¹ << 'Torture' means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions>>.

¹¹² Trattasi di un documento approvato durante la *Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002*. Gli *Elements of Crimes* hanno la funzione di spiegare i vari elementi costitutivi dei crimini previsti nello Statuto di Roma. Come spiegato dall'Art. 9 dello Statuto, gli *Elements of Crimes* devono guidare l'interpretazione della Corte Penale Internazionale nell'applicazione delle varie fattispecie. Peraltro, in caso di contrasto tra questi e lo stesso Statuto, prevarrà quest'ultimo.

¹¹³ *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC, Pre-Trial Chamber II: Decision on the confirmation of charges, 15. 06.2009, ICC-02/05-01/08-424, §194.

¹¹⁴ <<Article 30, Mental element: 1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements

<<elemento soggettivo>>, prevedendo che gli elementi costitutivi di questo sono intenzione e consapevolezza, salvo che sia diversamente disposto da una specifica previsione dello Statuto. Riferendosi alla sola intenzionalità e in linea con l'art. 30, par. 2, lett. b), la Corte ne deduce che non è necessario che l'agente si sia mosso con la consapevolezza della gravità dei dolori e delle sofferenze inflitte, essendo invece sufficiente provare che questi abbia posto in essere la condotta con intenzionalità¹¹⁵.

5.4 Lo scopo specifico: una discrepanza tra la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* e lo Statuto di Roma

Il già menzionato par. 2, lett. e) dell'art. 7 dello Statuto di Roma non riferisce di alcun fine specifico che il soggetto deve porsi nell'attuare la condotta di tortura.

Gli *Elements of Crimes* avvallano questo orientamento, specificando nella nota 14 all'articolo in commento che <<è da intendere che nessuno scopo specifico è da provarsi per questo crimine>>¹¹⁶. La medesima posizione è stata ribadita anche nel caso *Bemba Gombo*¹¹⁷.

Questa decisione da parte dei redattori dello Statuto è da leggersi in senso più politico che giuridico. Si tratta infatti di una soluzione di compromesso: alcune delegazioni avevano richiesto che venissero inseriti degli obiettivi specifici che il reo doveva porsi, ma è prevalsa la maggioranza in senso contrario¹¹⁸. D'altro canto la dottrina ha evidenziato come questa mancanza non sia poi così rilevante, in quanto integrabile in via giurisprudenziale. A tal proposito, Werle rileva come gli scopi individuati dalla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* siano talmente vasti, che finiscono per inglobare ogni condotta che in astratto potrebbe considerarsi come tortura.

are committed with intent and knowledge. 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, 'knowledge' means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. 'Know' and 'knowingly' shall be construed accordingly>>.

¹¹⁵ S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, op. cit., 359.

¹¹⁶ <<It is understood that no specific purpose need be proved for this crime>>.

¹¹⁷ *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II: Decision on the confirmation of charges, *ivi* §195.

¹¹⁸ M. BOOT, *Art.7 Crimes against humanity – para. 2(e)*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article – II ed.*, Baden-Baden, 2008, 254.

Pertanto, <<nella normalità delle ipotesi si perverrà ai medesimi risultati applicativi>>¹¹⁹.

Abbiamo già visto come la posizione dei tribunali *ad hoc* si ponga come diametralmente opposta rispetto allo Statuto di Roma. In particolare, nella definizione di tortura cui è pervenuta l'ICTY in *Furundžija*¹²⁰, il Tribunale spiega come la condotta debba rientrare in una delle seguenti tre finalità: ottenere informazioni o una confessione; punire, intimidire, umiliare o coartare la vittima o una terza persona; discriminare, per una qualsiasi ragione, la vittima o una terza persona.

È dunque evidente come in epoca contemporanea all'approvazione dello Statuto della Corte Penale Internazionale, i giudici discordassero con i redattori di quest'ultimo, ritenendo necessario l'elemento del dolo specifico¹²¹. Nel ribadire in *Kunarac* che la definizione proposta dall'ICTY rifletteva quella di rango consuetudinario dell'UNCAT, il Tribunale ha voluto evidenziare come quanto invece previsto dallo Statuto di Roma possa al limite considerarsi come un nuovo *trend*, che al momento non è tale da sovvertire la preesistente consuetudine¹²².

Peraltro, vi sono stati dei contrasti tra le varie sezioni dell'ICTY in merito alla tassatività dell'elenco previsto nell'UNCAT.

A titolo esemplificativo si può considerare quello riguardante il fine di umiliare la vittima. Mentre in *Akayesu* e *Furundžija* è stata accolta senza obiezioni, anche in appello, l'inclusione di tale condotta tra quelle costituenti tortura, in altre pronunce quali *Krnjelac* e *Simić*, le relative sezioni si sono opposte, ritenendo che questo tipo di atti non sia ancora accettabile come parte integrante del diritto consuetudinario, e come tale non applicabile ai presenti casi.

Il disaccordo resta non sanato, anche in considerazione del fatto che le due posizioni sono state confermate da sezioni di pari grado, per l'appunto in appello. Tuttavia sembra più convincente l'orientamento seguito in *Furundžija*, in cui si è

¹¹⁹ G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali* (traduzione italiana a cura di DI MARTINO) Bologna, 2009, 344.

¹²⁰ *Prosecutor v Furundžija*, Trial Chamber, *ivi* §162.

¹²¹ C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals: A Critical Assessment*, *op. cit.*, 169.

¹²² *Prosecutor v Kunarac*, ICTY, Trial Chamber, 22.02.2001, n. IT-96-23&23/1, §497.

tenuto conto del fatto che la tutela della dignità umana contro ogni forma di umiliazione costituisce lo spirito generale del diritto umanitario¹²³.

5.5 Azione compiuta da un pubblico ufficiale: un requisito ancora necessario?

Riprendendo ancora una volta la definizione di tortura elaborata in *Furundžija*, possiamo vedere come l'ICTY abbia considerato necessario che almeno una delle persone coinvolte nella condotta sia un pubblico ufficiale o comunque una persona che in quel momento non agisce in capacità di privato (come ad esempio un organo *de facto* dello Stato o un'entità esercitante autorità simile). Il Tribunale è qui rimasto estremamente fedele alla definizione UNCAT¹²⁴.

Tuttavia, il resto della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* va decisamente in tutt'altra direzione. Tra i casi più significativi abbiamo quello di *Čelebići*, nel quale l'ICTY, tenendo conto del contesto di diritto internazionale umanitario in cui si inseriva il caso, ritenne troppo restrittivo sanzionare il delitto di tortura in capo ai soli pubblici ufficiali. Ciò avrebbe infatti implicato l'escludere i soggetti non statali, lasciando quindi un ampio vuoto normativo, soprattutto in relazione alle guerre civili: appariva dunque necessaria una differenziazione rispetto allo specifico regime del diritto internazionale dei diritti umani¹²⁵.

Questo approccio fu definitivamente affermato in *Kunarac*, in cui si asserì che <<la presenza di un ufficiale dello Stato o di ogni altra persona esercente autorità [statale] nel processo di tortura non è necessaria perché il delitto sia ritenuto tortura nel *diritto internazionale umanitario*>> [corsivo aggiunto]¹²⁶. Si sostiene dunque che, trovandosi nell'ambito del diritto penale internazionale, l'intervento statale rimane in ogni caso periferico rispetto alla responsabilità individuale dell'agente: prevalgono

¹²³ C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals: A Critical Assessment*, op. cit., 170.

¹²⁴ Si ricordi come l'art. 1 UNCAT, nel dare la definizione di tortura, impone che la condotta illecita sia inflitta dal pubblico ufficiale o da un agente in veste ufficiale, o che da questi sia istigata, consentita o tollerata.

¹²⁵ *Prosecutor v Čelebići*, ivi §473 e ss.

¹²⁶ *Prosecutor v Kunarac*, Trial Chamber, ivi §496: <<the presence of a state official or of any other authority-wielding person in the torture process is not necessary for the offence to be regarded as torture under international humanitarian law>>.

dunque le considerazioni in merito alla natura dell'atto commesso su quelle relative allo *status* della persona che lo ha posto in essere¹²⁷.

Ancora diverso è l'approccio seguito nello Statuto di Roma, che all'art. 7, par. 2, lett. e) specifica che la condotta deve essere posta in essere da chi ha in custodia o esercita controllo sulla vittima, prescindendo dallo *status* giuridico del reo. Questa definizione restringe dunque l'ambito di tutela rispetto a quanto previsto dall'UNCAT, probabilmente in considerazione del fatto che lo Statuto tratta di situazioni di altissimo livello di gravità. La norma intende proteggere coloro che, posti in uno stato di soggezione simile da risultare totalmente nel potere di alcuni soggetti, si trovano di fatto in una condizione di difesa e di reazione minorata. Peraltro venne respinta la proposta di quanti vollero inserire l'inciso <<privati della libertà>>, prescindendosi dunque dalla disponibilità fisica che si ha del soggetto passivo¹²⁸.

5.6 Sul (dubbio) permanere di una distinzione tra tortura e trattamento inumano o degradante

Gli Statuti dell'ICTY e dell'ICTR menzionano e proibiscono entrambi i trattamenti inumani (incluse le sperimentazioni biologiche¹²⁹) e quelli umilianti e degradanti¹³⁰. Le condotte sono poste nell'ambito delle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra, in particolare dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni, il quale impone tra le tutele minime proprio il rispetto della dignità umana a fronte di trattamenti degradanti ed umilianti e il divieto di atti di violenza crudeli¹³¹.

Ancora una volta, la mancanza di alcuna spiegazione e definizione ha imposto l'intervento della giurisprudenza, ponendo come criterio di distinzione quello della serietà delle sofferenze e dei dolori subiti. In diverse pronunce è stato sostenuto dall'ICTY come i trattamenti inumani consistano in condotte che producano afflizioni forti, ma non quanto quelle provocate dalla tortura¹³². Il Tribunale sembra quindi

¹²⁷ C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals: A Critical Assessment*, op. cit., 172.

¹²⁸ S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, op. cit., 357-358.

¹²⁹ Art. 2, par. 1, lett. b) dello Statuto ICTY.

¹³⁰ Art. 4, par. 1, lett. e) dello Statuto ICTR.

¹³¹ << [...] *outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment*>>, definizione ripresa *verbatim* dallo Statuto ICTR.

¹³² Tra le altre, *Prosecutor v Martić*, ICTY, Trial Chamber, 12.06.2007, n. IT-95-11, §80.

creare una gerarchia di intensità: se è possibile provare una sostanziale gravità della condotta e dei suoi effetti, allora è raggiunto lo *standard* richiesto perché sia integrato il reato di tortura; diversamente, non sarà necessariamente esclusa la reità, potendo trattarsi comunque di trattamento inumano e degradante.

È evidente come questo tipo di ragionamento, seguito in modo incontrastato dai tribunali *ad hoc*, abbia destato una reazione nella dottrina. È stato sottolineato, su tutti da Cassese, come una definizione così ampia, priva di alcun riferimento, costituisca una violazione del principio *nullum crimen sine lege*.

Una proposta interessante è stata raggiunta durante una conferenza dell'Associazione per la Prevenzione della Tortura: sarebbe forse più opportuno partire dal presupposto che tutta una serie di condotte costituiscono trattamento inumano, per poi fare una distinzione tra queste. Si tratterebbe di tortura laddove il reo abbia concretizzato (o almeno tentato di farlo) il suo obiettivo; sussisterebbe invece un trattamento degradante laddove la condotta sia risultata umiliante per la vittima.

I due illeciti sarebbero dunque diversi, non ponendosi su una scala di intensità, ed evitando in questo modo che, ad un giudizio di tipo legale, se ne sostituisca uno morale¹³³.

6. IL RECENTE RITORNO AL DILEMMA SULLA LICEITÀ DELLA TORTURA

6.1 Dai crimini di guerra alla guerra contro i crimini

Soprattutto in seguito al terribile attentato dell'11 settembre 2001, una parte della dottrina ha tentato di creare una nuova categoria giuridica, ossia quella della guerra contro i crimini (detta anche *global war* o guerra al terrore)¹³⁴. Trattasi, per la verità, di una specie più politica che legale, che ha trovato le sue origini nella

¹³³ ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*, 10-11 novembre 2001, Ginevra, 48.

¹³⁴ A. CASSESE, *L'esperienza del male: guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Bologna, 2011, 166. Tale espressione fu coniata dall'allora Presidente degli Stati Uniti, George W. Bush, non trovando alcun riscontro nella precedente dottrina o giurisprudenza.

considerazione da parte degli Stati Uniti che l'attacco terroristico contro le Torri Gemelle fosse assimilabile ad un'aggressione armata.

La risposta, *in primis* americana, non si fece attendere. Ben presto furono create procedure denominate di <<interrogatori rafforzati>>, definiti come metodi leciti e non costituenti tortura in quanto non lasciano tracce permanenti sul corpo umano e spesso non implicano alcun tipo di violenza fisica. A giustificazione di tutto ciò è stato spesso usato il c.d. dilemma del *ticking bomb scenario*. Il quesito, creato per far dubitare della necessaria absolutezza del divieto di tortura, può essere posto nel seguente modo: si consideri che il perpetratore di un attacco terroristico imminente, che ucciderà molte persone, è nelle mani delle autorità; egli renderà note le informazioni che servono a prevenire l'attacco solo se sarà torturato: deve o non deve essere sottoposto a tale atto¹³⁵?

Nuove forme di tortura tentano inoltre di inserirsi negli spazi grigi del diritto e di dichiararsi come rispettose di ogni proibizione a livello nazionale ed internazionale. E intanto la possibilità di considerare questi metodi come necessari per debellare un male maggiore è stata avvalorata anche da quanti fino ad allora avevano riconosciuto il valore assoluto della proibizione della tortura. Dimenticando forse con troppa facilità come alcuni diritti siano arrivati a considerarsi assoluti proprio per evitarne una relativizzazione in epoche di paure, insicurezze, rabbia¹³⁶.

6.2 Le presunte lacune della legge: uno spazio di manovra per coloro favorevoli alla tortura dei terroristi

Nel 2005, l'allora Segretario di Stato al Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, Alberto Gonzales, stabilì che si rientrasse nell'ambito della tortura laddove il

¹³⁵ ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why We Must Say No to Torture, Always.*, Ginevra, 2007, 1. Nel presente saggio sono anche elencate le motivazioni per le quali questo scenario prende in considerazione delle ipotesi falsificabili, non realistiche o non corrette, ossia: (i) è noto che avverrà uno specifico attacco pianificato; (ii) l'attacco sarà imminente; (iii) l'attacco ucciderà molte persone; (iv) la persona che si ha in custodia è l'effettivo perpetratore dell'attacco; (v) la persona ha informazioni che possono prevenire l'attacco; (vi) torturare la persona farà certamente ottenere l'informazione, oltretutto in tempo utile per prevenire l'attacco; (vii) non esistono altri mezzi per ottenere l'informazione in tempo, né per prevenire l'attacco; (viii) la situazione in questione è un caso isolato, che non si ripete frequentemente.

¹³⁶ J. WALDRON, *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford, 2010, 8-11.

dolore subito dalla vittima raggiungesse <<un'intensità tale da essere accompagnata da ferite fisiche gravi, come la disfunzione di organi o la morte>>. Tutte le condotte in grado di provocare dolori tali da non spingersi oltre questa soglia non potrebbero dunque qualificarsi né come tortura, né tantomeno come trattamenti inumani o degradanti. Per di più, gli atti commessi seguendo questo criterio non lasciano tracce visibili sul corpo, e costituiscono sia un'ottima giustificazione verso l'opinione pubblica, la cui sensibilità certamente tollererebbe di meno sevizie fisicamente violente, sia una strumentalizzazione del diritto a difendersi, che finisce per trasformarsi in un obbligo a proteggersi¹³⁷.

La posizione di Gonzales stava in realtà ribadendo quanto affermato in un *memorandum* dell'*Office of Legal Counsel*¹³⁸, il quale ufficio costituisce una sorta di Avvocatura dello Stato, avente però una grande rilevanza sul piano normativo. Questo documento definiva chiaramente <<tortura>> ogni condotta in grado di porre a rischio la vita dell'indagato e di procurare allo stesso danni vitali irreparabili. Come è evidente, questo approccio estremamente restrittivo (e riduttivo) mira ad eliminare dal novero delle condotte di tortura tutti quegli atti intenzionalmente volti ad infliggere dolori e sofferenze nel corso degli interrogatori. Oltretutto, veniva consigliato all'allora Presidente Bush di dichiarare che le norme della Convenzione di Ginevra che proibiscono l'uso della tortura su ogni categoria di prigioniero di guerra¹³⁹ venissero meno in relazione ai sospetti terroristi. Costoro infatti, una volta detenuti, non potrebbero godere di alcuna tutela in quanto il tipo di conflitto da loro instaurato non rientra tra le tipologie previste dalle Convenzioni, né sarebbe stata accettabile una loro applicazione analogica.

E proprio in materia di applicazione analogica, ma questa volta in suo favore, è stato considerato l'argomento secondo il quale, così come crimini efferati quali l'omicidio sono giustificati per stato di necessità o di legittima difesa, allo stesso modo

¹³⁷ M. MONTAGUT, 'Che cos'è la tortura?', in *Rivista di filosofia del diritto*, 2008, vol. A-4 n. 2, 327.

¹³⁸ Autori del *memorandum* sono John Yoo e Jay Bybee, rispettivamente *Attorney-General* e giudice del Nono Distretto.

¹³⁹ In particolare si fa riferimento all'art. 17 della Terza Convenzione di Ginevra, a norma del quale <<no physical or mental torture, nor any other form of coercion, may be inflicted on prisoners of war to secure from them information of any kind whatever>> [nessuna tortura, fisica o mentale, né alcuna altra forma di coercizione può essere inflitta sui prigionieri di guerra per assicurarsi da costoro informazioni di qualsiasi tipo].

gli ordinamenti devono legiferare in materia di tortura. Si tratterebbe di una <<lacuna di valutazione>>¹⁴⁰, in quanto due casi simili sarebbero trattati in modo diverso.

Si aggiunge, inoltre, che l'omicidio è reato più grave di ogni tipo di sevizia, che non raggiungerebbe lo stesso grado di orrore, né di irrimediabilità¹⁴¹.

Un ulteriore argomento, che ha invano tentato di sfruttare una interpretazione estremamente restrittiva riguardo i limiti di applicabilità del diritto internazionale, ha riguardato gli obblighi extraterritoriali dello Stato. Il più famoso esempio a riguardo è certamente quello di Guantánamo: in territorio cubano, gli Stati Uniti aprirono l'11 gennaio 2002 un penitenziario di massima sicurezza, nel quale furono rinchiusi numerosi prigionieri catturati in Afghanistan, i quali erano sospettati di implicazioni con il terrorismo. Guantánamo venne scelta dagli americani proprio perché al di fuori del proprio territorio nazionale, apparendo come un luogo adatto, sollevando dunque i detenuti da ogni forma di protezione che avrebbero invece trovato negli Stati Uniti¹⁴².

Quest'ultimo aspetto fu tra l'altro confermato da diverse decisioni giurisprudenziali, tra cui emblematico resta un caso più risalente, *Johnson v. Eisentrager*, sempre citato dalla giurisprudenza delle corti americane anche in relazione al terrorismo: nel caso di specie, i ricorrenti reclamavano di essere stati detenuti illegalmente, senza che fosse fornito loro un avvocato e senza essere informati sulle accuse a loro carico. La Corte suprema non prese nemmeno in considerazione queste petizioni, dichiarando di non avere giurisdizione, in quanto il fatto accadde fuori dal territorio degli Stati Uniti¹⁴³. Atti di tortura furono riportati anche in relazione a quanto accaduto in Iraq, nei territori occupati dagli americani¹⁴⁴; altri detenuti <<non cooperativi>> sono stati inviati in Paesi quali Giordania, Marocco, Siria ed Egitto (c.d. *extraordinary renditions*)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ W. BRUGGER, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern*, Heidelberg, 1996, 70.

¹⁴¹ M. LA TORRE, 'Amicizie pericolose. Tortura e diritto', in *Rivista di filosofia del diritto*, 2008, vol. A-4 n. 2, 276.

¹⁴² R. WAGSTAFF, *Terror Detentions and the Rule of Law, US and UK Perspectives*, Oxford, 2014, 4.

¹⁴³ *Johnson v Eisentrager*, U.S. Supreme Court, Judgement, 05.06.1950, 339 U.S. 763.

¹⁴⁴ J. T. PARRY, 'Escalation and Necessity: Defending Torture at Home and Abroad', in S. LEVINSON (a cura di), *Torture: A Collection*, Oxford, 2004, 154.

¹⁴⁵ In quest'ultimo caso gli americani argomentarono che l'UNCAT parla esclusivamente di divieto di *refoulement* qualora vi sia un rischio che la persona trasferita sia torturata, mentre nulla si prevede in relazione ai trattamenti inumani e degradanti, che a detta degli Stati Uniti, era l'unica condotta da potersi temere in relazione ai prigionieri.

Come risulta evidente da questa breve analisi, la stessa necessità sentita da coloro che hanno ristretto in via interpretativa la definizione di tortura di trovare alternative per praticarla liberamente e senza alcun limite, dimostra la poca credibilità delle argomentazioni prospettate.

6.2.1 La c.d. <<tortura bianca>>

Con l'espressione <<tortura bianca>> è da intendersi quell'insieme di atti che non producono alcuna traccia di violenza sul corpo umano, lasciando però la vittima in una condizione di afflizione e sofferenza mentale¹⁴⁶. Queste condotte sono ad esempio praticate in Iraq contro i sospetti terroristi, i quali vengono rinchiusi in isolamento senza che sia loro comunicato alcun capo d'imputazione. Ai detenuti, rinchiusi in centri di detenzione segreti ed esposti ventiquattro ore su ventiquattro alla luce artificiale, non è permesso comunicare con altri prigionieri, con avvocati (siano essi di fiducia o d'ufficio), con i membri della propria famiglia e nemmeno con medici e sanitari¹⁴⁷.

Il Gruppo di Lavoro delle Nazioni Unite sulle Detenzioni Arbitrarie ha peraltro espressamente affermato come simili condizioni di detenzione costituiscano quantomeno trattamento crudele, inumano e degradante, e le confessioni che ne derivano siano da considerarsi in ogni caso manifestamente inammissibili come materiale probatorio¹⁴⁸.

Una forma particolarmente subdola e apparentemente innocua di tortura è la c.d. tortura acustica. Grazie alle testimonianze di ex-detenuti di Guantánamo, si venne a sapere che nella stessa veniva sistematicamente impiegata la musica come sevizia. I detenuti erano infatti costretti a sentire tutto il giorno musica rock ad altissimo volume all'interno nelle loro celle di isolamento. Mentre con le forme fisiche di maltrattamento i torturatori concedono delle tregue, seppur brevi e volte a far riflettere la vittima

¹⁴⁶ K. MALLEY-MORRISON - S. MCCARTHY - D. HINES, *International Handbook of War, Torture, and Terrorism*, Berlino, 2012, 664.

¹⁴⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *'Like the Dead in Their Coffins: Torture, Detention, and the Crushing of Dissent in Iraq'*, in *Human Rights Watch*, Giugno 2004, vol. 16 n. 2(E), 21.

¹⁴⁸ United Nations Working Group on Arbitrary Detention, *'Visit to the Islamic Republic of Iran'*, 2004, UN Doc E/CN.4/2004/ADD.2, 15.

sull'opportunità di "collaborare", la musica <<costituisce una minaccia diretta all'intimità [...], impedisce di pensare di ritrovar[si], di riprendere le energie>>¹⁴⁹.

Al di là del tormento insito in tale metodo, talvolta gli aguzzini si sono posti anche un fine ben preciso inteso ad aumentare le sofferenze psicologiche. Un prigioniero di Guantánamo infatti ha raccontato come, approfittando del fatto che la musica in questione costituiva un peccato per la sua religione, cioè l'Islam, lo costringevano a sentirla per portarlo a vacillare nella sua fede. <<Il corpo qui è in gioco in quanto diviene il vettore – tramite l'esperienza sensoriale – del maltrattamento finalizzato a provocare una rottura psichica nell'oggetto>>¹⁵⁰.

6.3 La necessità di riaffermare l'assolutezza della proibizione della tortura

È precisamente un momento storico come quello che stiamo vivendo che necessita della più forte riaffermazione delle garanzie penali e del rispetto dei più basilari diritti umani. Le norme internazionali sulla proibizione della tortura non sono cambiate dopo i terribili fatti dell'11 settembre 2001, rimanendo questa <<inequivocabile ed incondizionata>>¹⁵¹.

Bisogna innanzitutto considerare come, pur essendo la definizione presente nella Convenzione contro la tortura piuttosto vaga, soprattutto nel non porre dei criteri per meglio esplicitare quando le sofferenze raggiungono l'adeguata soglia di gravità, i redattori dell'UNCAT sicuramente contarono sulla buona fede dell'interprete. L'uso di questo canone interpretativo è peraltro espressamente richiesto dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, a norma del quale bisogna anche tenere in considerazione lo scopo che il trattato si pone¹⁵².

In aggiunta, è necessario ricordare come i trattati che tutelano i diritti umani godono di una speciale natura in fatto di interpretazione: quanto in essi previsto

¹⁴⁹ S. CUSSICK, 'You Are in a Place That Is Out of the World...: Music in Detention Camps of the 'Global War on Terror'', in *Journal of the Society for American Music*, 2008, vol. 2, 26.

¹⁵⁰ M. MONTAGUT, *Che cos'è la tortura?*, op. cit., 331.

¹⁵¹ J. WALDRON, *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, op. cit., 3.

¹⁵² Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, art. 31: <<A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose>>.

costituisce infatti uno *standard* minimo di protezione che lo Stato deve garantire a quanti sotto la propria giurisdizione, non permettendo ciò un'interpretazione restrittiva a danno delle vittime¹⁵³. Peraltro le forme di crudeltà minore sono espressamente sanzionate da convenzioni internazionali e costituzioni e leggi nazionali di tutto il mondo, rendendo impossibile ignorare come questi atti costituiscano quantomeno trattamenti crudeli, inumani o degradanti¹⁵⁴.

Ancora, sono da rigettare le conclusioni secondo le quali è opportuno estendere in via analogica la scriminante dello stato di necessità o della legittima difesa come avviene per l'omicidio. I due crimini sono ontologicamente diversi in quanto al bene giuridico che intendono ledere. È possibile innanzitutto considerare come è previsto l'omicidio del consenziente, mancando invece un'analogia figura per quanto riguarda la tortura: chiara testimonianza di come quest'ultima sia sempre considerata intollerabile. Difatti tali condotte superano ogni limite di sopportazione, essendo mirate a <<distruggere la volontà dell'individuo>>, a separare l'essere individuale dal suo voler essere¹⁵⁵. L'UNCAT è poi perentoria nell'affermare, all'art. 2, par. 2, che nessuna circostanza può essere invocata come causa di giustificazione per tali condotte.

Da ultimo, non vi sarebbe dunque alcun tipo di sevizia in grado di reggere al test della formula di Radbruch, a norma della quale il diritto positivo deve essere applicato fintantoché il contrasto tra questo e la giustizia <<giunga ad un tale grado di intollerabilità che la legge, in quanto 'diritto ingiusto' debba arretrare di fronte alla giustizia>>¹⁵⁶.

Per quanto concerne l'ultimo argomento utilizzato dai sostenitori della tortura, comunque essa sia definita, sulla mancanza di obblighi extraterritoriali da parte degli Stati, si tratta di una affermazione evidentemente falsa.

Si è già analizzata la c.d. giurisdizione universale che discende dalla Convenzione contro la tortura, all'art. 5, par. 2, ed in ogni caso dalle norme consuetudinarie. Questo orientamento è stato riaffermato anche in relazione Patto

¹⁵³ F. MÉGRET, 'Nature of Obligations', in D. HARRIS (a cura di), *International Human Rights Law*, Oxford, 2010, 127.

¹⁵⁴ È sufficiente a tal proposito richiamare quanto suddetto in relazione all'UNCAT.

¹⁵⁵ M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, op. cit., 278.

¹⁵⁶ *Dizionario di Filosofia* dell'Enciclopedia Treccani, accesso avvenuto il giorno 08 aprile 2017, all'indirizzo: << [52](http://www.treccani.it/enciclopedia/gustav-radbruch_(Dizionario-di-filosofia)>>.</p></div><div data-bbox=)

Internazionale per i Diritti Civili e Politici, tra l'altro anche dalla Corte Internazionale di Giustizia: pur essendo la giurisdizione degli Stati essenzialmente territoriale, talvolta può estendersi anche oltre. Considerando infatti i beni giuridici che il Patto intende tutelare, <<sembra naturale che, anche in tal caso, gli Stati parte del Patto debbano essere obbligati a rispettarne le previsioni normative>>¹⁵⁷.

Una società che tollera o addirittura incoraggia nel compiere atti di tortura è una società che incoraggia i propri cittadini a privare intenzionalmente altri esseri umani della loro dignità, degradando la società stessa e rendendola preda di atti di tirannia¹⁵⁸. Non bisogna dimenticare come il moderno diritto penale si fonda sul rifiuto della tortura, in quanto pena disumana applicata ben prima di accertare ogni responsabilità, per tentare in modo perverso di strappare confessioni. La *potestas* statale si muove da secoli per cercare di ottenere la verità processuale, lontana da forme di sopruso e di guerre contro i diritti umani, muovendosi invece nell'alveo di un ordinamento garantistico¹⁵⁹.

Lungi dall'essere un diritto penale del nemico, quindi.

E' proprio in questo momento storico di grave incertezza che la comunità dei giuristi (e non solo) deve riaffermare le basi del diritto penale, nella consapevolezza che <<[l]a tortura, come il terrorismo, strumentalizza il dolore e il terrore degli esseri umani; comporta l'imposizione deliberata, studiata e prolungata di sofferenza fino al punto dell'agonia su una persona che è completamente vulnerabile, prostrata di fronte al suo interrogatore, e ha come obiettivo quello di usare quella agonia per fare a pezzi e mutilare la volontà del soggetto, attorcigliandola su di sé e usandola per i fini del torturatore>>¹⁶⁰.

¹⁵⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Corte Internazionale di Giustizia, Advisory Opinion, 09.07.2004, Rep 131, §109.

¹⁵⁸ ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why We Must Say No to Torture, Always.*, op. cit., 20.

¹⁵⁹ A. CHIESSI - G. SCARDOVI, 'Argomenti contro la tortura: garantismo penale e difetti dell'utilitarismo', in *Rivista di filosofia del diritto*, 2008, vol. A-4 n. 2, 316.

¹⁶⁰ J. WALDRON, *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, op. cit., 5: <<Torture, like terrorism, instrumentalizes the pain and terror of human beings; it involves the deliberate, studied, and sustained imposition of pain to the point of agony on a person who is utterly vulnerable, prostrate before his interrogator, and it aims to use that agony to shatter and mutilate the subject's will, twisting it against itself and using it for the purposes of the torturer>>.

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA EUROPEO DI TUTELA CONTRO LA TORTURA E GLI INADEMPIMENTI DELL'ITALIA

1. PREMESSA

Nel discorso finora affrontato si è volutamente mancato di trattare quello relativo al sistema di protezione contro gli atti di tortura nell'ambito del Consiglio d'Europa. Tema centrale del presente lavoro, merita certamente una considerazione a sé per il notevolissimo sviluppo raggiunto a partire dal 1950, data di entrata in vigore della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Un enorme passo in avanti si è poi avuto grazie alla Convenzione per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1987).

Si è già brevemente rilevato come l'Italia, dopo aver ratificato la Convenzione contro la tortura delle Nazioni Unite, non vi abbia mai dato seguito creando la relativa fattispecie nel codice penale.

Si vedrà di seguito come tale inadempienza sia tuttora presente anche in relazione alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura, nonostante le numerose proposte di legge sinora presentate in Parlamento. Una mancanza più volte sottolineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, soprattutto interna e di Strasburgo, ad oggi senza alcun risultato concreto.

2. LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

2.1 Lo sviluppo di un sistema giurisdizionale

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹ venne firmata a Roma il 4 novembre 1950, ed entrò in vigore nel 1953. Ne sono parte i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa², e l'Italia ratificò tale Convenzione con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

La CEDU si ispira chiaramente a quanto previsto nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo³ e per diversi aspetti costituisce un'innovazione, anche se paragonata alla Dichiarazione stessa. È infatti il primo trattato internazionale completo in materia di diritti umani e il primo a creare un meccanismo di ricorsi individuali davanti ad una corte internazionale. Resta peraltro il sistema più sviluppato in questo ambito, avendo generato negli anni una vastissima giurisprudenza, di alto valore giuridico⁴.

L'adozione della Convenzione dipese principalmente da tre fattori. Innanzitutto, la considerazione del momento storico appena superato: l'Europa, reduce dalle atrocità della Seconda Guerra Mondiale, riteneva di poter evitare con più probabilità un altro conflitto obbligando i governi a rispettare i diritti umani fondamentali dell'individuo⁵. In secondo luogo, vi fu una motivazione politica: si ritenne che, istituendo sia il Consiglio d'Europa (1949) che l'allora Comunità Europea

¹ *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (adottata il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953) 213 UNTS 222.

² Sono parte del Consiglio d'Europa anche cinque Stati in qualità di Osservatori Permanenti: lo Stato Città del Vaticano, gli Stati Uniti d'America, il Canada, il Giappone e il Messico. Tali Stati possono decidere di diventare parti delle convenzioni europee, prendere parte alle riunioni del Consiglio d'Europa e accettarne i principi-guida nelle materie di competenza. Manca invece fra gli Stati parte europei la sola Bielorussia, in quanto unico Paese del continente a non aver abolito la pena di morte nel proprio ordinamento, abolizione che costituisce invece uno dei requisiti necessari per poter far parte del Consiglio d'Europa.

³ A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Milano, 2016, 11.

⁴ H. J. STEINER - P. ALSTON - R. GOODMAN, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, 2007, 933.

⁵ A. MORAVCSIK, 'The Origins of Human Rights Regimes; Democratic Delegation in Postwar Europe', in *International Organization*, 2000, vol. 54, 217-238. È interessante notare come in sede di lavori preparatori vi furono molte opposizioni da parte del governo britannico in merito alle questioni più innovative scaturenti dalla CEDU, ossia: la vincolatività delle previsioni della Convenzione; la centralizzazione delle istituzioni; la possibilità di proporre petizioni individuali; l'obbligatorietà dell'esercizio della giurisdizione da parte della Corte una volta ricevuti i ricorsi.

del Carbone e dell'Acciaio (1952), si potesse meglio controllare la pace nella Germania dell'Ovest, in collaborazione soprattutto con Francia e Regno Unito, attraverso l'integrazione regionale e l'istituzionalizzazione di interessi e valori comuni⁶. Vi era infine un terzo obiettivo, ossia quello di unire i Paesi europei contro la minaccia comunista, tanto che nel Preambolo si fa un riferimento alle <<democrazie effettivamente politiche>>⁷.

La Convenzione creò due organi deputati ad assicurare l'applicazione e l'osservanza dei precetti della stessa: la Commissione e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU). I ricorsi individuali o inter-statali dovevano essere presentati alla Commissione, la quale valutava l'ammissibilità del ricorso ed entrava nel merito, concludendo con un *report* nel quale esprimeva la propria valutazione in ordine alla sussistenza della necessità del ricorso. Tale *report* veniva poi inviato al ricorrente e allo Stato, in veste di controparte, invitando le parti ad addivenire ad un accordo. Nel caso in cui non risultasse possibile una conciliazione, il caso veniva solo a quel punto presentato davanti alla Corte EDU⁸.

A partire dal 1998, il sistema europeo è stato completamente rivoluzionato con il Protocollo 11⁹. Il potere giudiziario è stato accentrato interamente nelle mani della Corte EDU, la quale accoglie i ricorsi inter-statali¹⁰ e quelli individuali, i quali possono essere presentati da persone (fisiche o giuridiche), organizzazioni non governative e gruppi di individui, i quali si ritengano vittime di violazioni della CEDU da parte di uno degli Stati membri¹¹.

⁶ Si tratta evidentemente di una strategia totalmente opposta rispetto a quella adottata con il Trattato di Versailles nel 1919, che non puntava alla cooperazione, ma aveva natura punitiva e riparatoria a danno dei vinti.

⁷ H. J. STEINER - P. ALSTON - R. GOODMAN, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, op. cit., 933.

⁸ Era poi previsto che solo gli Stati parte del Protocollo 9 potessero riferire il caso alla Corte, altrimenti questo passo spettava alla Commissione, la quale in ogni caso monitorava sulle conseguenze della propria decisione insieme al Comitato dei Ministri.

⁹ *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby* (adottato l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 1 novembre 1998) ETS 155.

¹⁰ Art. 33, *Inter-State cases*: <<Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party>>. Ad oggi i ricorsi inter-statali sono stati solamente 14, sostenuti più da ragioni politiche che da questioni giuridiche.

¹¹ Art. 34, *Individual applications*: <<The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right>>.

Le istanze vengono presentate innanzitutto davanti ad un giudice monocratico, il quale, se del caso, ne dichiara l'ammissibilità e decide se inviarlo alternativamente ad un Comitato o ad una Camera: la prima è costituita da tre giudici e decide nel merito qualora ai fatti del caso si possa rispondere con un'affermata giurisprudenza, mentre la Camera risulta composta da sette giudici, ai quali sono affidate le restanti questioni. La Grande Camera infine è competente a decidere in appello¹², ma i casi le possono anche essere deferiti da parte degli altri organi qualora essi ritengano che si tratti di questione controversa nella giurisprudenza EDU, o di massima importanza, o ancora che sia necessaria una sentenza pilota¹³.

Quest'ultimo tipo di provvedimento, stando a quanto previsto dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU, è adottato laddove nello Stato in questione vi sia un problema sistematico o strutturale, o comunque una disfunzione che ha causato o può causare ulteriori ricorsi di uguale contenuto¹⁴. La procedura per adottare questo tipo di sentenza può essere iniziata anche su richiesta di una delle parti, e alla Corte spetta poi di identificare sia la natura e la causa del problema, sia di proporre allo Stato delle possibili soluzioni da adottare entro un certo termine¹⁵.

Le seguenti istituzioni devono essere informate dell'adozione di una sentenza pilota: il Comitato dei Ministri, l'Assemblea parlamentare e il Segretario generale del Consiglio d'Europa, il Commissario per i diritti umani del Consiglio stesso. Il vantaggio che ne deriva per lo Stato condannato con questo tipo di sentenza è, oltre evidentemente alla possibilità di ricevere preziose proposte risolutive da parte di eminenti giuristi, quello di vedere i ricorsi a proprio danno, per la violazione accertata dalla Corte, <<congelati>> per il periodo che la stessa ritiene necessario perché lo Stato possa implementare le soluzioni¹⁶.

¹² Le sentenze della Corte EDU passano in giudicato dopo tre mesi.

¹³ C. OVEY - R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, 8-11.

¹⁴ La prima sentenza pilota fu *Broniowski v Poland*, del 2004, mentre l'art. 61 fu introdotto nella versione attuale solo nel 2011.

¹⁵ Naturalmente, nello stabilire discrezionalmente entro quale termine dovrà porsi rimedio alla violazione, la Corte dovrà tenere in considerazione la natura delle soluzioni proposte e la velocità con la quale potranno attuarsi le riparazioni, considerando la concreta situazione interna dello Stato.

¹⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – PRESS UNIT, *Factsheet on Pilot Judgements*, 2016.

2.2 Ambito di applicabilità della Convenzione e giurisdizione della Corte

Per quanto concerne le materie sulle quali si esplica il potere decisionale dei giudici di Strasburgo, è la stessa CEDU a stabilire all'art. 32, par. 1, come la propria competenza verta su <<tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli>>¹⁷. A norma dell'art. 1 della CEDU, gli Stati membri si obbligano poi ad assicurare i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione a tutti gli individui <<sotto la propria giurisdizione>>¹⁸. Questa definizione piuttosto vaga ha comportato diversi interventi della Corte, volti a delimitare con maggiore precisione a quali casi si potesse estendere il proprio potere decisionale.

Il primo caso determinante a riguardo fu *Loizidou*, risalente al 1995 (cui fece seguito pochi anni dopo la prima delle contese di Cipro e Turchia dinanzi la Corte), nel quale si affermò che la Convenzione fosse da applicarsi extra-territorialmente, in quanto la Turchia esercitava un <<controllo effettivo>>¹⁹ tramite le proprie autorità sul territorio del Cipro del Nord, ove la violazione era avvenuta²⁰.

Una sentenza estremamente contestata²¹ fu quella di *Banković*, nel noto caso riguardante il ricorso contro gli Stati appartenenti sia alla NATO che alla CEDU, i quali avevano bombardato la sede dell'emittente televisiva e radiofonica serba durante la guerra nell'Ex Jugoslavia, causandone la distruzione e uccidendo diverse persone. La Corte affermò che la CEDU contiene una definizione essenzialmente territoriale della giurisdizione, mentre <<altre basi di giurisdizione>> sono da ritenersi eccezionali e da considerare in relazione alle specifiche circostanze del caso, come appunto accaduto in *Loizidou*; nel caso concreto, l'utilizzo di missili su Belgrado non fu ritenuto un criterio sufficiente per allargare la giurisdizione anche su fatti accaduti nell'Ex Jugoslavia, che non era uno Stato parte dell'<<*espace juridique*>> coperto dalla CEDU²².

¹⁷ Art. 32 CEDU, *Jurisdiction of the Court*: <<1. The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47>>.

¹⁸ Art. 1 CEDU, *Obligation to Respect Human Rights*: <<The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of the Convention>>.

¹⁹ Ponendosi peraltro come irrilevante la questione se l'esercizio di autorità tramite occupazione militare derivi da azione lecita o meno. Si specifica poi in altre sentenze (ad esempio *Ilascu v Moldova and Russia*) come questo controllo possa essere anche di tipo economico, finanziario o politico.

²⁰ *Loizidou v Turkey*, ECtHR, Judgement – Preliminary Objection, 23.03.1995, n. 15318/89.

²¹ D. MOECKLI - S. SHAH - S. SIVAKUMARAN, *International Human Rights Law*, Oxford, 2014, 130.

²² *Banković et al. v Belgium et al.*, ECtHR, Admissibility, 19.12.2001, n. 52207/99, §61, 71, 80.

Tale decisione, delimitata quasi subito da altre sentenze²³, venne definitivamente ribaltata da *Al-Skeini*²⁴, riguardante sei uccisioni avvenute in Iraq da parte delle truppe britanniche. La Corte stabilì che, in conformità all'art. 1 CEDU, la giurisdizione dello Stato contraente potesse estendersi anche agli atti delle proprie autorità che producono effetti <<fuori dal proprio territorio>>²⁵. In particolare, fra questi vi rientrano gli atti espressivi di uso della forza da parte di <<agenti dello Stato che operano al di fuori del proprio territorio>>, i quali portano l'individuo che subisce tali condotte nel controllo dello Stato parte della CEDU, e quindi sotto la giurisdizione della relativa Corte. È infatti da considerare che quando <<uno Stato esercita autorità e controllo su un individuo, e quindi la propria giurisdizione, attraverso i propri agenti, lo Stato ha un obbligo derivante dall'art. 1 di assicurare i diritti e le libertà [...] rilevanti nella situazione di quell'individuo>>²⁶.

3. IL DIVIETO DI TORTURA NEL SISTEMA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

3.1 La riaffermazione dell'assolutezza del divieto di tortura

L'art. 3 della CEDU recita: <<[n]essuno deve essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni inumani o degradanti>>²⁷. Anzitutto è necessario evidenziare come anche in questo sistema la presente norma è considerata inderogabile: l'art. 15, par. 2, CEDU, elenca gli articoli le cui obbligazioni non possono essere violate nemmeno in caso di stato di emergenza, e fra questi figura appunto quello relativo alla

²³ Tra le quali si ricordano *Öcalan v Turkey* e *Issa v Turkey*, entrambe del 2005.

²⁴ *Al-Skeini et al. v The United Kingdom*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 07.07.2011, n. 55721/07, §133-137.

²⁵ La Corte vi ricomprende, *inter alia*, gli atti degli agenti diplomatici e consolari e quelli inerenti ai poteri pubblici esercitati da uno Stato con il consenso, l'invito o l'acquiescenza di un altro Stato.

²⁶ *Al-Skeini et al. v The United Kingdom*, Grand Chamber Judgement, *ivi* §137: <<*It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be "divided and tailored"*>>.

²⁷ Art. 3 CEDU, *Prohibition of torture*: <<*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*>>.

tortura²⁸. Ciò implica oltretutto l'impossibilità di addivenire ad un bilanciamento di valori ed interessi, anche qualora questi siano tutelati dalla stessa CEDU²⁹.

Tra questi interessi previsti dalla Convenzione, e in relazione con quanto già detto nel Capitolo I, si può brevemente considerare il caso della prevenzione di atti terroristici. In *Chahal*, il Regno Unito aveva sostenuto l'argomento secondo il quale la tutela della sicurezza dello Stato potesse prevalere al punto da consentire che provvedimenti di espulsione o estradizione fossero messi in atto anche verso terzi Paesi non sicuri³⁰. La Corte EDU rigettò fermamente ogni possibile azione nel senso proposto dagli inglesi, affermando ancora una volta la natura assoluta del divieto di tortura: il mero rischio concreto di subire condotte in violazione dell'art. 3 fa da contropeso anche ad una esigenza primaria dello Stato quale la propria sicurezza nazionale, rendendosi quindi la protezione derivante dalla CEDU come più ampia rispetto a quella offerta dalla Convenzione sullo status di rifugiato del 1951³¹.

Questo orientamento venne sostenuto con fermezza dalla Corte anche nel caso *Saadi contro Italia*³², che vedeva come Stato terzo interveniente proprio il Regno Unito. Nel caso di specie, la Turchia, ossia il Paese verso il quale l'accusato di terrorismo sarebbe stato espulso, aveva fornito all'Italia per via diplomatica delle generiche rassicurazioni che il ricorrente non avrebbe subito tortura o trattamenti inumani o degradanti nel proprio Paese, nonostante questi affermasse che l'uso di sevizie sulle persone nella sua posizione fosse fatto notorio. La Corte EDU affermò come la comunicazione diplomatica fornita dalla Tunisia, limitandosi ad affermare che si sarebbe applicata la legge tunisina, non fosse sufficiente a scongiurare il rischio di

²⁸ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 50. Come è possibile evidenziare dai lavori preparatori dell'art. 15, l'Assemblea parlamentare considerò «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».

²⁹ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, 66. In particolare, ciò è stato espressamente affermato per le difficoltà economiche (*Grori v Albania*, 2009), la prevenzione della commissione di reati (*Tyrer v The United Kingdom*, 1978), il rispetto della normativa riguardante l'immigrazione (*M.S.S. v Belgium and Greece*, 2011).

³⁰ Con questa locuzione sono da intendersi quegli Stati verso i quali dovrebbe eseguirsi un'extradizione o un'espulsione, la quale però non è resa possibile in quanto vi è fondato rischio che l'individuo soggetto al provvedimento sia ivi sottoposto a tortura, persecuzione o trattamento inumano o degradante.

³¹ *Chahal v The United Kingdom*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 15.11.1996, n. 22414/93, §79-80.

³² *Saadi v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 28.02.2008, n. 37201/06.

tortura; né può considerarsi sufficiente che lo Stato terzo sia parte delle Convenzioni internazionali relative alla tortura o ai diritti umani fondamentali.

D'altra parte, l'intervento di organizzazioni non governative³³ e altro materiale reperito dalla Corte portava evidenza di come effettivamente tali pratiche fossero ampiamente in atto nello Stato in questione, ancora una volta non potendosi porre in bilanciamento una questione di sicurezza nazionale con il diritto all'integrità fisica e della dignità di una persona³⁴. È necessario quindi riaffermare come l'art. 3, il quale incorpora nella Convenzione «uno dei valori fondamentali delle società democratiche»³⁵, debba necessariamente godere dei caratteri dell'assolutezza e della inderogabilità.

3.2 Il soggetto passivo della condotta illecita

L'art. 3 CEDU, volutamente scarno, non riporta che il più generico dei riferimenti alla vittima di tortura: «nessuno». Con ciò si è chiaramente inteso procurare il massimo grado di tutela a tutti i soggetti, a prescindere da fattori quali la cittadinanza o lo *status* di queste persone in relazione alla figura del torturatore. Ciò peraltro non esclude che la Corte possa prendere in considerazione le particolari condizioni in cui versa il soggetto, quali ad esempio l'età, il sesso e la condizione di salute³⁶.

Il fattore dell'età è stato un motivo tenuto in attenta valutazione in più di un caso. Nel caso *Soering*, il fatto che il ricorrente avesse solo diciannove anni consentì alla Corte di affermare che l'extradizione verso gli Stati Uniti, dove egli avrebbe potuto subire la pena di morte per il reato commesso, era proibita³⁷. Ugualmente è stata considerata una violazione dell'art. 3 CEDU la detenzione per due mesi in un centro

³³ In particolare, Amnesty International, il Comitato Internazionale della Croce Rossa e Human Rights Watch. Le tre organizzazioni riportarono, fra le pratiche allora condotte per estorcere confessioni alle persone sotto custodia della polizia, le seguenti: impiccagione dal soffitto della cella, minacce di stupro, somministrazione di shock elettrici, immersione della testa nell'acqua, percosse e bruciature inflitte mediante sigarette (*Saadi v Italy*, Judgement, *ivi* §143).

³⁴ F. DE LONDRA, 'Saadi v Italy: European Court of Human Rights Reasserts the Absolute Prohibition on Refoulement in Terrorism Extradition Cases', in *American Society of International Law*, 2008, vol. 12, n. 9.

³⁵ *Saadi v Italy*, Judgement, *ivi* §127.

³⁶ W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2015, 169.

³⁷ *Soering v The United Kingdom*, ECtHR, Judgement, 07.06.1989, n. 1/19891/161/217, §108-109.

di immigrazione di un bambino di cinque anni, in condizioni in cui per gli adulti non si poneva alcuna prospettiva di trattamento inumano³⁸.

Tra le possibili vittime delle condotte proibite dall'art. 3 CEDU non devono considerarsi solo quelle dirette, ma anche potenzialmente i familiari. Questi ultimi possono subire una violazione a sé, in relazione a fattori speciali <<dando alle loro sofferenze una dimensione ed un carattere distinto dall'afflizione emotiva inevitabilmente derivante dalla violazione primaria>>. Casi del genere potranno verificarsi particolarmente in quelle situazioni nelle quali il familiare è costretto ad assistere alle sevizie subite dalla vittima diretta o alla sua morte a seguito di tortura³⁹. Elementi da tenere in considerazione per accertare queste situazioni sono: la prossimità del vincolo familiare; le circostanze della relazione; l'estensione con la quale il membro della famiglia ha avuto modo di essere parte dell'evento di reato; il coinvolgimento negli eventuali tentativi di estorcere informazioni⁴⁰.

Una casistica particolare sul tema si ha riguardo le cc.dd. sparizioni forzate, nell'ambito delle quali si crea per i familiari un periodo di lunghe incertezze, che per lo più si concludono con tragiche notizie o silenzio perdurante sul destino dei propri cari. A tal proposito, la Corte ha avuto modo di notare come la violazione dell'art. 3 CEDU derivi in questi casi non solo (e non principalmente) dalla scomparsa della persona, <<ma piuttosto dall'atteggiamento e dalla reazione sprezzante delle autorità relativamente al momento in cui la situazione è portata alla loro attenzione>>⁴¹. Si può quindi notare come in casi simili il venire meno ad un obbligo procedurale comporta un inadempimento di tipo sostanziale⁴².

³⁸ *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium*, ECtHR, Judgement, 12.10.2006, n. 13178/03, §58. Peraltro vittima di una violazione dell'art. 3 CEDU è stata definita anche la madre del bambino, che ha patito una situazione di grave sofferenza e afflizione per la <<inumana detenzione>> del figlio.

³⁹ *Janowiec and Others v Russia*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 21.10.2013, n. 55508/07, §181.

⁴⁰ W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., 170; *Çakici v Turkey*, ECtHR, Judgement, 08.07.1999, n. 23531/94, §98.

⁴¹ *Janowiec and Others v Russia*, Grand Chamber Judgement, *ivi* §178: <<*The essence of the issue under Article 3 in this type of Case lies not so much in a serious violation of the missing person's human rights but rather in the authorities' dismissive reactions and attitudes in respect of that situation when it was brought to their attention*>>.

⁴² W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., 171.

3.3 Le condotte vietate dall'articolo 3 CEDU

L'art. 3 CEDU, pur nella sua essenzialità⁴³, sanziona tre tipi di condotte: la tortura, la pena o il trattamento inumano, la pena o il trattamento degradante. Questa suddivisione è stata evidenziata dalla stessa Corte EDU, che nel risalente *Greek Case* affermò come tutti i tipi di tortura debbano essere considerati quali trattamenti inumani e degradanti, e come il trattamento inumano sia necessariamente degradante. E proprio in questo caso la Corte tentò di creare una prima delimitazione di tali fattispecie: i trattamenti inumani coprono <<come minimo>> quegli atti che causano sofferenze serie, mentali o fisiche, da ritenersi ingiustificate⁴⁴.

In particolare, per tortura deve intendersi un tipo aggravato di trattamento inumano avente un fine preciso, quale l'ottenimento di informazioni o una confessione, o l'inflizione di una punizione.

Infine, il trattamento o la pena degradanti sono caratterizzati da un alto grado di umiliazione della persona davanti a terzi, potendosi presentare anche laddove l'individuo sia costretto ad agire contro la sua volontà o coscienza⁴⁵.

Mentre il distinguo tra trattamento inumano e tortura sembra quindi dato da una differenza di grado di sofferenza inflitta, il trattamento degradante sembra escluso da questa scala, prendendo in considerazione un elemento ulteriore, ossia quello dell'umiliazione inflitta⁴⁶. È necessario ora analizzare più dettagliatamente questi elementi.

⁴³ COUNCIL OF EUROPE, *Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights: Memorandum Prepared by the Secretariat of the Commission*, n. DH (56), 5-8. La ragione è da rintracciarsi nei lavori preparatori, nei quali si trova affermato (in particolare dal rappresentante francese) come un elenco ben delineato delle fattispecie avrebbe comportato il rischio di escludere determinati atti costituenti tortura dalla copertura offerta dall'art. 3 CEDU.

⁴⁴ Come rilevato dalla dottrina più attenta (ad esempio, C. OVEY - R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., 74), non è con ciò da implicarsi che vi siano fenomeni di trattamenti inumani giustificabili. Piuttosto, la Corte intendeva evidenziare come, pur sussistendo casi di inflizione di sofferenze talora giustificati, come avviene ad esempio per la detenzione di criminali, questi stessi casi assumono talvolta caratteristiche tali da renderli in violazione dell'art. 3.

⁴⁵ *The Greek Case*, European Commission of Human Rights, 05.11.1969, n. 3321/67 (*Denmark v Greece*), n. 3322/67 (*Norway v Greece*), n. 3323/67 (*Sweden v Greece*), n. 3344/67 (*Netherlands v Greece*), §186.

⁴⁶ C. OVEY - R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., 76.

3.3.1 L'individuazione di una soglia minima di gravità delle lesioni causate

L'importanza di individuare una soglia di gravità è data da due motivi: in primo luogo, verificare se l'art. 3 CEDU risulta applicabile al caso di specie; in secondo luogo, accertata tale utilizzabilità, constatare se la condotta in esame integri taluna delle fattispecie menzionate dalla suddetta norma⁴⁷. Come appare evidente, tale accertamento non può essere eseguito sulla base di criteri predeterminati, stante la mancanza di ogni indicazione in tal senso nella Convenzione⁴⁸. Nella sua notevole giurisprudenza in materia, la Corte ha stabilito la necessità di verificare, su base casistica, sia circostanze oggettive che soggettive di valutazione, quali, a titolo esemplificativo, la durata del trattamento, la condizione fisica o mentale causata dalla condotta e i fattori strettamente inerenti alla vittima (quali età, sesso, stato di salute preesistente le sevizie)⁴⁹.

A ciò si devono aggiungere ulteriori considerazioni riguardanti il trattamento subito: in particolare, la natura e il contesto della punizione e il metodo di esecuzione del trattamento⁵⁰.

Negli ultimi anni, una parte della dottrina⁵¹ ha sostenuto che la Corte avesse superato ormai la sua stessa valutazione preliminare in merito alla sussistenza di una soglia di gravità sufficiente ad integrare quanto proibito dall'art. 3 CEDU. Questa argomentazione muoveva da una serie di casi degli anni '90⁵², nei quali la mancata

⁴⁷ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 56.

⁴⁸ A. BALSAMO, 'L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria', in *Cassazione penale*, 2014, fasc. 11, 3928.

⁴⁹ *Ireland v The United Kingdom*, ECtHR, Judgement, 18.01.1978, n. 5310/71, §162; M. K. ADDO E N. GRIEF, 'Is There a Policy Behind the Decision and Judgement relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights?', in *European Law Review*, 1995, 178.

⁵⁰ *Tyrer v The United Kingdom*, ECtHR, Judgement, 25.04.1978, n. 5856/72, §30. In sentenze più recenti, sono stati individuati altri fattori, quali ad esempio: l'esistenza di un clima di particolare tensione ed emozione, condizionante le autorità nazionali; la particolare violenza degli atti; la sistematicità degli atti; il ritardo dell'intervento delle cure mediche a seguito dei maltrattamenti; l'arbitrarietà degli atti lesivi (cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 68).

⁵¹ Si veda ad esempio J. F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 1999, 72-74.

⁵² In particolare, *Tomasi v France*, ECtHR, Judgement, 27.08.1992, n. 12850/87 e *Ribitsch v Austria*, ECtHR, Judgement, 04.12.1995, n. 18896/91.

analisi di questo requisito sembrava implicare che ogni tipo di violenza commessa su un individuo privato della propria libertà personale fosse sufficiente per rientrare nell'ambito dell'art. 3, dovendo poi considerarsi la gravità della condotta ai soli fini della qualificazione della stessa come una delle fattispecie previste dallo stesso art. 3 CEDU. In particolare, nella sentenza *Ribitsch* la Corte afferma espressamente che <<nei confronti di una persona privata della libertà personale, qualsiasi ricorso alla forza fisica, che non sia resa strettamente necessaria dalla condotta della persona [ristretta], costituisce una lesione della dignità umana ed è, in linea di principio, una violazione del diritto predisposto dall'art. 3 della Convenzione>>⁵³.

Tale orientamento è stato interamente respinto da altra dottrina⁵⁴, la quale ha sostenuto che la mancata menzione di tale requisito sia da attribuire ad una superficialità nella redazione delle motivazioni da parte della Corte, e non già ad un venir meno della soglia di gravità delle lesioni causate. In entrambe le cause considerate da quanti avevano sostenuto la teoria opposta, i ricorrenti erano stati privati della libertà personale e subito maltrattamenti gravi, il che può far ritenere che la Corte si sia astenuta dall'evidenziare il passaggio logico della soglia di gravità solo in quanto implicito sia nei fatti dei casi in questione, sia in quanto ripetutamente affermata nella precedente giurisprudenza. E proprio la citata affermazione della sentenza *Ribitsch* deve essere intesa nel senso che <<qualunque atto violento commesso in quelle date condizioni, tali da determinare una situazione di vulnerabilità e inferiorità della vittima [...] integra e supera il livello minimo di sofferenze richiesto>>⁵⁵.

Tale secondo orientamento sembra essere rinforzato dalla più recente casistica della Corte EDU. Nel caso *Tekin*, i giudici hanno ribadito come la soglia di gravità sia in ogni caso da ritenersi superata laddove la persona che si trovi in stato di custodia presso agenti di polizia subisca l'uso della forza fisica senza ragione suscitata dal proprio comportamento⁵⁶. Ancora più recentemente, è stato espressamente stabilito

⁵³ *Ribitsch v Austria*, Judgement, *ivi* §38: <<*The Court emphasises that, in respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention*>>.

⁵⁴ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 58.

⁵⁵ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *ult. op. cit.*, 59.

⁵⁶ *Tekin v Turkey*, ECtHR, Judgement, 07.06.1998, n. 22496/93, §52-53.

nuovamente come un maltrattamento sia da considerare relativamente a taluni fattori perché possa rientrare nell'alveo delle condotte punite dall'art. 3 CEDU⁵⁷.

3.3.2 La difficoltà probatoria per il ricorrente

La vastissima tutela offerta dall'art. 3 CEDU, grazie all'essenzialità della sua previsione normativa, non è purtroppo accompagnata da una prospettiva altrettanto ampia ed elastica in ambito probatorio. Ciò ha comportato inevitabilmente un blocco di moltissimi ricorsi presentati sul tema allo stadio della irricevibilità per manifesta infondatezza.

È evidente come gli illeciti in questione possano costituire per lo Stato che si trovi accusato di aver posto in essere certe condotte un serissimo motivo di discredito sul piano internazionale. Per questo motivo, e in manifesto contrasto con l'obiettivo che anima la CEDU della più vasta tutela possibile contro ogni violazione statale, la Corte è spesso ricorsa allo standard probatorio penalistico dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio», richiedendo inoltre la presenza di indizi sufficientemente gravi, precisi e concordanti, con un onere probatorio che rimane gravante sul ricorrente⁵⁸.

Un'attenuazione di questo regime probatorio si ha tuttavia nei casi concernenti individui sottoposti a privazioni della libertà personale. Una consolidata giurisprudenza⁵⁹ ha imposto l'inversione dell'onere probatorio, dunque gravando questo sul Governo dello Stato, laddove la presunta violazione sia stata perpetrata ai danni di un individuo privato della libertà personale. Difatti, «la Corte considera che, quando un individuo è preso in custodia dalla polizia in buone condizioni di salute, ma risulta ferito al momento del rilascio, grava sullo Stato l'onere di fornire una spiegazione plausibile su come tali ferite siano state procurate, in mancanza della quale vi è una manifesta violazione dell'articolo 3»⁶⁰.

⁵⁷ *Moldovan and others v Romania*, ECtHR, Judgement, 12.07.2005, n. 41138/98 e n. 64320/01, §100.

⁵⁸ *Ireland v The United Kingdom*, Judgement, *ivi* §161.

⁵⁹ *Tomasi v France*, Judgement, *ivi*, 108-11; *Ribitsch v Austria*, Judgement, *ivi* §34; *Chahal v The United Kingdom*, Grand Chamber Judgement, *ivi* §61.

⁶⁰ *Selmouni v France*, ECtHR, Judgement, 28.07.1999, n. 25803/94, §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».

3.3.3 L'individuazione di condotte costituenti trattamento o pena inumani

Affinché sia integrata la fattispecie di cui all'art. 3 CEDU, non è necessario che la condotta che provoca un trattamento inumano sia volontaria.⁶¹ Tuttavia, una premeditazione degli atti e una loro applicazione prolungata sulla vittima sono fattori da tenere in considerazione⁶². In ogni caso, i risultati della condotta devono essere tali da causare effettive lesioni fisiche o un'intensa sofferenza fisica e mentale⁶³. Tali effetti possono essere associati con quelli del trattamento o pena degradante, come spiegato di seguito. La minaccia di eseguire sull'individuo delle condotte costituenti tortura è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie del trattamento degradante, purché tale minaccia presenti i caratteri della sufficiente concretezza e immediatezza; tuttavia, qualora le intimidazioni siano tali da provocare nella vittima gravi sofferenze psicologiche, è possibile considerare la situazione come rientrante nell'ambito della tortura⁶⁴.

Per quanto concerne le punizioni inumane, queste vanno qualificate come tali qualora si ecceda rispetto alle <<conseguenze naturali susseguenti alla sottoposizione di un individuo a una punizione o a un trattamento legittimi>>⁶⁵. In particolare, sarà determinante verificare in che modo la pena possa incidere sulla personalità della vittima, e se questi effetti siano compatibili con l'art. 3 CEDU, tenendosi in considerazione il metodo punitivo in astratto e le modalità esecutive in concreto⁶⁶ delle misure adottate.⁶⁷

⁶¹ Una parte della dottrina ritiene comunque necessario l'elemento dell'intenzionalità della condotta anche per le fattispecie in esame (cfr. A. CASSESE, 'Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', in R. J. MACDONALD - F. MATSCHER - H. PETZOLD (a cura di) *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, Capitolo 11).

⁶² *Labita v Italy*, ECtHR, Judgement, 06.04.2000, n. 26772/95, §120.

⁶³ *T. & V. v The United Kingdom*, ECtHR, Judgement, 16.12.1999, n. 24888/94 e n. 24724/94, §71.

⁶⁴ *Gäfgen v Germany*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 01.06.2010, n. 22978/05, §91, 108.

⁶⁵ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 69.

⁶⁶ *Tyrer v The United Kingdom*, Judgement, *ivi* §33. La Corte EDU ha censurato senza deroghe le pene corporali eseguite su minorenni, a prescindere dal livello di sofferenza che provocano nel soggetto passivo, in quanto si tratta di una inaccettabile offesa per la dignità del minore.

⁶⁷ *A. and Others v The United Kingdom*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 19.02.2009, n. 3455/05, §127.

La Corte EDU ha comunque precisato che <<determinati atti che sono furono classificati nel passato come “inumani e degradanti”, come opposti rispetto alla “tortura”, potranno essere classificati diversamente nel futuro. Lo *standard* sempre più alto richiesto in quest’area della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali richiede proporzionalmente e inevitabilmente una maggiore fermezza nel valutare violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche>>⁶⁸.

3.3.4 Una maggiore intensità delle sofferenze: la tortura

Partendo ancora una volta dalle parole della stessa Corte EDU, la tortura viene definita come un <<deliberato trattamento inumano, il quale causa sofferenze molto serie e crudeli>>⁶⁹. La necessità di distinguere questa fattispecie da quella, considerata quasi minore, dei trattamenti inumani nasce dal ragionamento della Corte secondo cui i due casi sono da tenersi ben distinti, non dunque avendosi una locuzione unica che concretamente non importa alcuna differenza. I redattori della Convenzione avrebbero quindi inteso attribuire alla tortura un particolare stigma di gravità e odiosità⁷⁰.

A differenza della definizione prevista nell’UNCAT, nella CEDU manca qualsiasi specificazione in merito al tipo di condotta che deve essere posta in essere, potendosi dunque agevolmente ritenere che non solo gli atti, ma anche le omissioni, possano comportare il livello di sofferenza richiesto dalla Corte.

La Corte EDU ha fatto riferimento proprio all’UNCAT nel caso *Mahmut Kaya*, per determinare come l’elemento dell’intenzionalità sia stato convenzionalmente previsto in un trattato universale e da tenersi in considerazione anche nelle valutazioni da effettuarsi nell’ambito della casistica europea. Nell’ambito di questo richiamo, senza dare alcuna giustificazione in merito, la Corte fa riferimento anche ai fini previsti

⁶⁸ *Aksoy v Turkey*, ECtHR, Judgement, 18.12.1996, n. 21987/93, §63: <<[C]ertain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading” as opposed to “torture” could be classified differently in the future. [T]he increasingly high standard being required in this area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably require greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies>>.

⁶⁹ *Ireland v The United Kingdom*, Judgement, *ivi* §167.

⁷⁰ *Aksoy v Turkey*, Judgement, *ivi* §63.

dall'UNCAT che il torturatore può porsi, ossia *inter alia* il voler ottenere informazioni, infliggere una punizione o intimidire la vittima⁷¹.

3.3.5 La categoria residuale del trattamento degradante

Come già evidenziato, il tratto caratteristico del trattamento degradante è dato dall'umiliazione o dallo svilimento causato nella vittima, sembrando emergere dalla giurisprudenza un certo grado di severità degli effetti causati⁷². La definizione più completa è stata enunciata dalla Corte nella sentenza *Jalloh*, in cui è richiesto che, affinché un trattamento sia qualificato almeno come degradante, questo debba provocare <<sensazioni di paura, tormento e inferiorità capace di umiliare e denigrare [le vittime della condotta] e possibilmente spezzare la loro resistenza psichica e fisica [...] o quando è tale da condurre la vittima ad agire contro la propria volontà o la propria coscienza>>⁷³.

Sembrirebbe dunque che, mentre per le prime due condotte analizzate si abbia maggior riguardo agli effetti fisici e mentali causati nella vittima, per il trattamento degradante il *focus* della Corte <<riguardi prevalentemente le conseguenze mentali e psichiche prodotte ai danni di un determinato individuo, che possono pertanto variare maggiormente a seconda della vittima>>⁷⁴.

⁷¹ *Mahmut Kaya v Turkey*, ECtHR, Judgement, 28.03.2000, n. 22535/93, §117: <<In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element as recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, and which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, inter alia, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating>>.

⁷² C. OVEY - R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., 83.

⁷³ *Jalloh v Germany*, ECtHR, Judgement, 11.07.2006, n. 54810/00, §68: <<Treatment has been considered "degrading" when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance [...], or when it was such as to drive the victim to act against his will or conscience>>.

⁷⁴ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 68.

3.4 Gli obblighi positivi per gli Stati membri della CEDU in merito all'articolo 3

Stando al tenore letterale dell'art. 3 CEDU, l'unico obbligo in materia di tortura gravante sugli Stati membri della Convenzione sembrerebbe essere quello negativo di astenersi dal porre in essere condotte volte a violare l'articolo in questione. Da tale dovere per lo Stato discenderebbe, ad esempio, anche quello di non estradare o espellere individui verso Paesi nei quali rischierebbero di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti⁷⁵.

Uno dei più importanti obblighi è sicuramente quello avente natura legislativa: lo Stato membro è tenuto ad inserire nel proprio ordinamento un apparato di leggi tale da permettere ai propri agenti di indagare, individuare ed agire in via sanzionatoria contro i perpetratori degli atti in esame⁷⁶. È necessario che tali norme riguardino *ad hoc* la tortura, possibilmente proteggendo anche alcune categorie ritenute dalla Corte come particolarmente vulnerabili, quali donne, minori, detenuti, gli appartenenti a minoranze e i richiedenti asilo, prescindendo dal fatto se il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale o un privato⁷⁷.

Evidentemente allo Stato, su cui grava anche un obbligo di prevenzione delle condotte che possano violare l'art. 3 CEDU, non potrà in ogni caso essere richiesto un onere sproporzionato o addirittura impossibile. In tal caso la Corte andrà a valutare se lo Stato abbia fatto il possibile con le informazioni in suo possesso o con quelle che avrebbe dovuto apprendere usando la ordinaria diligenza; in secondo luogo, i giudici europei saranno tenuti a verificare se le misure adottate fino a quel momento siano commisurate al rischio che esisteva, proporzionalmente alla prevedibilità dell'atto subito dalla vittima⁷⁸.

⁷⁵ Si è già visto precedentemente quanto affermato dalla Corte in *Saadi v Italy*. Tale obbligo è stato letto da una parte della dottrina come avente carattere positivo <<avente quale contenuto lo svolgimento di indagini appropriate al fine di escludere la sussistenza di un rischio reale per l'individuo>> (cfr. A. TANCREDI, 'Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di non refoulement', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4 n. 1, 47).

⁷⁶ *Gäfgen v Germany*, Grand Chamber Judgement, *ivi* §117; *Opuz v Turkey*, ECtHR, Judgement, 09.06.2009, n. 33401/02, §168.

⁷⁷ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 73.

⁷⁸ *Milanović v Serbia*, ECtHR, Judgement, 14.12.2010, n. 44614/07, §84.

Per quanto concerne gli obblighi di investigare in merito alle potenziali violazioni dell'art. 3, la Corte ha richiesto che le indagini siano effettuate in modo imparziale ed indipendente, mediante un controllo pubblico⁷⁹, e in modo quanto più tempestivo, approfondito ed effettivo. Tale obbligo discenderebbe dal combinato disposto con l'art. 1, che proprio in considerazione dell'obiettivo di tutela cui tende la CEDU impone un'adeguata inchiesta ufficiale⁸⁰.

Qualora il ricorrente lamenti la mancanza di un'effettiva investigazione a livello nazionale, la Corte ha ritenuto non necessario il requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne⁸¹, come invece è ordinariamente richiesto dall'art. 35 CEDU.

In caso di riscontro in merito alla commissione degli illeciti di cui si tratta, i responsabili devono essere puniti in modo proporzionale alla gravità dei reati in questione, diversamente rimanendo inefficace il contenuto del divieto imposto dalla CEDU⁸².

L'obbligo di assicurare l'effettività della CEDU è rinvenibile anche quando la violazione dell'art. 3 è posta in essere da privati. Difatti, in assenza di ogni indicazione nel dettato della norma riguardo il soggetto attivo, la Corte ha riconosciuto un inadempimento dello Stato membro laddove questi non sia stato in grado di prevenire efficacemente condotte di lesione all'integrità fisica e alla dignità dell'individuo da parte di soggetti diversi dai pubblici ufficiali⁸³.

⁷⁹ *Beganović v Croatia*, ECtHR, Judgement, 25.09.2009, n. 46423/06, §75.

⁸⁰ S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., 61.

⁸¹ *Selmouni v France*, ECtHR, Judgement.

⁸² *Assenov and Others v Bulgaria*, ECtHR, Judgement, 28.10.1998, n.24760/94, §102-103;

⁸³ Cfr. *A. and Others v The United Kingdom*, Grand Chamber Judgement, in cui un soggetto, accusato di aver maltrattato un minore, era stato prosciolto dalle corti nazionali, le quali avevano ritenuto che tali trattamenti costituissero un <<ragionevole mezzo di correzione>>. Tale causa di esclusione della responsabilità è stata ritenuta dalla Corte EDU in violazione dell'art. 3, in quanto non offriva un adeguato grado di tutela.

4. LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA PREVENZIONE DELLA TORTURA DEL 1987

4.1 Un sistema più stringente nell'ambito del Consiglio d'Europa

Si è analizzato finora quale sistema abbia predisposto l'Europa nel 1950 mediante la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: un apparato essenziale che è stato ampiamente sviluppato dalla relativa Corte, affinché fosse garantita la più vasta tutela possibile in materia di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

In ambito internazionale, negli anni immediatamente precedenti l'adozione dell'UNCAT, si andava diffondendo l'idea di creare dei meccanismi di prevenzione della tortura basati su visite in luoghi in cui questa con facilità potrebbe essere messa in pratica. Questa idea trovò l'appoggio dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, che si propose di costituire un esempio per uno sviluppo ulteriore anche a livello internazionale: in particolare, il Consiglio si proponeva di creare un apparato che potesse anticipare quel momento in cui la Corte EDU già interveniva, ossia dopo l'avvenire della violazione dell'art. 3 CEDU⁸⁴.

Il 26 giugno 1987, il Comitato dei Ministri adottò la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (ECPT)⁸⁵, entrata in vigore il 1 febbraio 1989 alla ratifica dei primi sette Stati. Fu ratificata dall'Italia il 29 dicembre 1988 e, attualmente, ne sono parte tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

La Convenzione in esame non aggiunge nulla di nuovo a livello di norme sostanziali rispetto a quanto già previsto dalla CEDU, mancando oltretutto qualsiasi definizione di tortura o di trattamento o punizione inumani e degradanti. La Convenzione si pone invece come obiettivo quello di ottenere miglioramenti nella protezione delle persone private della libertà personale, attraverso la cooperazione e mediante consigli pratici forniti agli Stati⁸⁶. La ECPT si propone di raggiungere tale

⁸⁴ Come è possibile leggere dal *memorandum* di Noël Berrier, allora Presidente del Comitato Affari Legali dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Tale documento fu ufficialmente adottato con la Raccomandazione 971 (1983) dell'Assemblea parlamentare, e questi obiettivi sono tuttora leggibili nel preambolo della Convenzione per la prevenzione della tortura.

⁸⁵ *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (adottata il 26 giugno 1987, entrata in vigore il 1 febbraio 1989) ETS n. 126.

⁸⁶ K. GINTHER, 'The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', in *European Journal of International Law*, 1990, vol. 123, n. 2, 1.

finalità costituendo il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT), il quale deve, <<attraverso visite, esaminare il trattamento dei prigionieri privati della propria libertà con l'obiettivo di rafforzare, se necessario, la protezione di tali persone da tortura e da trattamenti o punizioni inumani o degradanti>>⁸⁷.

In conformità all'art. 2 ECPT, gli Stati parte hanno l'obbligo di garantire a tale Comitato la possibilità di visitare i luoghi sui quali essi esercitano la propria giurisdizione e ove si trovino persone private della libertà personale da parte di pubbliche autorità⁸⁸. Il rapporto esplicativo della Convenzione elenca, a titolo esemplificativo, i seguenti luoghi in cui è possibile effettuare controlli: quelli in cui le persone sono tenute in custodia, in cui sono imprigionate a seguito di condanne per un reato, in cui sono mantenute in stato di detenzione amministrativa, in cui sono internate per ragioni sanitarie, ove la detenzione sia imposta da corpi militari o infine dove vi sono minori detenuti da parte di pubblici ufficiali⁸⁹.

Il Comitato, che non forma dunque un organo giudiziario, è costituito da un numero di membri pari a quello degli Stati parte della Convenzione europea per la prevenzione della tortura, uno per ogni Paese. Ciononostante, essi si rappresentano come individui indipendenti e imparziali rispetto allo Stato di origine. I requisiti richiesti per essere eletti in tale assemblea sono quelli dell'alto livello di moralità e della vasta competenza in materia di diritti umani⁹⁰ o della grande esperienza professionale nelle aree toccate dalla Convenzione⁹¹. I membri del Comitato restano in carica per quattro anni, con possibilità di un doppio rinnovo del mandato.

⁸⁷ Art. 1 ECPT: <<There shall be established a European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (hereinafter referred to as "the Committee"). The Committee shall, by means of visits, examine the treatment of persons deprived of their liberty with a view to strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman or degrading treatment or punishment>>.

⁸⁸ Art. 2 ECPT: <<Each Party shall permit visits, in accordance with this Convention, to any place within its jurisdiction where persons are deprived of their liberty by a public authority>>.

⁸⁹ §30 dell'Explanatory Report.

⁹⁰ Cfr. art. 4 ECPT: <<1. The Committee shall consist of a number of members equal to that of the Parties. 2. The members of the Committee shall be chosen from among persons of high moral character, known for their competence in the field of human rights or having professional experience in the areas covered by this Convention. 3. No two members of the Committee may be nationals of the same State. 4. The members shall serve in their individual capacity, shall be independent and impartial, and shall be available to serve the Committee effectively>>.

⁹¹ Il rapporto esplicativo allegato alla Convenzione specifica infatti come tra i membri non debbano figurare solo giuristi, ma anzi siano da ricercare anche altre figure professionali, quali medici ed esperti sanitari, che abbiano esperienza nei settori dell'amministrazione carceraria e del trattamento delle persone private della libertà personale.

Alla Convenzione hanno fatto seguito due Protocolli aggiuntivi: il primo, adottato nel 1993, il quale consente anche agli Stati che non sono parte del Consiglio d'Europa di aderire alla ECPT; il secondo, entrato in vigore anche questo nel 1993, ha modificato le modalità di elezione dei rappresentanti del Comitato nel senso sopra indicato⁹².

4.2 Le visite del Comitato per la prevenzione della tortura

Il principale potere dei membri del Comitato è quello di effettuare delle visite nei luoghi indicati dal già analizzato art. 2 ECPT. Stando a quanto previsto dalla Convenzione, tale organo è tenuto ad informare lo Stato nel quale si intendano effettuare le visite, non implicando però tale dovere procedurale anche quello di indicare esattamente quali luoghi si vogliano sottoporre ad ispezione⁹³.

Tali visite, generalmente condotte da due membri del Comitato, i quali possono essere eventualmente assistiti da interpreti ed esperti in specifici settori, sono di due tipologie: periodiche o *ad hoc*⁹⁴. La prassi ha aggiunto a queste due categorie un terzo tipo di ispezione, la c.d. <<follow-up visit>>, ossia un accertamento che consiste nel far ritorno nei posti già esaminati per verificare lo stato di implementazione delle raccomandazioni effettuate⁹⁵. Per quanto concerne più in particolare le visite *ad hoc*, queste furono previste nella Convenzione con l'idea di permettere al Comitato di intervenire rapidamente in quelle situazioni che diventano rilevanti a causa di segnalazioni serie e consistenti di gravi abusi in un determinato Stato⁹⁶. Il CPT conduce dunque una breve analisi del materiale a propria disposizione, stabilendo di caso in caso se l'organizzare una visita immediata risulti <<essenziale nelle presenti circostanze>>⁹⁷.

⁹² C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001, 16.

⁹³ Art. 8 ECPT: <<1. The Committee shall notify the Government of the Party concerned of its intention to carry out a visit. After such notification, it may at any time visit any place referred to in Article 2>>.

⁹⁴ Art. 7 ECPT: <<1. The Committee shall organise visits to places referred to in Article 2. Apart from periodic visits, the Committee may organise such other visits as appear to it to be required in the circumstances. 2. As a general rule, the visits shall be carried out by at least two members of the Committee. The Committee may, if it considers it necessary, be assisted by experts and interpreters>>.

⁹⁵ R. MORGAN - M. EVANS, *Combating Torture in Europe*, Strasburgo, 2001, 28. Tale tipo di visita è stata poi integrata nel Regolamento interno del Comitato, all'art. 33.

⁹⁶ R. MORGAN - M. EVANS, *ult. op. cit.*, 42.

⁹⁷ D. ROUGET, *Preventing Torture: International and Regional Mechanisms to Combat Torture*, Ginevra, 2000, 59.

Prima di iniziare le ispezioni programmate, le quali vengono annunciate nell'ambito di un piano annuale predisposto dall'intero Comitato, i rappresentanti possono incontrarsi con le più rilevanti organizzazioni non governative. Questi incontri si propongono di istruire i membri del CPT in merito alle più recenti presunte violazioni della proibizione di tortura o di trattamenti inumani o degradanti.

Dalla Convenzione discende un obbligo di cooperazione per lo Stato che si appresta a subire una visita, innanzitutto garantendo ai rappresentanti del Comitato immunità e privilegi paragonabili a quelle dei diplomatici⁹⁸ e la possibilità di spostarsi nell'intero territorio nazionale senza alcuna restrizione. Inoltre, l'art. 8, par. 2, ECPT richiede una serie di atti di collaborazione da parte dello Stato, ossia informazioni complete sui luoghi ove le persone private della propria libertà personale sono detenute, la garanzia di un accesso illimitato in tali luoghi ed ogni altra indicazione nella disposizione dello Stato che si renda necessaria affinché il Comitato possa completare il proprio lavoro adeguatamente⁹⁹.

Lo Stato che sia stato avvisato della visita, sia essa programmata o *ad hoc*, può momentaneamente rifiutare l'intervento del Comitato, anche limitatamente ad un singolo luogo di ispezione, in un numero ben delimitato di casi, espressamente previsti dall'art. 9 ECPT. Tali circostanze sono date da ragioni di difesa della nazione, sicurezza pubblica, gravi situazioni di disordine in posti ove le persone sono private della libertà personale o la condizione di salute di tali persone, o infine dal coincidere l'orario dell'ispezione con il momento dell'interrogatorio di una persona in relazione con un reato di notevole gravità¹⁰⁰.

Durante la visita, i poteri del Comitato sono estremamente vasti. Innanzitutto i rappresentanti hanno la facoltà illimitata di consultare la documentazione relativa alle

⁹⁸ Cfr. l'Annesso 1 alla ECPT.

⁹⁹ Art. 8, par. 2, ECPT: <<A Party shall provide the Committee with the following facilities to carry out its task: a. access to its territory and the right to travel without restriction; b. full information on the places where persons deprived of their liberty are being held; c. unlimited access to any place where persons are deprived of their liberty, including the right to move inside such places without restriction; d. other information available to the Party which is necessary for the Committee to carry out its task. In seeking such information, the Committee shall have regard to applicable rules of national law and professional ethics>>.

¹⁰⁰ Art. 9, ECPT: <<In exceptional circumstances, the competent authorities of the Party concerned may make representations to the Committee against a visit at the time or to the particular place proposed by the Committee. Such representations may only be made on grounds of national defence, public safety, serious disorder in places where persons are deprived of their liberty, the medical condition of a person or that an urgent interrogation relating to a serious crime is in progress>>.

persone private della propria libertà, non potendo i pubblici ufficiali presentare alcuna opposizione che sia basata su tutela della protezione dei dati personali o di segreti di Stato¹⁰¹. Nell'esercizio dei propri poteri ispettivi, i membri del Comitato e gli esperti da essi designati hanno piena autonomia nel decidere quali persone ascoltare, potendo richiedere colloqui sia con i detenuti che con i loro familiari¹⁰² ovvero con il personale del luogo di custodia, dai preposti alla vigilanza sino agli amministratori. Il Comitato potrà inoltre richiedere che tali incontri avvengano in forma privata, e quindi non in presenza del personale carcerario qualora sia questo il luogo di intervista¹⁰³.

Per quanto concerne il materiale raccolto durante le visite e sulle notizie apprese da qualsiasi persona intervistata, i membri del Comitato hanno l'obbligo di mantenere la segretezza e la riservatezza su di essi¹⁰⁴. Ciò peraltro comporta che, tra le immunità di cui i rappresentanti godono, figurino anche quella giurisdizionale, persino al cessare della loro carica, la quale va a coprire le parole, gli scritti e gli atti da loro emanati. Tale immunità, tuttavia, può essere rinunciata dal Comitato qualora si ritenga che fornire una simile protezione ai propri membri può, nel caso di specie, costituire un impedimento perché si ottenga giustizia¹⁰⁵.

La visita si conclude con la redazione di un rapporto, da approvare in seduta plenaria del Comitato, il quale contiene sia un riassunto di quanto appreso durante le ispezioni, sia delle raccomandazioni a favore dello Stato per sopperire ai problemi riscontrati. Tali documenti sono inviati ai Governi, ai quali viene chiesto, in virtù del summenzionato obbligo di cooperazione, di aggiornare periodicamente il CPT sui risultati raggiunti e sull'implementazione dei consigli trasmessi¹⁰⁶.

I Governi possono decidere, come ritenuto auspicabile dal Comitato, di pubblicare i rapporti conclusivi; è questa la direzione nella quale di norma spingono anche le organizzazioni non governative intervenute nella fase iniziale di

¹⁰¹ C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, op. cit., 39.

¹⁰² C. DEFILIPPI - D. BOSI, ult. op. cit., 40: << [...] solitamente il Comitato si interessa dei rapporti dei detenuti con i propri familiari, dei permessi di visita ai congiunti, dei permessi di visita agli avvocati, ai medici, dei ricorsi dei detenuti per malfunzionamenti e abusi>>.

¹⁰³ Tale criterio è stato evidentemente ripreso dal modello di visite predisposto dal Comitato Internazionale per la Croce Rossa, come sottolineato in OSCE HUMAN DIMENSION IMPLEMENTATION MEETING, *Combating Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Role of the OSCE*, Varsavia, ottobre 1998, 13.

¹⁰⁴ Cfr. art. 11 della Convenzione.

¹⁰⁵ C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, op. cit., 41.

¹⁰⁶ R. MORGAN - M. EVANS, *Combating Torture in Europe*, op. cit., 45.

consultazione. Il livello di cooperazione raggiunto nel corso degli anni è stato sinora ritenuto soddisfacente da parte del Comitato, talvolta raggiungendo dei risultati definiti addirittura eccellenti¹⁰⁷.

In aggiunta, lo stesso Comitato può decidere di rendere pubblici i risultati delle proprie indagini quale *extrema ratio* in caso di mancanza di collaborazione da parte dello Stato o di evidente rifiuto di seguire le raccomandazioni da esso predisposte. A norma dell'art. 10, par. 2, ECPT, viene data la possibilità al Governo di spiegare la propria posizione e le proprie ragioni e, qualora non si raggiunga un risultato soddisfacente, il Comitato procederà, a seguito di votazione con maggioranza di due terzi, con il rilascio di una dichiarazione ufficiale a riguardo¹⁰⁸.

4.3 I ricorsi individuali davanti il Comitato

Si è già visto quale ruolo possono ricoprire le organizzazioni non governative nella fase consultiva del processo ispettivo del Comitato. Tuttavia, un loro ulteriore ruolo è quello di presentare dei veri e propri ricorsi di fronte al CPT. Tale potere è esteso anche agli individui sottoposti a privazione della libertà personale e ai loro familiari, i quali possono reclamare come in uno Stato il soggetto abbia subito o stia attualmente subendo un trattamento che si ponga come una violazione o della Convenzione in esame, oppure dell'art. 3 della CEDU¹⁰⁹.

Dinanzi al Comitato, il quale non è in ogni caso obbligato a prendere in considerazione alcun ricorso, saranno dunque presentate le istanze di quanti ritengono di essere parte di situazioni che si pongono come favorevoli o prodromiche rispetto alle suddette violazioni. Rimane in ogni caso salva la possibilità di presentare un ricorso dinanzi la Corte EDU, non costituendo le due opzioni delle vie alternative, ma anzi complementari, e quindi non portando all'improcedibilità di una delle due istanze. Difatti l'intervento del Comitato per la prevenzione della tortura e quello della Corte

¹⁰⁷ Si veda ad esempio il §37 del 19esimo Report Generale del Comitato, riferito alla sessione annuale del 1 agosto 2008 – 31 luglio 2009.

¹⁰⁸ Art. 10, par. 2, ECPT: <<If the Party fails to co-operate or refuses to improve the situation in the light of the Committee's recommendations, the Committee may decide, after the Party has had an opportunity to make known its views, by a majority of two-thirds of its members to make a public statement on the matter>>.

¹⁰⁹ A. CASSESE, 'A New Approach to Human Rights: The Convention for the Prevention of Torture', in *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83, n. 1, 139.

EDU tendono ad agire in una interrelazione volta ad eliminare condotte costituenti tortura o trattamento inumano o degradante: la prima nel momento in cui il rischio di tali illeciti stia per concretizzarsi; la seconda quando la violazione è già pienamente posta in essere.

Chiaramente, questa diversità funzionale comporta anche distinte conseguenze. Si è visto come la Corte EDU possa decidere di condannare uno Stato per una violazione della CEDU: a ciò può aggiungere l'obbligo di risarcire gli individui vittime del comportamento statale inadempiente, stabilendo un <<giusto indennizzo>>¹¹⁰.

Si sono già analizzati invece gli strumenti a disposizione del Comitato per la prevenzione della tortura: la natura di organo non giudiziario comporta l'impossibilità di emettere sentenze, e tutt'al più il potere di fornire raccomandazioni e renderle note in caso di inottemperanza dello Stato¹¹¹.

Infine, è opportuno evidenziare come lo stesso Comitato, nella Relazione esplicativa della Convenzione, ha voluto sottolineare come, stante la mancanza di poteri giudiziari, sarebbe inopportuno nell'esercizio delle proprie funzioni rilevare le eventuali violazioni dei principali strumenti internazionali di tutela contro la tortura. Ciò comporta oltretutto un dovere di astensione dello stesso dal fornire pareri in merito all'interpretazione dei trattati, sia in astratto che in relazione ai casi concreti che emergano durante le ispezioni¹¹².

4.4 Gli interventi del Comitato in Italia

Attualmente in Italia vi sono state dodici visite da parte del Comitato, di cui sette nell'ambito delle periodiche e cinque *ad hoc*, le quali si sono concentrate soprattutto sulla detenzione amministrativa dei migranti e sulle operazioni effettuate

¹¹⁰ Art. 41 CEDU: <<*Just satisfaction: If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party*>>.

¹¹¹ C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, op. cit., 45.

¹¹² Afferma infatti il Comitato al §37 del Rapporto esplicativo: <<*It is not for the Committee to perform any judicial functions; it is not its task to adjudge that violations of the relevant international instruments have been committed. Accordingly, the Committee shall also refrain from expressing its views on the interpretation of those instruments either in abstracto or in relation to concrete facts*>>.

dall'Italia nell'accoglienza e nei respingimenti nel Mediterraneo. Dei dodici conseguenti rapporti, ben dieci sono stati pubblicati con l'accordo e per volontà dello Stato, benché l'Italia non abbia aderito alla clausola generale riguardante la loro pubblicazione automatica. La prima ispezione avvenne nel periodo dal 15 al 27 marzo 1992, sotto la direzione dell'allora Presidente del Comitato, Antonio Cassese¹¹³.

Attualmente, il Comitato non ha ancora pubblicato il rapporto relativo all'ultima visita periodica, avvenuta in Italia tra l'8 e il 21 aprile 2016. È stato tuttavia diffuso un comunicato stampa anticipatorio, nel quale è stato predisposto l'elenco delle autorità incontrate e dei luoghi visitati. In particolare, i rappresentanti si sono concentrati sulle misure adottate dall'Italia per fronteggiare il problema del sovraffollamento carcerario, sulla situazione di coloro che sono sottoposti al regime del 41 *bis* ord. pen. nelle carceri di Ascoli Piceno e Sassari, e infine sulle condizioni psichiatriche dei pazienti ospitati nelle REMS (Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza)¹¹⁴.

In assenza del più recente rapporto del Comitato, è dunque opportuno analizzare l'ultimo pubblicato, in relazione alla visita periodica effettuata nel 2012. I rappresentanti notarono come, mentre la maggior parte della popolazione carceraria indicava di aver ricevuto un trattamento corretto durante la custodia nelle mani della pubblica autorità, alcuni detenuti lamentarono maltrattamenti fisici e uso eccessivo della violenza da parte della Polizia di Stato e dei Carabinieri.

In particolare, durante l'atto di apprensione degli indagati, gli ufficiali dei suddetti corpi avrebbero percosso eccessivamente gli individui in questione, accompagnando le aggressioni con abuso verbale di tipo razzista nei confronti degli stranieri¹¹⁵. Ciò ha portato il Comitato ad affermarsi molto preoccupato dalla mancanza di azione da parte dell'Italia nel formare adeguatamente i propri agenti pubblici in merito, evidenziando invece lo sforzo costante degli staff medici delle

¹¹³ Tuttavia, come spiegato dallo stesso in A. CASSESE, *L'esperienza del male: guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, op. cit., 157, un membro del Comitato non può partecipare nelle visite effettuate nel suo Stato di nazionalità, al fine di non influenzare in alcun modo gli altri membri ed esperti, assicurando conseguentemente il massimo grado di imparzialità ed indipendenza nel corso delle ispezioni.

¹¹⁴ Il comunicato stampa è reperibile sul sito del Consiglio d'Europa.

¹¹⁵ Council of Europe, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 32, 19.11.2013, §9.

carceri nel portare alla luce i casi di lesioni da trauma, causati nel momento dell'arresto. In particolare, si riporta come i casi di lesioni siano stati presi in considerazione dai giudici soltanto nel momento in cui ai detenuti fosse data una prognosi superiore ai venti giorni¹¹⁶.

L'inadeguatezza della risposta giuridica a simili problemi è evidenziata anche dal fatto che la punibilità per gli agenti pubblici che si siano macchiati di tali condotte è possibile solo sotto il disposto dell'art. 582 c.p.¹¹⁷, il quale prevede il reato di lesioni personali, perseguibile solo a seguito di querela dell'offeso laddove non siano applicabili le aggravanti previste dagli articoli successivi. Come evidenziato dal CPT, è nota la tendenza della popolazione carceraria a non avviare azioni penali nei confronti dei pubblici ufficiali per timore di ritorsioni o conseguenze negative in generale, il che rende di fatto inadeguata la tutela che l'art. 582 c.p. può fornire nel caso di specie.

È peraltro ben possibile che condotte costituenti trattamenti inumani o degradanti, se non addirittura tortura, possano lasciare lesioni che comportino una prognosi inferiore ai venti giorni, o anche non lasciare alcun segno fisico sulle vittime. Proprio per contrastare questi atti, il Comitato richiede espressamente che tutte le informazioni indicative di maltrattamento di detenuti debbano essere procedibili d'ufficio, richiedendosi l'introduzione di tale previsione direttamente nel Codice Penale¹¹⁸.

Nella risposta ufficiale fornita dal Governo italiano¹¹⁹ è possibile leggere come sia da questi ritenuto sufficiente il disposto dell'art. 606 c.p. in materia di arresto illegale, che punisce l'esecuzione di tale atto da parte di un pubblico ufficiale con

¹¹⁶ Cfr. §9 del *Report*.

¹¹⁷ Art. 582 c.p.: <<Lesione personale. 1. Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa>>.

¹¹⁸ §11 del *Report*: << [...] a threshold of recovery of 20 days for a case of possible ill-treatment to be taken up by a prosecutor ex officio is far too high. The CPT's experience in various countries has shown all too often that severe physical ill-treatment or even torture can be inflicted on a person leaving injuries which heal in less than 20 days and that such methods can in some cases be applied without leaving any visible traces whatsoever. Consequently, all information which is indicative of ill-treatment of detained persons should be followed up by the relevant judicial authorities, if need be, ex officio>>.

¹¹⁹ Council of Europe, *Response of the Italian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on the visit to Italy from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 33, 19.11.2013.

abuso dei propri poteri¹²⁰. Si aggiunge poi come, esistendo effettivamente solo reati comuni applicabili ai casi di trattamenti inumani o degradanti o tortura, questi possano ritenersi aggravati nelle ipotesi menzionate dal Comitato nel proprio Rapporto qualora ricorrano le circostanze di cui all'art. 61, co. 1, numeri 4 e 9 del c.p., e dunque, specificamente, qualora siano adoperate sevizie o crudeltà o nel caso in cui l'atto sia commesso con abuso dei poteri o in violazione dei propri doveri di pubblico ufficiale¹²¹.

È evidente come tale risposta del Governo sia da considerarsi gravemente insufficiente, stante il costante rifiuto dell'Italia di riconoscere la differenza evidente tra il reato proprio di tortura e qualsiasi altro reato comune, per quanto aggravato, che né raggiunge la stessa serietà in termini di pena applicabile, né tantomeno tutela lo stesso bene giuridico. A ciò si aggiunga il decorso di tempo tendenzialmente breve in cui i capi d'imputazione applicabili andrebbero a prescriversi, andando ad accrescere la sensazione nell'opinione pubblica della gravità mediamente scarsa degli odiosi reati in questione.

Nel Rapporto in esame il Comitato si è lungamente speso anche in merito alla mai risolta questione del sovraffollamento carcerario, sottolineando come la situazione sia negli anni progressivamente peggiorata. Per un'analisi dettagliata di tale questione, si rimanda al Capitolo III del presente lavoro.

¹²⁰ Art. 606 c.p.: <<Arresto illegale. Il pubblico ufficiale che procede ad un arresto, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, è punito con la reclusione fino a tre anni>>.

¹²¹ Art. 61 c.p.: <<Circostanze aggravanti comuni. Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti: [...] 4) l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone; [...] 9) l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto>>.

5. I PERDURANTI INADEMPIMENTI DELL'ITALIA: <<UN'OMISSIONE NORMATIVA CORIACEA>>

5.1 Il quadro normativo: il valore delle Convenzioni *ex se* nell'ordinamento giuridico italiano

Si è già avuto modo di vedere come l'Italia abbia ratificato i più importanti strumenti internazionali in materia di tortura, ossia la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (UNCAT)¹²², la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹²³ e, infine, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (ECPT)¹²⁴. Le leggi di ratifica degli ultimi due trattati menzionati si sono limitati ad usare la formula ormai *standard* volta a concedere <<piena ed intera>> esecuzione alle Convenzioni in questione.

Stante la già più volta sottolineata mancanza di una legge specifica in materia di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, che è stata definita addirittura <<un'omissione normativa coriacea>>¹²⁵, è necessario analizzare in via preliminare come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo possa intervenire nell'ordinamento italiano per tentare di arginare questa gravissima carenza. Innanzitutto, è la stessa CEDU a prevedere all'art. 46 come gli Stati membri della Convenzione si obblighino ad adattarsi al contenuto delle sentenze della Corte EDU.

La supervisione dell'esecuzione delle sentenze spetta al Comitato dei Ministri, il quale, in caso di mancato adempimento dello Stato, dispone del potere di inviare una formale notifica richiedendo l'osservanza del giudizio, cui può far seguito un ricorso alla Corte, votato a maggioranza di due terzi dei Ministri. Se la Corte ritiene che effettivamente lo Stato non si è confermato alla propria decisione, autorizza il

¹²² Ratificata con la legge del 2 novembre 1988, n. 498. Si rimanda al Capitolo I per un'analisi più approfondita su quanto disposto da tale legge.

¹²³ Ratificata con la legge 26 ottobre 1955, n.848.

¹²⁴ Ratificata dall'Italia il 29 dicembre 1988 con la legge n. 7.

¹²⁵ A. PUGIOTTO, *'Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2, 132.

Comitato dei Ministri a considerare le misure che ritiene più adeguate per attuare un giudizio di ottemperanza¹²⁶.

Tuttavia, le stesse norme della CEDU hanno una forza vincolante, in particolare per il legislatore, tale da comportare una eventuale declaratoria di incostituzionalità in presenza di interventi normativi interni in contrasto con una previsione della Convenzione. A questa conclusione si è pervenuti grazie alle cc.dd. sentenze gemelle del 2007 della Corte Costituzionale¹²⁷, la quale ha interpretato il nuovo disposto dell'art. 117, co. 1, Cost.¹²⁸ nel senso di ritenere sussistente un conflitto di costituzionalità nel caso dell'appena illustrata incompatibilità.

I giudici costituzionali, infatti, hanno individuato come i precetti della CEDU costituiscano norme internazionali di tipo pattizio vincolanti per lo Stato. Tale tipo di norma tuttavia non produce <<effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto>>¹²⁹; al contempo, la vincolatività non implica l'incorporazione nell'ordinamento interno.

La Corte Costituzionale, proseguendo nella sua analisi, illustra come non è possibile per i giudici nazionali disapplicare direttamente le norme nazionali che

¹²⁶ Art. 46 CEDU: <<Binding force and execution of judgments. 1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. 2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution. 3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the committee. 4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1. 5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case>>.

¹²⁷ Trattasi nello specifico delle sentenze n. 348 e n. 349 del 24.10.2007.

¹²⁸ <<La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali>>. E' stata esclusa l'applicabilità dell'art. 10 Cost., il quale fa sì riferimento ad obblighi a carattere internazionale, ma deve ritenersi circoscritto alle norme di tipo consuetudinario, costituendo il c.d. <<trasformatore permanente>> della nostra Carta costituzionale (cfr. C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, presso <<<http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>>>, accesso effettuato il 30.04.2017).

¹²⁹ Corte Cost., 24.10.2007, n. 348, §3.3 in diritto.

risultino contrastanti con la CEDU, in nome di una sua presunta forza passiva superiore rispetto alle fonti ordinarie di cui possa determinarne l'inefficacia. E infatti, <<l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi>>¹³⁰. Il valore da attribuire ai precetti della CEDU all'interno del nostro ordinamento è pertanto, secondo la Corte, quello di norma c.d. "interposta": le singole regole previste nei trattati internazionali integrano il disposto dell'art. 117, co. 1, Cost., rendendolo <<concretamente operativo>> e creando le fattispecie che nei vari casi imporranno degli obblighi allo Stato¹³¹.

I giudici costituzionali riconoscono infine come il sistema creato dalla CEDU sia alquanto peculiare, avendo creato una Corte cui spetta in definitiva l'ultima parola relativamente all'interpretazione della sua Convenzione istitutiva. La Corte Costituzionale potrà invece intervenire, in un ruolo ben diverso, solo laddove una norma della CEDU, così come interpretata dalla relativa Corte, si ponga come contrastante con la Costituzione. Ciò d'altronde implica anche un obbligo per l'Italia di conformarsi alle norme della CEDU <<nel significato attribuito dalla Corte [EDU]>> alle stesse, anche a livello legislativo¹³².

5.2 Un tentativo del legislatore: il codice penale militare di guerra

La XIV Legislatura si era occupata di introdurre il reato di tortura nel codice penale militare di guerra mediante la Legge del 31 gennaio 2001, n. 6, modificando l'art. 185 *bis*, rubricato <<[a]ltre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali>>.

Dispone l'articolo in questione: <<[i]l militare che, per cause non estranee alla guerra, compie, a danno di prigionieri di guerra, di persone civili o di altre persone protette, atti di discriminazione razziale o di tortura, trattamenti inumani o degradanti, trasferimenti illegali, deportazioni, ovvero altre condotte vietate dalle convenzioni

¹³⁰ Corte Cost., 24.10.2007, n. 348, §4.3 in diritto.

¹³¹ Corte Cost., 24.10.2007, n. 349, §6.2 in diritto.

¹³² Corte Cost., 24.10.2007, n. 348, §4.3 in diritto; Corte Cost., 24.10.2007, n. 349, §6.2 in diritto.

internazionali¹³³, è punito, qualora il fatto non costituisca più grave reato, con la reclusione fino a cinque anni>>.

Si tratta evidentemente di un reato proprio, in quanto può essere posto in essere soltanto da personale militare, ed esclusivamente nel contesto di guerra; ha inoltre natura dolosa. Nonostante la clausola finale che apre in generale ai comportamenti proibiti da convenzioni internazionali, la dottrina non ritiene che ciò provochi una violazione del principio di legalità, trattandosi di un richiamo che comporta <<un sufficiente grado di determinatezza>>¹³⁴. Si sottolinea comunque come sarebbe preferibile, *de iure condendo*, una maggiore precisione nella descrizione delle fattispecie costituenti reato, in linea con la parte iniziale della disposizione¹³⁵, anche con l'obiettivo di evitare una <<norma contenitore>>¹³⁶.

È manifesto come una simile previsione normativa vada ad inserirsi in un settore estremamente circoscritto, ossia quello del diritto umanitario. Peraltro tale articolo non si adegua a nessuna delle Convenzioni precedentemente nominate, andando piuttosto a conformarsi con estremo ritardo e a specificare ulteriormente il contenuto delle Convenzioni di Ginevra, che prevedono, nel loro art. 1, un obbligo per gli Stati parte di rispettare ed assicurare l'osservanza delle loro disposizioni¹³⁷. Ci si riferisce in particolare all'art. 3, par. 1, comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, il quale contiene un elenco di disposizioni minime da rispettare in ogni tipo di conflitto armato, internazionale o meno: fra queste, figura proprio il divieto per i militari di torturare o di trattare in modo discriminatorio, inumano, umiliante o degradante coloro che non prendono parte alle ostilità, inclusi i cc.dd. *hors de combat*¹³⁸.

¹³³ Tra queste sono da ricomprendere certamente gli esperimenti biologici e i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, come sottolineato in D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, 519.

¹³⁴ D. BRUNELLI - G. MAZZI, ult. op. cit., 519.

¹³⁵ D. BRUNELLI - G. MAZZI, ult. op. cit., 519.

¹³⁶ Così definita in P. RIVELLO, *L'evoluzione del Diritto Internazionale Umanitario e la sua attuazione interna*, 2011, 6.

¹³⁷ Common Art. 1, Convenzioni di Ginevra: <<*Respect for the Convention. The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances*>>. L'obbligo è poi ribadito anche nell'art. 129, par. 1, della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri (1949).

¹³⁸ Common Art. 3, Convenzioni di Ginevra: <<*Conflicts not of an international character. 1. In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:*

Resta oltretutto criticabile la cornice edittale, troppo esigua¹³⁹ se si considera la particolare odiosità del reato in questione¹⁴⁰, tra i più gravi che può essere commesso nell'ambito del diritto internazionale umanitario, dovendosi comunque sottolineare come si tratti di una norma <<simbolicamente assai importante, di cui da decenni si attendeva una doverosa introduzione>>¹⁴¹.

5.3 I disegni di legge in materia di tortura

5.3.1 Il disegno di legge del 2006

Nel Capitolo I, si è avuto modo di analizzare la legge con la quale l'Italia ha dato esecuzione alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura. Il suo contenuto, benché estenda positivamente la giurisdizione del giudice italiano, in deroga a quanto previsto dal Codice Penale in materia di territorialità della stessa, rinvia per il resto delle previsioni all'UNCAT. Ciò comporta il problema cardine del perché uno specifico reato di tortura sia necessario, anche in conformità agli obblighi internazionali discendenti dall'UNCAT e dalla CEDU. La mancanza di riferimenti normativi certi in merito alla condotta, ai soggetti attivi ed eventualmente passivi, all'elemento soggettivo e alla sanzione comminabile¹⁴² porterebbe un qualsiasi giudice che sentisse di applicare direttamente le convenzioni in materia, tramite il richiamo delle loro leggi di esecuzione, a violare il principio del *nullum crimen sine lege*.

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; [...] (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; [...]>>.

¹³⁹ A. LANZI - T. SCOVAZZI, 'Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra', in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, vol. 3, 685-689. Lo stesso art. 185 bis prevede inoltre l'applicabilità dell'eventuale norma che sanziona il reato più grave in caso di concorrenza di disposizioni utilizzabili.

¹⁴⁰ Reati evidentemente meno gravi sono puniti con sanzioni maggiori. A titolo esemplificativo, si può considerare che per l'uso indebito di segni distintivi della Croce Rossa si è punito con la reclusione fino a sette anni, nonostante il fatto che dall'illecito in questione non derivino direttamente lesioni o danni a cose o persone (cfr. G. ACQUAVIVA, *La repressione dei crimini di guerra*, Milano, 2014, 226).

¹⁴¹ R. RIVELLO, 'Gli episodi di tortura a civili e prigionieri di guerra verranno puniti con una specifica sanzione', in *Guida al diritto*, 2002, n. 6, 25.

¹⁴² Si ricorda che la sanzione per il reato di tortura o di trattamento inumano o degradante deve essere di <<adeguata serietà>> secondo la previsione dell'UNCAT.

Un primo tentativo concreto di introdurre il reato di tortura nel Codice Penale si ebbe nel 2006¹⁴³, con il testo approvato dalla Camera dei Deputati il 13 dicembre di quell'anno¹⁴⁴. Il disegno di legge presentato ai deputati intendeva inserire un nuovo articolo, il 613 *bis*, il quale avrebbe punito con una sanzione piuttosto elevata, consistente nella reclusione da tre a dodici anni, chiunque avesse commesso atti di tortura. Tale cornice edittale avrebbe creato tuttavia dei problemi relativamente alla pena minima, in quanto vi sarebbe stato spazio per l'applicazione di misure quali la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al servizio sociale¹⁴⁵.

Le condotte punite sarebbero state l'inflizione di <<forti sofferenze fisiche o mentali ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti allo scopo di ottenere da[[la] vittima 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>>. Il progetto di legge prendeva dunque in considerazione esattamente le condotte previste dall'UNCAT.

Si sarebbe poi trattato di un reato a forma vincolata, in quanto la proposta di legge prevedeva che le condotte fossero compiute <<con violenza o minacce gravi>>. È evidente come tale definizione manchi di prevedere alcun soggetto attivo del reato¹⁴⁶: tale figura è invece introdotta nel secondo comma, che prevede un'aggravante speciale ad effetto comune, secondo la quale vi è un aumento della pena laddove gli atti siano posti in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio¹⁴⁷. La previsione di determinati fini verso i quali l'agente tende implica che si tratti di un reato caratterizzato dal dolo specifico.

¹⁴³ Il primo disegno di legge, che non venne preso in esame né dalla Camera né dal Senato, risale al 24 luglio 1997. Tale proposta voleva introdurre un art. 580 *bis*, in una posizione forse più adeguata rispetto alla proposta del 2006.

¹⁴⁴ Progetto di legge n. 915, approvato dalla Camera il 13.12.2006.

¹⁴⁵ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22.07.2014, 42.

¹⁴⁶ A differenza ad esempio di quanto proposto con il disegno di legge n. 3691 del 10.12.1998, che voleva come elemento essenziale di fattispecie che la condotta fosse inflitta, istigata o tollerata dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, con ciò mostrando una maggiore aderenza a quanto stabilito nell'UNCAT.

¹⁴⁷ Un'ulteriore aggravante era poi prevista nel comma 3, se dal fatto punito al comma 1 discendesse una lesione grave o gravissima per la vittima; la pena sarebbe poi stata raddoppiata qualora ne derivasse la morte del soggetto.

L'articolo si sarebbe poi spinto oltre quanto disposto dalla Convenzione delle Nazioni Unite in materia dell'obbligo di *aut dedere aut iudicare*, specificando come <<[n]on 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>>¹⁴⁸. Il testo iniziale prevedeva inoltre l'istituzione di un Fondo per le vittime di tortura, ma tale proposta fu stralciata nella speranza di accelerare i tempi di approvazione nella Commissione bilancio¹⁴⁹.

È quantomeno curioso notare come esattamente un mese dopo l'approvazione della Camera di tale progetto di legge, cui non fece mai seguito un'analisi in Senato, venne approvato un decreto legislativo il quale definiva la sanzione per il commercio di merci il cui uso potrebbe essere impiegato per atti concernenti la pena di morte, la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, in attuazione dell'art. 17 del regolamento CE n. 1236/2005¹⁵⁰. La sanzione più grave è quella imposta dall'art. 2, co. 1, a norma del quale è punito con l'arresto da uno a tre anni e con l'ammenda da 15.000€ a 50.000€ chiunque <<effettua operazioni di esportazione o di temporanea esportazione o di importazione di beni utilizzabili solo per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti>>¹⁵¹. Il co. 5 prevede inoltre la confisca di tali beni con la sentenza di condanna definitiva o

¹⁴⁸ Il progetto di legge prevedeva poi l'introduzione anche di un art. 613 *ter*, rubricato <<Fatto commesso all'estero>>, secondo il quale: <<È punito secondo la legge italiana, ai sensi dell'articolo 7, primo comma, numero 5), il cittadino o lo straniero che commette nel territorio estero il delitto di tortura di cui all'articolo 613-*bis*>>.

¹⁴⁹ P. GONNELLA - A. MARCHESI, *Onorare gli impegni: l'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, op. cit., 69.

¹⁵⁰ D. Lgs. 12 gennaio 2007, n. 11: Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1236/2005, concernente il commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti.

¹⁵¹ Le altre condotte criminose, punite dai commi successivi, sono le seguenti: (i) fornire, accettare o richiedere, anche a titolo gratuito, assistenza tecnica in relazioni a beni utilizzabili solo per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti; (ii) esportare, anche temporaneamente, o importare tali beni, i quali siano esclusivamente utilizzabili per l'esposizione al pubblico in un museo; (iii) esportare, anche temporaneamente, o importare tali beni senza autorizzazione ovvero mediante autorizzazione o dichiarazioni o documentazioni false. Sono inoltre punite con l'ammenda una serie di condotte dell'esportatore.

con la decisione *ex art. 444 c.p.p.* Il D. Lgs. in questione finisce dunque per sanzionare delle condotte che sono rese illecite solo dal fine per il quale i beni esportati od importati sono utilizzati, quando l'ordinamento italiano non ha mai introdotto nel proprio Codice Penale una fattispecie di reato specifica per la tortura o per i trattamenti o le pene crudeli, inumani o degradanti.

5.3.2 I tentativi più attuali

Nel corso della XVI Legislatura, tra il 2011 e il 2012, tornò l'attenzione sulla predisposizione di un reato specifico di tortura in concomitanza con la discussione dinanzi al Governo concernente un disegno di legge sull'adeguamento delle norme italiane allo Statuto della Corte Penale Internazionale¹⁵². Nell'ordine del giorno dell'8 giugno 2011 della Camera dei Deputati si sottolineava l'importanza della contestuale introduzione del reato di tortura, la cui gravità era evidenziata precisamente dalla punizione di questa nello Statuto di Roma¹⁵³.

La Commissione permanente sui diritti umani presentò nel 2012 uno schema di disegno di legge, adottato in seguito dal Senato¹⁵⁴, che conteneva delle importanti differenze rispetto alla proposta del 2006¹⁵⁵. In primo luogo, è richiesto dall'art. 1 del D.D.L. che gli atti siano posti in essere <<indebitamente e intenzionalmente>>. Torna poi la vincolatività quanto alla modalità di attuazione della condotta, la quale deve avvenire con violenza, minaccia grave <<o con comportamenti disumani o degradanti la dignità umana¹⁵⁶>>: evidente qui il travisamento di quanto disposto dal diritto

¹⁵² ALTALEX, *Diritti umani: Radicali, accolto ODG per introduzione reato tortura*, 09.06.2011, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2011/06/09/diritti-umani-radicali-accolto-odg-per-introduzione-reato-tortura>>>.

¹⁵³ Camera dei Deputati, Ordine del giorno 8 giugno 2011: <<l'inserimento della tortura tra i crimini rientranti nella giurisdizione della Corte Penale Internazionale, ha testimoniato la necessità di intervenire a livello globale per sradicare un fenomeno criminale ancora purtroppo ampiamente diffuso: in questo senso già si era mossa la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti, approvata dall'Assemblea generale il 10 dicembre 1984 [...] >>.

¹⁵⁴ Il 5 marzo del 2014, adottando la proposta di legge n. 2168.

¹⁵⁵ Resoconto sommario della Commissione Permanente sui Diritti Umani, n. 325 del 27.06.2012.

¹⁵⁶ Stando alla lettera della norma, sarebbero dunque necessari una pluralità di atti per integrare il reato. Tale orientamento non fu approvato all'unanimità in Commissione Giustizia (cfr. M. MONTANARI, *Il Senato adotta il testo unificato per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20.03.2014). L'aver previsto una pluralità di condotte reiterare, se non addirittura un reato abituale, contrasta oltretutto con quanto affermato nella già menzionata *Gäfgen v*

internazionale¹⁵⁷, che ha sempre tenuto ben distinti tortura e trattamenti inumani o degradanti, sebbene secondo criteri diversi, mai considerando il secondo genere di condotte come una modalità esecutiva della tortura.

Le sofferenze cagionate, che secondo il nuovo disegno di legge sarebbero dovute essere <<forti>>, avrebbero dovuto danneggiare <<una persona privata della libertà personale e non in grado di ricevere aiuto>> [corsivo aggiunto], rimanendo poi identici i fini della condotta¹⁵⁸. Non è meglio specificato il perché dell'inserimento di questo elemento: appare piuttosto ovvio come le gravissime condotte di cui si tratta sono sempre inflitte a persone che non sono in grado di ricevere alcun soccorso, o con l'acquiescenza, se non addirittura l'istigazione, di chi è preposto a tale compito. Tale considerazione è peraltro fatta nello stesso D.D.L., che prevede l'applicazione della stessa pena, ossia la reclusione da tre a dieci anni, sia per chi compie l'atto di tortura, sia per <<chi istiga altri alla commissione del fatto o non ottempera all'obbligo giuridico di impedirne il compimento>>.

La cornice edittale si sarebbe elevata poi dai quattro ai dodici anni di reclusione qualora le condotte fossero poste in essere da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, nell'esercizio delle proprie funzioni. Erano poi previste una serie di aggravanti, consistenti nell'aumento della pena in caso di lesione grave o gravissima, nella reclusione di anni trenta qualora dalle condotte fosse derivata la morte della vittima, ma come conseguenza non voluta dal reo, passando direttamente all'ergastolo in caso contrario¹⁵⁹.

Ulteriori novità rispetto al precedente disegno di legge erano previste dall'art. 2 del D.D.L., a norma del quale si sarebbe aggiunto un comma 2 *bis* all'art. 191 c.p.p., che avrebbe previsto l'utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute sotto tortura solo

Germany, come ribadito da A. COLELLA, 'La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo', in *Diritto penale contemporaneo*, op. cit., 37.

¹⁵⁷ Sia esso discendente dal sistema creato dall'UNCAT, dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali o dalla casistica della Corte EDU.

¹⁵⁸ L'unica differenza riguarda il fine di discriminazione: il disegno di legge in esame prendeva in considerazione anche quella di tipo etnica <<o di qualsiasi altro genere>>.

¹⁵⁹ Quest'ultima previsione appare quasi superflua se si considera che l'omicidio volontario, aggravato dalla crudeltà o dalle sevizie, comporta già di per sé la pena dell'ergastolo.

contro le persone accusate di aver commesso il delitto in questione¹⁶⁰, e all'art. 3, che avrebbe codificato l'obbligo di *non refoulement*¹⁶¹.

Come si è detto, tale progetto di legge venne finalmente accolto dal Senato, anche se solo nel marzo 2014, apportando una leggera modifica in merito al soggetto passivo, che può alternativamente essere <<una persona privata della libertà personale, o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza, ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa>> [corsivo aggiunto]. Cambiano poi le cornici edittali, le quali risultano tutte significativamente ridotte: il disegno prevede la reclusione da tre a dieci anni per le condotte base, da cinque a dodici anni qualora sia posta in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, rimanendo invece invariata laddove sia cagionata la morte¹⁶².

Resta quindi il fondamentale problema, già brevemente esposto precedentemente, sulle conseguenze del costruire la fattispecie di tortura come un reato comune: incardinandosi ancora tale delitto nell'alveo di quelli di lesioni e violenza privata, i termini di prescrizione risultano estremamente brevi, se si considerano i tempi cui possono arrivare i processi in merito. Sarebbe quindi forse auspicabile inserire la condotta propria, che nel progetto di legge è sanzionata come fattispecie autonoma, in un articolo a sé stante¹⁶³.

Il disegno di legge, successivamente approvato alla Camera, ha subito ulteriori modifiche nel 2015, in attesa da più di due anni di un'approvazione definitiva dai due rami del Parlamento.

Tra le ultime modifiche introdotte, la Commissione Giustizia presso la Camera dei Deputati ha ritenuto di inserire la clausola di esclusione della punibilità già presente

¹⁶⁰ In particolare, <<al fine di provarne la responsabilità e di stabilire che le dichiarazioni sono state rese in conseguenza della tortura>>.

¹⁶¹ Si consideri come il disegno di legge in esame è stato redatto dopo che l'Italia era stata condannata dalla Grande Camera della Corte EDU nel caso *Saadi v Italy*. L'articolo citato disponeva: <<Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato nel quale esistano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani>>.

¹⁶² In caso di lesioni gravi è previsto l'aumento di un terzo della pena, arrivando questo alla metà in caso di lesione personale gravissima.

¹⁶³ F. VIGANÒ, 'Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014', in *Diritto penale contemporaneo*, 25.09.2014, 6. L'autore evidenzia poi l'opportunità di inserire una clausola volta ad estendere la punibilità anche ai privati che agiscano con il consenso, l'istigazione o la tolleranza dell'ufficiale pubblico.

nell'UNCAT, secondo cui le acute sofferenze patite dalla vittima non possono derivare esclusivamente dalla detenzione in sé o da una qualsiasi altra misura restrittiva della libertà personale che sia legittimamente imposta. Le cornici edittali hanno poi subito un nuovo innalzamento delle pene minime e massime¹⁶⁴.

La più importante e tanto attesa novità deriverebbe invece da una disposizione totalmente innovativa rispetto ai vari progetti di legge sinora analizzati: sarebbe infatti prevista una prescrizione ventennale prima che vi sia l'estinzione del processo rispetto al reato di cui si tratta, il che risulterebbe sufficientemente in linea con quanto affermato dalla Corte EDU¹⁶⁵. Manca invece alcun riferimento a pene accessorie o sanzioni disciplinari, l'inserimento delle quali è stato invece auspicato sia dalla dottrina che dalla Corte di Strasburgo¹⁶⁶.

5.3.3 Il testo approvato al Senato nel maggio del 2017

Il 17 maggio 2017, il Senato della Repubblica ha da ultimo approvato un nuovo disegno di legge in materia di delitto di tortura¹⁶⁷, apportando ulteriori modifiche rispetto al testo ivi pervenuto dalla Camera dei Deputati, dove in conseguenza di ciò è stato rinviato ancora una volta e programmato per la discussione nel mese di giugno del 2017. La decisione in senso positivo è avvenuta grazie al voto favorevole di 195 senatori, trovando dunque un largo consenso¹⁶⁸, nonostante tale disegno di legge

¹⁶⁴ Queste sarebbero da quattro a dieci anni di reclusione per il reato posto in essere da chiunque e da cinque a quindici anni se compiuta da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. È inoltre punita l'istigazione da parte di un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, la quale non sia accolta, con la reclusione fino a sei anni per l'istigatore.

¹⁶⁵ A partire dal *leading case* sul tema, *Bati and others v Turkey*, ECtHR, Judgement, 03.06.2004, n. 33097/96 e 57834/00.

¹⁶⁶ A. BALSAMO, *L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, op. cit., 3936; *Saba v Italy*, ECtHR, Judgement, 01.07.2014, n. 36629/10.

¹⁶⁷ Disegno di legge n. n. 10-362-388-395-849-874-B. Il documento, comprendente anche il raffronto con la proposta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 9 aprile 2015, è disponibile presso <<<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLCOMM/930249/index.html>>>.

¹⁶⁸ Significativamente, fra gli astenuti vi è stato Luigi Manconi, Presidente della Commissione per i diritti umani nonché primo firmatario del D.D.L. del 2013. Risultano poi esservi stati altri 7 voti contrari e 34 astenuti: ALTALEX, *Reato di tortura, il Senato approva. Il testo passa ora alla Camera*, 18.05.2017, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2017/05/18/reato-di-tortura>>>, ultimo accesso 10.06.2017.

comporti <<lo stravolgimento di quel testo che ricalcava lo spirito profondo che aveva animato le Convenzioni e i trattati internazionali>>¹⁶⁹.

Il testo recentemente approvato non intende modificare la proposta collocazione sistematica del nuovo titolo di reato, confermandosi la volontà di inserirlo all'art. 613 *bis* c.p. con la rubrica <<Tortura>>, dunque fra i delitti posti in essere con violenza contro la libertà individuale, e nello specifico nell'ambito dei reati contro la libertà morale.

Il primo elemento di novità del testo in esame è dato dalla necessità che la condotta si manifesti mediante <<violenze e minacce gravi>>¹⁷⁰: il reato dunque, rimanendo a forma vincolata, prende nettamente le distanze dal testo dell'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, la quale specificamente parla di *un* qualsiasi atto, richiedendo invece una pluralità di azioni che appare quantomeno poco consona all'importanza del bene giuridico tutelato. Nel caso di definitiva approvazione del disegno di legge dunque, un singolo atto, che raggiunga anche un'estrema soglia di gravità e di brutalità, sarebbe certamente non punibile, anche in considerazione della parte finale del co. 1 del proposto art. 613 *bis* c.p., che esplicitamente richiede <<più condotte>>.

In secondo luogo, il documento approvato dal Senato rimedia all'errore commesso nel testo precedentemente adottato, il quale prevedeva come condotta alternativa quella dei <<trattamenti inumani o degradanti la dignità umana>>, con una lettura alquanto particolare di tali atti come modalità esecutive del delitto di tortura, che avrebbe costituito un *unicum* nel panorama internazionale¹⁷¹. Ponendosi finalmente in linea con quanto previsto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, il testo prevede tali trattamenti come una possibile conseguenza delle suddette condotte, e come tali punibili autonomamente¹⁷².

¹⁶⁹ Tale la dichiarazione dell'originario proponente L. Manconi presso <<<http://www.abuondiritto.it/it/privazione-della-libert%C3%A0/tortura/1805-nella-vostra-legge-%C2%ABtutto-il-male-del-mondo%C2%BB.html>>>.

¹⁷⁰ Il primo comma del proposto art. 613 *bis* c.p. prevede l'alternativa condotta posta in essere <<con crudeltà>>.

¹⁷¹ Non potendo tale peculiare interpretazione legislativa essere avallata o condivisa né in relazione all'UNCAT né tantomeno alla CEDU e alla costante giurisprudenza della sua Corte, come si è ampiamente visto nel presente capitolo e nel precedente.

¹⁷² Si deve tuttavia rilevare come il testo parli di <<trattamento inumano e degradante>>, non essendo evidentemente da ritenersi necessaria secondo il legislatore una distinzione ormai consolidata a livello sovranazionale.

Un ulteriore requisito che si vedrebbe introdotto se dovesse essere approvato il presente disegno di legge concerne gli effetti della condotta: questa deve infatti provocare acute sofferenze fisiche <<o un verificabile trauma psichico>>: è questo un elemento di assoluta novità, non presente in alcuna convenzione internazionale o pronuncia giurisprudenziale europea. Il fattore della verificabilità sembra implicare la necessità di eseguire perizie di tipo psicologico o psichiatrico sulla presunta vittima di tortura. La ragione per la quale la richiesta di tale elemento di prova è mancante negli ordinamenti sovrastatali è forse da individuare in una maggiore consapevolezza a livello internazionale di come la tendenziale lunghezza dei procedimenti in materia di tortura può fortemente comprimere la possibilità di provare un trauma avvenuto anche diversi anni prima¹⁷³.

È infine richiesto, in larga sovrapposizione con quanto già previsto nel disegno di legge del 2013, che il soggetto passivo sia <<una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa>>. Le uniche differenze consistono infatti nell'eliminazione del termine <<autorità>> e della sua sostituzione con quelli di <<vigilanza>> e <<controllo>>. Sono stati inoltre eliminati i fini specifici proposti dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati¹⁷⁴.

Ancora una volta deve segnalarsi come il legislatore intenda introdurre un reato di tortura che si profila come comune, lasciando invece al co. 2 del proposto art. 613 *bis* c.p. la possibilità di aggravare la pena qualora il delitto sia compiuto <<da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle funzioni o da un incaricato di un pubblico servizio nell'esecuzione del servizio>>. Risulta stralciata la proposta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati che richiedeva per l'applicabilità dell'aggravante che il fatto fosse commesso <<con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio>>.

È stato altresì confermato il proposto terzo comma dell'articolo in esame, che nelle intenzioni della Commissione Giustizia dovrebbe portare all'introduzione di una

¹⁷³ L. MANCONI, 'Nella vostra legge <<tutto il male del mondo>>', in *A buon diritto*, 18.05.2017, disponibile presso <<<http://www.abuondiritto.it/it/privazione-della-libert%C3%A0/tortura/1805-nella-vostra-legge-%C2%ABtutto-il-male-del-mondo%C2%BB.html>>>.

¹⁷⁴ Trattasi nello specifico del <<fine di ottenere, da[lla vittima] o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose>>.

clausola di non punibilità qualora le sofferenze derivassero esclusivamente <<dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti>>. Tale formula appare meno specifica dell'analogia prevista dall'art. 1 dell'UNCAT¹⁷⁵, ma costituisce certamente una volontà di adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite.

Deve infine evidenziarsi come all'approvazione dell'innalzamento delle cornici edittali avvenuta con la votazione presso la Camera dei Deputati, è mancata una simile volontà presso il Senato, che ha ridimensionato i limiti punitivi riportandoli a quanto stabilito nel proprio D.D.L. del 2013. Pertanto, qualora la proposta legislativa dovesse essere definitivamente approvata anche presso l'altro ramo del Parlamento, la pena per il delitto di tortura sarà pari alla reclusione dai tre ai dieci anni, contrariamente alla proposta della Camera che riteneva necessario un minimo di quattro anni; qualora si rientri nella fattispecie aggravata del co. 2 invece, la sanzione penale sarà pari alla reclusione dai cinque ai dodici anni¹⁷⁶.

Resta invariata invece la proposta in merito all'aggravante speciale ad effetto comune qualora dalla condotta del primo comma derivino lesioni personali, con un aumento sino ad un terzo in caso di lesione grave e sino alla metà qualora questa sia gravissima. Al contempo non è stata apportata alcuna modifica al co. 4, che prevede la reclusione di anni trenta in caso di omicidio preterintenzionale e dell'ergastolo qualora l'evento morte sia provocato volontariamente.

Anche il disegno di legge approvato nel 2017 prevede l'introduzione di un art. 613 *ter* nel codice penale che disciplini il reato di istigazione a commettere tortura da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio, purché tale atto avvenga <<in modo concretamente idoneo>> e nei confronti di un altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Qualora l'incitamento non sia accolto, ovvero lo sia ma non vi consegua la commissione del delitto da parte di un terzo, l'istigatore sarà punito con la reclusione dai sei mesi ai tre anni¹⁷⁷.

Trovano poi conferma l'inutilizzabilità delle informazioni e delle dichiarazioni ottenute mediante tortura, <<salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al

¹⁷⁵ Che si ricorda essere: <<Article 1: 1. [...] It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions>>.

¹⁷⁶ Il testo approvato dalla Camera dei Deputati prevedeva invece la pena della reclusione dai cinque ai quindici anni.

¹⁷⁷ A fronte di una proposta della Commissione Giustizia presso la Camera della reclusione compresa tra un anno e sei anni.

solo fine di provarne la responsabilità penale>>¹⁷⁸ e il divieto di estradare, espellere o respingere un soggetto verso uno Stato <<qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura>>, tenendo anche in considerazione eventuali violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani perpetrate in tale Paese¹⁷⁹. Quest'ultima proposta del Senato modifica in modo evidente il testo più rigoroso approvato alla Camera dei Deputati, che prevedeva invece lo stesso divieto <<verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali o oggetto di tortura, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione o dalla tortura ovvero da violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani>>.

Conclusivamente, devono considerarsi le parole del comunicato stampa presentato congiuntamente da Amnesty International Italia e l'Associazione Antigone, che hanno ritenuto tale <<impresentabile>> disegno di legge come <<difficilmente applicabile>> qualora dovesse essere approvato anche dalla Camera dei Deputati. In particolare vengono rilevati come profili di criticità <<[i] limitare la tortura ai soli comportamenti ripetuti nel tempo e a circoscrivere in modo inaccettabile l'ipotesi della tortura mentale>>, giudicato come <<assurdo per chiunque abbia un minimo di conoscenza del fenomeno della tortura nel mondo contemporaneo, nonché distante e incompatibile con la Convenzione internazionale contro la tortura>>¹⁸⁰.

5.4 I ripetuti richiami a livello internazionale per la mancata introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano

5.4.1 Le osservazioni presentate dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura

I tentativi di legge mai divenuti concreti hanno reso l'Italia oggetto di osservazioni da parte degli organismi delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa.

¹⁷⁸ Con eventuale introduzione di tale divieto nell'art. 191 c.p.p., al co. 2 *bis*.

¹⁷⁹ Con conseguente eventuale modifica dell'art. 19 del Testo Unico in materia di immigrazione.

¹⁸⁰ AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA - ANTIGONE, *Il senato approva la legge sulla tortura*, disponibile presso <<<https://www.amnesty.it/senato-approva-la-legge-sulla-tortura-amnesty-international-italia-antigone-si-conferma-un-testo-impresentabile-distante-dalla-convenzione-delle-nazioni-unite/>>>.

Fin dai primi anni '90, il Comitato contro la tortura evidenziava come in Italia vi fossero casi di tortura, che talvolta avevano portato anche alla morte delle vittime, i quali erano stati prontamente denunciati dalle organizzazioni non governative¹⁸¹. L'organismo delle Nazioni Unite invitava pertanto lo Stato ad assicurarsi che i reclami concernenti maltrattamenti e torture fossero investigati immediatamente ed in maniera efficace, comminando ove necessario una pena appropriata ed effettiva alla persona responsabile dell'illecito¹⁸². Nel 1999, un nuovo rapporto del Comitato prese in considerazione favorevolmente la proposta di legge summenzionata pendente in Parlamento, ma racchiuse nelle proprie raccomandazioni l'esortazione a procedere all'adozione della legge interna in conformità alla definizione dell'art. 1 dell'UNCAT, prevedendo poi un meccanismo adeguato per fornire un risarcimento alle vittime di tortura¹⁸³.

Lo *Human Rights Council*, in seguito oltretutto alla visita del Comitato per la prevenzione della tortura del 2004¹⁸⁴, si è trovato ad affermare nuovamente nel 2007 la necessità di integrare nel proprio corpo di leggi una norma *ad hoc* in materia di tortura. Il gruppo di lavoro ha ritenuto insoddisfacente la risposta dell'Italia, che aveva dichiarato nel proprio rapporto come il reato fosse pienamente sanzionato dalle altre fattispecie già criminalizzate nel Codice Penale¹⁸⁵. Ulteriori violazioni delle convenzioni internazionali rilevanti erano poi determinate da una non sempre corretta

¹⁸¹ *Report of the Committee against Torture, General Assembly Official Records*, 50esima sessione, supplemento n. 44, UN Doc A/50/44, 26.07.1995, §155.

¹⁸² *Report of the Committee against Torture, UN Doc A/50/44*, ivi §157: <<The Committee suggests that the State party should: [...] (d) Make sure that complaints of ill treatment and torture are promptly and effectively investigated and, where appropriate, impose an appropriate and effective penalty on the persons responsible [...] >>.

¹⁸³ *Report of the Committee against Torture, General Assembly Official Records*, 54esima sessione, supplemento n. 44, UN Doc A/54/44, 26.06.1999, §169: <<The Committee recommends that: (a) The legislative authorities in the State party proceed to incorporate into domestic law the crime of torture as defined in article 1 of the Convention and make provisions of an appropriate system of compensation for torture victims [...] >>.

¹⁸⁴ Visita durante la quale il Comitato aveva evidenziato i tentativi fallimentari di approvare una legge adeguata agli standard internazionali: Council of Europe, *Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)*, CPT/Inf (2006) 16, 27.04.2006, §11.

¹⁸⁵ *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture*, 38esima sessione, UN Doc CAT/C/ITA/CO/4, 16.07.2007, §5: <<Notwithstanding the State party's assertion that, under the Italian Criminal Code all acts that may be described as "torture" within the meaning of article 1 of the Convention are punishable and while noting the draft law (Senate Act No. 1216) which has been approved by the Chamber of Deputies and is currently awaiting consideration in the Senate, the Committee remains concerned that the State party has still not incorporated into domestic law the crime of torture as defined in article 1 of the Convention>>.

osservanza dell'obbligo di *non refoulement*, da un eccessivo uso della violenza da parte delle forze dell'ordine nell'arresto delle persone e da una superficialità nelle indagini in caso di reclami in materia di maltrattamenti o tortura¹⁸⁶.

A partire dal 2005, le Nazioni Unite hanno espresso raccomandazioni a riguardo mediante il meccanismo denominato di Revisione Periodica Universale (UPR), una procedura istituita nell'ambito dello *Human Rights Council* che comporta la verifica, ogni quattro anni, dello stato di attuazione degli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Qualora siano riscontrati inadempimenti o violazioni delle convenzioni più rilevanti, il gruppo di lavoro competente determina le aree di intervento e fornisce agli Stati delle raccomandazioni.

Prima che la procedura di revisione si attivi, lo Stato dovrà fornire un rapporto, nel quale siano presentati gli obiettivi raggiunti negli ultimi quattro anni, le pratiche seguite nel raggiungimento degli stessi, i propositi ulteriori e i metodi che si intende applicare per completarli. Sia i redattori di questo rapporto che il gruppo di lavoro possono e sono incoraggiati ad avvalersi delle opinioni fornite da organizzazioni non governative, portatori di interessi rilevanti, accademici e istituzioni di tutela dei diritti umani¹⁸⁷. Il sistema, definito dall'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite come un meccanismo avente <<grandi potenzialità per promuovere e proteggere i diritti umani negli angoli più bui del mondo>>¹⁸⁸, è concepito come basato su un continuo rapporto di dialogo, collaborazione e scambio di informazioni tra Stato e Nazioni Unite.

Nell'ambito di tale procedura, avvenuta per la prima volta nel 2010 per l'Italia¹⁸⁹, il rapporto preliminare presentato dallo Stato illustrava ancora una volta come il sistema giuridico italiano sanzionasse già tutte quelle condotte che potessero considerarsi integranti atti di tortura, secondo la definizione predisposta dall'art. 1

¹⁸⁶ *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture*, UN Doc CAT/C/ITA/CO/4, *ivi* §11 e ss.

¹⁸⁷ M. SCHMIDT, 'United Nations', in D. MOECKLI - S. SHAH - S. SIVAKUMARAN - D. HARRIS (a cura di), *International Human Rights Law*, Oxford, 2010, 396.

¹⁸⁸ L'affermazione di Ban Ki-Moon è del 12 marzo 2007, nel video messaggio presentato in apertura della quarta sessione dello *Human Rights Council*, disponibile presso <<<http://www.un.org/webcast/unhrc/archive.asp?go=004>>>.

¹⁸⁹ N. RONZITTI, 'Immunità e crimine internazionale di tortura', in *Osservatorio di politica internazionale*, aprile 2015, n. 55, 3.

UNCAT. In particolare, pur in mancanza di una tipizzazione del reato di tortura¹⁹⁰, i redattori ritenevano sufficiente l'applicazione di aggravanti ai delitti comuni.

Vi sarebbero poi sufficienti illeciti che si riferirebbero in maniera evidente alla tortura, quali la detenzione illegale, le restrizioni illegittime della libertà personale, l'abuso di potere a danno di detenuti e prigionieri, le ispezioni illegittime sulle persone¹⁹¹. Le motivazioni presentate dall'Italia, che non aveva allora nemmeno ratificato il Protocollo Addizionale all'UNCAT, non furono ritenute pienamente soddisfacenti dagli altri Stati¹⁹².

Nella seconda ed ultima Revisione Periodica Universale, avvenuta nel 2014, l'Italia segnalò in via preliminare come un disegno di legge fosse stato approvato da poco in Senato¹⁹³, volto ad introdurre nel Codice Penale una fattispecie di tortura addirittura più ampia e <<più forte>> (*sic*) rispetto a quanto previsto dalle norme internazionali vincolanti per lo Stato¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Fatta eccezione per il già visto art. 185 *bis* del codice penale militare di guerra, la cui introduzione viene sottolineata dall'Italia.

¹⁹¹ *National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15(A) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1*, UN Doc A/HRC/WG.6/7/ITA/I, 16.11.2009, §77-78: <<Art. 13 of the Italian Constitution stipulates, inter alia, that "acts of physical and moral violence against persons subject to restrictions of their personal liberty shall be punished". Accordingly, the Italian legal system provides sanctions for all conducts that can be considered as falling within the definition of torture, as defined in Article 1 of the relevant UN Convention, and that these sanctions are ensured through a system of incriminating facts and aggravating circumstances. Thus, torture is punishable even if it is not typified as a specific offence in the Italian criminal code. The Italian legal system considers the concept of torture within a wide range of criminal conducts (such as illegal arrest, undue restriction of personal liberty, abuse of office against detainees and prisoners, illegal inspections and personal searches). These crimes are supplemented by other provisions of the criminal code to which general aggravating circumstances apply, such as abuse of power and violation of public duties. It should also be noted that the crime of torture has been introduced in 2002 in the Military Criminal Code in Time of War (Art. 185 *bis*)>>.

¹⁹² Il Regno Unito fu ad esempio uno degli Stati che chiese ai rappresentanti italiani se vi fossero dei piani specifici per introdurre una legge *ad hoc* in materia di tortura nell'ambito del Codice Penale. Osservazioni in merito furono proposte anche da Nuova Zelanda, Olanda e Repubblica Ceca: *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*, UN Doc A/GRC/14/4, 18.03.2010, §37.

¹⁹³ Si rimanda a quanto illustrato nel paragrafo precedente per quanto stabilito da tale disegno di legge.

¹⁹⁴ *National Report Submitted in Accordance with Paragraph 5 of the Annex to Human Rights Council Resolution 16/21*, UN Doc A/HRC/WG.6/20/ITA/1, 21.07.2014, §11.

5.4.2 Un'ultima condanna da Strasburgo: il caso *Cestaro v Italy*

Da ultimo, è necessario considerare il caso *Cestaro v Italy*¹⁹⁵, presentato davanti alla Corte EDU, la cui recentissima sentenza ha scatenato molto scalpore per le dure condanne rivolte all'Italia. Il caso in questione riguarda l'allora sessantacinquenne Arnaldo Cestaro, vittima di atti di tortura nelle tristemente note vicende della scuola Diaz-Pertini di Genova, dove i manifestanti contro il G8 del 2001 furono duramente seviziati. Stando alle richieste del ricorrente, la violazione dell'art. 3 CEDU non discenderebbe solo dai brutali atti compiuti dalle forze dell'ordine, ma anche dalle mancanze delle norme di legge, i cui brevi tempi di prescrizione hanno condotto a delle sanzioni inadeguate per i responsabili.

Nella sentenza, la Corte afferma senza dubbio che si tratti di tortura, e non di trattamento inumano o degradante, basandosi sui documenti processuali e sui giudizi nazionali, che evidenziarono come gli atti furono perpetrati in modo totalmente gratuito¹⁹⁶, <<per ragioni punitive, per una retribuzione, volta a causare umiliazione e sofferenza fisica e mentale a danno delle vittime>>¹⁹⁷. Non si ritiene inoltre accettabile l'argomentazione presentata dal Governo, e sostenuta dai giudici nazionali dell'appello, secondo la quale la polizia aveva agito in particolari condizioni di stress, essendo i fatti avvenuti durante la notte in cui non vi erano scontri e mentre i manifestanti dormivano in un posto in cui era stato loro consentito di rimanere¹⁹⁸.

Si sono già visti, nella prima parte di questo Capitolo, quali obblighi procedurali la Corte EDU ha ritenuto discendere dall'art. 3 CEDU. Nella sentenza in esame, i giudici di Strasburgo hanno precisato come, affinché un'investigazione sia effettiva in concreto, <<è un prerequisito che lo Stato abbia promulgato disposizioni di legge penalistiche che puniscano le pratiche contrarie all'articolo 3>>, assicurandosi

¹⁹⁵ *Cestaro v Italy*, ECtHR, Judgement, 07.04.2015, n. 6884/11.

¹⁹⁶ F. VIGANÒ, 'La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano', in *Diritto penale contemporaneo*, 09.04.2015, disponibile presso <<<http://www.penalecontemporaneo.it/d/3825-la-difficile-battaglia-contro-l-impunita-dei-responsabili-di-tortura-la-sentenza-della-corte-di-str>>>, §2.

¹⁹⁷ *Cestaro v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi* §177.

¹⁹⁸ *Cestaro v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi* §189.

oltretutto che non vi siano norme in grado di <<attenuare eccessivamente la sanzione, indebolendone il suo effetto preventivo e dissuasivo>>¹⁹⁹.

Sostiene la Corte come tali conseguenze si siano precisamente manifestate nel presente caso, dove una parte dei responsabili non sono stati indentificati e dove i tempi eccessivi necessari ad accertare l'identità degli altri ha portato costoro a scontare pene nel concreto comprese tra tre mesi ed un anno di reclusione, a causa dell'intervenuta prescrizione²⁰⁰ e della legge sull'indulto entrata in vigore nel 2006²⁰¹. La Corte sembra quindi implicare come sia opportuno non prevedere alcun termine di prescrizione nel caso dei reati di tortura, rilevando un problema di struttura nell'ordinamento giuridico nazionale²⁰².

¹⁹⁹ *Cestaro v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi* §209.

²⁰⁰ *Cestaro v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi* §221.

²⁰¹ Legge n. 241 del 29 luglio 2006.

²⁰² P. PUSTORINO, 'A New Case on Torture in Europe: *Cestaro v. Italy*', in *European Journal of International Law: Talk!*, 13.05.2015, disponibile presso <<<https://www.ejiltalk.org/a-new-case-on-torture-in-europe-cestaro-v-italy/>>>.

CAPITOLO TERZO

LE VIOLAZIONI SISTEMATICHE DELL'ARTICOLO 3 DELLA CEDU DA PARTE DELL'ITALIA

1. PREMESSA

Si è avuto modo di vedere, nei due Capitoli precedenti, quale sia il quadro normativo internazionale ed europeo vincolante per l'Italia e quali siano le mancanze legislative tuttora sofferte dall'ordinamento interno.

Per quanto concerne nello specifico l'art. 3 CEDU, il nostro Paese si pone in una drammatica situazione di violazione sistematica dello stesso a causa del problema, mai risolto, del sovraffollamento delle strutture penitenziarie, da anni inadatte ad ospitare una popolazione carceraria così numerosa. Tra indulti e tentativi di ristrutturare le costruzioni già esistenti, l'Italia è finita diverse volte sotto il vaglio della Corte di Strasburgo, soprattutto in occasione della celebre sentenza pilota *Torreggiani*.

Recenti criticità e profili di contrasto sono poi stati sollevati in relazione al c.d. regime di carcere duro, previsto dall'art. 41 *bis* dell'Ordinamento Penitenziario, che ha portato una parte della dottrina a chiedere un ridimensionamento di alcune delle sue caratteristiche, ponendosi forse come eccessivamente restrittive, senza apportare alcun vantaggio in termine di maggiore sicurezza.

Per meglio apprezzare tali problematiche e le sofferenze che possono comportare ai detenuti, è forse opportuno partire dalla Costituzione italiana e da quell'art. 27, dimenticato probabilmente con troppa facilità al giorno d'oggi, che impone che la sanzione penale, la quale deve sempre essere rispettosa del senso di umanità, tenda anche alla rieducazione del condannato.

2. L'ARTICOLO 27 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

2.1 La funzione della pena

Come già emerso da quanto finora esposto, è naturale come giudici e organismi nazionali od internazionali tengano sempre in considerazione, e a ragione, il concetto di implicita afflittività delle pene imposte ai rei. Ciononostante, è ormai ben affermato come in epoca contemporanea la sanzione penale abbia delle funzioni ulteriori rispetto a quelle tradizionali, ossia quella retributiva, per la quale la pena è il corrispettivo inderogabile del male commesso, quella di prevenzione generale, volta ad intimidire e distogliere la società dal compiere reati, ed infine quella di prevenzione speciale, con lo scopo dunque di evitare che il reo abbia la tendenza a delinquere nuovamente¹.

Dispone l'art. 27 della Costituzione italiana, nel suo terzo comma: «[I]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Tale norma è da leggersi in combinato disposto con la previsione dell'art. 13, co. 4, Cost., a norma del quale: «[è] punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Tali precetti sono pienamente recepiti anche dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario² che, fin dall'art. 1, annovera tra i principi direttivi il concetto che la pena debba sempre conformarsi ai fondamenti di umanità e di rispetto della dignità, mirando al reinserimento sociale del detenuto mediante una rieducazione, coadiuvata anche dai contatti con l'ambiente esterno. È poi fondamentale che l'internato goda di un trattamento individualizzato, il quale tenga conto delle specificità caratteriali e di condizione del singolo soggetto³.

¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 717 ss.

² Ossia la Legge 26.07.1975, n. 354.

³ Art. 1: «Trattamento e rieducazione. 1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto delle dignità della persona. 2. Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. 3. Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. 4. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome. 5. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva. 6. Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con

Naturalmente il concetto di rieducazione non è da intendersi come un tentativo coatto da parte dei rappresentanti dell'istituto penitenziario di instillare nel detenuto i principi fondamentali di convivenza sociale, dovendosi ovviamente in ogni caso rispettare la libertà di coscienza dell'individuo⁴. Si tratta piuttosto di un tentativo di <<circoscrivere il contenuto della rieducazione al solo rispetto della *legalità esteriore*>>, ricollegandosi tale tensione con la finalità special-preventiva della pena⁵.

È importante evidenziare come la giurisprudenza costituzionale ritenga che l'applicabilità dell'art. 27, co. 3, Cost. non sia da limitare all'esecuzione della pena in carcere⁶. Fin dagli anni '70 è stata affermata la necessità di prendere in considerazione tale obiettivo; e infatti, <<qualsiasi intervento coercitivo in tema di libertà personale, ricollegabile al fatto di reato, sia pure ai fini di una prevenzione speciale, come è quella delle misure di sicurezza, non può sottrarsi a finalità socialmente apprezzabili, quali il senso di umanità nel trattamento e la possibilità di determinare nel soggetto colpito un impulso diretto al suo recupero sociale>>⁷.

Negli anni successivi, la Corte Costituzionale si è poi premurata di evidenziare come tale finalità sia da valorizzare anche in caso di pena perpetua. La piena attuazione di tale principio si potrà avere proprio facendo cadere il dogma irretrattabile della illimitatezza temporale dell'ergastolo: <<la possibilità di ottenere una riduzione di pena [...] incentiva e stimola nel soggetto la sua attiva collaborazione all'opera di rieducazione. Finalità, questa, che il vigente ordinamento penitenziario persegue per tutti i condannati a pena detentiva, compresi gli ergastolani>>⁸.

Le ultime considerazioni da parte della Corte Costituzionale in merito al regime sanzionatorio hanno riguardato le pene fisse. Questo genere di condanna è stato ritenuto dai giudici costituzionali in contrasto con il disposto dell'art. 27, co. 3, Cost.: la possibilità di commisurare la pena anche in relazione alle caratteristiche attinenti al soggetto è infatti il miglior strumento nelle mani del giudice per permettere il

l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti>>.

⁴ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Roma, 2016, 1365.

⁵ G. FIANDACA, 'Il 3° comma dell'art. 27', in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione – Articoli 27 - 28*, Bologna, 1991, 278.

⁶ M. D'AMICO, 'Articolo 27', in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 573.

⁷ Come affermato in Corte Cost., 28.11.1972, n. 167, §2 delle considerazioni in diritto.

⁸ Corte Cost., 21.09.1983, n. 274, §4 in diritto.

raggiungimento di un riadattamento del reo alla socialità. Ciò appare oltretutto maggiormente conforme a quel canone di uguaglianza sostanziale che impone di rispettare l'art. 3, co. 2, Cost.⁹ Peraltro, l'importanza e la considerazione dovuta agli aspetti soggettivi del reato è confermata dallo stesso Codice Penale, che tra i criteri previsti nell'art. 133, co. 2, per la valutazione della pena impone al giudice di esaminare anche i fattori attinenti alla personalità del reo¹⁰.

Sulla scorta di quanto affermato in una sentenza del 1990 dalla Corte Costituzionale, è quindi possibile considerare le quattro caratteristiche fondamentali della funzione rieducativa: è un obiettivo da ritenersi parte integrante <<[de]lla legittimazione e [de]lla funzione stessa della pena; tale principio è <<parte della cultura giuridica europea>> da tempo, ponendosi come un terzo criterio di commisurazione rispetto al principio di proporzionalità e a quello dell'offesa arrecata; la tensione verso la rieducazione è una qualità ontologica della pena; l'art. 27, co. 3, stabilisce una funzione che deve essere rispettata tanto dal legislatore, quanto dai giudici (della cognizione, dell'esecuzione e della sorveglianza) e dalle autorità penitenziarie¹¹.

2.2 L'individualizzazione del trattamento carcerario

Con l'espressione <<trattamento carcerario>> è da intendersi <<quell'attività dello Stato volta ad attuare concretamente la sanzione penale irrogata dall'autorità giudiziaria nei confronti del condannato, attraverso l'adozione di metodologie operative finalizzate all'obiettivo di rieducarlo e consentirgli la piena reintegrazione nella società>>¹².

L'individualizzazione di tale trattamento è prevista dall'art. 13 ord. pen., a norma del quale il detenuto viene sottoposto ad osservazione scientifica della personalità nel momento dell'internamento e poi regolarmente durante la permanenza

⁹ Così Corte Cost., 14.04.1980, n. 50. Cfr. inoltre M. D'AMICO, 'Articolo 27', op. cit., 574.

¹⁰ Art. 133, co. 2, c.p.: <<Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo>>.

¹¹ Cfr. Corte Cost., 02.07.1990, n. 313.

¹² F. FIORENTIN, 'Il trattamento penitenziario', in F. FIORENTIN - A. MARCHESELLI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario*, Milano, 2005, 1.

nell'istituto penitenziario. Tale pratica, compiuta da personale specializzato, composto *inter alia* da medici e psicologi, ha come conseguenza la predisposizione di un piano, avente la funzione di programmare un percorso rieducativo, il quale viene adeguatamente modificato e integrato durante l'internamento. L'osservazione deve <<rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale>>, tentando anche di favorire la collaborazione nell'ambito della popolazione carceraria¹³.

A giudicare dalla norma appena menzionata, sembrerebbe quasi che l'intento del legislatore sia stato quello di prevedere una mitigazione dell'afflittività intrinseca dell'ambiente carcerario¹⁴: lo scopo perseguito da tale previsione è piuttosto quello di evitare che la stessa pena detentiva diventi <<desocializzante o, peggio, criminogena>>¹⁵. Di tale caratteristica sembra peraltro aver preso coscienza anche il Ministro della Giustizia, che ha recentemente sottolineato come <<se non cambiamo il carcere, se non lo adeguiamo e umanizziamo, il carcere rischia di funzionare come un fattore moltiplicatore dei fenomeni che pretendiamo di combattere esclusivamente attraverso di esso>>¹⁶.

Per l'amministrazione penitenziaria vi è un vero e proprio obbligo di offrire e garantire il trattamento in questione al detenuto. Tale imposizione è stata efficacemente descritta dai giudici della Cassazione, i quali hanno affermato che si tratterebbe di un obbligo di fare, il quale <<si sostanzia in una offerta di interventi, i quali, però, non sono dalla legge considerati atomisticamente, ma sono finalizzati,

¹³ Art. 13, individualizzazione del trattamento: <<1. Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. 2. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa. 3. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni di merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. 4. Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento praticato e i suoi risultati. 5. Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento>>.

¹⁴ Tale aspetto fu evidenziato fin da subito da eminente dottrina: cfr. E. DOLCINI, *'La rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 55.

¹⁵ G. VASSALLI, *'Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)'*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1982, n. 4, 440.

¹⁶ Come riportato da L. KALB, *'Per un effettivo recupero di <<umanità>> nella esecuzione penale'*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 5, 4.

tramite l'osservazione scientifica della personalità del soggetto, alla predisposizione di un programma individualizzato del trattamento, i cui risultati devono essere periodicamente valutati per le varie esigenze previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario>>¹⁷.

Per l'interessato tuttavia vi è una semplice facoltà di accettare o meno tale possibilità, costituendone il consenso una *condicio sine qua non* per poter procedere¹⁸. Si deve però evidenziare come attualmente il trattamento sia un'opportunità che in un certo senso si impone al condannato, il quale può ottenere degli sconti di pena grazie al suo atteggiamento collaborativo sia in fase di esecuzione che addirittura nel momento della commisurazione della stessa. Ciò comporta <<un appiattimento del concetto di "rieducazione" su quello di "collaborazione con la giustizia">>, finendo quindi per confondere istituti animati da *ratio* e con obiettivi ben diversi tra loro¹⁹.

2.3 Il rispetto del <<senso di umanità>> nei trattamenti penali

La questione del sovraffollamento carcerario, che si andrà ad analizzare in dettaglio a breve, costituisce una violazione sia del principio della rieducazione cui deve tendere la pena, data l'impossibilità di procedere ad un trattamento individualizzato, sia di quello volto a proteggere il <<senso di umanità>> nell'esecuzione della stessa, come richiesto dalla prima parte dell'art. 27, co. 3, Cost.²⁰

Il concetto di rispetto della persona umana è chiaramente interrelato con quello della dignità di ogni essere umano²¹, e nel caso specifico dei detenuti, arrivando questi due principi a confondersi tra loro. Ciò appare confermato anche dal già citato art. 1 della legge sull'Ordinamento Penitenziario, che dispone come il trattamento individuale <<deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto delle dignità della persona>>.

¹⁷ Cass., Sez. I, 24.03.1982, Balido, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, n. 2, 872.

¹⁸ Ciò è stato affermato sia in dottrina (e fin dall'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario, cfr. F. BRICOLA, *Il carcere <<riformato>>*, Bologna, 1977, 47) che in giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. I, 09.12.1997, Armanini, in *Giustizia penale*, 1998, n. 2, 575).

¹⁹ A. BERNASCONI, 'Art. 13 – Individualizzazione del trattamento', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 147.

²⁰ P. VENEZIANI, 'La pena: nozione, fondamento e funzioni', in C. F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale – Tomo II: La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Milano, 2014, 30.

²¹ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011, 28.

Il rispetto dell'umanità nella commisurazione e nell'esecuzione della pena discende direttamente dalla necessità di rispettare l'autodeterminazione dell'individuo sottoposto a detenzione, che «pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»²². E infatti, con il concetto di libertà non deve intendersi solo quella fisica, trattandosi piuttosto di un'autonomia psicofisica, che potrà subire solo una parziale, per quanto forte, legittima compressione²³.

È importante considerare il rispetto della dignità innata del ristretto non solo nella prospettiva della implementazione del divieto di sottoporre il detenuto a trattamenti inumani o degradanti, ma anche, e forse primariamente, nel senso della possibilità di offrire al detenuto trattamenti individualizzati. Questi trattamenti dovranno poi esplicitarsi soprattutto «[nel]la possibilità effettiva di lavorare dentro e fuori dal carcere e [che] gradualmente conducano verso misure alternative alla detenzione»²⁴. Tale ideale sembra essere ribadito anche dai lavori preparatori della Costituzione: l'Assemblea costituente ritenne infatti come la pena debba non solo evitare di ostacolare il trattamento individuale, ma soprattutto stimolare attivamente il detenuto a prenderne parte²⁵.

3. GLI STANDARD MINIMI INTERNAZIONALI PER IL TRATTAMENTO DEI DETENUTI

3.1 Le Regole Minime Standard delle Nazioni Unite per il Trattamento dei Prigionieri

Si è già avuto modo di vedere quale ruolo ricopre il documento delle Nazioni Unite volto ad imporre agli Stati dei trattamenti minimi da garantire ai propri detenuti, approvato dall'assemblea ECOSOC nel 1957²⁶, e successivamente aggiornato nel

²² Corte Cost., 28.07.1993, n. 349.

²³ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11.

²⁴ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op. cit., 49.

²⁵ R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 265.

²⁶ Mediante la Risoluzione ECOSOC 663 C (XXIV) del 31.07.1957.

1977²⁷. Come dichiarato nell'art. 1, le Regole si pongono come obiettivo quello di descrivere delle pratiche corrette nel trattamento dei detenuti e nella direzione penitenziaria, sulla base del consenso generale e dei sistemi carcerari più efficaci nel momento della deliberazione delle norme in esame²⁸.

Per quanto concerne nello specifico gli edifici che devono accogliere i detenuti, le regole in questione richiedono che di norma ciascun detenuto abbia a disposizione una cella per sé, potendo arrivare ad un massimo di due prigionieri in caso di situazioni contingenti, <<quale un sovraffollamento *temporaneo*>> [corsivo aggiunto]²⁹.

I luoghi destinati alla permanenza del detenuto devono raggiungere un adeguato *standard* relativamente ai seguenti bisogni: igiene, condizione climatica, metratura cubica di aria, metratura cubica di spazio fisico, luce, riscaldamento, ventilazione³⁰. Nello specifico, gli artt. 11 e ss. delle Regole Minime Standard richiedono che le finestre delle celle siano sufficientemente larghe da permettere di leggere o lavorare usando la luce naturale e da consentire il passaggio del quantitativo necessario di aria, a prescindere dalla sussistenza di meccanismi artificiali di ventilazione; in aggiunta, deve essere fornita luce artificiale³¹.

Le installazioni sanitarie devono essere tali da consentire ai detenuti di rispondere alle proprie esigenze naturali in modo *dignitoso* e con la frequenza necessaria per mantenere una adeguata igiene³². Tale diritto del ristretto comporta al

²⁷ Con la Risoluzione ECOSOC 2076 (LXII) del 13.05.1977.

²⁸ Art. 1 Regole Minime Standard: <<*The following rules are not intended to describe in detail a model system of penal institutions. They seek only, on the basis of the general consensus of contemporary thought and the essential elements of the most adequate systems of today, to set out what is generally accepted as being good principle and practice in the treatment of prisoners and the management of institutions*>>.

²⁹ Art. 9, par. 1, Regole Minime Standard: <<*Where sleeping accommodation is in individual cells or rooms, each prisoner shall occupy by night a cell or room by himself. If for special reasons, such as temporary overcrowding, it becomes necessary for the central prison administration to make an exception to this rule, it is not desirable to have two prisoners in a cell or room*>>.

³⁰ Art. 10, Regole Minime Standard: <<*All accommodation provided for the use of prisoners and in particular all sleeping accommodation shall meet all requirements of health, due regard being paid to climatic conditions and particularly to cubic content of air, minimum floor space, lighting, heating and ventilation*>>.

³¹ Art. 11, Regole Minime Standard: <<*In all places where prisoners are required to live or work, (a) The windows shall be large enough to enable the prisoners to read or work by natural light, and shall be so constructed that they can allow the entrance of fresh air whether or not there is artificial ventilation; (b) Artificial light shall be provided sufficient for the prisoners to read or work without injury to eyesight*>>.

³² <<Art. 12: *The sanitary installations shall be adequate to enable every prisoner to comply with the needs of nature when necessary and in a clean and decent manner. Art. 13: Adequate bathing and*

contempo un obbligo per lo stesso di curare la propria persona. Ai prigionieri devono essere forniti vestiti adeguati alle temperature e alle stagioni e non può essere loro imposta alcuna forma di abbigliamento che risulti degradante o umiliante³³.

Il cibo deve essere corrispondente alle esigenze di ciascun individuo, tale da assicurare la salute del ristretto, e ad ogni detenuto che non lavori fuori dal carcere deve essere garantita almeno un'ora di esercizio fisico all'aperto ogni giorno, con una tutela ancora maggiore in caso di prigionieri giovani³⁴. I reclusi devono poi avere a disposizione almeno un medico per struttura, il quale deve avere competenze anche in materia psichiatrica³⁵. Nel momento in cui un individuo viene trasferito in una struttura detentiva, questi deve essere sottoposto a visite mediche di natura sia fisica che psichiatrica perché se ne possa avere un quadro clinico quanto più completo³⁶. Sta poi allo stesso personale sanitario segnalare quando si ritiene che l'incarcerazione o una particolare modalità detentiva ha o potrà avere conseguenze negative sulla salute fisica o mentale del prigioniero³⁷.

shower installations shall be provided so that every prisoner may be enabled and required to have a bath or shower, at a temperature suitable to the climate, as frequently as necessary for general hygiene according to season and geographical region, but at least once a week in a temperate climate. Art. 14: All parts of an institution regularly used by prisoners shall be properly maintained and kept scrupulously clean at all times>>.

³³ Art. 17 Regole Minime Standard: << (1) Every prisoner who is not allowed to wear his own clothing shall be provided with an outfit of clothing suitable for the climate and adequate to keep him in good health. Such clothing shall in no manner be degrading or humiliating. (2) All clothing shall be clean and kept in proper condition. Underclothing shall be changed and washed as often as necessary for the maintenance of hygiene [...] >>.

³⁴ <<Art. 20: (1) Every prisoner shall be provided by the administration at the usual hours with food of nutritional value adequate for health and strength, of wholesome quality and well prepared and served. (2) Drinking water shall be available to every prisoner whenever he needs it. Art. 21: (1) Every prisoner who is not employed in outdoor work shall have at least one hour of suitable exercise in the open air daily if the weather permits. (2) Young prisoners, and others of suitable age and physique, shall receive physical and recreational training during the period of exercise. To this end space, installations and equipment should be provided>>. Cfr. con l'art. 10 dell'ord. pen., che stabilisce che le ore all'aria aperta siano minimo due, con la restrizione a minimo un'ora prevista <<soltanto per motivi eccezionali>>.

³⁵ Art. 22 Regole Minime Standard: << (1) At every institution there shall be available the services of at least one qualified medical officer who should have some knowledge of psychiatry. The medical services should be organized in close relationship to the general health administration of the community or nation. They shall include a psychiatric service for the diagnosis and, in proper cases, the treatment of states of mental abnormality [...] >>.

³⁶ Art. 24 Regole Minime Standard: <<The medical officer shall see and examine every prisoner as soon as possible after his admission and thereafter as necessary, with a view particularly to the discovery of physical or mental illness and the taking of all necessary measures; the segregation of prisoners suspected of infectious or contagious conditions; the noting of physical or mental defects which might hamper rehabilitation, and the determination of the physical capacity of every prisoner for work>>.

³⁷ Art. 25 Regole Minime Standard: << (1) The medical officer shall have the care of the physical and mental health of the prisoners and should daily see all sick prisoners, all who complain of illness, and any prisoner to whom his attention is specially directed. (2) The medical officer shall report to the

Per quanto riguarda la socialità dell'individuo, al detenuto deve essere consentita la comunicazione con la propria famiglia e con gli amici, sia tramite corrispondenza che mediante visite personali, naturalmente sotto la necessaria supervisione dell'amministrazione penitenziaria³⁸. I detenuti devono poi essere informati su quanto accade all'esterno della struttura, consentendo la lettura di giornali, periodici o pubblicazione dell'istituto, ove esistenti; il carcere deve dotarsi di una biblioteca, la quale deve essere adeguatamente rifornita, richiedendosi inoltre un incoraggiamento ai detenuti di farne uso³⁹.

Qualora nello stesso istituto vi sia un numero sufficiente di detenuti della stessa religione, l'amministrazione deve nominare un ministro di culto qualificato per tale confessione, che possa presentarsi regolarmente nella struttura. Allo stesso tempo, non è possibile per la direzione impedire l'accesso al carcere per qualsiasi ministro di culto, la cui presenza sia stata richiesta da un detenuto⁴⁰.

È da notare come l'ordinamento penitenziario italiano si sia adeguato pienamente alle disposizioni del documento delle Nazioni Unite in esame, stabilendo peraltro, all'art. 5 dell'Ordinamento Penitenziario, come <<[g]li istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati>>. Un'unica significativa, ma forse inevitabile, differenza è prevista all'art. 6, co. 2, ord. pen., a norma del quale <<[i] locali destinati al pernottamento consistono

director whenever he considers that a prisoner's physical or mental health has been or will be injuriously affected by continued imprisonment or by any condition of imprisonment>>.

³⁸ Art. 37 Regole Minime Standard: <<Prisoners shall be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, both by correspondence and by receiving visits>>.

³⁹ <<Art. 39: Prisoners shall be kept informed regularly of the more important items of news by the reading of newspapers, periodicals or special institutional publications, by hearing wireless transmissions, by lectures or by any similar means as authorized or controlled by the administration. Art. 40: Every institution shall have a library for the use of all categories of prisoners, adequately stocked with both recreational and instructional books, and prisoners shall be encouraged to make full use of it>>. Cfr. con l'art. 12 ord. pen., che positivamente stabilisce che la gestione della biblioteca sia effettuata in collaborazione con i detenuti.

⁴⁰ Art. 41 Regole Minime Standard: <<(1) If the institution contains a sufficient number of prisoners of the same religion, a qualified representative of that religion shall be appointed or approved. If the number of prisoners justifies it and conditions permit, the arrangement should be on a full-time basis. (2) A qualified representative appointed or approved under paragraph (1) shall be allowed to hold regular services and to pay pastoral visits in private to prisoners of his religion at proper times. (3) Access to a qualified representative of any religion shall not be refused to any prisoner. On the other hand, if any prisoner should object to a visit of any religious representative, his attitude shall be fully respected>>.

in camere dotate di uno o più posti>>, riservando ai soli imputati stanze singole, <<a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta>>.

Da ultimo, le Regole Standard Minime dispongono in materia di sanzioni disciplinari, prevedendo da subito il limite della necessità ai fini della custodia sicura e della vita comunitaria ordinata⁴¹. Vi è poi una sorta di riserva di legge relativa, secondo la quale deve essere una norma di rango primario o un regolamento dell'autorità amministrativa competente a stabilir quali condotte costituiscano illeciti disciplinari, quali tipi di punizioni possano essere conseguentemente inflitte e la loro durata massima, ed infine quale autorità sia competente per determinare tali sanzioni⁴². L'art. 31 delle Regole Minime Standard pone infine dei limiti inderogabili alle sanzioni disciplinari: non è infatti possibile sottoporre alcuno e per nessuna ragione a castighi corporali, chiusura in celle buie e in generale a punizioni crudeli, inumani o degradanti⁴³.

3.2 Le European Prison Rules

Nel 2006, il Consiglio d'Europa emanò una raccomandazione contenente le Regole Europee per le Prigioni⁴⁴, un documento nascente dall'esperienza maturata nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU e del lavoro portato avanti dal Comitato per la prevenzione della tortura nei suoi rapporti agli Stati⁴⁵. Obiettivo di tale raccomandazione è quello di guidare i Paesi membri del Consiglio nelle loro scelte legislative e nelle prassi di polizia e nelle carceri, con il fine ultimo di permettere che

⁴¹ Art. 27: <<Discipline and order shall be maintained with firmness, but with no more restriction than is necessary for safe custody and well-ordered community life>>.

⁴² Art. 29: <<The following shall always be determined by the law or by the regulation of the competent administrative authority: (a) Conduct constituting a disciplinary offence; (b) The types and duration of punishment which may be inflicted; (c) The authority competent to impose such punishment>>. Cfr. l'art. 57, co. 2, delle Regole Europee per le Prigioni, che richiedono che tali determinazioni siano eseguite esclusivamente mediante imposizione di legge ordinaria, la quale deve anche prevedere la disciplina dei procedimenti in materia disciplinare e quali possibilità e procedure di appello vi siano a disposizione del detenuto.

⁴³ Art. 31: <<Corporal punishment, punishment by placing in a dark cell, and all cruel, inhuman or degrading punishments shall be completely prohibited as punishments for disciplinary offences>>.

⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE, *European Prison Rules*, Strasburgo, 2006.

⁴⁵ Come affermato nel Preambolo della raccomandazione in esame: << [...] Having regard to the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights; Having regard also to the work carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and in particular the standards it has developed in its general reports [...] >>.

tale atto raggiunga la più vasta diffusione tra le autorità giudiziarie, la polizia penitenziaria e gli stessi detenuti⁴⁶.

Fondamentali risultano i principi basilari previsti nella Parte I della raccomandazione, che fin dal suo primo articolo impone che le persone private della libertà personale siano trattate con il rispetto dei propri diritti umani⁴⁷: in particolare, gli individui mantengono tutti i loro diritti che non siano legittimamente ristretti a causa delle sentenze o delle ordinanze di custodia cautelare⁴⁸.

Le limitazioni della libertà devono circoscriversi allo stretto necessario, in maniera proporzionata al <<legittimo obiettivo>> per il quale sono imposte⁴⁹. Le modalità esecutive della pena non possono violare i diritti umani dei detenuti per mancanza di risorse, ad esempio economiche, non tollerandosi dunque alcuna eccezione, nemmeno a carattere temporaneo o giustificato da una situazione emergenziale⁵⁰. La vita in carcere deve essere, nei limiti del possibile, vicina a quella al di fuori, mirando infatti alla reintegrazione dei rei nella società libera una volta esaurita la pena detentiva⁵¹.

Le Regole in esame si ispirano poi in maniera evidente a quelle predisposte dalle Nazioni Unite, come d'altronde affermato nel Preambolo della raccomandazione in esame, presentando un articolato pressoché identico. È sufficiente richiamare l'art. 18, co. 1, delle Regole Europee, il quale richiede che l'alloggio del detenuto sia rispettoso della dignità umana e, per quanto possibile, della sua *privacy*, considerando

⁴⁶ Cfr. Preambolo European Prison Rules: <<Recommends that governments of member states: be guided in their legislation, policies and practice by the rules contained in the appendix to this recommendation, which replaces Recommendation No. R (87) 3 of the Committee of Ministers on the European Prison Rules; ensure that this recommendation and the accompanying commentary to its text are translated and disseminated as widely as possible and more specifically among judicial authorities, prison staff and individual prisoners>>.

⁴⁷ Art. 1 European Prison Rules: <<All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for their human rights>>.

⁴⁸ Art. 2 European Prison Rules: <<Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody>>. Si ricordi, a tal proposito, la già esaminata sentenza n. 349/1993 della Corte costituzionale italiana, che ha affermato come il detenuto, <<pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale>>.

⁴⁹ Art. 3 European Prison Rules: <<Restrictions placed on persons deprived of their liberty shall be the minimum necessary and proportionate to the legitimate objective for which they are imposed>>.

⁵⁰ Art. 4 European Prison Rules: <<Prison conditions that infringe prisoners' human rights are not justified by lack of resources>>.

⁵¹ <<Art. 5: Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community. Art. 6: All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty>>.

i requisiti di salubrità e igiene e avendo riguardo delle condizioni climatiche, dello spazio fisico, del contenuto cubico di aria, dell'illuminazione, del riscaldamento e della ventilazione⁵².

Una differenza tra i due documenti è data dalla previsione espressa dei motivi che possono portare a delle restrizioni o regimi particolari di sorveglianza nelle comunicazioni verso l'esterno. In particolare ciò potrà verificarsi qualora vi siano indagini ancora in corso o nel caso in cui si renda necessario mantenere un buon ordine, la sicurezza e la prevenzione di reati nell'istituto penitenziario, o ancora quando ciò sia necessario per tutelare le vittime del reato. Tali misure devono in ogni caso essere imposte specificamente da un'autorità giudiziaria, la quale deve comunque garantire un <<livello minimo accettabile>> di comunicazione con l'esterno⁵³.

4. L'IRRISOLTO PROBLEMA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO IN ITALIA

4.1 Le problematiche causate dal fenomeno del sovraffollamento secondo il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura

Si rende ora opportuno identificare quali difficoltà comporta il fenomeno del sovraffollamento carcerario nella vita quotidiana dei detenuti e perché si è arrivati a parlare di trattamento inumano o degradante, se non addirittura di tortura, in relazione a questa condizione sistematica. A tal riguardo, è possibile affidarsi a quanto autorevolmente espresso dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura⁵⁴, nel suo Rapporto Generale del 2002 volto a fissare degli *standard* sostanziali riguardo le situazioni nelle carceri europee. Tale rapporto ricomprende i modelli custodiali più

⁵² Art. 18, par. 1, European Prison Rules: <<*The accommodation provided for prisoners, and in particular all sleeping accommodation, shall respect human dignity and, as far as possible, privacy, and meet the requirements of health and hygiene, due regard being paid to climatic conditions and especially to floor space, cubic content of air, lighting, heating and ventilation*>>.

⁵³ Art. 24, par. 1, European Prison Rules: <<*Communication and visits may be subject to restrictions and monitoring necessary for the requirements of continuing criminal investigations, maintenance of good order, safety and security, prevention of criminal offences and protection of victims of crime, but such restrictions, including specific restrictions ordered by a judicial authority, shall nevertheless allow an acceptable minimum level of contact*>>.

⁵⁴ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, *CPT Standards – “Substantive” sections of the CPT’s General Reports*, Council of Europe, CPT/Inf/E (2002) 1, aggiornato al 2015.

dettagliati e sviluppati a livello universale, regionale o nazionale.⁵⁵ In via preliminare, il Comitato affermò come le forme di manifestazione dei trattamenti degradanti o inumani sono molteplici, e non sempre dovute ad un'azione deliberata, ma anche a <<fallimenti organizzativi o risorse inadeguate>>⁵⁶.

Il sovraffollamento carcerario, definito come una questione di rilevanza primaria nell'ambito del mandato dell'ECPT, ha come effetto diretto quello di influire negativamente sulla qualità della vita dei ristretti, e potenzialmente in modo perdurante⁵⁷. Posto che il superamento della capienza massima dell'istituto penitenziario può costituire in sé una forma di trattamento inumano o degradante⁵⁸, le conseguenze più immediate sono innanzitutto la chiusura dei detenuti nelle proprie celle per un tempo ben superiore a quello adeguato, senza possibilità di uscire dalle proprie stanze, indipendentemente dalle buone condizioni in cui queste possono versare. Tutti i prigionieri dovrebbero infatti godere dell'opportunità di passare almeno otto ore al giorno al di fuori delle proprie celle, occupandosi di attività utili di varia natura, prospettandosi tale regime come ancora più favorevole per i condannati in via definitiva. A ciò deve aggiungersi la c.d. ora d'aria, la quale deve essere garantita anche a coloro sottoposti a regime di isolamento carcerario a fini di punizione disciplinare⁵⁹.

Tale condizione comporta, in subordine, un inevitabile peggioramento delle condizioni sanitarie ed igieniche⁶⁰, venendo meno la possibilità di utilizzare docce o addirittura bagni privati nelle celle e non assicurandosi nemmeno con continuità l'uso

⁵⁵ R. MORGAN E M. EVANS, *Combating Torture in Europe*, op. cit., 162.

⁵⁶ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, op. cit., §44.

⁵⁷ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Standard-setting Through Monitoring? The Role of Council of Europe Expert Bodies in the Development of Human Rights*, Strasburgo, 2013, 145. Si evidenzia in tale volume la funzione di prevenzione e di guida che gli standard in commento intendono perseguire.

⁵⁸ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, op. cit., §46: <<All the services and activities within a prison will be adversely affected if it is required to cater for more prisoners than it was designed to accommodate; the overall quality of life in the establishment will be lowered, perhaps significantly. Moreover, the level of overcrowding in a prison, or in a particular part of it, might be such as to be in itself inhuman or degrading from a physical standpoint>>.

⁵⁹ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, ult. op. cit., §47-48.

⁶⁰ Nota ad esempio il Comitato di aver rinvenuto, nelle celle i cui istituti siano affetti da problemi di sovraffollamento, dei contenitori lasciati ai detenuti perché fossero usati in luogo di un bagno per le proprie necessità fisiologiche; tali contenitori venivano poi svuotati ad orari predeterminati.

di quelli comuni⁶¹. Allo stesso tempo, le stanze dei detenuti vengono spesso adeguate piuttosto a diventare dei dormitori: tali luoghi, che naturalmente annullano la tutela della *privacy* degli individui, si riempiono con frequenza di intimidazioni e violenza, alimentando la cultura del reato e la coesione nell'ambito delle associazioni criminose⁶².

Onde evitare di ricadere in condotte integranti il reato di tortura, il Comitato Europeo richiede agli Stati che, qualora sia assolutamente fondamentale ricorrere all'uso della forza per controllare i detenuti più violenti, questi debbano necessariamente godere del diritto di ricevere immediatamente visite mediche ed eventualmente le cure dovute. Tali atti di violenza devono essere registrati nella cartella del prigioniero, insieme alle risultanze delle diagnosi mediche, lasciando la possibilità al detenuto di presentare istanze di fronte ad un'autorità competente ed imparziale e di ricorrere contro ogni sanzione disciplinare che gli sia imposta⁶³. Le procedure da ultimo menzionate devono essere legalmente previste, considerando che <<ogni "zona grigia" in questa materia comporta il rischio di vedere lo sviluppo di prassi non ufficiali e non controllate>>⁶⁴.

Infine, il Comitato Europeo ha evidenziato come in diversi Stati si sia cercato di risolvere il problema del sovraffollamento mediante la costruzione di nuovi istituti penitenziari. L'istituzione europea si è detta <<ben lontana dall'essere convinta>> che tale misura sia una soluzione efficace nel lungo termine, tanto che spesso vi è stato un parallelo aumento della popolazione detenuta. Ben più efficiente si dimostra l'opzione

⁶¹ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, op. cit., §50: <<*The CPT would add that it is particularly concerned when it finds a combination of overcrowding, poor regime activities and inadequate access to toilet/washing facilities in the same establishment. The cumulative effect of such conditions can prove extremely detrimental to prisoners*>>.

⁶² EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, ult. op. cit., §29.

⁶³ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, ult. op. cit., §53-54.

⁶⁴ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, ult. op. cit., §55: <<*It is also in the interests of both prisoners and prison staff that clear disciplinary procedures be both formally established and applied in practice; any grey zones in this area involve the risk of seeing unofficial (and uncontrolled) systems developing. Disciplinary procedures should provide prisoners with a right to be heard on the subject of the offences it is alleged they have committed, and to appeal to a higher authority against any sanctions imposed*>>.

di creare politiche legislative volte a limitare o modulare l'entrata in carcere degli individui⁶⁵.

4.2 Una prima condanna della Corte EDU: il caso *Sulejmanovic v Italy*

L'Italia fu sottoposta già nel 2009 al vaglio della Corte di Strasburgo e condannata per violazione dell'art. 3 CEDU a causa del problema del sovraffollamento carcerario⁶⁶. Ricorrente era Izet Sulejmanovic, cittadino bosniaco che dal novembre 2002 si trovava in stato detentivo presso la casa circondariale di Rebibbia, a Roma.

Nella sentenza, la Corte presenta una serie di dati, secondo i quali nel luglio 2003 il carcere di Rebibbia ospitava 1560 persone, a fronte di una capacità massima di 1188 individui. Inizialmente il ricorrente fu assegnato ad una cella condivisa di 16,20 m², con un servizio igienico di 5,40 m². Tale stanza sarebbe stata, a detta di Sulejmanovic, a disposizione di ben cinque individui fino all'aprile 2003, con uno spazio medio a persona di 2,70 m²; successivamente, il ricorrente sarebbe stato trasferito in un'altra cella, che gli avrebbe permesso di usufruire di uno spazio personale di 3,40 m²⁶⁷.

Sulejmanovic procede nel descrivere nel ricorso l'organizzazione della sua giornata, la quale gli consentiva di lasciare la sua cella solo per quattro ore e trenta minuti al giorno. Oltretutto, presentava in allegato delle statistiche indicanti come solo il 24,20% dei detenuti lavorasse, non rientrando il ricorrente tra questi nonostante le due richieste presentate all'amministrazione penitenziaria⁶⁸. Il Governo rispose presentando nella sua memoria i dati a disposizione fornite dal carcere di Rebibbia, secondo cui la popolazione carceraria sarebbe corrisposta ad un numero compreso tra 1456 e 1660 detenuti nel periodo tra l'ottobre 2002 e il novembre 2003, quando la capienza massima sarebbe stata di 1271 persone⁶⁹.

⁶⁵ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, ult. op. cit., §14.

⁶⁶ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, 16.07.2009, n. 22635/03.

⁶⁷ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §8-10.

⁶⁸ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §12-13. Il ricorrente lamenta nello specifico che ciò si ponga in contrasto sia con le regole penitenziarie europee, che con la legge nazionale sull'ordinamento penitenziario, in particolare rispetto agli artt. 15 e 20.

⁶⁹ Secondo la previsione di un decreto emesso dal Ministro della giustizia in data 6 settembre 1990.

Il ricorrente richiese alla Corte EDU di tenere in considerazione le raccomandazioni dell'ECPT, dalle quali deriverebbe l'indicazione di mantenere almeno 7 m² a persona, aggiungendosi a ciò il parametro della distanza di 2 metri tra le pareti e di 2,50 metri tra pavimento e soffitto. Benché questi fattori siano considerati dallo stesso ECPT⁷⁰ solo come obiettivi cui tendere, la stessa Corte EDU ne ha fatto uso nella propria casistica, rendendo dunque tali suggerimenti come vincolanti per gli Stati condannati sulla loro base⁷¹.

La risposta del Governo si basò sulla considerazione che, avendo il ricorrente passato un periodo di dieci mesi e venti giorni nella condizione di presunto sovraffollamento, ciò non sarebbe stato sufficiente ad integrare la soglia di gravità richiesta dalla Corte EDU perché potesse applicarsi l'art. 3 della Convenzione⁷². Al contempo, i parametri indicati dall'ECPT nelle sue raccomandazioni sarebbero stati sì utili per i legislatori nazionali come obiettivi di riferimento, ma costituirebbero dei requisiti molto più stringenti di quelli imposti dalla Corte, la quale ha sempre discrezionalmente deciso fino a che punto tenerli in considerazione⁷³. Peraltro l'Italia, che non negò mai le condizioni di sovraffollamento, sostenne che il parametro di gravità richiesto dall'art. 3 CEDU non risultasse integrato, anche in considerazione delle leggi sull'indulto nel frattempo promulgate di cui peraltro beneficiò lo stesso ricorrente. A parere del Governo, l'intervento di tale misura legislativa rese molto breve il soggiorno in carcere di Sulejmanovic, al punto da non dare tempo a sufficienza all'amministrazione di trovargli un impiego lavorativo⁷⁴.

La valutazione della Corte si aprì con la considerazione generale che le condizioni di detenzione debbano in ogni caso rispettare la dignità umana, non potendo costringere il detenuto «a soffrire un disagio o a sopportare una prova d'intensità

⁷⁰ Evidente l'importanza del lavoro dell'ECPT, tenuto fermamente in considerazione dalla Corte nel prendere le proprie decisioni: cfr. J. L. MURDOCH, *The Treatment of Prisoners: European Standards*, Strasburgo, 2006, 46.

⁷¹ Cfr. *Kalashnikov v Russia*, ECtHR, Judgement, 15.07.2002, n. 47095/99.

⁷² *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §31: «*Il relève ensuite que, pour étayer ses thèses, le requérant s'est appuyé sur les critères dégagés par le CPT. Or le deuxième rapport de cet organe, daté de 1991, cité par le requérant, indiquerait pour les dimensions des cellules les paramètres simplement souhaitables, et non des normes minimales. Pour le Gouvernement, le non-respect de ces paramètres n'est donc pas, en tant que tel, constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention*».

⁷³ L'Italia richiama poi la giurisprudenza di *Öcalan v Turkey*, nella quale addirittura le raccomandazioni ECPT riguardavano lo stesso ricorrente, decidendo la Corte EDU di non adeguarsi ai parametri suggeriti dal Comitato Europeo.

⁷⁴ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §34 e 36.

superiore all'inevitabile livello di sofferenza sottinteso nella detenzione>>⁷⁵. Tuttavia, la Corte non ritenne di poter stabilire con precisione quale sarebbe dovuto essere lo spazio minimo a disposizione del detenuto, dovendosi tenere conto, caso per caso, di una serie di fattori, quali ad esempio la durata della permanenza in carcere, lo *status* psico-fisico del ristretto e la possibilità di uscire dalla cella⁷⁶.

Nel dispositivo della sentenza, la Corte EDU affermò come l'aver avuto a disposizione solo 2,70 m² di spazio per oltre due mesi e mezzo <<ha inevitabilmente cagionato disagi e inconvenienti quotidiani al ricorrente>>, in una superficie ben al di sotto la soglia prospettata come minima da parte dell'ECPT: di conseguenza, <<la flagrante assenza di uno spazio personale di cui ha sofferto il ricorrente è, di per sé, un trattamento inumano o degradante>>⁷⁷. La Corte limitò però il periodo in cui sarebbe occorsa una violazione dell'art. 3 CEDU a quello compreso tra il novembre del 2002 e l'aprile del 2003, ritenendo per il resto che una sovrappopolazione compresa tra il 14,50% e il 30%, come risultava essere all'epoca la situazione nel carcere di Rebibbia, non potesse integrare *ex se* una violazione dell'art. 3 CEDU.

In calce alla sentenza, vi sono inoltre due opinioni separate espresse dai giudici del collegio giudicante, di cui una concordante e l'altra dissenziente. Per quanto concerne la prima di queste, il giudice Sajò approfondisce il concetto di trattamento inumano e degradante, spiegando che nel caso di specie questo discenderebbe <<dal fatto che lo Stato non ha dimostrato di avere adottato misure compensative

⁷⁵ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §39: <<Il impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate>>. Cfr. *Kudla v Poland*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 28.10.2000, n. 30210/96.

⁷⁶ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §40: <<Cependant, la Cour ne saurait donner la mesure, de manière précise et définitive, de l'espace personnel qui doit être octroyé à chaque détenu aux termes de la Convention, cette question pouvant dépendre de nombreux facteurs, tels que la durée de la privation de liberté, les possibilités d'accès à la promenade en plein air ou la condition mentale et physique du prisonnier>>. Altri fattori, da considerare in subordine, sono: la possibilità di usare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, la possibilità di ricevere luce e aria naturali, il riscaldamento, la ventilazione e la condizione sanitaria.

⁷⁷ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Judgement, *ivi*, §43: <<La Cour observe que, même à supposer que tel eût été le cas, il n'en demeure pas moins que pendant une période de plus de deux mois et demi chaque détenu ne disposait que de 2,70 m² en moyenne. Elle estime qu'une telle situation n'a pu que provoquer des désagréments et des inconvénients quotidiens pour le requérant, obligé de vivre dans un espace très exigü, bien inférieur à la surface minimum estimée souhaitable par le CPT. Aux yeux de la Cour, le manque flagrant d'espace personnel dont le requérant a souffert est, en soi, constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant>>.

supplementari per attenuare le condizioni estremamente gravose derivanti dalla sovrappopolazione del carcere>>⁷⁸.

L'opinione dissenziente è invece quella del giudice Zagrebelsky⁷⁹, che evidenzia come lo spazio minimo a persona auspicato dall'ECPT, ossia quello di almeno 7 m², è riferito alle celle individuali di polizia, non a quelle destinate alla reclusione duratura, che di norma finiscono per accogliere più di un individuo. Ritenere che scendere sotto tale soglia di spazio costituisca di per sé una condotta integrante il trattamento inumano o degradante è smentito dalla precedente giurisprudenza della Corte, la quale ad esempio affermò in un caso estremamente simile come uno spazio molto ridotto sia un fattore <<che incideva pesantemente>> sulla determinazione di un'eventuale violazione dell'art. 3: condizione dunque non di per sé sufficiente secondo l'analisi del giudice⁸⁰.

4.3 Una significativa condanna da Strasburgo: *Torreggiani v Italy*

4.3.1 I fatti del caso e la normativa considerata dalla Corte EDU

La sentenza *Torreggiani v Italy* nasce da sette ricorsi proposti tra il 2009 e il 2010 dinanzi la Corte EDU⁸¹ e da questa uniti e considerati congiuntamente, contenenti le doglianze di altrettanti detenuti degli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza. In conformità all'art. 46 CEDU, la Corte ha stabilito di pronunciarsi mediante la procedura della sentenza pilota, con comunicazione fornita al Governo e alle parti il 5 giugno 2012.

Partendo dalle considerazioni fattuali svolte dalla Corte, si evidenzia come in entrambe le strutture penitenziarie i detenuti disponevano di uno spazio di 3 m² a persona, dividendo in tre una cella di 9 m²; a ciò si aggiungeva la mancanza di acqua

⁷⁸ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Opinion Concordante du Juge Sajò, 16.07.2009, n. 22635/03, 15.

⁷⁹ *Sulejmanovic v Italy*, ECtHR, Opinion Dissidente du Juge Zagrebelsky, à Laquelle se Rallie la Juge Jočienè, 16.07.2009, n. 22635/03, 16 e ss.

⁸⁰ Cfr. *Labzov v Russia*, ECtHR, Judgement, 15.06.2005, n. 62208/00, §44. Il ricorrente di tale caso era stato rinchiuso in una cella il cui spazio personale era compreso precisamente tra i 2,70 m² e i 3,20 m². La Corte EDU non aveva ritenuto però sussistente la violazione dell'art. 3 della CEDU.

⁸¹ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, n. 57875/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, 08.01.2013.

in generale, o talvolta solo di quella calda, impedendo quindi agli individui di usufruire delle docce e dei servizi igienici. Oltretutto, nel carcere di Piacenza vi era scarsità di luce naturale a causa delle barre metalliche che ostruivano il filtrare di questa. Contrariamente alle allegazioni dei ricorrenti, il Governo affermò che le celle dell'istituto piacentino ricoprivano una superficie di 11 m²⁸².

Uno dei ricorrenti del carcere di Piacenza, insieme ad altri due detenuti, sostenne che la mediocrità delle condizioni detentive sofferte da una parte della popolazione carceraria comportasse una violazione dell'art. 3 ord. pen. relativamente alla parità delle condizioni di cui devono godere tutti i ristretti⁸³.

Il Magistrato di Sorveglianza piacentino, nell'accogliere il reclamo⁸⁴ presentato da costoro, sottolineò come i soggetti in questione si trovassero a condividere una cella progettata per l'accoglienza di un solo detenuto. Nell'ordinanza, il giudice affermò come l'intero istituto penitenziario fosse idoneo ad accogliere 178 detenuti, potendo questo numero arrivare sino a 376 in caso di emergenza a carattere temporaneo: numeri ben al di sotto dei 415 ristretti presenti nel 2010. Facendo poi espresso riferimento alla giurisprudenza *Sulejmanovic*, il magistrato stabilì⁸⁵ che <<i>reclamanti erano esposti a trattamenti inumani per il fatto che dovevano condividere con altri due detenuti delle celle esigue ed erano oggetto di una discriminazione rispetto ad altri detenuti che dividevano lo stesso tipo di cella con una sola persona>>⁸⁶. Tali ordinanze furono trasmesse alla amministrazione del carcere di

⁸² *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §8-10.

⁸³ Art. 3, L. n. 354/1975: <<Parità di condizioni fra i detenuti e gli internati: Negli istituti penitenziari è assicurata ai detenuti ed agli internati parità di condizioni di vita>>.

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 35, L. n. 354/1975, <<I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro per la grazia e giustizia; 2) al magistrato di sorveglianza; 3) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 4) al presidente della Giunta regionale; 5) al Capo dello Stato>>.

⁸⁵ Nell'ambito dell'amministrazione della giustizia nell'istituto penitenziario, le competenze del Magistrato di Sorveglianza sono delineate dall'art. 69, L. 354/1975, il quale dispone: <<1. Il magistrato di sorveglianza vigila sulla organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena e prospetta al Ministro le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo alla attuazione del trattamento rieducativo. 2. Esercita, altresì, la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti. 3. Sovrintende all'esecuzione delle misure di sicurezza personali. [...] 5. Approva, con decreto, il programma di trattamento di cui al terzo comma dell'articolo 13, ovvero, se ravvisa in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione. Approva, con decreto, il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno. Impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati. [...]>>.

⁸⁶ Ordinanze del Magistrato di Sorveglianza di Piacenza emesse in data 16, 20 e 24 agosto 2010.

Piacenza e al Ministero della Giustizia, affinché procedessero con urgenza a rimediare a tale grave situazione⁸⁷.

Già nelle considerazioni in fatto, la Corte EDU delinea la situazione delle carceri italiane⁸⁸, che nel 2010 ospitavano 67.961 persone, a fronte di una capienza massima di 45.000 individui, dunque con una sovrappopolazione pari al 151%⁸⁹. Prendendo atto di tale situazione, il 31 gennaio 2010 il Presidente del Consiglio dei Ministri dichiarò, per la durata di un anno, lo stato di emergenza nazionale <<conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale>>⁹⁰. Tale dichiarazione venne rinnovata per due volte consecutive, rimanendo dunque in vigore sino al 21 dicembre 2012.

Contestualmente, venne nominato un Commissario con delega al Ministero della Giustizia, preposto ad elaborare un progetto per intervenire nelle carceri (c.d. <<Piano Carceri>>)⁹¹. Il relativo piano fu approvato nel giugno 2010⁹² e prevedeva la costruzione di undici nuove case circondariali⁹³, oltre ad un allargamento di diverse strutture già esistenti mediante la costruzione di nuovi padiglioni, che avrebbe permesso un raggiungimento di 9.150 posti in più entro il 31 dicembre 2012.

A questi piani amministrativi si aggiunse un intervento legislativo, operato nel novembre 2010, che contemplava la possibilità di eseguire la pena detentiva non superiore a 12 mesi, <<anche se costituente parte residua di maggior pena>>, presso la residenza del condannato o altro luogo di accoglienza, privato o pubblico, purché

⁸⁷ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §15.

⁸⁸ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §23-29.

⁸⁹ Quando la Corte ebbe dinanzi a sé il caso in questione, la situazione era quasi impercettibilmente migliorata, essendosi ridotto il dato di sovraffollamento al 148%. Nella sentenza, la Corte EDU sottolinea come il 42% dei detenuti era in attesa di essere giudicato, quindi sottoposto a misura di custodia cautelare (*Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §29).

⁹⁰ Il testo completo del decreto è disponibile presso <<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/piano_carceri/decreto_emergenza_13_gennaio_2010.pdf>>.

⁹¹ Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3861 del 19.03.2010.

⁹² Da parte del Ministro della Giustizia, dal Ministro delle Infrastrutture e dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile.

⁹³ Il Governo dimostrò con ciò una scarsa considerazione dei rapporti dell'ECPT, secondo cui <<[I]l'ampiamiento del parco penitenziario dovrebbe essere piuttosto una misura eccezionale in quanto, in generale, non è adatta ad offrire una soluzione duratura al problema del sovraffollamento>>. Suggestisce infatti il Comitato Europeo come risultati maggiormente idonea, e certamente una soluzione a lungo termine, la depenalizzazione di alcuni reati e una rivisitazione della necessaria applicazione della pena detentiva per altri, avendo anche a modello le prassi esistenti negli altri Paesi europei in materia di comminazione delle sanzioni penali (cfr. Council of Europe, *Recommendation Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation*, CPT/R/99/22, 30.09.1999, §2-5).

non si trattasse di delitti di particolare gravità⁹⁴. Tale legge, tuttavia, aveva natura temporanea, in quanto era destinata a rimanere in vigore, per propria disposizione, sino al 31 dicembre 2013.

4.3.2 Le questioni pregiudiziali sollevate dal Governo italiano

I ricorrenti, in linea anche con la suddetta ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Piacenza, lamentarono dunque davanti la Corte EDU una violazione dell'art. 3 della CEDU, nello specifico ritenendo che le condizioni di detenzione nei due istituti penitenziari di Busto Arsizio e Piacenza integrassero dei trattamenti inumani e degradanti; tale ipotesi fu ovviamente opposta dal Governo⁹⁵.

Contrariamente rispetto a quanto sostenuto dai rappresentanti dello Stato, la ricevibilità del ricorso non può essere posta in discussione dal fatto che tutti i ricorrenti, tranne uno, fossero ormai stati scarcerati. Come affermato in una giurisprudenza ormai consolidata⁹⁶ infatti, <<una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di “vittima” solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio>>⁹⁷.

Quanto al lamentato mancato previo esaurimento delle vie di ricorso interne, su apposita eccezione presentata da parte del Governo, la Corte spiegò come nel caso di specie i ricorrenti sarebbero stati esentati dall'adire le autorità interne in quanto i rimedi nazionali predisposti non si sarebbero presentati come sufficientemente

⁹⁴ Tale il disposto della L. n. 199 del 26 novembre 2010.

⁹⁵ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §34-35.

⁹⁶ Cfr. *Eckle v Germany*, ECtHR, Judgement, 15.07.1982, n. 8130/78, §69; *Amuur v France*, ECtHR, Judgement, 25.06.1996, n. 19776/92, §36; *Dalban v Romania*, Grand Chamber Judgement, 28.09.1999, n. 28114/95, §44; *Jensen v Denmark*, ECtHR, Judgement, 05.04.1999, n. 48470/99.

⁹⁷ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §38: <<La Cour rappelle qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de « victime » que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention>>. Peraltro, come sottolineato nel §50, un'azione meramente risarcitoria non è considerabile come un'adeguata riparazione rispetto a simili violazioni dell'art. 3 CEDU, non esercitando alcuna funzione preveniva di tali condotte e non impedendo in alcun modo un generalizzato protrarsi di tali atti.

disponibili ed adeguati⁹⁸. La Corte aggiunse poi un'implicita grave accusa ai danni dello Stato italiano, affermando che il previo esaurimento è un requisito che viene meno anche qualora <<sia provata l'esistenza di una prassi amministrativa che consiste nella ripetizione di atti vietati dalla Convenzione e dalla *tolleranza ufficiale dello Stato*, tale da rendere vano o non effettivo qualsiasi procedimento>> [corsivo aggiunto]⁹⁹. Nota la Corte infatti come la questione del sovraffollamento carcerario avesse ormai raggiunto <<le dimensioni di un fenomeno strutturale>>, non limitandosi oltretutto ai ricorsi presentati dinanzi la stessa, e rendendo quindi impossibile per le autorità italiane l'esecuzione delle decisioni assunte dai Magistrati di Sorveglianza onde garantire ai detenuti quelle condizioni che non si porrebbero più in contrasto con l'art. 3 CEDU¹⁰⁰.

4.3.3 Le considerazioni nel merito sulla dedotta violazione dell'art. 3 della CEDU

Nel riassumere brevemente quanto allegato dalle parti, la Corte riportò una delle argomentazioni del Governo, i cui rappresentanti affermarono come quanto sostenuto dai ricorrenti non sarebbe stato supportato da prove sufficienti. In particolare, i sette reclamanti non avrebbero dimostrato di disporre effettivamente di uno spazio uguale od inferiore a 3 m², né avrebbero specificato con chiarezza a quanto tempo è ammontato il permanere in queste presunte condizioni costituenti trattamento inumano e degradante¹⁰¹. Peraltro la Corte osservò come tale obiezione fu presentata dal Governo solo in merito alle condizioni sofferte dai detenuti dell'istituto

⁹⁸ A tal proposito i ricorrenti lamentarono come i ricorsi presentabili dinanzi il Magistrato di Sorveglianza costituissero un procedimento amministrativo, non giurisdizionale, che peraltro non terminava con un procedimento vincolante per le autorità dello Stato che avrebbero potuto porre rimedio alla situazione d'emergenza.

⁹⁹ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §48: <<*Cette règle ne s'applique pas non plus lorsqu'est prouvée l'existence d'une pratique administrative consistant en la répétition d'actes interdits par la Convention et la tolérance officielle de l'Etat, de sorte que toute procédure serait vaine ou inefficace*>>, come peraltro già affermato in *Aksoy v Turkey*, ECtHR, Judgement, *ivi* §52.

¹⁰⁰ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §54.

¹⁰¹ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §63. Aggiunge poi il Governo che il lamentato problema concernente la penuria di acqua calda fosse legato ad un temporaneo malfunzionamento della stazione di pompaggio, risolto dalle autorità competenti (in un tempo non determinato).

penitenziario di Piacenza, e non anche per i tre detenuti, compreso il Torreggiani, rinchiusi nel carcere di Busto Arsizio¹⁰².

I giudici di Strasburgo aprirono le loro considerazioni nel merito evidenziando un principio stabilito nella propria giurisprudenza, secondo il quale <<la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato>>¹⁰³. Da ciò ne deriva per lo Stato un obbligo positivo di assicurare ai detenuti nelle proprie strutture un trattamento tale da salvaguardare il rispetto della dignità umana e che non ecceda la sofferenza inevitabilmente discendente dalla esecuzione della pena in carcere¹⁰⁴.

La Corte citò poi proprio il summenzionato caso *Sulejmanovic* nel descrivere come, mentre di norma è sufficiente considerare una concorrenza di fattori per determinare una violazione dell'art. 3 CEDU, talvolta è evidente la sussistenza di un trattamento inumano o degradante per la sola restrizione del detenuto in uno spazio esiguo, tale da non consentirgli di condurre una situazione di vita dignitosa. Fattori ulteriormente considerati nella casistica sono poi l'insufficienza di ventilazione e luce¹⁰⁵ o la mancanza totale di intimità nelle celle¹⁰⁶, i quali sono ritenuti nel presente caso come degli elementi aggravanti.

Richiamando qui le considerazioni svolte nel Capitolo II in merito all'attenuazione del principio *affirmanti incumbit probatio* in caso di persone sottoposte a legittima limitazione della libertà personale, si evidenzia come la Corte EDU ha voluto applicare tale ragionamento nella presente situazione. Affermano infatti i giudici come <<il Governo è talvolta l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente>>¹⁰⁷.

¹⁰² *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §70.

¹⁰³ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §65: <<la personne incarcérée peut avoir besoin d'une protection accrue en raison de la vulnérabilité de sa situation et parce qu'elle se trouve entièrement sous la responsabilité de l'État>>.

¹⁰⁴ Cfr. *Kudla v Poland*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §94; *Norbert Sikorski v Poland*, ECtHR, Judgement, 22.10.2009, n. 17599/05, §131.

¹⁰⁵ Cfr., *ex multis*, *Vlassov v Russia*, ECtHR, Judgement, 12.06.2008, n. 78146/01, §84; *Babouchkine v Russia*, ECtHR, Judgement, 18.10.2007, n. 67253/01, § 44.

¹⁰⁶ Cfr., *ex multis*, *Belevitskiy v Russia*, ECtHR, Judgement, 10.03.2007, n. 72967/01, §§ 73-79; *Novoselov v Russia*, ECtHR, Judgement, 02.06.2005, n. 66460/01, §32 e 40-43.

¹⁰⁷ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §72: <<Sensible à la vulnérabilité particulière des personnes se trouvant sous le contrôle exclusif des agents de l'État, telles les personnes détenues, la Cour réitère que la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* (la preuve incombe à

La Corte dunque ribalta le considerazioni dei rappresentanti dello Stato, ritenendo che fossero stati costoro a non presentare <<informazioni pertinenti idonee a giustificare le proprie affermazioni>>; i giudici pertanto si basarono sulle sole dichiarazioni dei ricorrenti, pervenute oltretutto in maniera unanime¹⁰⁸.

Prendendo in considerazione il costante orientamento nelle sue precedenti sentenze in materia¹⁰⁹, la Corte rileva che lo spazio minimo a persona ritenuto adeguato dai più recenti *standard* proposti dall'ECPT è pari a 4 m²; a ciò si devono aggiungere le condizioni concernenti l'assenza di acqua calda e di sufficiente illuminazione e ventilazione. Pur ritenendo che sia mancato, nel porre in essere la condotta, la volontà di umiliare e degradare i ricorrenti, <<l'assenza di tale scopo non può escludere una constatazione di violazione dell'articolo 3>>¹¹⁰.

I giudici pertanto riconobbero l'inosservanza dell'art. 3 della CEDU, con conseguente condanna per l'Italia¹¹¹, affermando come le condizioni di detenzione nei due istituti penitenziari, <<tenuto conto anche della durata della carcerazione dei ricorrenti, abbiano sottoposto gli interessati ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione>>¹¹².

celui qui affirme) car, inévitablement, le gouvernement défendeur est parfois seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou d'infirmer les affirmations du requérant [...]. Il s'ensuit que le simple fait que la version du Gouvernement contredit celle fournie par le requérant ne saurait, en l'absence de tout document ou explication pertinents de la part du Gouvernement, amener la Cour à rejeter des allégations de l'intéressé comme non étayées>>.

¹⁰⁸ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §73-74.

¹⁰⁹ Come espresso in *Ananyev and others v Russia*, ECtHR, Judgement, 10.01.2012, n. 42525/07 e 60800/08, §144-145.

¹¹⁰ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §78: <<Même si la Cour admet qu'en l'espèce rien n'indique qu'il y ait eu intention d'humilier ou de rabaisser les requérants, l'absence d'un tel but ne saurait exclure un constat de violation de l'article 3>> (cfr. la giurisprudenza *Peers v Greece*, ECtHR, Judgement, 19.04.2001, n. 28524/95, §74).

¹¹¹ Condanna che consistette anche nel risarcimento in via equitativa del danno, a causa delle lesioni morale subite dai ricorrenti. Le somme previste da erogare a loro favore furono comprese tra il 10.600€ e i 23.500€, cui si aggiunse il parziale risarcimento delle spese.

¹¹² *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §78: <<La Cour estime que les conditions de détention en cause, compte tenu également de la durée d'incarcération des requérants, ont soumis les intéressés à une épreuve d'une intensité qui excédait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention>>.

4.3.4 L'esecuzione del dispositivo nella sua forma di sentenza pilota

Si è già avuto modo di vedere nel Capitolo II come lo Stato sia obbligato, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, a dare esecuzione a quanto stabilito dalla Corte in via di condanna nei suoi confronti. La sentenza pilota, come rammentano i giudici in *Torreggiani*, ha la funzione ulteriore di evidenziare i problemi strutturali che si pongono in violazione della Convenzione Europea, fornendo allo stesso tempo una soluzione per porvi rimedio; al contempo, i ricorsi simili a livello nazionale vengono momentaneamente <<congelati>>, permettendo di dare attuazione al principio di sussidiarietà, sotteso all'intera Convenzione EDU¹¹³.

Venendo alla situazione dell'Italia, la Corte evidenzia come la questione del sovraffollamento carcerario e delle degradanti condizioni di vita riservate ai detenuti <<trae origine da un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone>>¹¹⁴.

Tale prassi, che si pone evidentemente in contrasto con la previsione dell'art. 3 CEDU, è stata confermata nel corso del processo sia dai dati statistici presentati dalle parti, che dalle tre consecutive dichiarazioni dello stato di emergenza nazionale da parte dell'Italia, susseguitesi dal 2010. Ulteriore dimostrazione vi sarebbe poi nelle diverse centinaia di ricorsi proposti sul tema contro l'Italia, un numero in continua espansione sia quantitativa che territoriale, provenendo le doglianze da detenuti di istituti penitenziari sparsi lungo tutto il Paese¹¹⁵.

Pur riconoscendo positivamente la riduzione del 3% della sovrappopolazione carceraria, la Corte ha ritenuto tale variazione percentuale come estremamente ridotta

¹¹³ *Burdov v Russia (II)*, ECtHR, Pilot Judgement, 15.01.2009, n. 33509/04, §127.

¹¹⁴ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §88: <<L'ensemble de ces données fait apparaître que la violation du droit des requérants de bénéficier de conditions de détention adéquates n'est pas la conséquence d'incidents isolés mais tire son origine d'un problème systémique résultant d'un dysfonctionnement chronique propre au système pénitentiaire italien, qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes>>.

¹¹⁵ Naturalmente è proprio in ciò che la Corte ravvisa la necessità di affidare la propria decisione ad una sentenza pilota, anche al fine di evitare di condannare ripetutamente l'Italia <<tenuto conto del crescente numero di persone potenzialmente interessare>> (cfr. *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §90).

rispetto alla gravità della situazione, non essendo intervenuto in maniera sufficientemente efficace il c.d. <<Piano Carceri>> elaborato dal Governo¹¹⁶. Nella consapevolezza della inevitabile lentezza degli sviluppi in materia, la Corte esorta l'Italia a tentare di ridurre il numero dei detenuti <<attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà [...] e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere>>¹¹⁷, costituendo infatti le persone sottoposte a quest'ultima misura il 40% della popolazione carceraria¹¹⁸.

Non rientrando tra le competenze della Corte determinare precisamente in che direzione possano orientarsi le politiche legislative in materia penale di uno Stato, i giudici preferirono dunque richiamare due raccomandazioni del Consiglio d'Europa¹¹⁹, nelle quali si spingevano giudici e pubblici ministeri dei membri del Consiglio a fare il più ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione e a ridurre al minimo la carcerazione di tipo cautelare o punitiva, se non ai casi che realmente necessitano di tali misure¹²⁰.

In via più immediata, la Corte ha richiesto all'Italia di attuare rimedi di tipo preventivo, onde evitare il ripetersi di tali condizioni di inumanità e degrado in carcere, e di natura compensativa, al fine di risarcire la violazione subita dai detenuti. Quest'ultima via risultava allo stato sì accessibile, ma priva di effettività in concreto, al punto che la prassi concernente il potere del Magistrato di Sorveglianza di attribuire un indennizzo agli individui vittime di sovraffollamento carcerario costituisce al più una tendenza, ma certamente non una pratica costante e consolidata nell'azione delle autorità nazionali¹²¹.

¹¹⁶ Si ricorda come, nel periodo compreso tra il 2010 e il 2012, la riduzione della popolazione carceraria ha fatto scendere la percentuale della sovrappopolazione dal 151% al 148%.

¹¹⁷ In conformità alla giurisprudenza *Norbert Sikorski v Poland* (ECtHR, Judgement, *ivi* §158), la Corte afferma: <<[e]n particulier, lorsque l'État n'est pas en mesure de garantir à chaque détenu des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention, la Cour l'encourage à agir de sorte à réduire le nombre de personnes incarcérées, notamment en appliquant davantage des mesures punitives non privatives de liberté [...] et en réduisant au minimum le recours à la détention provisoire>> (*Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §94).

¹¹⁸ Dato di cui la Corte si dice <<frappée>>, colpita.

¹¹⁹ Trattasi delle Raccomandazione del Consiglio d'Europa REC/99/22 e REC/2006/13.

¹²⁰ F. VIGANÒ, 'Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno', in *Diritto penale contemporaneo*, 09.01.2013, disponibile presso <<<http://www.penalecontemporaneo.it/d/1990>>>.

¹²¹ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §97.

Conclusivamente, la Corte ha richiesto all'Italia che, entro un anno dal giorno in cui la sentenza sarebbe diventata definitiva¹²², fosse creato un sistema di rimedi di natura preventiva e compensativa, tali da garantire effettività alle riparazioni e da presentarsi come conformi alla Convenzione EDU¹²³. In pendenza di questo termine, la Corte decise di rinviare di un anno l'esame dei ricorsi presentati contro l'Italia e aventi come unico oggetto l'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU a causa del sovraffollamento carcerario¹²⁴.

4.4 I rimedi adottati dall'Italia a seguito della condanna in Torreggiani

A seguito della pronuncia della Corte EDU nel caso *Torreggiani*, il Governo italiano si attivò quasi immediatamente per tentare di rimediare alla questione del sovraffollamento carcerario, secondo le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo nel dispositivo della sentenza. L'attuazione di tali raccomandazioni avvenne mediante la decretazione di urgenza, con l'emanazione di tre Decreti Legge tra il luglio del 2013 e il giugno 2014¹²⁵.

Riservando la trattazione nel dettaglio delle misure alternative e sostitutive alla detenzione in carcere al prossimo Capitolo, si vogliono ora analizzare la nuova procedura istituita dinanzi il Magistrato di Sorveglianza per i reclami, quella conseguente per richiedere il risarcimento del danno in caso di accertata violazione dell'art. 3 della CEDU e infine l'istituzione della figura del Garante dei diritti dei detenuti¹²⁶.

¹²² In qualità di sentenza della Grande Camera, essa divenne definitiva nel giorno stesso della sua deliberazione, ossia l'8 gennaio del 2013.

¹²³ *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, *ivi* §99.

¹²⁴ Per quanto concerne invece i ricorsi già comunicati al Governo, la Corte ritenne di avere la facoltà di procedere con processo ordinario nella loro disamina. I giudici tuttavia si riservarono la facoltà di dichiarare irricevibili tali cause o di cancellarle dal ruolo se fosse intervenuto nel frattempo un accordo amichevole o una qualsiasi forma di composizione della controversia, come stabilito dagli artt. 37 e 39 della CEDU.

¹²⁵ Il riferimento è ai D. L. n.78 del 01.07.2013 (convertito con la L. n. 94 del 09.08.2013), D. L. n. 146 del 23.12.2013 (convertito con la L. n. 10 del 21.02.2014) e D. L. n.92 del 26.06.2014 (convertito con la L. n. 117 del 11.08.2014). Un ampio commentario in materia è fornito da A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Risarcimento dei detenuti per sovraffollamento – Procedura e formulario*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

¹²⁶ L'istituzione di simili meccanismi era peraltro già stata richiesta agli Stati membri della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura in United Nations Committee Against Torture, *General Comment 3: "Implementation of Article 14 by State Parties"*, CAT/C/GC/3 (13 dicembre 2012), 2 e ss.

4.4.1 Il nuovo reclamo giurisdizionale dinanzi al Magistrato di Sorveglianza

Il D.L. n. 146 del 23 dicembre 2013 introdusse nell'Ordinamento Penitenziario l'art. 35 *bis*, rubricato <<Reclamo giurisdizionale>>¹²⁷. Il procedimento in questione predispone l'applicazione del rito degli artt. 666 e 678 c.p.p.¹²⁸ per i reclami concernenti le materie dell'art. 69 ord. pen. presentati dinanzi al Magistrato di Sorveglianza¹²⁹. Costui ha la facoltà di ordinare all'amministrazione penitenziaria (o quella diversamente competente) di porre rimedio alla violazione, previo l'accertamento della sussistenza e dell'attualità del pregiudizio. Contro la decisione del Magistrato di Sorveglianza è possibile presentare ricorso per Cassazione, per il solo motivo riguardante la violazione di legge, entro quindici giorni dalla notificazione o comunicazione del provvedimento¹³⁰.

¹²⁷ Art. 35 *bis*, L. 354/1975: <<1. Il procedimento relativo al reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2, del codice di procedura penale, il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste. 2. Il reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a) è proposto nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento. 3. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio. 4. Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge, nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito. 5. In caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. 6. Il magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta: a) ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; c) nomina, ove occorra, un commissario ad acta. 7. Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. 8. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge>>.

¹²⁸ Il detenuto ha oltretutto la facoltà di presentarsi personalmente in udienza.

¹²⁹ Trattasi nello specifico, a seguito dell'intervento additivo della Corte Costituzionale (sent. n. 26 del 1999), di quegli <<atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale>>. Cfr. sull'argomento S. BARTOLE, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, fasc. 1, 190.

¹³⁰ In conformità all'art. 585, co. 1, lett. a), c.p.p.

La novità di maggior rilievo¹³¹, che riguarda proprio il conformarsi dell'Italia alla decisione della Corte EDU, è quella relativa ai vastissimi poteri ora concessi al Magistrato di Sorveglianza, che rendono inequivocabilmente il presente reclamo un rimedio giurisdizionale dotato di profonda effettività¹³². È infatti data la possibilità al ricorrente, una volta che l'ordinanza a suo favore sia passata in giudicato, di presentarsi dinanzi al Magistrato che l'ha emessa per chiederne il giudizio di ottemperanza, potendo ulteriormente presentarsi ricorso per Cassazione contro tale ultimo provvedimento. Evidente, in quest'ultimo caso, l'accoglimento nel sistema penale di un istituto tipico del diritto amministrativo, dovuto ad una precedente applicazione massiccia dello stesso nella prassi giurisprudenziale¹³³.

Qualora decidesse di accogliere la richiesta del ricorrente¹³⁴, il Magistrato di Sorveglianza dispone di tre facoltà: può limitarsi ad ordinare all'amministrazione l'ottemperanza, dovendo però stabilire entro quali limiti, temporali e di modalità, essa dovrà agire per eseguire il provvedimento; può dichiarare la nullità degli atti amministrativi posti in essere in spregio o in netta violazione rispetto al provvedimento; nelle situazioni particolarmente complesse, può nominare un commissario *ad acta*¹³⁵, il quale dovrà poi riferire del suo operato allo stesso Magistrato di Sorveglianza¹³⁶.

Per quanto concerne la figura del commissario *ad acta*, costui è un ausiliario del giudice, il quale può sostituirsi nelle decisioni assunte dall'amministrazione nella

¹³¹ M. BORTOLATO, 'Art. 35-bis – Reclamo giurisdizionale', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 399.

¹³² E. VALENTINI, 'Il reclamo: casi e forme', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 226.

¹³³ A. LUZIO, 'Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell'effettività', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 162.

¹³⁴ Si noti a riguardo come non è fissato alcun termine entro il quale il giudice dovrà presentare la propria decisione (cfr. L'ALTRO DIRITTO ONLUS, *Memoria al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla sentenza Torreggiani e altri contro Italia (ricorso n. 43517/09)*, Università di Firenze, 02.12.2015, 2).

¹³⁵ In conformità a quanto previsto all'art. 69 ord. pen. relativamente ai poteri e alle competenze del Magistrato di Sorveglianza.

¹³⁶ La proposta di legge conteneva originariamente un'ulteriore facoltà in capo al Magistrato di Sorveglianza, il quale poteva anche decidere, previa richiesta di parte, che l'amministrazione pagasse al ricorrente una somma di denaro di massimo 100 euro al giorno per ogni giorno in cui la direzione penitenziaria poneva in essere successive violazioni od inosservanze, o anche solo tardasse ulteriormente nell'esecuzione del provvedimento. Tale decisione avrebbe peraltro costituito titolo esecutivo.

scelta delle soluzioni più adeguate per rimediare alle violazioni di legge. L'unico limite che si pone è quello del giudicato, rimanendo la decisione del giudice come vincolante in quanto a mezzi e obiettivi del suo operato¹³⁷. Tali atti hanno comunque natura giurisdizionale, non amministrativa: sono pertanto reclamabili, senza alcuna formalità, davanti al giudice che ha assunto la decisione sul ricorso¹³⁸.

Non è in ogni caso previsto il potere per il Magistrato di Sorveglianza di predisporre la sospensione dell'eventuale sanzione disciplinare imposta al detenuto, anche in caso di presentazione tempestiva del ricorso¹³⁹. Tale scelta legislativa non appare del tutto comprensibile, soprattutto in considerazione del fatto che il direttore dell'istituto penitenziario può sempre disporre¹⁴⁰, in via cautelare, l'isolamento temporaneo del detenuto qualora sia presentato ricorso contro l'applicazione di una sanzione disciplinare.

4.4.2 Il risarcimento del danno per la violazione dell'articolo 3 della CEDU

Con il D. L. 26 giugno 2014, n. 92, concernente le <<[d]isposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali>>, sono state introdotte due importanti novità, riguardanti un nuovo tipo di risarcimento e la modifica della normativa in materia di custodia cautelare. Quest'ultimo intervento ha modificato l'art. 275 c.p.p., andando ad inserire un co. 2 *bis* a norma del quale <<[n]on può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Non può applicarsi la misura della custodia cautelare in

¹³⁷ F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del processo amministrativo – IV ed.*, Roma, 2015, 1036 ss.

¹³⁸ Cass. Civ., 18.09.2009, n. 20105, Luparelli c Cantoro ed altri, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2272.

¹³⁹ M. BORTOLATO, 'Art. 35-bis – Reclamo giurisdizionale', op. cit., 407.

¹⁴⁰ Purché sussistano ragioni di urgenza, causate dalla necessità di prevenire danni a persone o cose, dall'avvenuto fatto di particolare gravità per l'ordine e la sicurezza dell'istituto penitenziario e infine qualora vi sia pericolo di disordini.

carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni>>.

Il risarcimento di cui si intende trattare invece¹⁴¹, inserito nella legge sull'Ordinamento Penitenziario nel giugno del 2014, costituisce un istituto del tutto particolare e complementare, non dunque alternativo, rispetto a quello previsto dall'art. 35 *bis*. ord. pen.¹⁴² Innanzitutto, fin dalla rubrica dell'art. 35 *ter*¹⁴³ si esplicita come si tratti di <<[r]imedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati>>, imponendosi dunque un ambito estremamente circoscritto e chiaramente dovuto unicamente alla condanna nella sentenza *Torreggiani*¹⁴⁴.

La norma prevede, per coloro detenuti in condizioni inumane e degradanti per un periodo non inferiore ai quindici giorni, la possibilità di proporre un ricorso per ottenere un risarcimento del danno¹⁴⁵. Tale risarcimento assume una natura del tutto

¹⁴¹ Meccanismo da tenere distinto rispetto al risarcimento per *ingiusta* detenzione, cfr. G. DI ROSA, 'La giustizia della pena', in S. CECCHI - G. DI ROSA - T. E. EPIDENDIO (a cura di), *Partire dalla pena: il tramonto del carcere*, Macerata, 2015, 152.

¹⁴² C. MASIERI, 'La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. - Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito', in *Diritto penale contemporaneo*, 22.07.2015, 30.

¹⁴³ Art. 35 *ter*, L. 354/1975: <<1. Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espriare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espriato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espriare ovvero coloro che hanno terminato di espriare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2>>.

¹⁴⁴ Si noti come il legislatore abbia inteso conformarsi a tale pronuncia al punto da imporre che la violazione dell'art. 3 della CEDU sia da definirsi per <<come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo>>.

¹⁴⁵ La dottrina ha evidenziato come, data la tristemente nota inefficienza del sistema di giustizia civile, dovuta al protrarsi per molti anni dei processi, la misura del risarcimento pecuniario potrebbe

peculiare, trattandosi di una riduzione della pena corrispondente ad un giorno per ogni dieci in cui è stata espiata la pena nelle predette condizioni. La *ratio* dietro tale politica legislativa appare di ordine compensativo: avendo il detenuto dovuto sopportare un aggravio ingiustificato di afflittività, la riduzione della pena comporta un riallineamento con il grado di sofferenza racchiuso nella pena che il detenuto avrebbe dovuto scontare¹⁴⁶. Allo stesso tempo, è evidente come una simile misura comporti il vantaggio di ridurre, seppur in minima parte, il sovraffollamento carcerario¹⁴⁷.

Ove non risulti più possibile ridurre la pena, il magistrato, in aggiunta o in alternativa alla misura del primo comma, dovrà liquidare al richiedente una somma pari a 8,00 euro per ogni giorno in cui si è verificato il pregiudizio in esame. Nello stesso modo il giudice sarà obbligato a procedere qualora il pregiudizio vi sia stato, ma questo abbia avuto una durata accertabile inferiore ai quindici giorni.

Ancora una volta viene operato il rinvio all'art. 69 ord. pen., e nello specifico al co. 6, lett. b), che considera che il pregiudizio all'esercizio dei diritti, subito in violazione delle norme sull'ordinamento penitenziario, debba essere attuale e grave. Il co. 3 dell'art. 35 *ter* impone una distinzione tra la situazione di chi è attualmente vittima di un trattamento inumano e degradante, ponendosi la conseguente richiesta di tutela sotto la competenza del Magistrato di Sorveglianza, e quella di chi ha terminato di espiare la propria pena detentiva o ha subito la custodia cautelare in carcere e questa non risulti computabile in detrazione rispetto alla sanzione penale finale, rientrando queste situazioni nella competenza del giudice civile¹⁴⁸.

Il co. 3 si pone in apparente contrasto con l'art. 69 ord. pen. che richiede, come appena menzionato, l'attualità del danno. La giurisprudenza ha ricostruito

dimostrarsi inefficace, ponendosi quindi in contrasto con quanto richiesto dal dispositivo della sentenza *Torreggiani*. Si veda a tal proposito M. DEGANELLO, '*I rimedi risarcitori*', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 270.

¹⁴⁶ G. GIOSTRA, '*Art. 35 ter – Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 416.

¹⁴⁷ Nel solo 2016, risultano essere stati presentati 256 ricorsi *ex art. 35 ter* ord. pen.: cfr. nel dettaglio i rapporti del Ministero della Giustizia, *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia*, 2016, 343 e ANTIGONE E CILD, *Joint Submission to the UN Human Rights Committee Concerning Italy*, Roma, 2017.

¹⁴⁸ In questo secondo caso, è necessario però che l'azione sia proposta entro sei mesi dalla cessazione dello stadio di custodia o detenzione nell'istituto penitenziario. Il procedimento si svolgerà con la forma della pronuncia in camera di consiglio *ex art. 737* e ss. del codice di procedura civile.

unitariamente la fattispecie¹⁴⁹, considerando che la disposizione del primo comma dell'art. 35 *ter* si riferisce evidentemente ad una lesione in corso, e quindi comporta la richiesta di un provvedimento di tipo inibitorio; al contrario, con la seconda parte del co. 2, si è inteso prospettare un rimedio risarcitorio puro, finalizzato a rimediare *ex post* ad una condotta che produceva danni attuali al momento della presentazione della domanda¹⁵⁰. In quest'ultimo caso, la competenza a decidere rimarrebbe in capo al Magistrato di Sorveglianza; tale indirizzo interpretativo è stato recentemente avallato anche dalla Corte di Cassazione¹⁵¹.

I criteri di commisurazione dello sconto di pena o del risarcimento monetario spettante al detenuto che ha subito trattamenti inumani e degradanti sono stati ritenuti insoddisfacenti sia dalla dottrina¹⁵² che dal Consiglio Superiore della Magistratura¹⁵³. I rilievi mossi riguardano la considerazione che sarebbe risultato più adeguato parificare la commisurazione di questo rimedio risarcitorio a quella normativamente già prevista per la liberazione anticipata, pari ad un giorno di riduzione della pena ogni quattro di <<buona condotta>>. È necessario muovere la stessa critica anche relativamente all'indennizzo economico, anche solo in considerazione del fatto che la sola sentenza *Torreggiani* ha imposto una liquidazione di una somma pari a circa il triplo di quanto i ricorrenti avrebbero ottenuto se sottoposti al regime riparatorio dell'art. 35 *ter* ord. pen. Entrambi questi profili potrebbero, secondo il Consiglio Superiore della Magistratura, condurre a <<problemi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della effettività della tutela in relazione al combinato disposto degli artt. 117 co. 1° Cost. e 3 C.e.d.u.>>¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Si veda, *ex multis*, Mag. Sorv. Alessandria, 26.09.2014, ricorrente M.

¹⁵⁰ F. FIORENTIN, 'Ricorso risarcitorio ex art. 3 CEDU: il danno deve essere attuale', in *Persona e danno*, 2014.

¹⁵¹ L. BARONE, 'Il nuovo reclamo ex art. 35-ter ordinamento penitenziario', in *Cassazione Penale* 2016, n. 6 (Supplemento), 345.

¹⁵² Cfr. A. DELLA BELLA, 'Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D. L. 92/2014', in *Diritto penale contemporaneo*, 13.10.2014.

¹⁵³ Il quale si è espresso in tal senso nel parere sul disegno di legge di conversione del D. L. 92/2014.

¹⁵⁴ Ulteriori critiche hanno poi riguardato la considerazione che entrambi i tipi di risarcimento sono in misura fissa, non tenendo cioè conto di alcun criterio soggettivo e/o oggettivo e venendo dunque meno ad un più auspicabile obiettivo di personalizzazione del danno. Si veda, a tal proposito, G. GIOSTRA, 'Art. 35 *ter* – Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati', op. cit., 417.

4.4.3 Il Garante nazionale dei diritti dei detenuti

A causa della situazione di <<straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure per ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario>>, venne istituito, mediante il D. L. n. 146 del 23.12.2013, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale¹⁵⁵.

Tale organo ha visto l'inizio della propria attività soltanto nei primi mesi del 2016, a causa dei ritardi in cui si è incorsi per decidere della nomina del Collegio e della costituzione dell'Ufficio, costituito da persone individuate dal Ministro della Giustizia e posto alle dipendenze del Garante nazionale¹⁵⁶.

L'art. 7 del citato decreto legge dispone che il Garante nazionale sia costituito presso il Ministero della Giustizia, in forma di collegio <<composto dal presidente e da due membri, i quali restano in carica per cinque anni non prorogabili>>. I membri del collegio devono dare assicurazione di indipendenza e competenza nelle materie concernenti i diritti umani, non potendo al contempo ricoprire cariche istituzionali o politiche; nel decidere della loro nomina, è necessario il parere delle competenti commissioni parlamentari.

I principali poteri del Garante nazionale, oltre alla promozione dei rapporti e della collaborazione istituzionali, concernono la vigilanza sull'esecuzione delle misure detentive in carcere e su qualsiasi privazione della libertà personale, perché risultino in conformità con i vincoli internazionali e nazionali di legge, con conseguente potere di visitare le strutture pubbliche e private in cui vi sono persone che subiscono misure limitative della propria libertà personale¹⁵⁷. L'accesso in tali luoghi può avvenire anche senza autorizzazione, purché ciò non arrechi pregiudizio alle eventuali indagini in corso, e con facoltà di richiedere tutta la documentazione inerente¹⁵⁸. A tale riguardo,

¹⁵⁵ Per un approfondimento sugli istituti europei che hanno ispirato il modello italiano di Garante nazionale per i detenuti, G. DI ROSA, *Il garante dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014, 127 e ss.

¹⁵⁶ Come spiegato sul sito del Garante nazionale stesso, disponibile presso <<<http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/chisiamo.page>>>.

¹⁵⁷ È possibile suddividere i luoghi in questione in quattro macro-aree: penale, della sicurezza, del controllo delle migrazioni, sanitaria (cfr. M. PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Camera dei Deputati, 21.03.2017, 5).

¹⁵⁸ Qualora l'amministrazione penitenziaria o del luogo di limitazione della libertà personale rifiuti di presentare una risposta in merito alla richiesta di documentazione, il Garante nazionale può adire entro trenta giorni il Magistrato di Sorveglianza competente affinché questi emetta un ordine di esibizione.

il Garante nazionale può prendere visione degli atti del fascicolo della persona detenuta e dei documenti in generale attestanti le condizioni di detenzione.

A seguito della propria ispezione, il Collegio dell'organo può formulare raccomandazioni per l'amministrazione interessata qualora riscontri violazioni di legge o rilevi la fondatezza di istanze e reclami presentati ai sensi dell'art. 35 ord. pen.¹⁵⁹ Il Garante nazionale è infine tenuto a presentare annualmente una relazione sull'attività svolta ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato, e al Ministro dell'Interno, oltre che al Ministro della Giustizia¹⁶⁰. Per quanto concerne il rapporto che deve presentare alle istituzioni, è evidente come il Garante potrà fare uso di tale strumento per <<sollecitare l'adozione dei provvedimenti necessari a livello legislativo e regolamentare>>¹⁶¹.

Il Garante nazionale non si inquadra dunque nel sistema decisionale, svolgendo invece una funzione extra-giurisdizionale¹⁶², vivendo in strettissimo contatto con le istituzioni europee ed internazionali di riferimento in materia penitenziaria, penale e di tutela dei diritti umani fondamentali¹⁶³. L'istituzionalizzazione di tale organo è al contempo conforme al disposto della sentenza *Torreggiani* ed un (tardivo) adempimento dell'obbligo di creare un meccanismo indipendente di questo genere, gravante sugli Stati in conformità al Protocollo opzionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura¹⁶⁴.

Come testimoniato dalla relazione presentata al Parlamento il 21 marzo 2017¹⁶⁵, nel suo primo anno di attività il Garante nazionale e il relativo Ufficio hanno svolto, tra le loro varie attività, un numero di trentacinque visite tra gli istituti

¹⁵⁹ L'amministrazione interessata può decidere di non adeguarsi a tali raccomandazioni, dovendo però presentare nel termine perentorio di trenta giorni il proprio dissenso motivato.

¹⁶⁰ Testo completo della norma disponibile presso: <<[¹⁶¹ C. FIORIO, 'Garante nazionale dei dritti delle persone detenute o private della libertà personale', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA \(a cura di\), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 1236.](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2013-12-23;146!vig=>>.</p></div><div data-bbox=)

¹⁶² L. CESARIS, 'Quali garanzie per il garante dei detenuti?', in *Archivio penale*, 2016, n. 2, 564-569.

¹⁶³ L. SCOMPARIN, 'Il garante nazionale', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 284.

¹⁶⁴ *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (adottato il 18.12.2002, entrato in vigore il 22.06.2006), 2375 UNTS 237, art. 1: <<*The objective of the present Protocol is to establish a system of regular visits undertaken by independent international and national bodies to places where people are deprived of their liberty, in order to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*>>.

¹⁶⁵ M. PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, op. cit.

penitenziari italiani, trattando 108 reclami *ex art. 35* ord. pen. e considerando 126 segnalazioni¹⁶⁶. Nel rapporto, si evidenzia come la situazione di sovraffollamento carcerario abbia registrato un miglioramento¹⁶⁷, il quale tuttavia non è ancora sufficiente per ritenere il problema superato: a fronte di 45.509 posti attualmente disponibili, le carceri italiane registrano un numero di detenuti pari a 55.827, con picchi fino al 300% di sovrannumero rispetto alla capienza massima in alcuni istituti penitenziari¹⁶⁸.

5. PROFILI DI CRITICITÀ DEL REGIME DEL <<CARCERE DURO>> IN RELAZIONE ALL'ARTICOLO 3 CEDU

5.1 L'ambito applicativo dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario

Introdotta nel 1992 come reazione alla strage di Capaci¹⁶⁹, l'art. 41 *bis* dell'Ordinamento Penitenziario regola i <<casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza>> e descrive il regime detentivo che ne consegue¹⁷⁰. A norma dei primi due commi, il c.d. <<regime di carcere duro>> è imposto dal Ministro della

¹⁶⁶ Di questi, dodici interventi furono programmati in ambito regionale e ventitré eseguiti *ad hoc*, sul modello delle visite dell'ECPT.

¹⁶⁷ Un parallelo avanzamento positivo non si è avuto per il profilo qualitativo della detenzione: <<[i]l carcere è ancora troppo spesso luogo di sofferenza aggiuntiva, oltre a quella intrinseca alla privazione della libertà personale, per le persone che vi sono ristrette; è simmetricamente luogo di difficoltà operativa e disagio per chi vi lavora>> (così M. PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, op. cit., 7-8).

¹⁶⁸ M. PALMA, ult. op. cit., 7: in particolare, tale situazione si verifica nelle sezioni femminili delle case circondariali, <<confermando anche sotto questo aspetto l'accentuata disattenzione al genere che caratterizza negativamente i sistemi detentivi, incluso il nostro>>. Da segnalare come la situazione nel 2012 era ben peggiore, arrivandosi nel carcere di Bari ad ospitare addirittura undici detenuti in uno spazio di 19,60 m², con uno spazio a persona di 1,78 m²: *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 32, 19.11.2013, §48.

¹⁶⁹ Sull'evoluzione dell'art. 41 *bis*, si rimanda all'analisi dettagliata di A. DELLA BELLA, 'Il regime detentivo speciale *ex art. 41-bis*, comma 2, O.P.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona', in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 117 e ss.

¹⁷⁰ Art. 41-*bis*: <<1. In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro della giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto [...] >>.

Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno, mediante decreto motivato che compri le ragioni di ordine e di sicurezza pubblica a fondamento della decisione e la durata <<strettamente necessaria>> perché sia ripristinata una situazione di normalità¹⁷¹. Il provvedimento ha una durata di quattro anni ed è prorogabile ulteriormente ogni due anni qualora risulti che <<la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno>>¹⁷².

Il regime di cui si tratta comporta la sospensione delle norme abituali concernenti detenuti ed internati. In particolare, tali restrizioni saranno imposte a quanti privati della libertà personale in relazione ai gravissimi delitti riguardanti le associazioni di tipo mafioso, criminale, terroristico o eversivo. La *ratio* della norma è quindi quella di evitare che le persone accusate di tali reati possano mantenere i collegamenti con i propri associati e porre in pericolo l'incolumità e l'ordine pubblico.

Ai sensi del co. 2 *quinquies*, il detenuto o l'internato può proporre reclamo avverso il procedimento in esame entro venti giorni dalla comunicazione della decisione. La decisione sul reclamo, il quale non sospende l'esecuzione del provvedimento in nessun caso, è assunta esclusivamente dal Tribunale di Sorveglianza di Roma entro dieci giorni¹⁷³.

5.2 Le restrizioni imponibili rispetto all'ordinario trattamento penitenziario

Il co. 2 *quater* dell'art. 41 *bis* ord. pen. delinea in modo estremamente approfondito e tassativo quali sono le limitazioni e le deroghe, in relazione al

¹⁷¹ È fatto obbligo, al co. 2 *bis*, di sentire l'ufficio del Pubblico Ministero competente per le indagini preliminari o quello presso il giudice procedente e di acquisire le necessarie informazioni presso la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e ogni altro organo competente.

¹⁷² A tal fine dovranno considerarsi una serie di fattori, quali la posizione rivestita dal soggetto nell'associazione, dell'operatività della stessa non venuta meno, dei risultati del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari, non risultando sufficiente l'elemento del decorso di un certo periodo di tempo.

¹⁷³ Il procedimento si svolge con decisione in camera di consiglio, adottata nelle forme delineate dagli artt. 666 e 678 c.p.p.

trattamento penitenziario ordinario per come descritto dalla L. 354/1975, che possono essere imposte a quanti sono posti nel regime del c.d. <<carcere duro>>¹⁷⁴.

Innanzitutto, vi è un obbligo gravante sull'amministrazione penitenziaria di isolare i detenuti sottoposti a tale regime in strutture a loro dedicate o, in mancanza, a sezioni specializzate degli istituti penitenziari preesistenti, con la costante custodia effettuata da reparti *ad hoc* della polizia. L'elemento della sicurezza e della conseguente sorveglianza speciale sono richiesti sia rispetto al mondo interno che a quello esterno al carcere, dovendosi prevenire del tutto la comunicazione con membri della propria o di altra associazione criminosa.

Come conseguenza, ad ogni detenuto è permesso un solo colloquio al mese con familiari e conviventi, in locali che impediscano la consegna di oggetti di alcun tipo e dotati di sorveglianza audiovisiva attraverso strumenti che permettano la registrazione. La norma, nella sua struttura originaria, poneva limitazioni anche

¹⁷⁴ Art. 41 *bis*, co. 2 *quater*: <<I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate; b) la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque video-registrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia; f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi [...] >>.

rispetto ai colloqui con i difensori, i quali potevano aversi sino ad un massimo di tre volte al mese, fossero essi telefonici o personali.

Altre limitazioni poi potranno essere imposte riguardo in materia di somme di denaro e di oggetti già in proprio possesso o provenienti dall'esterno e in merito alla corrispondenza, la quale viene sottoposta a controllo e censura, salvo che sia proveniente o diretta a parlamentari o ad autorità, nazionali o europee, di tutela dei diritti e concernenti la giustizia. Infine, ulteriori restrizioni concernono la vita sociale nell'istituto penitenziario, mediante la limitazione della permanenza all'aperto¹⁷⁵ e l'impedimento della comunicazione e dello scambio di beni di tutti i tipi tra <<detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità>>.

5.3 Potenziali violazioni del divieto di sottoporre chiunque a trattamenti inumani o degradanti

Nell'analisi di tale tematica è opportuno partire dal già menzionato rapporto del Garante nazionale per i detenuti al Parlamento del marzo 2017.

In tale relazione, è esposto come al 24 gennaio 2017 vi fossero 729 persone sottoposte al regime dell'art. 41 *bis* ord. pen., sulla cui situazione il Garante ha espresso l'intenzione di redigere un apposito rapporto, <<verificando la corrispondenza di ogni misura imposta alle finalità specifiche perseguite e il loro non proporsi come misure meramente afflittive>>¹⁷⁶. L'organismo di tutela ha già segnalato però come la misura del carcere duro finisca spesso per sovrapporsi con le previsioni dell'art. 32 del suo Regolamento di esecuzione¹⁷⁷, che comporta la sanzione disciplinare, afferente dunque alla regolamentazione della vita in carcere, della separazione per ragioni cautelari,

¹⁷⁵ Nello specifico, i detenuti in regime di 41 *bis* potranno incontrarsi in non più di quattro persone alla volta, con una permanenza all'esterno non superiore alle due ore al giorno.

¹⁷⁶ M. PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, op. cit., 10.

¹⁷⁷ Art. 32 d.P.R., 30.06.2000, n. 230: Assegnazione e raggruppamento per motivi cautelari: <<1. I detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele. 2. La permanenza dei motivi cautelari viene verificata semestralmente. 3. Si cura, inoltre, la collocazione più idonea di quei detenuti ed internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni. Sono anche utilizzate apposite sezioni a tal fine, ma la assegnazione presso le stesse deve essere frequentemente riesaminata nei confronti delle singole persone per verificare il permanere delle ragioni della separazione delle stesse dalla comunità>>.

incidendo duramente sui diritti di persone che già vedono gravemente limitate le proprie libertà in prigione.

La giurisprudenza della Corte EDU si è già confrontata in diverse occasioni con le tematiche di cui si tratta, risalendo il primo caso in materia al 1981¹⁷⁸. I giudici di Strasburgo individuarono fin da subito il nodo cruciale della questione, ossia fino a che punto i diritti fondamentali della persona possano soccombere dinanzi ad esigenze di sicurezza nazionale. Nel caso di specie, i ricorrenti, condannati per terrorismo, erano ospitati in isolamento, sotto sorveglianza continua mediante televisioni a circuito chiuso e con il divieto di avere accesso a giornali e radio, nonché di uscire all'aperto per fare dell'esercizio fisico¹⁷⁹.

Nella sentenza è possibile leggere come tali condizioni di detenzione furono ritenute trattamenti inumani e degradanti in quanto capaci di <<distruggere la personalità e causare serie sofferenze mentali e fisiche>>, conseguenze accentuate dal completo isolamento sensoriale e sociale. Tale ultima condizione è da tenere distinta dall'impedire l'associazione con altri detenuti, comportamento ritenuto invece lecito in relazione all'art. 3 CEDU, in quanto consente degli incontri con i familiari, i propri avvocati e il personale penitenziario, oltre all'accesso al mondo esterno mediante i giornali, la radio e la televisione¹⁸⁰.

Per quanto concerne nello specifico l'Italia, la Corte EDU ha sinora valutato diverse richieste dei ricorrenti che lamentavano come il regime del 41 *bis* costituisse, di per sé, una forma di tortura o in ogni caso di trattamento inumano o degradante. Già nel caso *Natoli*¹⁸¹, la Corte ha dapprima evidenziato come il <<carcere duro>> costituisca una misura compatibile con un regime democratico; in seguito, ha ritenuto che non vi fosse alcuna violazione dell'art. 3 CEDU, per poi accogliere le doglianze del ricorrente in merito alla violazione dell'art. 8 CEDU¹⁸², concernente il diritto a

¹⁷⁸ *Kröcher and Möller v Switzerland*, ECtHR, Judgement of the Plenary Commission, 09.07.1981, n. 8463/78.

¹⁷⁹ *Kröcher and Möller v Switzerland*, ECtHR, Judgement of the Plenary Commission, *ivi* §50-55.

¹⁸⁰ P. VAN DIJK - G. J. H. HOOF - G. J. H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, L'Aia, 1998, 142-143.

¹⁸¹ *Natoli v Italy*, ECtHR, Judgement, 09.01.2001, n. 26161/95.

¹⁸² Art. 8 CEDU: <<Right to respect for private and family life: 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others>>.

mantenere la segretezza della corrispondenza¹⁸³. Una seconda decisione fondamentale in materia è la sentenza *Enea*, nella quale la Corte EDU, pur non ritenendo sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU nel caso di specie, affermò come generalmente vi è la possibilità che determinate restrizioni, le quali devono però essere applicate per un periodo di tempo <<esteso>>¹⁸⁴, costituiscano trattamento inumano o degradante. A tal fine, sarà determinante considerare, *inter alia*, se il rinnovo o la proroga della misura siano adeguatamente giustificati o meno¹⁸⁵.

Il mancato adattamento dell'Italia agli *standard* internazionali relativamente allo speciale regime carcerario in esame è stato evidenziato anche al livello delle Nazioni Unite, mediante il suo Gruppo di lavoro sulle detenzioni arbitrarie. In particolare, l'organismo condannò nel 2014 il mancato intervento del Governo per prevedere rimedi adeguatamente efficienti e rapidi per la revisione dei decreti che impongono o rinnovano tali misure, elogiando invece l'operato della Corte Costituzionale nella sua pronuncia riguardante il diritto all'accesso alla difesa tecnica di parte¹⁸⁶, di cui a breve.

A tal proposito, si segnala come in relazione all'art. 41 *bis* ord. pen. siano intervenute una serie di pronunce concernenti la costituzionalità di alcune sue disposizioni: in particolare, la Corte ha utilizzato quattro sentenze interpretative di rigetto, ritenendo che una serie di norme fossero già interpretabili alla luce dei dettati

¹⁸³ D. ANAGNOSTOU, *European Court of Human Rights: Implementing Strasbourg's Judgments on Domestic Policy*, Edimburgo, 2013, 57.

¹⁸⁴ La Corte EDU non identificò però a quanto dovesse ammontare tale estensione temporale.

¹⁸⁵ *Enea v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 17.09.2009, n. 74912/01, §64: <<*The Court accepts that, generally speaking, the extended application of certain restrictions may place a prisoner in a situation that could amount to inhuman or degrading treatment. However, it cannot define a precise length of time beyond which such a situation attains the minimum threshold of severity required to fall within the scope of Article 3. On the contrary, the length of time must be examined in the light of the circumstances of each case; this entails, inter alia, ascertaining whether the renewal or extension of the restrictions in question was justified or not*>>. La Corte menziona qui come di riferimento la giurisprudenza *Argenti v Italy*, ECtHR, Judgement, 10.11.2005, n. 56317/00, §21.

¹⁸⁶ Comunicato stampa dell'Ufficio dell'Alto Commissariato dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, *UN expert body calls for action to end over-incarceration and to protect rights of migrants*, Ginevra, 11.07.2014, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14853&#sthash.mK14hZyu.dpuf>: <<[t]he expert noted that the special detention regime for mafia offenders under article 41 bis of the Law on the Penitentiary System has not yet been brought in compliance with international human rights requirements. While welcoming the Constitutional Court judgment on access to defense counsel, the Working Group regretted that the Government had so far not undertaken any measures to sufficiently strengthen and expedite the judicial review of the orders imposing or extending this form of detention>>.

della Costituzione¹⁸⁷. I giudici costituzionali hanno dunque stabilito : (i) che il Ministro della Giustizia può sospendere solo le regole e gli istituti del diritto penitenziario che già <<appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione [carceraria] e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto>>¹⁸⁸; (ii) che i decreti adottati dal Ministro sono sottoponibili alla cognizione del giudice ordinario, nello specifico dinanzi al tribunale di sorveglianza con la procedura del reclamo di cui all'art. 14 *ter* ord. pen.¹⁸⁹; (iii) che i provvedimenti in questione sono disapplicabili dal giudice, del tutto o anche solo parzialmente¹⁹⁰; (iv) che non è mai del tutto possibile sopprimere o sospendere i diritti concernenti il trattamento penitenziario e, nello specifico, <<le attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità>>, nonostante le finalità di ordine e sicurezza perseguite¹⁹¹.

Più recentemente, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41 *bis* nella parte in cui prevedeva che i colloqui con i difensori tecnici di parte avvenissero <<fino ad un massimo di tre volte alla settimana, [mediante] una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari>>¹⁹². I giudici ravvisarono un contrasto sia con l'art. 24 della Costituzione che con l'art. 6, par. 3, lett. c) della CEDU¹⁹³, sulla scorta del ragionamento secondo cui <<il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica>>¹⁹⁴.

Questo intervento, come già accennato, è stato accolto con grande favore a livello internazionale e non solo: come ricorda ancora la Corte Costituzionale, <<l'applicazione dell'articolo 41-bis non può equivalere [...] a riconoscere una categoria di detenuti che sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di

¹⁸⁷ L. CESARIS, 'Art. 41 bis – Situazioni di emergenza', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 445.

¹⁸⁸ Corte Cost., 28.07.1993, n. 349.

¹⁸⁹ Corte Cost., 28.07.1993, n. 349.

¹⁹⁰ Corte Cost., 18.10.1996, n. 351.

¹⁹¹ Corte Cost., 05.12.1997, n. 376.

¹⁹² Corte Cost., 20.06.2013, n. 143.

¹⁹³ Art. 6 CEDU: <<*Right to a fair trial*: [...] 3. *Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights*: [...] (c) *to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require* [...] >>.

¹⁹⁴ Si veda a riguardo, *ex multis*, *Asciutto v Italy*, ECtHR, Judgement, 27.11.2007, n. 35795/02; *Zagaria v Italy*, ECtHR, Judgement, 27.11.2007, n. 58295/00; *Rybacki v Poland*, ECtHR, Judgement, 13.01.2009, n. 52479/99.

risocializzazione>>>¹⁹⁵. Da ciò si ricava che il regime di cui si discorre, per quanto possa porsi come estremamente restrittivo delle libertà del detenuto, in considerazione dei beni giuridici che intende tutelare, non potrà mai restringere quei diritti fondamentali degli esseri umani che si esprimono in bisogni primari quali il fornire loro una nutrizione adeguata, un buon *standard* di igiene e la possibilità di stare all'aria aperta¹⁹⁶.

Oltretutto, nella realtà dei fatti, si riscontra spesso una differenza *in peius* tra quanto previsto dall'Ordinamento Penitenziario e il regime effettivamente applicato in carcere, tanto da potersi parlare di <<disumana amplificazione della pena>>¹⁹⁷. Si consideri ad esempio il caso delle visite permesse e teoricamente sottoposte alla sola restrizione della videosorveglianza: in tutte le strutture specializzate per ospitare detenuti sottoposti a questo regime è aggiunto un vetro separatore e i lunghi tempi della burocrazia, particolarmente complessa in relazione al 41 *bis*, comporta il disagio per i familiari del detenuto di dover aspettare molte ore, aggiungendosi spesso per loro il divieto di visite il sabato e la domenica¹⁹⁸.

Conclusivamente, dunque, è necessario osservare come le esigenze di sicurezza nazionale e di tutela dell'ordine pubblico debbano sempre tenere in considerazione ed in bilanciamento i diritti fondamentali dei detenuti, onde evitare che condotte e restrizioni legittime si trasformino in <<comportamenti vessatori o comunque lesivi della dignità personale e degli altri diritti irrinunciabili della persona>>¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Così ancora Corte Cost., 05.12.1997, n. 376.

¹⁹⁶ L. CESARIS, 'Art. 41 bis – Situazioni di emergenza', op. cit., 447.

¹⁹⁷ L. KALB, 'Per un effettivo recupero di <<umanità>> nella esecuzione penale', op. cit., 3.

¹⁹⁸ Tali problematiche sono state riscontrate in S. MARETTI, 'Prison conditions in Italy', in *European Prison Observatory*, Roma, settembre 2013, 22.

¹⁹⁹ S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, 28.

CAPITOLO QUARTO

LE MISURE ALTERNATIVE E SOSTITUTIVE ALLA PENA DETENTIVA COME RIMEDIO AL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

1. PREMESSA

Nel discorso sinora affrontato, si è analizzato come l'Italia abbia tentato di porre rimedio a quegli inadempimenti, di carattere sia legislativo che esecutivo, relativamente al quadro degli obblighi internazionali ed europei su di essa gravanti da diversi anni.

Per rispondere alle violazioni sistematiche dell'art. 3 della CEDU e a seguito della sentenza *Torreggiani* e delle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹, il legislatore ha adottato dei rimedi ulteriori rispetto a quelli analizzati nel terzo Capitolo, con la speranza che possano costituire delle soluzioni che si dimostrino efficaci nel lungo termine.

Il tema di cui si intende trattare nella parte conclusiva di questo lavoro concerne dunque le misure sostitutive ed alternative alla pena eseguita negli istituti penitenziari, prendendo in considerazione sia quanto esistente fino al 2013 sia le recentissime novità introdotte a seguito della condanna di Strasburgo.

Il fine di tali misure è evidentemente quello di riportare la popolazione carceraria ad un numero adeguato in considerazione delle capienze massime delle strutture detentive italiane, oltre a tentare di prevenire una recidiva nella commissione di illeciti da parte dei già condannati e una diminuzione dei suicidi dovuti alle condizioni di malessere psicofisico.

È infatti necessario evidenziare come, dopo il netto miglioramento constatato nel biennio successivo alla sentenza *Torreggiani*, nel 2016 e nel 2017 sia andato registrandosi nuovamente un *trend* negativo di aumento della popolazione carceraria, come evidenziato nel tredicesimo rapporto dell'Associazione Antigone sulle

¹ Il riferimento è alla Raccomandazione REC/99/22 del Consiglio d'Europa.

condizioni di detenzione², pubblicato nel maggio 2017. Ad una diminuzione dei reati commessi, è corrisposto un incremento sproporzionato della popolazione detenuta, che nel solo semestre del 31 ottobre 2016 – 30 aprile 2017 ha visto un incremento di 1.524 persone, per un totale di 56.436 ristretti e un sovrannumero pari al 112,8% rispetto alla capienza massima consentita. Se tale tasso di crescita dovesse mantenersi costante nei prossimi anni, entro il 2020 si potrebbe arrivare ad un numero senza precedenti di 67.000 detenuti³.

Solo una seria considerazione delle misure alternative e sostitutive della detenzione, siano essi già esistenti o introdotte a seguito delle condanne di Strasburgo, da parte di tutte le figure implicate nella commisurazione e nell'esecuzione della pena potrà consentire all'Italia di uscire da quella situazione di prolungato trattamento inumano e degradante nei confronti dei detenuti, consentendo loro un recupero della tutela dei propri diritti fondamentali.

2. LE MISURE SOSTITUTIVE DELLA PENA DETENTIVA

2.1 Profili generali

Nell'ordinamento italiano, le pene sostitutive di quella detentiva sono attualmente cinque: le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, ossia la pena pecuniaria, la semidetenzione e la libertà controllata; il lavoro di pubblica utilità; l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato⁴.

A differenza di quanto avviene, come si vedrà, per le misure alternative, le sanzioni di natura sostitutiva sono impartite dal giudice della fase della cognizione e dopo aver stabilito sia la responsabilità penale dell'individuo che la pena applicabile in concreto, posta la sussistenza dei vari requisiti imposti dalla legge. Concernendo

² ANTIGONE, *Torna il carcere: XIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, Roma, 25.05.2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>>>.

³ A. SCANDURRA, 'Il ritorno del sovraffollamento', in ANTIGONE (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>>>.

⁴ M. CANEPA E S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Roma, 2010, 399.

dunque la fase in cui è necessario individuare le conseguenze punitive del reato accertato, le misure di cui si tratta attengono ai cc.dd. benefici sanzionatori⁵.

Per quanto concerne più nello specifico la loro natura giuridica, secondo la corrente dottrina maggioritaria si tratterebbe di pene a tutti gli effetti, essendo dotate di un'autonomia rispetto alla sanzione di tipo detentivo e di un preciso contenuto punitivo. La dottrina minoritaria sostiene come si tratti piuttosto di istituti sospensivi puri, trattandosi di un vantaggio potenzialmente temporaneo per l'individuo, potendosi infatti avere una reviviscenza della sanzione a carattere detentivo in caso di trasgressione del regime creato mediante le pene sostitutive⁶.

È ora opportuno analizzare nel dettaglio ciascuna di queste misure, di cui purtroppo si registra ancora un uso troppo esiguo da parte dei magistrati italiani⁷.

2.2 Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi

Con l'art. 53 della L. 24.11.1981, n. 689⁸ viene regolato il regime applicativo delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, ossia la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria⁹.

Nello specifico, una volta accertata la responsabilità penale del soggetto imputato e stabilita la pena in concreto applicabile al caso di specie, al giudice si presenta la facoltà di sostituire la pena detentiva di durata non superiore ai due anni con il regime semidetentivo, quella non maggiore di un anno con la libertà controllata, ed infine quella non superiore ai sei mesi con la pena pecuniaria. A norma dello stesso art. 53, il magistrato dovrà motivare la decisione di avvalersi del potere sostitutivo, potendo anche decidere di infliggere tale tipo di sanzione per alcuni dei reati per i quali

⁵ L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, 415.

⁶ Tali posizioni sono evidenziate da L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, ult. op. cit., 321.

⁷ G. FIANDACA, 'Il 3° comma dell'art. 27', op. cit., 308.

⁸ Come da ultimo modificata dal D. L. n. 91 del 24.06.2014.

⁹ Art. 53, L. 689/1981: <<1. Il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna, quando ritiene di dovere determinare la durata della pena detentiva entro il limite di due anni, può sostituire tale pena con quella della semidetenzione; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di sei mesi, può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente. [...] 4. Nei casi previsti dall'art. 81 del codice penale, quando per ciascun reato è consentita la sostituzione della pena detentiva, si tiene conto dei limiti indicati nel primo comma soltanto per la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave. Quando la sostituzione della pena detentiva è ammissibile soltanto per alcuni reati, il giudice, se ritiene di doverla disporre, determina, al solo fine della sostituzione, la parte di pena per i reati per i quali opera la sostituzione>>.

l'imputato è stato condannato qualora non sia ammissibile per tutti gli illeciti commessi dal reo.

Nello stabilire la sanzione sostitutiva, il giudice dovrà sempre tenere conto dei criteri direttivi fissati dall'art. 133 c.p. e, in considerazione del suo prudente apprezzamento, dovrà scegliere la pena che si presti maggiormente a favorire il reinserimento sociale del reo qualora si presenti una situazione di concorrenza tra più sanzioni sostitutive¹⁰. Tale sostituzione, essendo come già detto una facoltà, non potrà avvenire qualora il giudice <<presum[a] che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato>>¹¹.

Da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recentemente stabilito¹² come le misure di cui si tratta non possano essere automaticamente applicate dal giudice di appello, rendendosi invece necessaria un'apposita ed espressa richiesta da parte del ricorrente, in conformità ad una lettura restrittiva e tassativa dell'art. 597, co. 5, c.p.p.¹³ Tale lettura sembra tuttavia porsi in contrasto con lo scopo di garantire un largo uso delle misure sostitutive della pena detentiva, anche in considerazione degli obiettivi perseguiti da tali istituti in materia di decongestionamento delle strutture penitenziarie¹⁴.

2.2.1 La pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva e le conseguenze della conversione per insolvenza

L'art. 53, co. 2, L. 689/1981, prevede la procedura di determinazione della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva. Nello specifico, il giudice dovrà valutare il valore economico giornaliero il cui pagamento sarà imposto al condannato, moltiplicandolo poi per i giorni di pena da espiare in carcere che sarebbero spettati allo

¹⁰ Dovendo, naturalmente, presentare una adeguata motivazione che giustifichi la sua scelta.

¹¹ Questo il disposto dell'art. 58, L. 689/1981.

¹² Cass., Sez. Unite, 17.03.2017, n. 12872.

¹³ Art. 597, co. 5, c.p.p.: <<Con la sentenza possono essere applicate anche di ufficio la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e una o più circostanze attenuanti; può essere altresì effettuato, quando occorre, il giudizio di comparazione a norma dell'articolo 69 del codice penale>>.

¹⁴ Si veda in tal senso A. LARUSSA, 'Sanzioni sostitutive applicabili in appello solo se richieste', in *Diritto penale contemporaneo*, 10.04.2017.

stesso, tenendo conto anche della condizione economica del reo e dei suoi familiari¹⁵. In merito allo stato finanziario dell'individuo, è richiesta l'applicazione dell'art. 133 *ter* c.p., a norma del quale il giudice può disporre il pagamento rateale della multa o dell'ammenda, con rate comprese tra un numero di 3 e 30, le quali siano singolarmente non inferiori a euro 15; resta la facoltà per il condannato di estinguere il proprio debito in un'unica soluzione in qualsiasi momento.

A seguito della pronuncia della Corte Costituzionale¹⁶, che ha dichiarato incostituzionale¹⁷ il previgente art. 136 c.p., il quale prevedeva che qualora il condannato non avesse potuto pagare la pena pecuniaria per insolvibilità, questa si sarebbe trasformata nella pena detentiva¹⁸, il legislatore del 1981 ha dovuto colmare tale lacuna. La L. n. 689/1981 ha dunque previsto che la pena pecuniaria dell'insolvente si converta nella libertà controllata, ai sensi dell'art. 102 della stessa, per un massimo di un anno e sei mesi di attuazione¹⁹, o nel lavoro sostitutivo, come previsto dall'art. 105, previa richiesta del condannato. A seguito di due pronunce dei giudici costituzionali²⁰, i criteri di ragguglio tra le misure sono stati ridisegnati rispetto all'originaria previsione dall'art. 102, assestandosi attualmente ad una corrispondenza di un giorno di libertà controllata ogni 250 euro o loro frazione di pena pecuniaria, in conformità a quanto stabilito dall'art. 135 c.p., secondo l'ultima modifica avvenuta nel 2009²¹.

La misura del lavoro sostitutivo²² si concretizza nell'obbligo per il reo di svolgere tale attività nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di quelli <<che operano nel settore dell'assistenza, della protezione civile o della tutela

¹⁵ Aggiunge a tale riguardo l'art. 53: << [...] Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'articolo 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare>>.

¹⁶ Corte Cost., 21.11.1979, n. 131.

¹⁷ Tale articolo creava infatti una violazione del principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. sulla base delle condizioni economiche e sociali del condannato.

¹⁸ Nello specifico, il massimo corrispondeva a tre anni in caso di reclusione e a due anni in caso di arresto.

¹⁹ O per un massimo di nove mesi qualora la pena convertita sia quella derivante da un'ammenda.

²⁰ Corte Cost., 21.06.1996, n. 206; Corte Cost., 12.01.2012, n. 1, con illegittimità sopravvenuta a partire dal giorno 08.08.2009.

²¹ Art. 135 c.p., Ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive: <<Quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva>>.

²² Tale misura è prevista anche come sanzione automatica in caso di violazione degli artt. 186 (Guida sotto l'influenza di alcol) e 187 (Guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti) del Codice della Strada e dell'art. 73, co. 5 *bis* e 5 *ter* del d.P.R. n. 309/1990 (concernente il reato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope).

dell'ambiente, previa stipulazione da parte del Ministero della Giustizia, che può delegare il magistrato di sorveglianza, di speciali convenzioni>>²³. La prestazione in questione è a favore della collettività e non può mai essere retribuita. Non può inoltre avere una durata complessiva superiore a sessanta giorni (art. 103, L. 689/1981) e deve svolgersi una volta a settimana, salvo una richiesta di un incremento della frequenza settimanale da parte del condannato, nel territorio della provincia di residenza del soggetto (art. 105, L. 689/1981).

La dottrina ha ritenuto che il giudice, nel decidere di imporre il lavoro sostitutivo, dovrà tenere in considerazione i criteri di cui all'art. 133 c.p. perché sia raggiunto il fine rieducativo della pena, dovendo invece considerare altre misure <<laddove non ritenga che la misura sia consona, per il contesto oggettivo e soggettivo, alle esigenze della pena>>²⁴. Tale indirizzo interpretativo è in contrasto con quanto sostenuto invece dalla giurisprudenza della Cassazione, che si è pronunciata nel senso che <<è inibita al giudice ogni valutazione circa l'idoneità della misura ad assolvere o meno la funzione rieducativa>>²⁵.

L'art. 109 della L. 689/1981 prevede, infine, l'introduzione nel Codice Penale dell'art. 388 *ter*, il quale dispone che, qualora un individuo compia atti di simulazione o in frode alla legge per occultare la propria capienza patrimoniale, e quindi sottrarsi al pagamento della pena pecuniaria, contro di questi sarà presentata un'ingiunzione affinché adempia. Qualora non sia ottemperato tale provvedimento, il soggetto sarà punibile con la reclusione compresa fra i sei mesi e i tre anni²⁶.

²³ L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 442. Tali convenzioni sono state determinate mediante un decreto del Ministero della Giustizia del 26.03.2001.

²⁴ L. DEGL'INNOCENTI, *Il lavoro di pubblica utilità*, Roma, 2013, 45.

²⁵ Cass., Sez. III, 07.11.2012, n. 20726, Cinciripini. La pronuncia in questione riguardava tuttavia uno dei casi di applicazione diretta, non via sostitutiva, in merito ad una violazione del Codice della Strada, rimanendo pertanto dubbio se tale principio possa estendersi, a parere dei giudici della Cassazione, anche agli istituti di cui qui si tratta.

²⁶ Art. 388 *ter* c.p., Mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie: <<Chiunque, per sottrarsi all'esecuzione di una multa o di una ammenda o di una sanzione amministrativa pecuniaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi nei termini all'ingiunzione di pagamento contenuta nel precetto, con la reclusione da sei mesi a tre anni>>.

2.2.2 I regimi di semidetenzione

Benché il nostro ordinamento abbia regolato il regime di semidetenzione come una forma di sostituzione della pena detentiva, una parte della dottrina ritiene l'istituto in questione da annoverare tra le misure alternative, anche in considerazione delle affinità con altre regolamentazioni di ambito europeo ed internazionale²⁷. Lo strumento in parola comporta infatti una attenuazione rispetto alla detenzione ordinaria, allargando notevolmente lo spazio di libertà personale concessa al condannato²⁸ che risponda alle condizioni di cui sopra.

In particolare, la semidetenzione è regolata dall'art. 55, L. 689/1981, a norma del quale al condannato è imposto di trascorrere quantomeno dieci ore al giorno negli spazi previsti dall'art. 48, co. 2, della legge sull'Ordinamento Penitenziario, ossia in <<istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari>>²⁹, essendo oltretutto concesso di indossare abiti civili³⁰. Nello stabilire sia il numero di ore di permanenza nell'istituto che la scelta del luogo in cui deve essere eseguita la semidetenzione, il magistrato dovrà tenere in considerazione delle comprovate <<attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale>>³¹ che il condannato dovrà svolgere. La indeterminatezza degli impieghi cui può essere destinato il soggetto trova la sua ragion d'essere nel fatto che il legislatore non ha voluto privare un individuo della possibilità di usufruire di tale beneficio qualora dovessero intervenire fattori, quali la indisponibilità di posti di lavoro nella società, che incidano sulla misura indipendentemente dalla volontà dello stesso. Questo allargamento della sfera delle

²⁷ Quali ad esempio la *probation*, il *sursis* e il lavoro a servizio della comunità: cfr. L. DAGA, 'Semilibertà', in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, 1122.

²⁸ A. PRESUTTI, 'Art. 48 - Regime di semilibertà', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 611.

²⁹ Tali istituti o sezioni devono trovarsi nel comune di residenza del reo o in un comune prossimo. Peraltro le sezioni di semilibertà possono anche, in ipotesi, far parte di private residenze, benché tale previsione ha finora trovato una scarsa, se non nulla, applicazione.

³⁰ Trattasi dell'unica espressa deroga a quanto previsto normalmente dall'Ordinamento Penitenziario, il quale dovrà per il resto essere osservato interamente per le norme compatibili al regime di cui si tratta: così G. DI GENNARO - R. BREDI - G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 252.

³¹ Così l'art. 48, co. 1, L. 354/1975.

occupazioni consente dunque un potenziale riadattamento alla socialità sotto una pluralità di profili³².

La dottrina maggioritaria ritiene inoltre che la semidetenzione sia applicabile, oltre che ovviamente ai condannati, anche agli internati, ossia coloro che risultano sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola o della casa di lavoro, e ai detenuti od internati stranieri, assoggettati alla misura dell'espulsione una volta terminata di espriare la pena³³. Per i condannati, sarà possibile usufruire di tale regime sia qualora vi sia una sentenza che impone la reclusione per un massimo di sei mesi, ma anche nei casi in cui tale termine costituisce la parte rimanente di maggiore pena, purché ne abbia scontato almeno la metà³⁴, tenendo in considerazione <<i progressi compiuti nel corso del trattamento>> e <<le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società>>³⁵. La semidetenzione potrà essere applicata anche a chi risulta sottoposto alla pena dell'ergastolo, purché abbia scontato almeno venti anni in regime di detenzione pura.

Misure ulteriori derivanti dall'applicazione della semidetenzione sono costituite dal divieto assoluto di avere in proprio possesso armi, munizioni o esplosivi e da sanzioni amministrative concernenti la sospensione della patente di guida per tutta la durata del regime³⁶ e il ritiro del passaporto e la sospensione di tutti i documenti validi ai fini dell'espatrio. Infine, sul condannato grava l'obbligo di presentare l'estratto della sentenza contenente le disposizioni imposte in merito alla semidetenzione a qualsiasi richiesta proveniente dagli organi di polizia.

La Cassazione ha poi espressamente sottolineato la necessità che, nel determinare in concreto come la misura andrà ad operare, il giudice prescriva le proprie indicazioni tenendo in considerazione la finalità rieducativa della pena. Affinché tale obiettivo sia effettivamente raggiunto, il Magistrato di Sorveglianza dovrà precisare la

³² G. DI GENNARO - M. BONOMO - R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991, 281.

³³ A. PRESUTTI, 'Art. 48 – Regime di semilibertà', op. cit., 612.

³⁴ Tale requisito sale a due terzi della pena nel caso dei delitti di cui ai commi 1, 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 4 *bis* ord. pen., concernenti i reati di particolare allarme sociale e i collaboratori di giustizia rispetto a tali illeciti.

³⁵ Così l'art. 50 ord. pen.; cfr. A. PRESUTTI, 'Art. 50 – Ammissione alla semilibertà', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 624.

³⁶ Salvo che l'uso della patente si renda assolutamente necessario ai fini del lavoro del condannato, potendo in questo caso il giudice accordarne la mancata sospensione, dettandone tuttavia le condizioni e i limiti di utilizzo (cfr. art. 62, co. 2, L. 689/1981).

natura, l'oggetto e la specie dell'attività lavorativa o di istruzione che il condannato andrà a svolgere, motivando in relazione a come il reinserimento sociale del soggetto potrà conseguentemente essere attuato³⁷.

È da ultimo necessario segnalare come, nonostante i reciproci richiami nella normativa della semilibertà (disciplinata dall'Ordinamento Penitenziario) e la semidetenzione e la mancanza di alcuna differenza applicativa, una parte della dottrina ritiene si tratti di misure da tenere distinte³⁸. Secondo tale autorevole indirizzo, la semilibertà costituirebbe <<una particolare modalità del trattamento del detenuto, il quale mantiene tale veste>>, dovendosi dunque qualificare come una misura alternativa alla detenzione, mentre la semidetenzione riguarderebbe un tipo di sanzione penale imposta al condannato, <<che mantiene la condizione generale di libertà, con l'obbligo di sottoporsi alla privazione della stessa per un predeterminato e limitato periodo di tempo giornaliero>>³⁹. Evidente, nel rilevare tale distinzione, l'influenza del summenzionato dibattito circa la natura giuridica delle pene sostitutive di quella detentiva.

2.2.3 La libertà controllata

L'istituto della libertà controllata si presenta come ulteriormente restrittivo rispetto a quanto previsto relativamente alla semidetenzione, che costituisce in un certo senso la prescrizione normativa minima.

Le indicazioni dell'art. 56 della L. 689/1981 sono infatti identiche a quelle già analizzate dell'art. 53 della medesima legge, a ciò aggiungendosi due limitazioni supplementari della libertà personale: <<il divieto di allontanarsi dal comune di residenza, salvo autorizzazione concessa di volta in volta ed esclusivamente per motivi di lavoro, di studio, di famiglia o di salute>> e <<l'obbligo di presentarsi almeno una

³⁷ Cass., Sez. I, 10.04.1984, Paganello, in *Rivista penale*, 1985, 82.

³⁸ M. CANEPA E S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 408.

³⁹ In tal senso M. CANEPA E S. MERLO, ult. op. cit., 408. Gli autori ritengono che conseguenza di tale distinzione sia anche la ricaduta sul piano sanzionatorio qualora siano violate le prescrizioni del regime, dovendosi procedere per il reato di evasione (385 c.p.) per la semilibertà e nella conversione alla pena detentiva sostituita per la semidetenzione.

volta al giorno⁴⁰, nelle ore fissate compatibilmente con gli impegni di lavoro o di studio del condannato, presso il locale ufficio di pubblica sicurezza o, in mancanza di questo, presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente>>.

Stante l'opportunità di interpretare la mancata richiesta di volta in volta dell'autorizzazione necessaria per l'allontanamento dal comune <<*cum grano salis*>>⁴¹, è comunque da considerare che, qualora il condannato si renda irreperibile, la libertà controllata si trasformerà nella misura della pena detentiva corrispondente⁴².

Sono in ogni caso da ritenersi tassative le prescrizioni dell'art. 56, non potendo l'organo di sorveglianza attribuirne di diverse a chi fruisce di tale beneficio⁴³. Nonostante tale orientamento della dottrina⁴⁴ e della citata giurisprudenza, la prassi operata dai Magistrati di Sorveglianza sembra indirizzarsi in maniera opposta, introducendo nuove restrizioni e limitazioni rispetto a quelle elencate nella L. 689/1981⁴⁵.

2.3 Il lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva autonoma

Si è già avuto modo di vedere come il lavoro di pubblica autorità costituisca la misura applicabile in sede di conversione della pena pecuniaria sostitutiva di quella detentiva, qualora il condannato risulti insolvente. Tale istituto può tuttavia essere applicato anche in via del tutto autonoma, come previsto dall'art. 73, co. 5 *bis*, del d.P.R. n. 309/1990 in materia di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope; la disposizione prevede però un limite massimo di utilizzazione, potendo applicarsi non più di due volte per ogni soggetto.

⁴⁰ A seguito di un'aggiunta del 2006 all'articolo in esame, in caso di <<condannato tossicodipendente che abbia in corso un programma terapeutico residenziale o semiresidenziale>>, l'obbligo di presentarsi quotidianamente presso l'autorità può essere sostituito <<dalla attestazione di presenza da parte del responsabile della struttura>>.

⁴¹ Tale il richiamo di G. MANNOZZI, *Sanzioni sostitutive*, in F. B. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale – Dizionari sistematici*, Milano, 2008, 845.

⁴² Così Cass., Sez. I, 20.04.2004, n. 229045, Ben Amer Kamel.

⁴³ <<[Q]uali ad es. quella di non frequentare pregiudicati o di tenere condotta "irreperibile">> (Cass., Sez. I, 21.03.2003, Cannito, n. 225199).

⁴⁴ A. DI MARTINO, 'Sanzioni sostitutive della pena detentiva', in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, 2011, 154.

⁴⁵ Prassi peraltro avvallata da qualche isolata pronuncia della Cassazione, tra le quali si segnala Cass., Sez. I, 03.04.2000, Ippolito, in *Rivista penale*, 2000, 1007.

In particolare, il lavoro di pubblica utilità potrà essere imposto ai reati appena enunciati se compiuti da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, con durata corrispondente a quella della pena detentiva che sarebbe stata altrimenti imposta, a prescindere da ogni limite temporale massimo o minimo.

Oltre a tale particolare condizione psicofisica in cui deve versare il reo, per applicare la misura in questione devono ricorrere tre ulteriori condizioni, ossia l'espressa richiesta dell'imputato o del suo difensore, il parere fornito dal pubblico ministero e la mancanza delle condizioni per poter applicare la sospensione condizionale della pena. È importante osservare come la disposizione del lavoro di pubblica utilità sia sottoposta alla valutazione discrezionale del giudice, oltre che alla presenza dei requisiti appena elencati, tenendo in considerazione anche <<la meritevolezza dell'imputato ad ottenerla>>⁴⁶.

Nella sentenza di condanna che applica la misura, il giudice <<incarica l'Ufficio locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità>>. I responsabili dell'Ufficio devono presentare periodicamente una relazione al Magistrato di Sorveglianza competente sugli adempimenti da parte del condannato tossicodipendente; qualora il soggetto dovesse violare le prescrizioni, il giudice, d'ufficio o su richiesta del Pubblico ministero e mediante la procedura di cui all'art. 666 c.p.p., dispone la revoca della misura e la reviviscenza di quella sostituita, sebbene debba <<ten[ere] conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione>>⁴⁷.

L'introduzione, nel 2013, di un co. 5 *ter* all'art. 73 del predetto d.P.R. ha comportato l'estensione del regime di cui al co. 5 *bis* anche a quanti abbiano commesso reati diversi dai soggetti del precedente comma <<e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale>>⁴⁸. Il lavoro di pubblica utilità potrà essere applicato una sola volta e purché la pena detentiva non superi l'anno di reclusione. Un ulteriore limite è dato dalla non concessione di tale beneficio qualora il

⁴⁶ L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 437.

⁴⁷ Si noti dunque come tale clausola risulti qui espressa, a differenza di quanto accade, come visto, per la libertà controllata.

⁴⁸ Si consideri ad esempio il caso del tossicodipendente che commette un furto affinché possa procurarsi il denaro necessario ad acquistare le sostanze stupefacenti o psicotrope di cui sente la necessità: cfr. L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 439.

diverso reato rientri tra quelli di particolare allarme sociale previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p., ovvero costituisca un reato contro la persona.

2.4 L'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato italiano

Il Testo Unico sull'immigrazione⁴⁹ prevede, all'art. 16⁵⁰, che il giudice può discrezionalmente applicare la misura dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato italiano in via sostitutiva rispetto alla pena detentiva⁵¹, qualora questi sia condannato per un reato non colposo o abbia richiesto l'applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p., e sempre che la sanzione penale non superi nel massimo i due anni⁵², né ricorrano i requisiti per l'applicazione della sospensione condizionale. È espressamente incluso dall'ambito di applicabilità della norma il soggetto che sia stato condannato per il reato di cui all'art. 10 *bis* dello stesso Testo Unico, che punisce la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

È tuttavia possibile che l'individuo sia sottoposto al temporaneo trattenimento, misura applicata qualora, ai sensi dell'art. 14 del Testo Unico, <<non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento>>, con conseguente permanenza del soggetto nel centro di identificazione ed espulsione più vicino fintantoché ciò sia richiesto dalle situazioni contingenti⁵³. L'espulsione non potrà invece essere eseguita qualora l'individuo risulti condannato per i delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p., oltre che nel caso dei reati contenuti nel Testo Unico la cui pena edittale superi nel massimo i due anni di reclusione.

⁴⁹ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, D. Lgs. n. 286 del 25.07.1998.

⁵⁰ Come modificato dalla L. n. 94 del 15.07.2009.

⁵¹ L'istituto dell'espulsione dal territorio dello Stato è stata considerata da una parte della dottrina come una misura alternativa, e non dunque sostitutiva, alla pena detentiva: si vedano ad esempio D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, 97, e D. PERUGIA, *'L'espulsione dello straniero: una mera alterativa al carcere?'*, in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 116.

⁵² Anche qualora si tratti di residuo di maggiore pena.

⁵³ Cfr. A. CAPUTO, *'I nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato'*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, 248.

Fino al 2013, non era necessario che fosse intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna, potendo la misura essere eseguita immediatamente dopo la decisione assunta in primo grado.

A seguito dell'introduzione dei co. 6 e 7⁵⁴ all'art. 16 del Testo Unico, risulta ora possibile per lo straniero proporre opposizione al decreto di espulsione, il quale viene deciso *inaudita altera parte*⁵⁵, dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, che deve assumere una decisione entro venti giorni⁵⁶. L'esecuzione del provvedimento è conseguentemente sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione, ovvero sino alla decisione del Tribunale, e in ogni caso fino a quando l'individuo possa procurarsi i necessari documenti di viaggio.

Di norma, la misura ha una durata non inferiore ai cinque anni, al termine dei quali lo straniero potrà far rientro nel territorio italiano; qualora questi vi ritorni prima del termine previsto, sarà revocata la sanzione sostitutiva da parte del giudice competente. L'art. 16 del Testo Unico prevede tuttavia un'eccezione: previa espressa autorizzazione del Ministro dell'Interno, lo straniero potrà ottenere che sia disposto il ricongiungimento familiare in Italia, consentendogli pertanto di farvi rientro anche prima dello scadere del termine prefissato⁵⁷.

Un limite generale all'espulsione è fissato dall'art. 19 del Testo Unico, che prevede i divieti di espulsione e respingimento per determinate categorie, ossia: per i soggetti che sarebbero inviati verso uno Stato nel quale vi è il rischio di subire persecuzione <<per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali>>, o qualora questo Stato potrebbe trasferire il soggetto in un terzo Paese nel quale vi è tale rischio; per i minori di anni 18, salvo che seguano il genitore espulso; per gli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salve le disposizioni dell'art. 9 del Testo Unico; delle donne in stato di gravidanza o con figli di età inferiore ai sei mesi.

⁵⁴ Con il D.L. n. 146 del 23.12.2013, convertito con modifiche mediante la L. n. 10 del 21.02.2014.

⁵⁵ C. RENOLDI, '*Le modifiche in materia di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione*', in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014, 96.

⁵⁶ Mediante il procedimento dell'art. 666 c.p.p., come confermato da Cass., Sez. I, 11.03.2005, n. 11747, Hedfi.

⁵⁷ Si veda, più diffusamente, l'art. 13, co. 14, Testo Unico immigrazione.

La natura giuridica della pena sostitutiva dell'espulsione dello straniero è fortemente dibattuta, tanto che la misura in questione è stata definita una <<truffa delle etichette>>⁵⁸. Già la Corte costituzionale aveva definito in più occasioni l'espulsione dello straniero come una sanzione avente natura amministrativa e non penalistica⁵⁹; a ciò si devono aggiungere le considerazioni concernenti gli scopi ordinariamente perseguiti dalla pena, che evidentemente non possono essere raggiunti efficacemente laddove il reo venga allontanato dal territorio dello Stato, anche solo temporaneamente⁶⁰. Resta tuttavia da sottolineare che, qualora si volesse accettare la teoria della misura amministrativa, questa si mostrerebbe comunque come atipica, avente come obiettivo quello di combattere il sovraffollamento carcerario, ma mantenendo al contempo il divieto tipicamente penalistico di applicazione retroattiva⁶¹.

3. LE MISURE ALTERNATIVE ALLA PENA DETENTIVA

3.1 Profili generali

Nell'apprestarsi alla trattazione delle misure alternative, è necessario innanzitutto evidenziarne i profili caratteristici, presentando queste una fondamentale differenza rispetto agli istituti di tipo sostitutivo: applicate dal Magistrato di Sorveglianza, esse trovano il proprio momento operativo dopo che la sentenza che ha inflitto la pena detentiva è passata in giudicato, ed eventualmente dopo l'inizio dell'esecuzione in carcere della sanzione penale⁶².

⁵⁸ Tale la definizione fornita da A. DI MARTINO, 'Sanzioni sostitutive della pena detentiva', op. cit., 156.

⁵⁹ Si vedano, *ex multis*, Corte Cost, ord. 28.07.1999, n. 369 e Corte Cost, ord. 15.07.2004, n. 226. Trattasi di ordinanze in quanto i ricorsi sono sempre stati ritenuti manifestamente infondati proprio perché <<si fondano tutte sull'errato presupposto che l'espulsione in esame integri una sanzione penale, mentre, al contrario [...] ad essa va riconosciuta natura amministrativa>> (così F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, 666).

⁶⁰ A. DI MARTINO, 'Sanzioni sostitutive della pena detentiva', op. cit., 157.

⁶¹ F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, op. cit., 667.

⁶² L. DEGL'INNOCENTI E F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 415.

Costituiscono pene alternative a quella carceraria: l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, il regime di semilibertà⁶³, l'esecuzione della pena presso il domicilio, la liberazione condizionata e la liberazione anticipata. Si andranno ora ad analizzare dettagliatamente tali istituti.

3.2 La disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale

L'affidamento in prova al servizio sociale costituisce una misura alternativa alla detenzione che concede al condannato di espiare la sua pena carceraria⁶⁴, per intero o per la sua parte residua, al di fuori dall'istituto penitenziario, in un contesto controllato che consenta un più facile reinserimento del reo nella collettività⁶⁵. La misura si pone dunque come obiettivo quello di creare una <<relazione di tipo collaborativo con il servizio sociale che deve, attraverso il suo personale, aiutarlo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale e controllarne la condotta, al fine di assicurare in via definitiva la rieducazione ed impedirne la commissione di reati>>⁶⁶.

Diverse pronunce della Corte Costituzionale sono intervenute per definire con maggiore precisione la natura giuridica del presente istituto. Fin dal 1985, i giudici costituzionali si sono impegnati nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 47 ord. pen., il quale non considerava l'affidamento in prova al fine della decorrenza per l'espiazione della pena: a tal proposito, i giudici sostennero come la misura costituisca <<una pena essa stessa, alternativa alla detenzione, o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena>>⁶⁷. Tale orientamento è stato da allora costantemente ribadito, evidenziandone la natura di misura alternativa in quanto basata sulla <<imposizione di [prescrizioni] – talune previste in via obbligatoria, altre facoltativamente – le quali, nella duplice ottica di incentivare la risocializzazione del condannato e di neutralizzare

⁶³ Per il quale si rinvia alle considerazioni già svolte relativamente al regime di semidetenzione, sia in merito al regime giuridico istituito per tale misura che per quanto concerne la ravvisata diversità di natura tra i due istituti.

⁶⁴ Alcune modifiche delle disposizioni sono peraltro intervenute dopo il 2013, evidentemente in risposta alla condanna della Corte EDU in *Torreggiani*. In questo senso, A. PRESUTTI, 'Art. 47 – Affidamento in prova al servizio sociale', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 506.

⁶⁵ M. D'ONOFRIO - M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Roma, 2004, 47.

⁶⁶ G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002, 330.

⁶⁷ Corte Cost., 06.12.1985, n. 185.

i fattori di recidiva>>⁶⁸, gravano direttamente sulla libertà personale del condannato, il quale rimane peraltro sotto la costante sorveglianza, sebbene mediata, del Magistrato di Sorveglianza⁶⁹.

A conferma della natura di sanzione penale alternativa dell'affidamento in prova, si deve considerare anche l'elemento della liberazione anticipata, beneficio che può essere esteso anche a chi gode del regime di cui si tratta: nell'accordare la liberazione, il giudice dovrà tenere conto non solo del corretto rispetto delle prescrizioni imposte per l'affidamento da parte del soggetto, ma anche di un *quid pluris* che attesti <<comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità>>⁷⁰.

L'istituto dell'affidamento in prova è da tenere ben distinto dalla misura della sospensione del procedimento con messa alla prova: quest'ultimo, inserito nell'ordinamento penale nel 2014⁷¹ e avente una finalità deflattiva, si va infatti ad innestare durante il processo⁷², sospendendolo per i reati di minore entità e prevedendo anche delle condotte riparatorie da parte del reo a favore del danneggiato⁷³.

L'ordinamento italiano prevede tre tipi di affidamento in prova al servizio sociale: quello c.d. comune, disciplinato dall'art. 47 ord. pen.; quello di tipo terapeutico per detenuti tossicodipendenti o alcolodipendenti (d.P.R. n. 309/1990); quello c.d. speciale, concernente i detenuti affetti da A.I.D.S. o da conclamata o grave inefficienza immunitaria (art. 47 *quater* ord. pen.).

⁶⁸ Corte Cost., ord. 07.07.2005, n. 296.

⁶⁹ Cass., Sez. I, 18.11.1992, n. 194495, Angioni.

⁷⁰ Così Cass., Sez. I, 22.09.2005, La Macchia.

⁷¹ Ispirandosi a quanto già previsto per i processi penali minorili.

⁷² Nello specifico, la richiesta dovrà essere presentata: (i) fino alla formulazione delle conclusioni di cui agli artt. 421 e 422 c.p.p. quando vi è l'udienza preliminare; (ii) entro la dichiarazione di apertura del dibattimento qualora si proceda con il giudizio direttissimo o mediante procedimento con citazione diretta a giudizio; (iii) entro 15 giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato; (iv) insieme al decreto di opposizione nel procedimento per decreto. Sul punto, A. SCARCELLA, *'Sospensione del procedimento con messa alla prova'*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014, 339-346.

⁷³ C. A. ZAINA, *'Sospensione del processo con messa alla prova: prime riflessioni dell'istituto'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 07.07.2014, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2014/06/27/sospensione-del-processo-con-messa-alla-prova-prime-riflessioni-sull-istituto>>>, §2.

3.2.1 L'affidamento in prova c.d. comune

Evidentemente ispirato all'istituto anglosassone della *probation*⁷⁴, l'affidamento in prova al servizio sociale c.d. comune, a norma dell'art. 47 dell'Ordinamento Penitenziario, può essere applicato a discrezione del giudice, qualora la pena detentiva inflitta non superi i tre anni di reclusione e per un periodo pari a quello della sanzione che il soggetto avrebbe dovuto scontare in carcere. La concessione del beneficio non può tuttavia essere contestuale alla pronuncia della sentenza, essendo necessario un periodo di almeno un mese all'interno dell'istituto penitenziario durante il quale il condannato deve essere sottoposto ad osservazione scientifica della personalità per accertarne l'idoneità all'affidamento in prova. In particolare, il co. 2 dell'art. 47 ord. pen. prescrive che l'affidamento debba avere come obiettivo quello di contribuire <<alla rieducazione del reo>> e di assicurare <<la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati>>.

Vi è tuttavia un'eccezione al passaggio della previa obbligatoria osservazione scientifica, che non si rende necessaria qualora, dopo la commissione del reato, il reo abbia mantenuto un comportamento tale da garantire i due fini appena menzionati. Trattasi dunque di un giudizio prognostico, il quale va a creare una sorta di <<doppio binario>>⁷⁵. In particolare, il requisito della prevenzione della recidiva potrà essere dedotto esclusivamente dalla fase istruttoria del processo chiusosi con la condanna alla pena detentiva e alla misura dell'affidamento, tenuto conto <<delle condizioni personali, familiari e sociali [...] oltre che dei consueti indicatori criminologici (c.d. precedenti e pendenze penali e di polizia e informazioni di P.S.)>>⁷⁶.

Peraltro tali considerazioni riguardano anche un ulteriore caso nel quale può essere applicata la misura di cui si tratta, concernente il condannato che debba espriare una pena detentiva di non più di quattro anni⁷⁷, anche qualora questa costituisca

⁷⁴ Come evidenziato fin da subito ad esempio da F. BRICOLA, *'L'affidamento in prova: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria'*, in *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1976, 375.

⁷⁵ S. PAREZZAN, *'L'affidamento in prova al servizio sociale: un'alternativa al carcere tra luci e ombre'*, in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 87.

⁷⁶ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 257.

⁷⁷ Perplessità circa l'aderenza di tale istituto all'affidamento in prova comune, caratterizzato dal fine di recupero per <<manifestazioni criminose di modesta entità, frutto di emarginazione e disadattamento>> sono state sollevate, *inter alia*, da G. MANTOVANI - L. SCOMPARIN, *'L'affidamento in prova al servizio*

residuo di maggiore sanzione: trattasi del c.d. affidamento allargato, introdotto nel 2013 con il decreto <<svuota carceri>>⁷⁸.

Il Tribunale di Sorveglianza territorialmente competente, su istanza presentata dall'interessato⁷⁹, decide dell'affidamento, predisponendo in caso di decisione favorevole le prescrizioni riguardanti i rapporti del soggetto con il servizio sociale, la dimora, i limiti alla libertà di movimento, il lavoro e gli eventuali divieti di frequentazioni di luoghi e persone⁸⁰. È inoltre auspicabile che <<l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato>>, non trascurando oltretutto i propri obblighi familiari⁸¹. Tuttavia, la misura non può essere eseguita nell'eventuale Stato estero di residenza del condannato, in quanto si tratta di una misura alternativa a quanto si dovrebbe attuare negli istituti penitenziari italiani, ponendosi dunque come irrilevante la nazionalità dell'individuo⁸². Al contempo, tale limitazione è attenuata dalla considerazione dei contingenti ed improvvisi motivi che potrebbero richiedere la presenza in un altro Stato dell'affidato, il quale potrebbe recarvisi previa autorizzazione⁸³.

Di norma l'affidato non potrà derogare alle prescrizioni del giudice, le quali sono in ogni caso modificabili dal Magistrato di Sorveglianza, salvo la sussistenza di

sociale e l'affidamento in prova "terapeutico", in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 85.

⁷⁸ Ossia il D.L. n. 146/2013. Si considerino le conclusioni di E. M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014, 58, e di C. MINNELLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale dopo lo svuota carceri, problemi di tenuta costituzionale dell'affidamento allargato*, in *Diritto e giustizia*, 07.04.2015, accessibile presso <<http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000073001/L_affidamento_in_prova_al_servizio_sociale_dopo_lo_svuota_carceri_problemi_di_tenuta_costituzionale_dell_affidamento_allargato.html>> (ultimo accesso 30.05.2017).

⁷⁹ La quale può essere presentata anche dinanzi al Magistrato di Sorveglianza competente per il luogo dell'esecuzione qualora il protrarsi della detenzione comporti un grave pregiudizio per il recluso. L'affidamento in prova potrà essere disposto quando, accertato tale grave pregiudizio, il Magistrato ritenga che non sussista il pericolo di fuga; l'ordinanza che decide dell'affidamento conserva la sua efficacia fino alla successiva obbligatoria decisione del Tribunale di Sorveglianza, che renderà note le proprie conclusioni entro sessanta giorni dalla trasmissione degli atti da parte del Magistrato.

⁸⁰ Il co. 6 dispone che le restrizioni alla libertà del condannato possano riguardare il divieto di soggiorno in uno o più comuni, o al contrario l'obbligo di risiedere in un comune determinato; le prescrizioni concernenti il divieto di frequentare alcune persone o di prendere parte ad alcune attività possono inoltre essere molto specifiche.

⁸¹ Art. 47, co. 7, ord. pen.; cfr. S. PIETRALUNGA, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, 1990, Milano, 113.

⁸² Cass., Sez. I, 14.12.1998, Antonacci.

⁸³ Cass., Sez. I, 30.12.1999, n. 5895.

ragioni di urgenza. In tal caso, il condannato necessita comunque dell'approvazione espressa da parte del direttore dell'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna, che a sua volta riferirà all'organo di sorveglianza competente.

La misura può essere revocata in qualsiasi momento, qualora il soggetto ponga in essere comportamenti contrari alle prescrizioni appositamente indicate per lui o in generale in violazione della legge. È evidente dalla lettera della norma come la revoca non sia una conseguenza automatica, rendendosi invece necessari delle evidenze <<sintomatiche della inidoneità del condannato ad essere risocializzato con il trattamento alternativo>>⁸⁴. L'esito negativo della misura potrà dipendere anche dalla violazione delle eventuali specifiche prescrizioni che richiedano al condannato di attivarsi in via risarcitoria nei confronti del danneggiato dal reato⁸⁵.

Contrariamente, se l'affidamento in prova procede in modo regolare, accertato l'esito positivo dello stesso, per il condannato vi sarà l'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale. Peraltro, qualora vi sia prova di un particolare recupero sociale, <<desumibile da comportamenti rilevatori del positivo evolversi della sua possibilità>>⁸⁶, sarà possibile per il soggetto godere della liberazione anticipata⁸⁷.

Infine, non è possibile per il condannato adulto godere della misura dell'affidamento in prova qualora la pena detentiva alla quale è sottoposto derivi dalla conversione sanzionatoria a seguito di violazione delle prescrizioni cui era legato per la semidetenzione o per la libertà vigilata⁸⁸.

⁸⁴ Si veda, *ex multis*, Cass., Sez. I, 07.11.1977, Lupoli.

⁸⁵ Come affermato da Cass., Sez. I, 02.12.2008, Micci. Tale orientamento è stato avvallato anche dalla dottrina: S. LA ROCCA, *'Affidamento in prova al servizio sociale'*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 218.

⁸⁶ Come disposto dall'art. 47, co. 12 *bis*, introdotto con il D.L. n. 146 del 23.12.2013, convertito con la L. 21.02.2014, n. 10.

⁸⁷ Tale compatibilità è stata fortemente criticata in dottrina: si veda ad esempio A. PRESUTTI, *'Art. 47 – Affidamento in prova al servizio sociale'*, op. cit., 545.

⁸⁸ Così l'art. 67 della L. n. 689/1981. Si è specificato che questo divieto è limitato ai detenuti adulti in quanto per i minori di età (al momento della commissione della condanna), la Corte Cost., 22.04.1997, n. 109, lo ha ritenuto come incurante delle <<speciali esigenze di risocializzazione dei minori>>. Cfr. M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Milano, 2010, 205 e ss.

3.2.2 L'affidamento in prova di tipo terapeutico

Disciplinato dal Testo Unico sulla droga⁸⁹, l'affidamento in prova di tipo terapeutico concerne i condannati, alcol dipendenti o tossicodipendenti, a pena detentiva non superiore ai sei anni o ai quattro anni qualora si tratti di uno dei reati previsti dall'art. 4 dell'Ordinamento Penitenziario.

Come l'affidamento in prova comune, anche quello in oggetto mira a decongestionare gli istituti penitenziari italiani, dedicandosi particolarmente a quei soggetti la cui adeguata cura risulta molto complessa nell'ambito di queste strutture, con il fine ultimo <<di recupero e di liberazione dalla tossicodipendenza>>⁹⁰. Al tempo stesso, è necessario tenere in considerazione eventuali percorsi riabilitativi che hanno avuto inizio prima dell'intervenire della condanna definitiva e che stiano portando dei risultati positivi⁹¹. Proprio in considerazione di tale necessità, il legislatore reputa un requisito necessario per poter accedere alla misura in parola che <<sia in corso un programma di recupero o che [il condannato] ad esso intenda sottoporsi>>⁹².

Tuttavia, i bisogni del condannato entrano necessariamente in bilanciamento con la tutela della collettività, incontrando l'applicazione della misura il limite delle <<esigenze cautelari di eccezionale rilevanza>>; le esigenze in questione non possono tuttavia dipendere unicamente dagli eventuali precedenti penali del reo.⁹³ Qualora la condanna dell'individuo sia collegata ai delitti di estorsione aggravata o rapina, e in generale al ricorrere delle suddette occorrenze, la misura applicabile sarà quella degli arresti domiciliari, eventualmente da scontare in una <<una struttura residenziale presso la quale l'indagato o l'imputato deve svolgere il programma di recupero>>⁹⁴.

La misura, che può essere decisa solo previa richiesta dell'interessato, prevede la redazione di un piano terapeutico, il quale deve essere concordato da costui con <<con una azienda unità sanitaria locale o con una struttura privata autorizzata>>

⁸⁹ Ossia dall'art. 94, d.P.R. n. 309/1990, come da ultimo modificato dal D.L. n. 146 del 23.12.2013.

⁹⁰ Cass., Sez. Unite, 27.06.2001, Iacono.

⁹¹ L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 180.

⁹² Art. 94, co. 1, d.P.R. n. 309/1990.

⁹³ Cass., Sez. IV, 30.10.2004, Fadda.

⁹⁴ L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 182.

da parte della Regione⁹⁵ di corrispondenza. A norma dell'art. 94 del Testo Unico, il programma deve contenere un certificato che attesti l'uso abituale di stupefacenti, alcol o sostanze psicotrope e l'idoneità al recupero del condannato.

Il Tribunale di Sorveglianza che riceva l'istanza per l'affidamento in prova terapeutico, presentabile in qualsiasi momento a detenzione già iniziata⁹⁶, dovrà verificare, a norma del co. 3 dell'art. 94, <<che lo stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio>>. Una volta compiuto tale accertamento, il Tribunale potrà approvare il programma di recupero terapeutico e aggiungervi le prescrizioni che ritiene previste dal già visto art. 47 ord. pen. riguardo l'ordinario affidamento in prova. E proprio tale misura potrà essere imposta al condannato qualora il piano di recupero si esaurisca prima che sia decorso tutto il tempo previsto per l'originaria pena detentiva⁹⁷.

Benché di norma non sia possibile sospendere l'esecuzione della pena qualora il processo si abbia nei confronti di un potenziale recidivo reiterato (*ex art. 99, co. 4 c.p. e art. 656, co. 9, lett. c) c.p.p.*), vi è un'eccezione proprio qualora l'imputato sia un tossicodipendente o alcooldipendente che abbia già in corso un piano terapeutico⁹⁸, il quale potrebbe risultare pregiudicato dalla mancata sospensione dell'esecuzione della pena⁹⁹. La dottrina ha sollevato un dubbio di costituzionalità rispetto a quest'ultimo profilo: il potere del Pubblico Ministero di valutare se vi possa essere un futuro pregiudizio appare del tutto discrezionale, mancando ipotesi analoghe nel sistema, che affida sempre simili considerazione ad un giudice¹⁰⁰. Resta salva la facoltà per il soggetto interessato dall'eventuale provvedimento di rigetto del P.M. di proporre incidente di esecuzione a norma dell'art. 666 c.p.p.¹⁰¹

⁹⁵ Oppure, ai sensi dell'art. 116, d.P.R. n. 309/1990, da parte delle province autonome di Trento e Bolzano.

⁹⁶ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 274.

⁹⁷ A tale riguardo, si consideri che l'espiazione della pena ha inizio con la sottoscrizione del verbale di accettazione delle prescrizioni da parte del condannato.

⁹⁸ Si noti come la preesistenza del programma terapeutico è un requisito presente solo in questa particolare ipotesi applicativa.

⁹⁹ La disciplina in questione è prevista dall'art. 4, co. 2, del D.L. n. 272 del 30.12.2005, convertito dalla L. n. 49 del 21.02.2006.

¹⁰⁰ Cfr. M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 277.

¹⁰¹ Come costantemente ritenuto dalla giurisprudenza; significativamente, Cass., Sez. III, 20.12.1994, in *Giustizia penale*, 1995, n. 3, 595.

3.2.3 L'affidamento in prova c.d. speciale

L'affidamento in prova c.d. speciale concerne i soggetti <<affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria>>, come evidenziato sin dalla rubrica dell'art. 47 *quater* ord. pen.¹⁰² L'articolo in questione estende l'applicabilità dei regimi degli artt. 47 e 47 *ter*¹⁰³ ord. pen. ai predetti individui, i quali abbiano già avviato o intendono prendere parte di un programma di cura e assistenza <<presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS>>.

Coerentemente con quanto previsto per l'affidamento in prova di tipo terapeutico, la richiesta per l'applicazione di tale misura deve essere presentata dall'interessato, allegandovi un certificato che attesti la suddetta condizione di salute e la futura attuabilità del piano di cura ed assistenza. A tal riguardo si è parlato di una funzione <<meramente notarile>> del Magistrato di Sorveglianza in questa fase, dato il ruolo che gli è attribuito di mero controllo dell'esistenza e della provenienza medica della suddetta certificazione; come rileva la stessa dottrina tuttavia, non è da escludersi in linea di principio la disposizione di perizie affinché vi sia un accertamento anche nel merito della necessità di disporre l'affidamento speciale¹⁰⁴.

Analogamente a quanto previsto per l'affidamento per tossicodipendenti e alcolodipendenti, le prescrizioni del giudice devono riguardare sia quelle generiche previste dall'art. 47 ord. pen. che quelle specifiche in relazione alle condizioni di questi individui. Diversamente invece dai due tipi di affidamento che si sono precedentemente analizzati, l'art. 47 *quater* ord. pen. pone un rigido limite: la misura alternativa in commento non può essere concessa dal giudice qualora il condannato¹⁰⁵ ne abbia già usufruito in passato e tale disposizione sia già stata revocata da meno di un anno.

¹⁰² A. PULVIRENTI, 'Le misure alternative alla detenzione', in *Manuale della esecuzione penitenziaria* (a cura di P. CORSO), Milano, 2015, 267.

¹⁰³ Che riguarda invece la detenzione di tipo domiciliare.

¹⁰⁴ L. CESARIS, 'Art. 47-quater – Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 589.

¹⁰⁵ L'affidamento di cui si tratta può essere esteso anche agli internati, a norma del co. 10 dell'art. 47 *quater* ord. pen.

L'art. 47 *quater* ord. pen. non prevede alcun limite edittale massimo o minimo perché il reo possa godere di questo particolare regime di affidamento: è questa una caratteristica del regime alternativo di cui si tratta che ha suscitato molte perplessità, in quanto implica un disinteresse dell'orientamento verso la pericolosità sociale del condannato. La *ratio* latente in questa disposizione sembra fondata sulle poco convincenti considerazioni che l'individuo risulterebbe meno pericoloso a causa delle sue condizioni di salute e per la sua limitata libertà di movimento data dall'obbligo di residenza indicato nell'ordinanza che accorda la misura¹⁰⁶. Peraltro non è possibile ravvisare alcun fine rieducativo nell'infliggere una simile pena alternativa, potendosi limitare ad affermare piuttosto l'intento di istituire un <<processo di responsabilizzazione che si esprime nella sottoposizione al programma di cure>>¹⁰⁷.

In tema di revoca, a norma del co. 7 dell'art. 47 *quater* ord. pen. la relativa decisione può essere assunta dal Magistrato di Sorveglianza qualora l'individuo venga imputato o posto in stato di custodia cautelare per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., purché i fatti costituenti reato siano avvenuti dopo la concessione del beneficio per il precedente illecito.

3.3 La detenzione di tipo domiciliare

Introdotta nel 1986¹⁰⁸, l'art. 47 *ter* ord. pen. disciplina l'istituto della detenzione domiciliare, per colmare quella sorta di lacuna valutativa del legislatore dovuta alla mancanza di un regime intermedio tra la detenzione in carcere, anche se espiata mediante il regime di semilibertà, e l'affidamento in prova al servizio sociale o la liberazione condizionale¹⁰⁹. Diverse sono le condizioni soggettive necessarie per poter accedere a tale misura.

Innanzitutto, la detenzione domiciliare può essere eseguita <<nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza>> qualora la

¹⁰⁶ L. CESARIS, 'Art. 47-quater – Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria', op. cit., 591.

¹⁰⁷ Così Cass., Sez. I, 18.06.2008, Graziani, n. 240602. Nella stessa sentenza, la Corte di Cassazione ha affermato come <<troverà applicazione il differimento ogniqualvolta l'espiazione in carcere appaia priva di significato rieducativo>>.

¹⁰⁸ Mediante la L. n. 663 del 10 ottobre 1986, con le ultime modifiche avvenute tramite il D. L. n. 146 del 23 dicembre 2013.

¹⁰⁹ A. PULVIRENTI, 'Le misure alternative alla detenzione', op. cit., 259.

persona destinataria della misura abbia compiuto i settant'anni e non sia stato dichiarato delinquente abituale, per tendenza o professionale o non si tratti di recidivo¹¹⁰.

In secondo luogo, la misura può essere applicata¹¹¹, qualora la pena detentiva non superi i quattro anni, anche se residui di maggior pena, rispetto ad alcune specifiche categorie di soggetti. Dette categorie riguardano le donne incinta o madri di figli aventi un'età inferiore ai dieci anni, i padri di figli di età inferiore agli anni dieci qualora la madre <<sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole>>¹¹², le persone il cui stato di salute¹¹³ sia di serietà tale da richiedere <<costanti contatti con i presidi sanitari territoriali>>, gli infra-sessantenni con disabilità anche solo parziali e i minori di anni ventuno, purché sussistano comprovate <<esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia>>.

Data l'estrema varietà di soggetti coinvolti e di *status* che la norma appare voler tutelare, e soprattutto considerando l'ampio ventaglio di motivi secondo i quali può essere concessa la detenzione domiciliare ai minori di anni ventuno, la dottrina ha ravvisato una <<discrezionalità pressoché assoluta>> concessa al Magistrato di Sorveglianza nel determinare quando applicare la misura¹¹⁴. A tale riguardo, è stato

¹¹⁰ La presente misura alternativa non può in ogni caso essere accordata a chi ha commesso i reati <<previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I [ossia i delitti contro la personalità individuale], e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dell'articolo 4-bis della presente legge>>.

¹¹¹ Con un margine di discrezionalità che appare eccessivo, tanto da poter mettere in difficoltà il giudice, che non sempre può muoversi entro criteri sufficientemente determinati. Si vedano a proposito i rilievi critici mossi da F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014, 158.

¹¹² Sull'importanza di queste due prime categorie di soggetti, si consideri che nel marzo del 2014 è stato firmato un protocollo d'intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e l'associazione che ha promosso tale accordo, ossia l'onlus <<Bambini senza sbarre>>. Il protocollo, che intende tutelare la particolare situazione dei figli minori di genitori detenuti e il rapporto tra di loro, richiede l'individuazione per costoro di <<misure di attuazione della pena, che tengano conto anche del superiore interesse di questi ultimi>>, in particolare evitando la permanenza negli istituti penitenziari per i bambini e prevedendo misure alternative di detenzione per i loro genitori. Si veda più diffusamente a riguardo il contributo di L. CESARIS, *Art. 47-ter – Detenzione domiciliare*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 553.

¹¹³ Stante l'assenza di specificazione concernente i disturbi a carattere psichico e psicosomatico, la giurisprudenza della Cassazione ha stabilito come anche i problemi di salute derivanti dalle alterazioni in questione rientrano nello spettro di applicabilità della detenzione domiciliare. Cfr., *ex multis*, Cass., 08.05.2009, Aquino, concernente la situazione di un detenuto depresso, con rischio di suicidio, in cui la Suprema Corte ritenne incompatibile con la reclusione <<ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria>>.

¹¹⁴ Così T. BASILE - E. FASSONE - G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, 66-67.

segnalato come sia possibile concedere provvisoriamente la misura in esame anche alle persone affette da AIDS o altre deficienze immunitarie, in attesa della conferma dell'applicazione dell'affidamento in prova c.d. speciale¹¹⁵.

Una terza categoria concerne coloro che devono scontare una pena detentiva non superiore ai due anni, i quali non sono in possesso di tutti i requisiti perché sia loro applicato l'affidamento in prova ai servizi sociali, e che al contempo non presentino il rischio di commettere nuovi reati¹¹⁶.

Infine, la detenzione domiciliare può essere applicata dal Tribunale di Sorveglianza nei casi in cui, ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., «potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena», in quest'ultimo caso senza alcun limite edittale. La durata della misura è stabilita dallo stesso Tribunale, che può altresì decidere di prorogarla.

Durante l'esecuzione della detenzione domiciliare, è espressamente prescritto dal co. 5 dell'articolo in esame che non troveranno applicazione le disposizioni dell'Ordinamento Penitenziario, dovendo invece far riferimento esclusivamente alle indicazioni dell'organo giudiziario di esecuzione per quanto concerne le norme comportamentali cui deve adeguarsi il condannato.

Similarmente a quanto già visto per l'affidamento in prova, anche l'istituto di cui si tratta prevede che il Magistrato di Sorveglianza possa revocare il beneficio qualora il condannato trasgredisca alle suddette prescrizioni o vengano meno le condizioni necessarie perché sia accordato. Peraltro, qualora la violazione consista nell'allontanamento ingiustificato dal luogo in cui il reo deve rimanere per scontare la detenzione domiciliare, la conseguenza sarà quella della obbligatoria sottoponibilità del soggetto alla disciplina prevista per il reato di evasione (385 c.p.)¹¹⁷. Il co. 9 dell'art. 47 *ter* ord. pen. fa tuttavia salva l'eventualità del fatto di lieve entità, che

¹¹⁵ Come sostenuto ad esempio da L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Roma, 2011, 264.

¹¹⁶ Purché non risultino condannati per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen.

¹¹⁷ Art. 385 c.p., Evasione: «1. Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade è punito con la reclusione da sei mesi a un anno. 2. La pena è della reclusione da uno a tre anni se il colpevole commette il fatto usando violenza o minaccia contro le persone, ovvero mediante effrazione; ed è da tre a cinque anni se la violenza o minaccia è commessa con armi o da più persone riunite. 3. Le disposizioni precedenti si applicano anche all'imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani, nonché al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale. 4. Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita».

espressamente non comporta la revoca del beneficio¹¹⁸, con una clausola la cui modifica nel senso attuale era stata lungamente auspicata dalla dottrina e dal Consiglio Superiore della Magistratura¹¹⁹.

Nel 2013, è stato introdotto un nuovo articolo nell'Ordinamento Penitenziario, e precisamente l'art. 58 *quinquies*, concernente le <<[p]articolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare>>. A norma di tale articolo, all'inizio o durante l'esecuzione della misura, il Magistrato di Sorveglianza (o il Tribunale, qualora questi sia competente) può imporre che al detenuto sia apposto il c.d. braccialetto elettronico, ossia un mezzo elettronico applicato alla caviglia della persona, il quale deve essere tenuto sul proprio corpo per tutto il periodo di detenzione domiciliare¹²⁰.

Trattasi di una misura che potrebbe favorire particolarmente l'esecuzione *extramoenia* delle pene¹²¹, in quando colmerebbe il problema che deriva dalla mancanza di sorveglianza costante da parte delle autorità penitenziarie del reo¹²². Proprio in virtù della sua efficacia e della sua vasta utilizzabilità, desta sorpresa l'aver deciso di limitarne l'uso ai soli casi di detenzione domiciliare, e di non estenderlo alle misure alternative in generale. In ogni caso, la misura troverà applicazione solo in conformità <<alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze

¹¹⁸ Tale previsione è stata introdotta a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, che aveva rilevato la incostituzionalità del co. 8, a norma del quale la sospensione della detenzione domiciliare interverrebbe automaticamente qualora sia presentata una denuncia per il delitto di evasione: si veda Corte Cost., 23.04.1997, n. 173.

¹¹⁹ G. MANTOVANI, 'La detenzione domiciliare e la semilibertà', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 103-113; CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza. Relazione finale della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 2013, n. 160, 56.

¹²⁰ Non sono mancate voci che hanno sollevato questioni di conflitto con il diritto alla riservatezza e alla sfera di vita privata, rilevandosi l'opportunità di agire esclusivamente con l'accordo del condannato. Sul punto si vedano le considerazioni di M. RUARO, 'Art. 58-quinquies – Particolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 752.

¹²¹ L'uso di tale strumento elettronico è stato recentemente incoraggiato anche a livello europeo da COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation on the European Rules on community sanctions and measures*, CM/Rec (2017) 3, Strasburgo, 23 marzo 2017.

¹²² F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, 60.

di polizia abbiano l'effettiva disponibilità>>¹²³, con un evidente fine programmatico della norma in esame¹²⁴.

3.3.1 La detenzione domiciliare c.d. speciale

In ragione del particolare *favor* che, come già menzionato, è accordato ai genitori di prole di età inferiore ai dieci anni allo scopo di tutelare il rapporto fra i detenuti e i propri figli¹²⁵, nel 2008 è stato introdotto un nuovo regime, denominato di detenzione domiciliare speciale e disciplinato dall'art. 47 *quinquies*, volto a colmare le lacune lasciate dall'art. 47 *ter*.

Difatti, mediante tale istituto è stata prevista la possibilità di ripristinare la convivenza con i propri figli qualora non ricorrano i presupposti collegati alla pena massima di quattro anni previsti per la detenzione domiciliare ordinaria, ma il condannato abbia comunque espiato un terzo della pena detentiva o almeno quindici anni, qualora questi sia condannato all'ergastolo¹²⁶. La misura può essere applicata alle sole madri, salvo l'estensione anche al padre qualora queste siano decedute o impossibilitate nel curarsi della prole e non vi sia nessun altro soggetto che rivesta una posizione adeguata per occuparsene¹²⁷.

Nell'accordare la presente misura, il Tribunale di Sorveglianza deve prendere atto della mancata sussistenza di <<un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga>>, dovendo in caso contrario prevedere che la permanenza domiciliare abbia luogo presso un <<istituto a custodia attenuata per detenute madri>>¹²⁸.

¹²³ Così espressamente l'art. 58 *quinquies* ord. pen.

¹²⁴ M. PITTIRUTI, 'Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari e nell'esecuzione della detenzione domiciliare', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 102.

¹²⁵ E. APRILE, 'Art. 146. Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena', in G. LATTANZI - E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Artt. 132 - 240*, vol. V, Milano, 2010 107.

¹²⁶ È in ogni caso fatto salvo il divieto di applicare la misura ai condannati per i delitti di cui agli art. 4 *bis* ord. pen.

¹²⁷ Trattasi dunque di <<facoltà residuali>> e sottoposte ad una rigida valutazione, con le quali si è forse inteso limitare l'applicabilità del regime di detenzione domiciliare speciale: così G. PICCIOTTO, 'La detenzione domiciliare speciale premia la madre ma tutela il figlio', in *Diritto e giustizia*, 2001, n. 13, 18.

¹²⁸ Così il co. 1 *bis* dell'art. 47 *quinquies* ord. pen., introdotto nel 2011 con la L. n. 62. In merito alle spese, il co. 2 aggiunge che << [...] nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il

L'art. 47 *quinquies* ord. pen. non aggiunge altro in merito alla procedura da seguire per ottenere l'applicazione della detenzione domiciliare speciale: la dottrina ha ricostruito l'*iter* ritenendo l'amministrazione penitenziaria competente a presentare la relativa istanza dinanzi il Tribunale di Sorveglianza, essendo il collegio giudicante espressamente menzionato dalla norma in esame. Appare peraltro in contrasto con quanto previsto per tutte le altre misure alternative la mancanza di attribuzione della giurisdizione esecutiva al Magistrato di Sorveglianza, organo che maggiormente si presta a considerare le esigenze rieducative del condannato¹²⁹.

Considerando la peculiarità della misura, è obbligatoriamente richiesto l'intervento dei servizi sociali¹³⁰, la cui attività deve consistere nell'esercitare un controllo sul soggetto, ma anche nel guidarlo <<a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita>>¹³¹. E proprio i servizi sociali possono contribuire a segnalare all'organo di sorveglianza l'incompatibilità del condannato al regime di detenzione domiciliare speciale, con conseguente revoca della misura.

La revoca può altresì essere disposta, come accade anche per il regime ordinario, qualora non siano rispettate le specifiche disposizioni imposte nell'ordinanza che accorda la misura. Tuttavia, a differenza della detenzione domiciliare regolata dall'art. 47 *ter* ord. pen., vi è un richiamo all'art. 284, co. 2, c.p.p., potendo dunque il giudice imporre una restrizione <<di comunicare con persone diverse da quelle che con [il condannato] coabitano o che lo assistono>>.

L'art. 47 *sexies* richiede che l'allontanamento per più di dodici ore dal domicilio determinato dal giudice comporti la condanna per il delitto di evasione; restando al di sotto di tale soglia temporale, e in mancanza di un motivo giustificato, vi potrà essere solo una proposta di revoca da presentare dinanzi il Magistrato di Sorveglianza¹³². In quest'ultima ipotesi, la dottrina ritiene possibile la sospensione

mantenimento, la cura e l'assistenza medica della condannata che si trovi in detenzione domiciliare speciale>>.

¹²⁹ G. M. PAVARIN, '*Le ipotesi di detenzione domiciliare*', in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 241-285. Il Magistrato di Sorveglianza mantiene tuttavia la competenza per l'eventuale modifica delle specifiche prescrizioni imposte al condannato.

¹³⁰ La competenza è naturalmente in capo all'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna: cfr. G. M. PAVARIN, *ult. op. cit.*, 287.

¹³¹ Co. 5 dell'art. 47 *quinquies* ord. pen.

¹³² Ad esempio da P. CANEVELLI, '*Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*', in *Diritto penale e processuale*, 2001, 814.

cautelare dell'esecuzione della misura¹³³. Tale differenziazione rispetto al regime di detenzione domiciliare comune è stata ritenuta del tutto ingiustificata dalla dottrina; di avviso contrario invece è stata la Corte di Cassazione, che ha ritenuto il trattamento diverso come «non privo di ragionevolezza, [...] in relazione alle modalità dei controlli sulla corretta attuazione delle due diverse misure alternative [e] per la specialità dichiarata della detenzione domiciliare prevista a favore di madre di prole infantile»¹³⁴.

Infine, non vi è alcun richiamo da parte dell'art. 58 *quinquies* ord. pen. alla detenzione domiciliare speciale, dovendosi quindi escludere l'utilizzabilità di apparecchiature di controllo di tipo elettronico per i beneficiari di tale misura, apparendo questa disparità di trattamento come priva di alcun fondamento, anche in considerazione della potenziale gravità dei reati commessi da chi accede a questa misura¹³⁵.

3.4 L'esecuzione della pena presso il domicilio

L'art. 1 della L. 26.11.2010, n. 199¹³⁶, ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto della esecuzione della pena presso il domicilio, ritenuto una misura alternativa alla pena detentiva da eseguirsi negli istituti penitenziari.

L'articolo del quale si tratta era stato approvato con una clausola iniziale contenente un termine, che ne determinava il vigore sino alla «riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013», dunque con fini strettamente emergenziali¹³⁷. Con l'art. 5 del D.L. 23.12.2013, n. 146 è stato invece eliminato ogni riferimento temporale, ciò

¹³³ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 323.

¹³⁴ Cass., Sez. I, 19.06.2003, Principe.

¹³⁵ L. CESARIS, 'Art. 47-quinquies – Detenzione domiciliare speciale', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 603.

¹³⁶ L. n. 199 del 26 novembre 2010, recante le «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi».

¹³⁷ K. NATALI, 'L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 68.

comportando dunque una stabilizzazione dell'istituto, che cessa di essere una <<misura-tampone>>¹³⁸.

Benché una parte della dottrina abbia dubitato della natura di misura alternativa alla detenzione dell'esecuzione presso il domicilio, in considerazione della sua collocazione al di fuori dell'Ordinamento Penitenziario e della sua denominazione, è prevalsa invece l'opinione contraria. A favore di tale tesi¹³⁹ vi sarebbero una serie di elementi, tra i quali si richiamano l'intervento dei servizi sociali, analogamente con quanto accade per l'affidamento in prova, e i numerosi richiami alle disposizioni dell'Ordinamento Penitenziario. La dottrina minoritaria ha tuttavia trovato il conforto alle proprie opinioni in una serie di pronunce giurisprudenziali, sebbene con andamento mai costante, nelle quali la Suprema Corte ha affermato la natura di modalità di esecuzione della pena, che tiene in maggiore considerazione la finalità rieducativa della pena e volta ad alleviare la grave situazione di sovraffollamento delle carceri italiane¹⁴⁰.

Una prima riforma del regime di esecuzione di cui si tratta era stata già introdotta nel 2011, dopo un anno dalla sua entrata in vigore¹⁴¹: mentre il testo originale prevedeva che la misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio potesse essere impiegata solo in caso di pena detentiva pari a dodici mesi, anche se residua di sanzione maggiore, già un anno dopo il legislatore ritenne di aumentare tale soglia ai diciotto mesi, nella speranza di ridurre maggiormente l'incidenza del sovraffollamento negli istituti penitenziari italiani. Costituendo il limite edittale l'unico requisito richiesto dalla norma, l'esecuzione presso il domicilio è stata ritenuta come una disposizione di tipo residuale, qualora non trovino applicazione le altre

¹³⁸ P. RENON E M. RUARO, 'Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 1191.

¹³⁹ Sostenuta ad esempio da G. L. GATTA, 'La nuova aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11-quater c.p. (delitto non colposo commesso durante l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione)' in *Diritto penale contemporaneo*, 16.12.2010, 1, e da S. TURCHETTI, 'Legge 'svuotacarceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?' in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, fasc. 4, 1798.

¹⁴⁰ Cfr. *ex multis* Cass., 11.01.2012, n. 253333, Sanzo; Cass., 10.06.2013, n. 257691, Ferrantino. Ma *contra* Cass., 17.05.2013, n. 255812, Lavecchia; Cass., 11.12.2013, n. 259469, Caldarozzi, nella quali si evidenzia l'equiparabilità alla detenzione domiciliare.

¹⁴¹ Mediante l'art. 3 della L. n. 211 del 22 dicembre 2011.

misure alternative o direttamente quelle sostitutive in fase di cognizione per inidoneità rispetto ai presupposti applicativi delle stesse¹⁴².

L'istituto non potrà in ogni caso essere applicato¹⁴³ qualora i reati per i quali il condannato risulta colpevole riguardino gli illeciti previsti dagli artt. 4 *bis* e 14 *bis* ord. pen., salvo che in quest'ultimo caso sia stato accolto il reclamo avverso il provvedimento di sorveglianza particolare in carcere, come disciplinato dall'art. 14 *ter* ord. pen., o che il soggetto sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza.

È altresì escluso dal beneficio in analisi il condannato per il quale sussiste la <<concreta possibilità>> che egli possa fuggire o commettere altri delitti sulla base di <<specifiche e motivate ragioni>>. I giudici di legittimità hanno fornito indicazioni precise circa il susseguente obbligo di motivazione, ritenendo che <<[i]l pericolo di fuga deve assumere connotati di concretezza ed essere plausibilmente argomentato su un ragionevole ed accettabile giudizio prognostico, che può essere illustrato mediante l'indicazione di circostanze sintomatiche, specifiche e rivelatrici di una vera propensione e di una reale possibilità di allontanamento clandestino>>¹⁴⁴.

Un'ultima ipotesi è quella riguardante l'inidoneità o l'ineffettività del domicilio, sia esso l'abitazione del condannato o <<altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza>>, tale da non garantire l'adeguata tutela delle persone offese dal reato.

Qualora la pena detentiva irrogata dal giudice della cognizione non superi *ab origine* i diciotto mesi, il Pubblico Ministero, nel momento in cui deve emettere l'ordine di carcerazione e salvo che si sia in presenza di reati particolarmente gravi¹⁴⁵, sospende l'esecuzione di tale ordine e trasmette gli atti al Magistrato di Sorveglianza perché decida dell'applicazione della misura di cui si tratta.

¹⁴² L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 275.

¹⁴³ A norma dell'art. 1, co. 2, L. n. 199/2010.

¹⁴⁴ Così Cass., Sez. VI, 15.01.2008, n. 4052. Come già affermato in Cass., Sez. VI, 15.01.2006, n. 29998, <<occorre guardare alla concreta situazione di vita del soggetto, alle sue frequentazioni, ai precedenti penali, ai procedimenti in corso, un reale ed effettivo pericolo, pur sempre interpretato come giudizio prognostico e non come mera constatazione di un avvenimento *in itinere* che, proprio per tale carattere, può essere difficilmente interrotto ed eliminato con tardivi interventi>>.

¹⁴⁵ Tali reati sono individuati mediante il richiamo all'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p., e sono: quelli previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen. e dagli artt. 432 *bis*, 572 co. 2, 612 *bis* 3 co., 624 *bis* del c.p., e salvo che i condannati si trovino agli arresti domiciliari.

L'uso dell'indicativo presente nella disposizione in esame può far sembrare che la misura debba trovare applicazione automatica, e non discrezionale. La questione, ampiamente dibattuta in sede di lavori preparatori¹⁴⁶, è stata risolta dalla dottrina nel senso di ritenere sussistente una sorta di presunzione di applicabilità della misura, dovendosi verificare la sussistenza di eventuali condizioni ostative¹⁴⁷, di cui oltre.

Il Pubblico Ministero deve necessariamente allegare alla richiesta un verbale di accertamento riguardante l'idoneità del condannato ad usufruire dell'esecuzione presso il domicilio, presentando l'eventuale piano terapeutico o di recupero qualora il reo vi si sia sottoposto prima della condanna o subito dopo. Ricorrendo tale ipotesi, si deve considerare l'esecuzione presso il domicilio come una misura complementare rispetto a quella dell'affidamento in prova c.d. speciale, dovendosi ritenere applicabile l'istituto in esame laddove manchino le condizioni per l'affidamento, e più in particolare quando quest'ultimo non risulti <<sufficientemente contenitivo>> rispetto alla pericolosità posta dal condannato¹⁴⁸.

Nel caso in cui la pena di diciotto mesi costituisca il residuo di sanzione detentiva maggiore, la richiesta può essere presentata al Magistrato di Sorveglianza sia dal Pubblico Ministero che da ogni parte interessata; lo stesso procedimento troverà applicazione se al momento in cui la sentenza sia diventata definitiva, il condannato sia detenuto in carcere in stato di custodia cautelare. In questa ipotesi, il direttore dell'istituto penitenziario è tenuto a trasmettere al Magistrato <<una relazione sulla condotta tenuta durante la detenzione>>¹⁴⁹, cui si allega la dichiarazione prevista per il precedente caso analizzato.

In entrambe le situazioni, il giudice dovrà procedere mediante l'*iter* previsto dall'art. 69 *bis* ord. pen. in materia di liberazione anticipata, assumendo la sua

¹⁴⁶ Come è possibile leggere in CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere ai sensi dell'art. 10, legge 24 marzo 1958, n. 195 in relazione al d.d.l. n. 3291 bis concernente "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno"*, 27.05.2010, disponibile presso <<http://www.ristretti.it/comments/2010/maggio/pdf10/parere_csm.pdf>>.

¹⁴⁷ Sul punto, si vedano le considerazioni di F. DELLA CASA, *'Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?'*, in *Diritto penale e processo*, 2011, fasc. 1, 7.

¹⁴⁸ Al riguardo, F. FIORENTIN, *'Legge svuotacarceri: esecuzione domiciliare se la condanna è di durata inferiore a un anno. Scarcerazioni filtrate da un regime di preclusioni'*, in *Guida al diritto*, 2011, fasc. 1, 63.

¹⁴⁹ Così il co. 4 dell'art. 1, L. n. 199/2010.

decisione con ordinanza adottata in camera di consiglio, la quale potrà intervenire non prima di cinque giorni dalla obbligatoria richiesta del parere al Pubblico Ministero, ed eventualmente anche in assenza di esso qualora non pervenga in tempo utile¹⁵⁰.

Entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione del provvedimento, le parti possono proporre reclamo dinanzi il Tribunale di Sorveglianza territorialmente competente. La decisione è assunta sulla base delle disposizioni dell'art. 678 c.p.p.¹⁵¹

In caso di cumulo fra le pene di particolare gravità, e nello specifico dei reati previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen., e i restanti illeciti penali, la Cassazione¹⁵² ha ritenuto che sia <<necessario procedere allo scioglimento del cumulo per verificare se le prime risultino già espiate o meno>>¹⁵³: deve infatti considerarsi l'applicazione del principio secondo il quale le pene più sfavorevoli al condannato vengono scontate per prime.

Da ultimo, deve segnalarsi come, benché una parte della dottrina ritenga la sopravvenuta inutilità ed inutilizzabilità della presenza nel sistema dell'istituto dell'esecuzione presso il domicilio della pena detentiva¹⁵⁴, altri segnalano come sopravvivano degli spazi applicativi. Gli elementi a favore di tale interpretazione sono la già segnalata mancanza di un <<preliminare vaglio di meritevolezza del condannato>>, cui deve aggiungersi la possibilità di applicare la misura in esame anche ai recidivi. Non meno importante risulta infine la competenza a decidere sulla concessione della misura al Magistrato di Sorveglianza, il quale dispone nel caso di specie di un ristretto potere discrezionale e di una maggiore possibile attenzione alle questioni rieducative e risocializzative della pena eseguibile *extramoenia*¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Termine posto dall'art. 1, co. 4, L. n. 199/2010, in deroga a quello di quindici giorni stabilito per la liberazione anticipata dall'art. 69 *bis* ord. pen.

¹⁵¹ Art. 678 c.p.p.: Procedimento di sorveglianza: << [...] 1-bis. Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, ed il tribunale di sorveglianza, nelle materie relative alle richieste di riabilitazione ed alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche in casi particolari, procedono a norma dell'articolo 667 comma 4. 2. Quando si procede nei confronti di persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità, il giudice acquisisce la relativa documentazione e si avvale, se occorre, della consulenza dei tecnici del trattamento [...] >>.

¹⁵² Nella sua pronuncia Cass., Sez. I, 13.01.2010, n. 5397.

¹⁵³ F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, op. cit., 679.

¹⁵⁴ Su tale linea di pensiero si orientano, *inter alia*, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 112, e L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 263.

¹⁵⁵ Tali le considerazioni di P. RENON - M. RUARO, *Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi*, op. cit., 1219 - 1220.

3.5 La liberazione condizionale

L'istituto della liberazione condizionale è l'unica misura alternativa alla detenzione che si trova regolata nel Codice Penale, nello specifico dagli artt. 176 e 177. La ragione della collocazione di questo istituto tra le cause estintive della pena non è dovuto ad alcun dubbio sulla sua natura giuridica¹⁵⁶, ma solo alla considerazione dell'effetto che comporta e alla sistematica del vigente Codice che ha mantenuto, in questa parte, la struttura del Codice Zanardelli¹⁵⁷.

L'art. 176 c.p. dispone che il condannato a pena detentiva, il quale abbia mantenuto <<un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento>> durante il periodo trascorso all'interno dell'istituto penitenziario, può accedere alla liberazione condizionale purché abbia scontato almeno trenta mesi della propria pena o almeno la metà di questa se la durata della sanzione detentiva restante non supera i cinque anni.

Il co. 4 dell'art. 176 c.p. prevede inoltre che, sussistendo delle obbligazioni civili derivanti da reato cui adempiere, è necessaria la loro previa esecuzione perché sia susseguentemente concessa la liberazione condizionale, salvo che si dimostri l'impossibilità di farvi fronte¹⁵⁸. È necessaria tuttavia la previa esistenza di una sentenza di condanna in sede civile o penale che comporti tale obbligo, non potendo sussistere un dovere meramente virtuale di risarcire il danneggiato dal reato o di pagare le spese processuali per poter accedere alla misura¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Come confermato *inter alia* da Corte Cost., 25.05.1989, n. 282. Isolata è invece rimasta una più risalente pronuncia della Cassazione nella quale si è affermata la natura di causa di estinzione della pena della liberazione condizionale in considerazione degli effetti che produce e del fatto che il ravvedimento del reo ne costituisce il presupposto, requisito assente in tutte le altre misure alternative alla pena detentiva: così Cass., Sez. I, 28.04.1983, n. 464. La giurisprudenza di legittimità è per il resto concorde nel ritenerla una misura alternativa: cfr. L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 321-322 in nota.

¹⁵⁷ Nel quale la liberazione condizionale presentava una finalità clemenziale, volta a consentire un controllo a carattere fortemente politico dei detenuti, in quanto la concessione e la revoca del beneficio erano decise esclusivamente dal Ministro della Giustizia. Sull'evoluzione storica dell'istituto, si veda dettagliatamente A. PULVIRENTI, *Le misure alternative alla detenzione*, op. cit., 290-291.

¹⁵⁸ La Cassazione ha affermato (in Cass., Sez. I, 14.04.1989, in *Foro italiano*, 1990, vol. 2, 111) come <<l'impossibilità di adempiere le obbligazioni civili deve essere intesa non solo come materiale impossibilità economica, ma considerata anche in rapporto ad altre cause, quali la irreperibilità del creditore, la rinuncia o la prescrizione del credito, il comportamento del creditore che renda, in concreto, impossibile il soddisfacimento totale o parziale dell'obbligazione>>.

¹⁵⁹ Cass., 14.04.1989, in *Foro italiano*, 1990, vol. 2, 112.

In caso di recidiva aggravata o reiterata (art. 99, co. 2 e 4, c.p.), è richiesto che il condannato abbia scontato almeno quattro anni di pena, nonché tre quarti del totale della pena detentiva inflittagli. La misura può essere accordata anche agli ergastolani quando siano stati espriati almeno ventisei anni in carcere.

La Corte Costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata per asserita violazione degli artt. 3, co. 1, 13, co. 2, e 27, co. 3, Cost. in relazione al computo nel periodo di detenzione anche di quello trascorso in custodia cautelare, che corrisponda al tempo richiesto dall'art. 176 c.p. e al termine del quale il condannato dimostri un ravvedimento certo¹⁶⁰. È quindi da escludersi che nel calcolo del periodo necessario per poter richiedere la misura possano rientrare anche momenti diversi da quelli dell'espiazione della pena in carcere, da scontarsi in concreto¹⁶¹.

Come evidente dalla lettera dell'art. 176 c.p., l'approvazione della liberazione condizionale è una scelta discrezionale del giudice¹⁶², il quale dovrà farsi guidare nel suo prudente apprezzamento dai criteri imposti dall'art. 133 c.p.¹⁶³

A seguito di un risalente intervento dei giudici costituzionali in materia di competenza a decidere per la liberazione condizionale¹⁶⁴, il conseguente vuoto legislativo fu inizialmente colmato con la L. n. 6/1975, che stabilì la competenza della Corte d'Appello a deliberarne. Tale <<anomalia>> rispetto all'impianto dell'Ordinamento Penitenziario, che affida sempre al Magistrato di Sorveglianza o al

¹⁶⁰ Corte Cost., ord. n. 1298/1992.

¹⁶¹ Non tenendosi conto dunque nemmeno di ulteriori benefici o di un eventuale indulto. Cfr. S. RIONDATO, *Art. 176 – Liberazione condizionale*, in A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2011, 898.

¹⁶² Una dottrina rimasta minoritaria (M. CANEPA E S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 297) ravvisa invece l'obbligo per il giudice di applicare la misura qualora siano rispettati i presupposti richiesti dall'articolo in esame. Considerando tuttavia il margine di discrezionalità concesso al giudice per valutare il ravvedimento del condannato, appare evidente come negli effetti la liberazione condizionale sia sottoposta ad una certa discrezione del Magistrato di Sorveglianza, il cui unico obbligo è piuttosto quello di analizzare la situazione qualora astrattamente ricorrano i presupposti per la concessione della liberazione anticipata. In questo senso, si veda Corte Cost., 14.05.1974, n. 204.

¹⁶³ Art. 133 c.p. – Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena: <<1. Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. 2. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo>>.

¹⁶⁴ Corte Cost., 14.05.1974, n. 204.

relativo Tribunale il potere di decidere circa le misure alternative e sostitutive alla pena detentiva, si spiega semplicemente sulla base di un fattore cronologico, essendo la riforma penitenziaria successiva di qualche mese alla legge appena citata. Il legislatore ritenne per questa ragione di rimediare adeguatamente e uniformare il sistema nel 1986¹⁶⁵, attribuendo all'organo esecutivo la competenza anche in merito alla liberazione condizionale¹⁶⁶.

Ancora una volta è stato l'operato della giurisprudenza, coadiuvata dalla dottrina, a fissare dei criteri direttivi per individuare il ravvedimento del reo. Indicazioni in tal senso discenderebbero in particolare dai rapporti con i compagni di carcere e con il personale penitenziario¹⁶⁷, dalla volontà di reinserirsi nella società mantenendo i rapporti familiari e impegnandosi in attività lavorative, educative o socialmente utili¹⁶⁸, e dalla manifestazione della volontà di riparare il danno commesso mediante il reato¹⁶⁹. Non risulta dunque sufficiente la mera buona condotta dentro l'istituto¹⁷⁰, ma al contempo non si pone come ostativo il perdurare nel proclamarsi innocente, purché sussistano i suddetti comportamenti¹⁷¹.

L'art. 104 del regolamento di esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario¹⁷² stabilisce come nell'ordinanza che concede la liberazione condizionale debba stabilirsi anche il termine massimo entro il quale l'interessato debba presentarsi dinanzi all'ufficio di sorveglianza affinché siano stabilite le prescrizioni specifiche alle quali il soggetto dovrà attenersi, per un periodo pari a quello del rimanente della pena detentiva che avrebbe dovuto scontare. Sul rispetto di tali disposizioni vigila l'autorità di pubblica sicurezza, con modalità che non ostacolino la ricerca di un lavoro e la conseguente prestazione. Il Magistrato di Sorveglianza potrà stabilire, a seconda delle esigenze del caso concreto, quali luoghi non possano essere frequentati dal reo, gli orari di reperibilità presso il domicilio dichiarato e le restrizioni alla libertà di circolazione nel territorio dello Stato¹⁷³.

¹⁶⁵ L. n. 663 del 10.10.1986, c.d. legge Gozzini.

¹⁶⁶ A. PULVIRENTI, *'Le misure alternative alla detenzione'*, op. cit., 293.

¹⁶⁷ Cass., 07.10.1986, in *Cassazione penale*, 1988, 286.

¹⁶⁸ Cass., 08.05.1989, in *Cassazione penale*, 1990, 1928.

¹⁶⁹ Cass., 28.01.1991, in *Cassazione penale*, 1992, 1502; Cass. 07.04.1993, in *Cassazione penale*, 1994, 2437.

¹⁷⁰ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 291.

¹⁷¹ Cass., 21.05.1990, in *Cassazione penale*, 1991, 1570.

¹⁷² Da ultimo aggiornato con il d.P.R. n. 230 del 30.06.2000.

¹⁷³ Così l'art. 190 disp. att. c.p.

A norma dell'art. 177, co. 4, c.p., l'estinzione definitiva della pena interverrà una volta decorso il tempo della pena inflitta, ovvero cinque anni dopo l'adozione del provvedimento che dispone la liberazione condizionale qualora il soggetto sia sottoposto alla pena dell'ergastolo, con conseguente rimozione delle misure di sicurezza eventualmente stabilite nella sentenza di condanna. Accertata la presenza di tali requisiti, il Tribunale di Sorveglianza determina l'estinzione della pena con una pronuncia meramente dichiarativa¹⁷⁴.

A seguito di tre interventi della Corte Costituzionale¹⁷⁵, volti a ridisegnare quanto disposto dai primi tre commi dell'art. 177 c.p. in materia di revoca della misura, attualmente risultano due i casi nei quali questa può essere richiesta: qualora il soggetto commetta un altro reato della stessa indole di quello per il quale era già stato condannato, dovendo però il Tribunale di Sorveglianza valutare se sussista una incompatibilità con il proseguimento della liberazione condizionale; laddove vi sia trasgressione delle prescrizioni imposte dal Magistrato di Sorveglianza, a seguito di valutazione della gravità e della negatività delle stesse rispetto alla condotta mantenuta dal beneficiario della misura.

Nessun margine di apprezzamento è invece lasciato al giudice qualora intervengano delle leggi di amnistia o indulto, dovendosi in tal caso procedere immediatamente alla revoca¹⁷⁶.

3.6 La liberazione anticipata

Della natura di misura alternativa alla detenzione della liberazione anticipata si è lungamente dibattuto nella dottrina penalistica italiana. Una parte degli studiosi ha ritenuto infatti che il presente istituto sia più propriamente da collocarsi tra i regimi che consentono una riduzione della pena, concessa a seguito di comportamento meritevole del detenuto e volta ad incentivare la partecipazione e la risocializzazione,

¹⁷⁴ F. FIORENTIN, 'Liberazione condizionale', in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 62.

¹⁷⁵ Corte Cost., 25.05.1989, n. 282; Corte Cost., 04.06.1997, n. 161; Corte Cost., 23.12.1998, n. 418.

¹⁷⁶ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, op. cit., 303.

con la conseguenza di consentire la scarcerazione prima del termine previsto nella sentenza¹⁷⁷.

Altri autori non hanno invece mai dubitato della natura della liberazione anticipata, anche in considerazione della sua collocazione sistematica, essendo difatti inserita all'interno della sezione sulle misure alternative dell'Ordinamento Penitenziario, all'art. 54¹⁷⁸.

A norma dell'articolo appena menzionato, la liberazione anticipata consiste in un beneficio pari a quarantacinque giorni di detenzione sottratti alla pena totale per ogni semestre di pena già scontata per il condannato che <<ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione>>¹⁷⁹, proprio come riconoscimento di tale collaborazione¹⁸⁰.

L'uso dell'indicativo presente, <<è concessa>>, lascia intendere che si tratti di misura da applicarsi automaticamente qualora se ne ravvisi la presenza del presupposto¹⁸¹. Nel computo della pena già scontata, deve considerarsi come periodo di pre-sofferto anche quello relativo alla custodia cautelare o alla detenzione domiciliare.

Il provvedimento deve sempre essere comunicato al Pubblico Ministero presso la Corte d'Appello territorialmente competente o al tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione, ed è adottato ai sensi dell'art. 69 *bis* ord. pen., che istituisce un giudizio *de plano* fortemente deformalizzato, il quale avviene in camera di consiglio e con un contraddittorio solamente eventuale. La decisione, assunta meditante ordinanza dal Magistrato di Sorveglianza, è reclamabile dinanzi al Tribunale

¹⁷⁷ Dottrina ad esempio sostenuta da A. PULVIRENTI, *Le misure alternative alla detenzione*, op. cit., 283 e da M. D'ONOFRIO - M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, op. cit., 257, che la indentificano come una misura <<di natura essenzialmente premiale>>.

¹⁷⁸ G. DI GENNARO - R. BREDA - G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, op. cit., 222; L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 39.

¹⁷⁹ La Cassazione ha descritto la liberazione anticipata come <<uno strumento di grande valore psicologico che, contrastando la normale insofferenza del condannato a sopportare sacrifici e fatiche nella prospettiva di un bene futuro che si presenta lontano, come la semilibertà o la liberazione condizionale, sollecita l'impegno delle sue energie volitive nella diversa prospettiva di un bene da cogliere in un breve lasso di tempo, purché in quel lasso temporale egli riesca a dare adesione all'azione rieducativa>> (Cass., Sez. I, 23.10.2013, De Witt, n. 5877).

¹⁸⁰ Così il co. 1 dell'art. 54 ord. pen. Tale ultima parte dell'articolo in commento sembrerebbe avvallare la teoria secondo la quale la liberazione anticipata godrebbe di una natura premiale piuttosto che di alternativa alla pena detentiva in senso stretto.

¹⁸¹ M. G. COPPETTA, *Art. 54 - Liberazione anticipata*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015, 663.

dell'organo esecutivo, il quale rimane l'unico organo competente a decidere della revoca del provvedimento.

Per quanto concerne nello specifico l'elemento della partecipazione all'opera di rieducazione, stante la mancanza di alcun riferimento o criterio identificativo di tale condotta positiva, l'unica indicazione cui è possibile attenersi è quella derivante dal regolamento esecutivo della legge sull'Ordinamento Penitenziario.

L'art. 103, co. 2, di tale atto stabilisce infatti come debba considerarsi l'impegno del detenuto <<nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento e al mantenimento di corretti e costruttivi rapporti con gli operatori, con i compagni, con la famiglia e con la comunità esterna>>¹⁸².

La dottrina ha ciononostante ritenuto che siano necessari <<comportamenti esteriori oggettivamente determinanti>>¹⁸³ e <<una adesione psicologica al trattamento, sintomatica di un coefficiente di risocializzazione>>¹⁸⁴, dunque la sussistenza di elementi a carattere soggettivo, oltre che meramente oggettivo. L'orientamento in parola appare avvallato anche dalla giurisprudenza di legittimità la quale, tenendo sempre in considerazione il fine rieducativo della pena, ritiene un requisito centrale il <<ravvedimento improntato alla revisione delle motivazioni che lo avevano indotto a scelte criminali>>¹⁸⁵, arrivando più recentemente a parlarsi di una <<evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi>>¹⁸⁶.

Sulla questione della c.d. <<semestralizzazione>> della liberazione anticipata, ad una valutazione frazionata che sembra discendere dalla lettera della norma in esame, la giurisprudenza ha costantemente risposto ritenendo necessaria una valutazione unitaria della condotta del reo. Sebbene dunque il periodo di riferimento per la commisurazione della libertà debba certamente avere come unità minima di riferimento un periodo pari a sei mesi, nell'accordare la misura si devono considerare

¹⁸² Questo il testo risultante dall'ultima modifica legislativa, avvenuta con il d.P.R. n. 230 del 30.06.2000, che ha sostituito la parola <<atteggiamenti>> con il termine <<rapporti>>, aumentandone dunque la connotazione oggettiva.

¹⁸³ Non potendosi in ogni caso ritenere sufficiente la semplice buona condotta all'interno dell'istituto penitenziario, che dovrebbe costituire la norma comportamentale per i detenuti (Cass., 22.10.2013, Pisa, n. 258396).

¹⁸⁴ A. BERNARDI, 'Il lavoro carcerario', in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, 375.

¹⁸⁵ *Ex multis*, Cass., 16.02.1987, Genova; Cass., 29.11.1988, Ligas.

¹⁸⁶ Cass., 10.03.1994, Di Pasquale.

eventi quali la mancata continuità nella regolarità del comportamento¹⁸⁷, una condotta particolarmente grave tale da incidere e riverberarsi sui semestri successivi¹⁸⁸, o anche su quelli antecedenti qualora il fatto commesso risulti sintomatico di un costante mancato ravvedimento che abbia determinato il reo nella ulteriore condotta trasgressiva¹⁸⁹.

Non costituisce un fattore ostativo alla concessione della misura la detenzione del condannato in uno dei regimi <<speciali>> di cui agli artt. 4 *bis*, 14 *bis* e 41 *bis* ord. pen., rendendosi tuttavia necessaria una particolare rivisitazione critica da parte del reo del grave illecito commesso¹⁹⁰.

La lettera della norma dispone che può essere stabilita in ogni caso la revoca qualora, successivamente alla concessione della liberazione anticipata, intervenga una nuova condanna, purché sia per delitto non colposo, commesso <<nel corso dell'esecuzione>>. Sul punto è intervenuta tuttavia la Corte Costituzionale, che nel 1995 ha dichiarato l'incostituzionalità del presente comma, in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., in quanto la liberazione anticipata deve invece essere <<revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio>>¹⁹¹.

Ancora a seguito di un intervento della Corte Costituzionale¹⁹², è stato introdotto al co. 4 dell'articolo in esame la previsione secondo la quale la liberazione anticipata deve ritenersi applicabile anche a quanti condannati all'ergastolo. È peraltro da considerarsi che il reo possa essere nuovamente ammesso al beneficio in esame, purché ne sussistano i presupposti, qualora la libertà anticipata sia revocata una prima volta¹⁹³.

La liberazione anticipata può ben coniugarsi con l'istituto dell'affidamento in prova ai servizi sociali: infatti, qualora la <<durata dell'affidamento [sia] uguale a quella della residua pena espianda, [...] l'eventuale riduzione di questa si riflette sulla misura alternativa>>, non esistendo dunque alcun elemento ostativo per una loro

¹⁸⁷ Cass., Sez. I, 27.02.1997, Tollais, n. 6615.

¹⁸⁸ Cass., Sez. I, 22.09.2011, Ndoci, n. 47710.

¹⁸⁹ Cass., Sez. I, 30.03.2011, Barbi, n. 30299.

¹⁹⁰ Cass., Sez. I, 31.10.1997, Compierchio, n. 6597.

¹⁹¹ Corte Cost., 20.04.1995, n. 185.

¹⁹² Avvenuto con sentenza Corte Cost., 21.09.1983, n. 274.

¹⁹³ Ancora una volta decisivo l'intervento di Corte Cost., 04.07.1997, n. 161.

applicazione coordinata¹⁹⁴. Analogamente, si ritiene vi sia piena compatibilità tra la misura di cui si tratta sia rispetto alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva che all'affidamento in prova in casi particolari¹⁹⁵.

Alla parte della dottrina che ha lamentato come una simile apertura comporterebbe la considerazione di fini e situazioni tra loro estremamente eterogenei nei quali si finirebbe per applicare la misura, un altro orientamento ha ritenuto il problema insussistente, evidenziando come la liberazione anticipata possa applicarsi a due categorie di soggetti: quelli orientati verso una definitiva cessazione dello *status* di detenuto ed altri che invece godono di un'interruzione momentanea della detenzione¹⁹⁶.

3.6.1 La liberazione anticipata c.d. <<speciale>>

A decorrere dal dicembre 2013¹⁹⁷ e per un periodo di due anni, per far fronte in via emergenziale alla condanna per sovraffollamento carcerario emersa nella sentenza *Torreggiani*, la riduzione di pena conseguibile mediante la concessione della liberazione anticipata era stata innalzata da quarantacinque a settantacinque giorni per ogni semestre¹⁹⁸, andando a creare un regime di specialità rispetto alla norma ordinaria, che pure rimaneva in vigore. Tale <<sconto di pena>> ha avuto efficacia retroattiva, potendosi applicare a quanti abbiano già usufruito della liberazione anticipata ordinaria dal 1 gennaio 2010¹⁹⁹: per tale motivo, una parte della dottrina ne ha dato la definizione di <<indulto mascherato>>, che avrebbe difatti aggirato l'alta maggioranza parlamentare dei due terzi richiesta dall'art. 79 Cost. per emanare tale provvedimento legislativo²⁰⁰.

¹⁹⁴ Così Cass., Sez. I, 17.03.1994, Biallo.

¹⁹⁵ M. G. COPPETTA, 'Art. 54 – Liberazione anticipata', op. cit., 664.

¹⁹⁶ M. G. COPPETTA, 'Art. 54 – Liberazione anticipata', op. cit., 675.

¹⁹⁷ A norma dell'art. 4, D. L. n. 146 del 23.12.2013.

¹⁹⁸ Il che dunque è arrivato a comportare sconti di pena di cinque mesi per ogni anno di detenzione, pari ad oltre il 40% annuale.

¹⁹⁹ Data ritenuta non casuale in quanto connessa con la dichiarazione dello stato di emergenza per sovraffollamento carcerario, proclamato il 12 gennaio 2010: cfr. B. GIORS, 'La liberazione anticipata speciale', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, 125.

²⁰⁰ In tal senso, L. DEGL'INNOCENTI E F. FALDI, *I benefici penitenziari*, op. cit., 51.

A differenza della disciplina ordinaria, tuttavia, la liberazione anticipata speciale trovava il suo ambito di applicabilità ad un novero più ristretto di condannati, escludendosi esplicitamente i delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. e le categorie dei collaboratori di giustizia, degli affidati in prova al servizio sociale o in detenzione domiciliare e coloro cui era stata concessa l'esecuzione della pena presso il domicilio.

Per quanto concerne nello specifico l'esclusione della categoria dei soggetti condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., emerge la volontà parlamentare di non concedere il beneficio <<speciale>> in esame ai condannati per illeciti di particolare gravità²⁰¹, creando così una potenziale discriminazione rispetto al regime ordinario, il quale rimane in ogni caso pienamente richiedibile dal detenuto²⁰². La *ratio* di tale scelta trova giustificazione, secondo una parte della dottrina, nel fatto che la liberazione anticipata speciale costituisce una misura deflattiva temporanea²⁰³.

La maggior parte degli autori si sono schierati nettamente contro l'introduzione di una simile norma del sistema, che dimostrerebbe come ancora talvolta affiori un <<diritto penale dell'autore>>, che preclude aprioristicamente alcuni benefici ad alcuni condannati, sulla base di presunzioni assolute di pericolosità e in spregio ad ogni considerazione relativamente alla possibile rieducazione del condannato²⁰⁴, con il rischio di profilarsi un conflitto di costituzionalità similmente a quanto già avvenuto in passato in ipotesi analoghe²⁰⁵.

Prendendo tuttavia atto dell'esistenza della norma, la scienza giuridica si è interpellata su quale fosse il regime applicabile ai condannati per i reati previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen., valutando l'opportunità di impiegare il principio dello scioglimento dell'eventuale cumulo per i delitti non ostativi la cui pena fosse ancora da espiare²⁰⁶. È risultato preferibile ritenere la sua non eseguibilità nel presente caso: la risposta di segno negativo deriva dalla considerazione dell'irragionevole disparità

²⁰¹ CAMERA DEI DEPUTATI, *Relazione al D. D. L. n. 1921, di conversione del decreto n. 146/2013*.

²⁰² M. RABAI, 'La liberazione anticipata "speciale"', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, 106.

²⁰³ P. BRONZO, 'Problemi della <<liberazione anticipata speciale>>', in *Archivio penale*, 2014, 19.

²⁰⁴ A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, op. cit., 121.

²⁰⁵ Con Corte Cost., 08.07.1993, n. 306, era stato già stabilito infatti come <<la tipizzazione per titoli di reato non appa[ia] consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario>>, con il rischio del cristallizzarsi della <<tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe essere perseguita>>.

²⁰⁶ L. CERCOLA, 'La liberazione anticipata speciale e lo scioglimento del "cumulo"', in *Archivio penale*, 2014, n. 2, in commento a Mag. Sorv. Vercelli, 17.05.2014, ric. A. D.

di trattamento che si andrebbe a creare, <<in quanto in presenza dei medesimi presupposti sostanziali il giudice dovrebbe far luogo a detrazioni di pena in misura diversa per i semestri riferiti all'espiazione di reati "comuni" e per quelli relativi a delitti ostativi>>²⁰⁷.

Conclusivamente, si deve osservare come con l'istituto della liberazione anticipata speciale il legislatore abbia parzialmente fallito nel suo tentativo di adeguarsi rapidamente (e forse superficialmente) alla sentenza *Torreggiani*. Difatti, la risposta alla richiesta di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, rispettando e tenendo sempre in prima considerazione la rieducazione del detenuto, è risultata parziale e soccombente dinanzi ad esigenze di sicurezza non supportate da prove di attualità del pericolo posto da alcune categorie di condannati²⁰⁸.

È tuttavia da segnalare l'apprezzabile volontà delle forze politiche di fare fronte alla situazione di emergenza negli istituti penitenziari mediante l'uso delle misure alternative alla pena detentiva. Sebbene, per le ragioni evidenziate, il presente istituto abbia forse presentato dei profili di incostituzionalità, non può non ritenersi rilevante la consapevolezza che gli interventi sulle misure che comportano una restrizione della libertà diversa dalla permanenza costante in carcere potranno costituire una soluzione al sovraffollamento carcerario e al contempo favorire il reinserimento sociale dei condannati, permettendo dunque il venir meno della sistematica situazione di trattamento inumano e degradate nei confronti di costoro.

²⁰⁷ Così B. GIORS, *'La liberazione anticipata speciale'*, op. cit., 135; nello stesso senso, si veda F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, op. cit., 75.

²⁰⁸ F. P. C. IOVINO, *'La liberazione anticipata speciale'*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014, 76.

CONCLUSIONI

Il presente studio si è posto l'obiettivo di analizzare il quadro internazionale ed europeo che il legislatore italiano è tenuto a considerare nell'elaborazione di una espressa previsione penale in materia di tortura, oltre che di evidenziare la grave problematica strutturale del sovraffollamento carcerario in Italia che, per come stabilito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel 2013¹, costituisce certamente un trattamento inumano e degradante, che in astratto può elevarsi anche al grado di vera e propria tortura. Riguardo a tale ultimo aspetto, in particolare, il lavoro presentato si è occupato sia dei rimedi risarcitori e compensativi adottati tra il 2013 e il 2014, che di una delle possibili soluzioni per ridurre drasticamente la popolazione presente negli istituti penitenziari, ossia quella offerta dalle misure alternative e sostitutive alla pena detentiva.

Questi ultimi istituti, i quali hanno peraltro subito diverse modifiche negli ultimi anni, sono per lo più risalenti all'Ordinamento Penitenziario, se non addirittura al Codice Penale, e quindi il loro uso dovrebbe idealmente costituire una parte ben consolidata del sistema di esecuzione della sanzione penale².

Tale prospettiva è tristemente disattesa dai dati statistici, che dimostrano la mancanza di un serio impegno nel riportare il numero di detenuti ad uno *standard* adeguato che consenta una vita dignitosa nelle strutture penitenziarie: è sufficiente considerare come ad un netto miglioramento conseguente alla condanna subita dall'Italia nella sentenza *Torreggiani*³, al maggio del 2017 vi fosse nuovamente un sovrannumero di detenuti pari a quasi 7.000 individui oltre la capienza massima delle carceri⁴. Di questi, 9.721 risultano in attesa di un primo giudizio e 9.818 sono

¹ Nella sentenza *Torreggiani and Others v Italy*, ECtHR, Grand Chamber Judgement, n. 57875/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, 08.01.2013.

² L'eccezione più rilevante è data dalla c.d. liberazione anticipata speciale, che come si è visto, costituì una misura a carattere temporaneo, introdotta in via emergenziale con vigore dal dicembre 2013 allo stesso mese del 2015.

³ Come evidenziato dalla stessa Corte EDU nelle sentenze *Stella and Others v Italy*, ECtHR, Judgement, 16.09.2014, n. 49169/09, 54908/09, 55156/09 et al., e *Rexhepi and Others v Italy*, ECtHR, Judgement, 16.09.2014, n. 47180/10 et al.

⁴ I dati statistici, attualmente aggiornati al 31 maggio 2017, sono forniti dal Dipartimento dell'amministrazione giudiziaria al Ministero della Giustizia. Si consideri come nei soli sei mesi dal 31 ottobre 2016 al 30 aprile 2017 vi è stato un aumento di 1.524 detenuti.

condannati non definitivi, con una percentuale pari al 34,6% della popolazione carceraria, a fronte di una media europea pari al 22%⁵.

In questo quadro, si deve evidenziare come gli istituti di natura alternativa più utilizzati dagli organi dell'esecuzione delle condanne penali sono attualmente l'affidamento in prova al servizio sociale, in preponderanza del tipo previsto per tossicodipendenti e alcolodipendenti, e la detenzione domiciliare. In particolare, quest'ultima risulta impiegata maggiormente a seguito della menzionata novella legislativa del 2010 che ha esteso il suo ambito di applicabilità alle pene detentive non superiori ai 18 mesi⁶.

Tuttavia, un aumento della concessione di tali misure alternative procede parallelamente e in modo proporzionato all'aumento della popolazione carceraria, di fatto potendosi parlare di una illusorietà nell'incremento della loro applicazione⁷. Unica eccezione a questo andamento è stato avvertito negli anni tra il 2013 e il 2015, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale per il sovraffollamento delle carceri ed in concomitanza con la condanna da parte della Corte EDU nel caso *Torreggiani*, che come ulteriori effetti benefici ha permesso anche una diminuzione delle percentuali di recidiva⁸ e di suicidi⁹ in carcere in tale intervallo di tempo¹⁰.

⁵ G. SANTORO, 'La legislazione ed i numeri della detenzione cautelare in carcere', in ANTIGONE (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-custodia-cautelare/>>>.

⁶ Dati aggiornati al 31 maggio 2017, forniti dal Dipartimento dell'amministrazione giudiziaria al Ministero della Giustizia e resi disponibili presso <<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_36&contentId=SST1333373&previousPage=mg_1_14>>.

⁷ Così D. RONCO, 'In alternativa. Numeri, tipologie e funzioni delle misure alternative', in ANTIGONE (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-misure-alternative/>>>.

⁸ I dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione giudiziaria testimoniano difatti come la percentuale di recidiva per quanti abbiano beneficiato di una misura alternativa sia pari al 19%, a fronte del 68,4% per chi sia rimasto a scontare la propria pena esclusivamente all'interno dell'istituto penitenziario. Sul punto, MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Stati generali sull'esecuzione penale: documento finale*, 18.06.2016, disponibile presso <<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page;jsessionid=+ctB4GQWB0rEozsAurd5ha1d?previousPage=mg_2_19#r11e>>, Parte quarta, §3.1 e ss.

⁹ G. ERAMO, *I segni subculturali e linguistici della detenzione. Il carcere come non luogo sociale*, Roma, 2014, 122 e ss.

¹⁰ A. SCANDURRA, 'Il ritorno del sovraffollamento', in ANTIGONE (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>>>.

Infine, sul tema si segnala come il 14 giugno 2017 la Camera dei Deputati ha approvato, a seguito della questione di fiducia posta dal Governo, un progetto di legge di riforma del Codice Penale, del Codice di Procedura Penale e dell'Ordinamento Penitenziario¹¹.

Con particolare riguardo a tale ultima legge, il Parlamento ha fissato i principi e i criteri direttivi perché il Governo adotti entro un anno dei decreti legislativi di modifica della L. n. 354/1975, che comportino una generale <<revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale>>¹², garantendo inoltre la pubblicità e la presenza dell'interessato durante il conseguente procedimento di sorveglianza¹³.

Ancora secondo tali principi e criteri, è richiesto che il condannato sia sottoposto all'osservazione scientifica della personalità anche dopo la concessione della misura alternativa, prevedendosi anche un maggior intervento degli Uffici dell'esecuzione penale esterna e dei controlli eseguibili da parte della polizia penitenziaria¹⁴.

Il Governo dovrà ulteriormente agire in maniera tale da eliminare automatismi e preclusioni <<che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari>>¹⁵, favorendo le attività di natura riparatoria nell'esecuzione delle misure alternative <<quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale>>¹⁶ e, in generale, il reinserimento nella società mediante il ricorso al volontariato e al lavoro, tenendo poi in particolare considerazione le situazioni delle detenute madri, dei minori e degli stranieri.

I criteri e i principi direttivi appena illustrati sembrano dimostrare la parziale inadeguatezza delle misure alternative esistenti e soprattutto il pieno riconoscimento

¹¹ Trattasi del disegno di legge n. 4368, XVII Legislatura, approvato il giorno 14.06.2017.

¹² Art. 1, co. 85, lett. b), D.D.L. n. 4368, XVII Legislatura.

¹³ Art. 1, co. 85, lett. c), D.D.L. n. 4368, XVII Legislatura.

¹⁴ Art. 1, co. 85, lett. d), D.D.L. n. 4368, XVII Legislatura.

¹⁵ Art. 1, co. 85, lett. e), D.D.L. n. 4368, XVII Legislatura.

¹⁶ Art. 1, co. 85, lett. f), D.D.L. n. 4368, XVII Legislatura.

della loro necessarietà in un sistema penale moderno, con il duplice fine di permettere una riduzione del sovraffollamento carcerario e di consentire un efficace recupero sociale dei condannati a pena detentiva, riducendo al contempo il rischio della nuova commissione di reati da parte di tali soggetti.

In aggiunta, si deve considerare come un numero troppo alto di detenuti a fronte di insufficienti spazi penitenziari comporta, e con grande frequenza, un aumento della violenza intra-muraria, con conseguente innalzamento del rischio di maltrattamenti tra gli stessi carcerati e contro di questi da parte dell'amministrazione. Tali condotte <<possono assumere numerose forme, molte delle quali possono non essere intenzionali, ma piuttosto il risultato di mancanze/difetti organizzative o di risorse inadeguate>>¹⁷, con il rischio di raggiungere anche piuttosto facilmente la soglia di gravità richiesta dalla giurisprudenza della Corte EDU perché si integrino violazioni dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Peraltro, risultano tutt'oggi mancanti degli adeguati codici di comportamento per il personale delle amministrazioni penitenziarie, dovendosi rilevare come ciò comprometta <<[l]a credibilità del divieto di ogni forma di maltrattamento [...] ogni qualvolta i pubblici ufficiali responsabili di tali reati non sono chiamati a rispondere dei propri atti>>¹⁸.

Nonostante i numerosi richiami internazionali evidenziati nel presente lavoro e tenendo in considerazione il preoccupante aumento di episodi di violenza segnalati da parte di detenuti od internati, il legislatore italiano continua a dimostrarsi da anni incapace nell'approvare uno specifico reato che criminalizzi le condotte di tortura e di trattamenti o punizioni inumani o degradanti.

La mancanza di una seria volontà dello Stato di impedire tali atti è dimostrata da ultimo dal recente caso presentato dinanzi la Corte EDU per i fatti accaduti nel carcere di Asti¹⁹, in cui il Governo offrì un accordo amichevole ed un risarcimento pari a 45.000 euro a ciascuno dei due ricorrenti. Similmente a quanto avvenuto nel caso

¹⁷ R. PALMISANO, 'Vita detentiva', in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (a cura di), *Temi per Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, 2015, disponibile presso <<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS1180838&previousPage=mg_2_3_4_5>>.

¹⁸ R. PALMISANO, 'Vita detentiva', ult. op. cit.

¹⁹ La vicenda, accaduta nel 2005, riguardò due detenuti, i quali furono isolati dal resto della popolazione carceraria in celle prive di vetri alle finestre e di un materasso per il letto. In questo ambiente, i due individui furono spogliati, ripetutamente percossi e nutriti solo con pane ed acqua per diversi giorni.

Cestaro v. Italy, il ricorso venne presentato dalle due asserite vittime a seguito di una sentenza della Corte di Cassazione²⁰, che il 27 luglio del 2012 aveva stabilito come i reati per i quali i quattro imputati erano sotto processo fossero ormai prescritti.

Peraltro, la Suprema Corte fece proprie le osservazioni presentate dal Tribunale di Asti in primo grado, che aveva affermato come <<i fatti in esame potrebbero essere agevolmente qualificati come ‘tortura’, se l’Italia non avesse omesso di dare attuazione alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984, pur ratificata dal nostro Paese con L. 3 novembre 1988, n. 498>>. L’inapplicabilità diretta dell’UNCAT è confermata dalla Cassazione, che sottolinea la <<assenza di tale qualificazione giuridica>>, pur dovendosi necessariamente parlare di <<una vera e propria tortura, durata per più giorni e posta in essere in modo scientifico e sistematico>>.

L’atteggiamento del Governo nell’ambito di tale procedimento testimonia la consapevolezza che condotte costituenti tortura avvengono sul territorio nazionale e al contempo il timore di subire ulteriori condanne da parte dei giudici di Strasburgo, che nel rigettare la proposta di transazione presentata dai rappresentanti dello Stato italiano, tennero in considerazione anche l’assenza di una definitiva prospettiva di risoluzione concernente la penalizzazione della tortura²¹.

A tal proposito, si è cercato nel presente lavoro di illustrare dettagliatamente le caratteristiche dei disegni di legge sinora presentati e approvati dai due rami del Parlamento, rilevando per ognuno di questi i profili di aderenza rispetto alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, le eventuali aperture che consentirebbero una tutela ancora più ampia di quella fornita da detto trattato e, infine, le criticità che sarebbero poste da detti testi legislativi qualora dovessero trovare un’approvazione definitiva.

Di particolare rilievo è naturalmente il testo approvato dal Senato il 17 maggio 2017 e inviato alla Camera dei Deputati in attesa di un voto che possa finalmente trasformare tale proposta in una legge. È nuovamente opportuno evidenziare come il disegno di legge abbia subito numerose modifiche, tanto da vedere significativamente

²⁰ Cass., Sez. VI, 27.07.2012, n. 30780.

²¹ CILD, *Should victims of torture be compensated? The ECtHR says no*, 15.03.2016, disponibile presso <<<https://cild.eu/en/2016/03/15/should-victims-of-torture-be-compensated-the-ecthr-says-no/>>>.

l'astensione al voto dei suoi firmatari originari, snaturando a tutti gli effetti quanto proposto per la prima volta dinanzi al Senato nel 2013.

Molte perplessità sono state avanzate con particolare riguardo alla necessità che gli atti siano una pluralità, richiedendosi <<violenze e minacce gravi>> affinché il reato possa dirsi integrato: tale previsione si pone al contempo come contraria sia a quanto previsto dall'art. 1 dell'UNCAT, sia ad un comune senso logico, apparendo evidente come un singolo fatto od una condotta continuativa possano raggiungere una soglia di gravità tale da doversi indiscutibilmente ritenere atti di tortura. L'innovativo elemento del <<verificabile trauma psichico>> come conseguenza necessaria della condotta, in alternativa all'elemento "classico" delle acute sofferenze fisiche, porta inoltre con sé diversi dubbi concernenti la verificabilità, anche a distanza di molto tempo, di tale fattore.

D'altronde, a fronte di un generale abbassamento delle cornici edittali previste dall'ultimo disegno di legge in materia, si deve positivamente considerare un inasprimento della reazione dell'ordinamento alla condotta di istigazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio verso analoghe figure istituzionali. Qualora l'incitamento sia <<concretamente idoneo>>, ma non venga accolto o comunque il delitto non sia commesso, gli istigatori rimarranno in ogni caso punibili con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni²².

Un elemento rispetto al quale le varie proposte di legge si sono mantenute costanti è dato dalla volontà di interpretare il delitto di tortura come un reato comune, lasciando invece al campo delle aggravanti la punibilità del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che ponga in essere le condotte con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio.

Manca infine l'auspicata previsione della imprescrittibilità del reato, caratteristica questa già presente nelle fattispecie di reato che le Corti nazionali hanno dovuto necessariamente applicare in assenza di una previsione *ad hoc*, e che ha portato spesso alla prescrizione degli illeciti prima che potessero concludersi i processi contro i rei²³.

²² Il testo dell'intero disegno di legge, così come modificato ed approvato in Senato il 17 maggio 2017, è consultabile presso <<<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01023042.pdf>>>.

²³ ANTIGONE E CILD, *Joint Submission to the UN Human Rights Committee Concerning Italy*, op. cit. Gli autori del testo riportano inoltre un caso giunto dinanzi la Corte di Cassazione nel 2014 nel quale fu impossibile concedere l'estradizione ad un individuo accusato di aver compiuto atti di tortura in

In un contesto di grande disaccordo politico²⁴ riguardo al testo approvato dal Senato, è facile prevedere come le discussioni presso la Camera dei Deputati previste per il mese di giugno del 2017 si prolungheranno ben oltre la fine del mese e, con tutta probabilità, condurranno ad ulteriori modifiche del disegno di legge.

Appare dunque persistente la mancanza di una forte volontà del legislatore nazionale di adattarsi alle richieste provenienti dagli organi europei ed internazionali in merito all'introduzione di un adeguato reato di tortura che, secondo alcuni autori, arriverebbe addirittura a testimoniare <<l'assenza di una vera cultura politica ed istituzionale dei diritti umani in Italia>>²⁵.

Argentina, e rifugiatosi in Italia a seguito di un mandato d'arresto internazionale emesso dall'Interpol. Le ragioni del rifiuto trovano fondamento precisamente nella mancanza di un reato di tortura imprescrittibile nell'ordinamento italiano e dell'intervenuta prescrizione dei restanti delitti a suo carico (Cass., sez. VI, 04.11.2014, n. 46634).

²⁴ Sul quale si veda ALTALEX, *Reato di tortura, il Senato approva. Il testo passa ora alla Camera*, 17.05.2017, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2017/05/18/reato-di-tortura>>>.

²⁵ Così P. GONNELLA - A. MARCHESI, *Onorare gli impegni: l'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006, 8.

BIBLIOGRAFIA

LIBRI E PERIODICI

M. K. ADDO - N. GRIEF, *'Is There a Policy Behind the Decision and Judgement relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights?'*, in *European Law Review*, 1995.

D. ANAGNOSTOU, *European Court of Human Rights: Implementing Strasbourg's Judgments on Domestic Policy*, Edimburgo, 2013.

ANTIGONE, *Torna il carcere: XIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, Roma, 25.05.2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>>>.

ANTIGONE - CILD, *Joint Submission to the UN Human Rights Committee Concerning Italy*, Roma, 2017.

E. APRILE, *'Art. 146. Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena'*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Artt. 132 - 240* (a cura di G. LATTANZI ED E. LUPO), vol. V, Milano, 2010.

S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007.

ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why We Must Say No to Torture, Always.*, Ginevra, 2007.

ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*, Ginevra, 2001.

A. BALSAMO, *'L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria'*, in *Cassazione penale*, 2014, fasc. 11.

L. BARONE, *'Il nuovo reclamo ex art. 35-ter ordinamento penitenziario'*, in *Cassazione Penale* 2016, n. 6 (Supplemento).

S. BARTOLE, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, fasc. 1.

S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012.

T. BASILE - E. FASSONE - G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Sipiel-Feltrinelli, 2001.

A. BERNARDI, 'Il lavoro carcerario', in C. CONTI, A. MARANDOLA E G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987.

A. BERNASCONI, 'Art. 13 – Individualizzazione del trattamento', F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), in *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

M. BOOT, *Art.7 Crimes against humanity – para. 2(e)*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article – II ed.*, Baden-Baden, 2008.

M. BORTOLATO, 'Art. 35-bis – Reclamo giurisdizionale', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

F. BRICOLA, *Il carcere <<riformato>>*, Bologna, 1977.

F. BRICOLA, 'L'affidamento in prova: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria', in *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1976.

P. BRONZO, 'Problemi della <<liberazione anticipata speciale>>', in *Archivio penale*, 2014.

W. BRUGGER, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern*, Heidelberg, 1996.

D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007.

T. BUERGENTHAL, 'The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, 1997, vol. 19, n. 4.

C. BURCHARD, 'Torture in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals: A Critical Assessment', in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6 n. 2.

M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Roma, 2010.

P. CANEVELLI, 'Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento', in *Diritto penale e processuale*, 2001.

A. CAPUTO, *‘I nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato’*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009.

A. CASSESE, *‘A New Approach to Human Rights: The Convention for the Prevention of Torture’*, in *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83, n. 1.

A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2013.

A. CASSESE, *L’esperienza del male: guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Bologna, 2011.

A. CASSESE, *‘Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment’*, in R. J. MACDONALD - F. MATSCHER - H. PETZOLD (a cura di) *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993.

G. CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, Milano, 2002.

F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del processo amministrativo – IV ed.*, Roma, 2015.

L. CERCOLA, *‘La liberazione anticipata speciale e lo scioglimento del “cumulo”’*, in *Archivio penale*, 2014, n. 2.

L. CESARIS, *‘Art. 41 bis – Situazioni di emergenza’*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

L. CESARIS, *‘Art. 47-ter – Detenzione domiciliare’*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

L. CESARIS, *‘Art. 47-quater – Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria’*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

L. CESARIS, *‘Art. 47-quinquies – Detenzione domiciliare speciale’*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

L. CESARIS, *‘Quali garanzie per il garante dei detenuti?’*, in *Archivio penale*, 2016, n. 2.

H. CHARLESWORTH, *‘Universal Declaration of Human Rights (1948)’*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014.

A. CHIESSI - G. SCARDOVI, 'Argomenti contro la tortura: garantismo penale e difetti dell'utilitarismo', in *Rivista di filosofia del diritto*, 2008, vol. A-4 n. 2.

M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Milano, 2010.

A. COLELLA, 'La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo', in *Diritto penale contemporaneo*, 22.07.2014.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza. Relazione finale della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 2013, n. 160.

M. G. COPPETTA, 'Art. 54 – Liberazione anticipata', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

COUNCIL OF EUROPE, *European Prison Rules*, Strasburgo, 2006.

COUNCIL OF EUROPE, *Standard-setting Through Monitoring? The Role of Council of Europe Expert Bodies in the Development of Human Rights*, Strasburgo, 2013.

S. CUSSICK, 'You Are in a Place That Is Out of the World...: Music in Detention Camps of the 'Global War on Terror'', in *Journal of the Society for American Music*, 2008, vol. 2.

M. D'AMICO, 'Articolo 27', in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006.

M. D'ONOFRIO - M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Roma, 2004.

L. DAGA, 'Semilibertà', in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989.

F. DE LONDRAS, 'Saadi v Italy: European Court of Human Rights Reasserts the Absolute Prohibition on Refoulement in Terrorism Extradition Cases', in *American Society of International Law*, 2008, vol. 12, n. 9.

C. DEFILIPPI - D. BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Milano, 2001.

M. DEGANELLO, 'I rimedi risarcitori', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

L. DEGL'INNOCENTI, *Il lavoro di pubblica utilità*, Roma, 2013

- L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014.
- R. DELL'ANDRO, *'I diritti del condannato'*, in *Iustitia*, 1963.
- A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014
- A. DELLA BELLA, *'Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, O.P.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona'*, in A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013.
- A. DELLA BELLA, *'Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D. L. 92/2014'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13.10.2014.
- F. DELLA CASA, *'Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?'*, in *Diritto penale e processo*, 2011, fasc. 1.
- G. DI GENNARO - M. BONOMO - R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991.
- G. DI GENNARO - R. BREDI - G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997.
- A. DI MARTINO, *'Sanzioni sostitutive della pena detentiva'*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, 2011.
- G. DI ROSA, *'Il garante dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale'*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014.
- G. DI ROSA, *'La giustizia della pena'*, in S. CECCHI - G. DI ROSA - T. E. EPIDENDIO (a cura di), *Partire dalla pena: il tramonto del carcere*, Macerata, 2015.
- A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Milano, 2016.
- A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Risarcimento dei detenuti per sovraffollamento – Procedura e formulario*, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- E. DOLCINI, *'La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà'*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

G. ERAMO, *I segni subculturali e linguistici della detenzione. Il carcere come non luogo sociale*, Roma, 2014.

EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, *CPT Standards – “Substantive” sections of the CPT’s General Reports*, Council of Europe, CPT/Inf/E (2002) 1, aggiornato al 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – PRESS UNIT, *Factsheet on Pilot Judgements*, 2016, disponibile presso <<http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf>>.

G. FIANDACA, ‘*Il 3° comma dell’art. 27*’, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione – Articoli 27 - 28*, Bologna, 1991.

L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Roma, 2011.

P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Roma, 1953.

F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014.

F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013.

F. FIORENTIN, ‘*Legge svuotacarceri: esecuzione domiciliare se la condanna è di durata inferiore a un anno. Scarcerazioni filtrate da un regime di preclusioni*’, in *Guida al diritto*, 2011, fasc. 1.

F. FIORENTIN, ‘*Il trattamento penitenziario*’, in F. FIORENTIN - A. MARCHESELLI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario*, Milano, 2005.

F. FIORENTIN, ‘*Ricorso risarcitorio ex art. 3 CEDU: il danno deve essere attuale*’, in *Persona e danno*, 2014.

C. FIORIO, ‘*Garante nazionale dei dritti delle persone detenute o private della libertà personale*’, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Roma, 2016.

G. L. GATTA, ‘*La nuova aggravante comune di cui all’art. 61 n. 11-quater c.p. (delitto non colposo commesso durante l’esecuzione di una misura alternativa alla detenzione)*’ in *Diritto penale contemporaneo*, 16.12.2010.

K. GINTHER, *'The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment'*, in *European Journal of International Law*, 1990, vol. 123, n. 2.

G. GIOSTRA, *'Art. 35 ter – Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati'*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

B. GIORS, *'La liberazione anticipata speciale'*, in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena'*, Torino, 2015.

P. GONNELLA - A. MARCHESI, *Onorare gli impegni: l'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Roma, 2006.

HUMAN RIGHTS WATCH, *'Like the Dead in Their Coffins: Torture, Detention, and the Crushing of Dissent in Iraq'*, in *Human Rights Watch*, Giugno 2004, vol. 16 n. 2(E).

M. INAZUMI, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, 2005.

B. INNES, *The History of Torture*, Londra, 1998.

F. P. C. IOVINO, *'La liberazione anticipata speciale'*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014.

L. KALB, *'Per un effettivo recupero di <<umanità>> nella esecuzione penale'*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 5.

S. LA ROCCA, *'Affidamento in prova al servizio sociale'*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.

M. LA TORRE, *'Amicizie pericolose. Tortura e diritto'*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2008, vol. A-4 n. 2.

A. LANZI - T. SCOVAZZI, *'Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra'*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, vol. 3.

A. LARUSSA, *'Sanzioni sostitutive applicabili in appello solo se richieste'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10.04.2017.

A. LUZIO, 'Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell'effettività', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

K. MALLEY-MORRISON - S. MCCARTHY - D. HINES, *International Handbook of War, Torture, and Terrorism*, Berlino, 2012.

S. MANCINI, *I crimini contro l'umanità*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale: II. Studi*, Torino, 2010.

L. MANCONI, 'Nella vostra legge <<tutto il male del mondo>>', in *A buon diritto*, 18.05.2017, disponibile presso <<<http://www.abuondiritto.it/privazione-della-libert%C3%A0/tortura/1805-nella-vostra-legge-%C2%ABtutto-il-male-del-mondo%C2%BB.html>>>.

E. M. MANCUSO, 'Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso', in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014.

G. MANNOZZI, *Sanzioni sostitutive*, in F. B. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale – Dizionari sistematici*, Milano, 2008.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015.

G. MANTOVANI - L. SCOMPARIN, 'L'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova "terapeutico"', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

G. MANTOVANI, 'La detenzione domiciliare e la semilibertà', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

C. MASIERI, 'La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. – Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito', in *Diritto penale contemporaneo*, 22.07.2015.

S. MARETTI, 'Prison conditions in Italy', in *European Prison Observatory*, Roma, settembre 2013.

A. MARCHESI, 'Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)', in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, n. 6, volume 2.

F. MÉGRET, 'Nature of Obligations', in D. HARRIS (a cura di), *International Human Rights Law*, Oxford, 2010.

C. MINNELLA, 'L'affidamento in prova al servizio sociale dopo lo svuota carceri, problemi di tenuta costituzionale dell'affidamento allargato', in *Diritto e giustizia*, 07.04.2015, accessibile presso <<http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000073001/L_affidamento_in_prova_al_servizio_sociale_dopo_lo_svuota_carceri_problemi_di_tenuta_costituzionale_dell_afidamento_allargato.html>>.

F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

MOECKLI, S. SHAH E S. SIVAKUMARAN, *International Human Rights Law*, Oxford, 2014.

M. MONTAGUT, 'Che cos'è la tortura?', in *Rivista di filosofia del diritto*, 2008, vol. A-4 n. 2.

M. MONTANARI, 'Il Senato adotta il testo unificato per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano', in *Diritto penale contemporaneo*, 20.03.2014.

A. MORAVCSIK, 'The Origins of Human Rights Regimes; Democratic Delegation in Postwar Europe', in *International Organization*, 2000, vol. 54.

R. MORGAN E M. EVANS, *Combating Torture in Europe*, Strasburgo, 2001.

J. L. MURDOCH, *The Treatment of Prisoners: European Standards*, Strasburgo, 2006.

K. NATALI, 'L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

R. NOBILE, *La tortura nel Bel Paese*, Roma, 2006.

M. NOWAK - E. MCARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford, 2008.

OSCE HUMAN DIMENSION IMPLEMENTATION MEETING, *Combating Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Role of the OSCE*, Varsavia, 1998.

C. OVEY - R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006.

T. PADOVANI, *Giustizia criminale: Tortura*, Pisa, 2015.

F. PALAZZO, 'Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni', in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014.

M. PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Camera dei Deputati, 21.03.2017.

R. PALMISANO, 'Vita detentiva', in Ministero della Giustizia (a cura di), *Temì per Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, 2015, disponibile presso <<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS1180838&previousPage=mg_2_3_4_5>>.

S. PAREZZAN, 'L'affidamento in prova al servizio sociale: un'alternativa al carcere tra luci e ombre', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

J. T. PARRY, 'Escalation and Necessity: Defending Torture at Home and Abroad', in S. LEVINSON (a cura di), *Torture: A Collection*, Oxford, 2004.

G. M. PAVARIN, 'Le ipotesi di detenzione domiciliare', in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.

D. PERUGIA, 'L'espulsione dello straniero: una mera alterativa al carcere?', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

G. PICCIOTTO, 'La detenzione domiciliare speciale premia la madre ma tutela il figlio', in *Diritto e giustizia*, 2001, n. 13.

S. PIETRALUNGA, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, 1990, Milano.

M. PITTIRUTI, 'Le modalità di controllo elettronico negli arresti domiciliari e nell'esecuzione della detenzione domiciliare', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

D. PIVA, *Responsabilità "individuale" e "da comando" nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale: II. Studi*, Torino, 2010.

A. PRESUTTI, 'Art. 47 – Affidamento in prova al servizio sociale', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

A. PRESUTTI, 'Art. 48 – Regime di semilibertà', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

A. PRESUTTI, 'Art. 50 – Ammissione alla semilibertà', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

A. PUGIOTTO, 'Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è', in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2.

A. PULVIRENTI, 'Le misure alternative alla detenzione', in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015.

P. PUSTORINO, 'A New Case on Torture in Europe: Cestaro v. Italy', in *European Journal of International Law: Talk!*, 13.05.2015, disponibile presso <<<https://www.ejiltalk.org/a-new-case-on-torture-in-europe-cestaro-v-italy/>>>.

M. RABAI, 'La liberazione anticipata "speciale"', in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI - N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri: Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

C. RENOLDI, 'Le modifiche in materia di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione', in C. CONTI, A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014.

P. RENON E M. RUARO, 'Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi', in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

J. F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 1999.

G. RILEY SCOTT, *Storia della tortura*, Londra, 1940.

R. RIVELLO, 'Gli episodi di tortura a civili e prigionieri di guerra verranno puniti con una specifica sanzione', in *Guida al diritto*, 2002, n. 6.

P. RIVELLO, *L'evoluzione del Diritto Internazionale Umanitario e la sua attuazione interna*, 2011.

S. RIONDATO, 'Art. 176 – Liberazione condizionale', in A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2011.

D. RONCO, 'In alternativa. Numeri, tipologie e funzioni delle misure alternative', in *Antigone* (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile

presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-misure-alternative/>>>.

N. RONZITTI, *'Immunità e crimine internazionale di tortura'*, in *Osservatorio di politica internazionale*, aprile 2015, n. 55.

D. ROUGET, *Preventing Torture: International and Regional Mechanisms to Combat Torture*, Ginevra, 2000.

M. RUARO, *'Art. 58-quinquies – Particolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare'*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2015.

M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011.

G. SANTORO, *'La legislazione ed i numeri della detenzione cautelare in carcere'*, in ANTIGONE (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-custodia-cautelare/>>>.

A. SCANDURRA, *'Il ritorno del sovraffollamento'*, in ANTIGONE (a cura di), *XIII rapporto: Torna il carcere*, 2017, disponibile presso <<<http://www.associazioneantigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>>>.

A. SCARCELLA, *'Sospensione del procedimento con messa alla prova'*, in C. CONTI - A. MARANDOLA - G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Roma, 2014.

W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2015.

M. P. SCHARF, *'Aut Dedere Aut Iudicare'*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014.

M. SCHMIDT, *'United Nations'*, in D. MOECKLI - S. SHAH - S. SIVAKUMARAN - D. HARRIS (a cura di), *International Human Rights Law*, Oxford, 2010.

L. SCOMPARIN, *'Il garante nazionale'*, in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena'*, Torino, 2015.

H. J. STEINER - P. ALSTON - R. GOODMAN, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, 2007.

A. TANCREDI, 'Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di non refoulement', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4 n. 1.

M. E. TARDU, 'The United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', in *Nordic Journal of International Law*, 1987, n. 56.

F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006.

S. TURCHETTI, 'Legge 'svuotacarceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?' in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, fasc. 4.

E. VALENTINI, 'Il reclamo: casi e forme', in F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

P. VAN DIJK - G. J. H. HOOF - G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, L'Aia, 1998.

G. VASSALLI, 'Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)', in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1982, n. 4.

P. VENEZIANI, 'La pena: nozione, fondamento e funzioni', in C. F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale – Tomo II: La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Milano, 2014.

P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, 1777.

F. VIGANÒ, 'La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano', in *Diritto penale contemporaneo*, 09.04.2015, disponibile presso <<<http://www.penalecontemporaneo.it/d/3825-la-difficile-battaglia-contro-l-impunita-dei-responsabili-di-tortura-la-sentenza-della-corte-di-str>>>.

F. VIGANÒ, 'Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno', in *Diritto penale contemporaneo*, 09.01.2013, disponibile presso <<<http://www.penalecontemporaneo.it/d/1990>>>.

F. VIGANÒ, 'Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso

la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014’, in *Diritto penale contemporaneo*, 25.09.2014.

D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell’ordinamento*, Milano, 2011.

R. WAGSTAFF, *Terror Detentions and the Rule of Law, US and UK Perspectives*, Oxford, 2014.

J. WALDRON, *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford, 2010.

G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali* (traduzione italiana a cura di Di Martino) Bologna, 2009.

C. A. ZAINA, ‘*Sospensione del processo con messa alla prova: prime riflessioni dell’istituto*’, in *Diritto penale contemporaneo*, 07.07.2014, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2014/06/27/sospensione-del-processo-con-messa-alla-prova-prime-riflessioni-sull-istituto>>>, ultimo accesso il 31.05.2017.

C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, presso <<<http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>>>.

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

A. and Others v The United Kingdom, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 19.02.2009, n. 3455/05.

Al-Skeini et al. v The United Kingdom, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 07.07.2011, n. 55721/07.

Aksoy v Turkey, ECtHR, Judgement, 18.12.1996, n. 21987/93.

Amuur v France, ECtHR, Judgement, 25.06.1996, n. 19776/92.

Ananyev and others v Russia, ECtHR, Judgement, 10.01.2012, n. 42525/07 e 60800/08.

Asciutto v Italy, ECtHR, Judgement, 27.11.2007, n. 35795/02.

Assenov and Others v Bulgaria, ECtHR, Judgement, 28.10.1998, n.24760/94.

Babouchkine v Russia, ECtHR, Judgement, 18.10.2007, n. 67253/01.

Banković et al. v Belgium et al., ECtHR, Admissibility, 19.12.2001, n. 52207/99.

Bati and others v Turkey, ECtHR, Judgement, 03.06.2004, n. 33097/96 e 57834/00.

Belevitskiy v Russia, ECtHR, Judgement, 10.03.2007, n. 72967/01.

Beganović v Croatia, ECtHR, Judgement, 25.09.2009, n. 46423/06.

Broniowski v Poland, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 22.06.2014, n. 31443/96.

Burdov v Russia (II), ECtHR, Pilot Judgement, 15.01.2009, n. 33509/04.

Çakici v Turkey, ECtHR, Judgement, 08.07.1999, n. 23531/94.

Cestaro v Italy, ECtHR, Judgement, 07.04.2015, n. 6884/11.

Chahal v The United Kingdom, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 15.11.1996, n. 22414/93.

Dalban v Romania, Grand Chamber Judgement, 28.09.1999, n. 28114/95.

Eckle v Germany, ECtHR, Judgement, 15.07.1982, n. 8130/78.

Enea v Italy, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 17.09.2009, n. 74912/01.

Gäfgen v Germany, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 01.06.2010, n. 22978/05.

Groni v Albania, ECtHR, Judgement, 07.07.2009, n. 25336/04.

Jensen v Denmark, ECtHR, Judgement, 05.04.1999, n. 48470/99.

Ilascu and Others v Moldova and Russia, ECtHR, Judgement, 08.07.2004, n. 15944/11.

Ireland v The United Kingdom, ECtHR, Judgement, 18.01.1978, n. 5310/71.

Issa v Turkey, ECtHR, Judgement, 16.11.2004, n. 31821/96.

Jalloh v Germany, ECtHR, Judgement, 11.07.2006, n. 54810/00.

Janowiec and Others v Russia, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 21.10.2013, n. 55508/07.

Kalashnikov v Russia, ECtHR, Judgement, 15.07.2002, n. 47095/99.

Kröcher and Möller v Switserzland, ECtHR, Judgement of the Plenary Commission, 09.07.1981, n. 8463/78.

Kudla v Poland, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 28.10.2000, n. 30210/96.

Labita v Italy, ECtHR, Judgement, 06.04.2000, n. 26772/95.

Labzov v Russia, ECtHR, Judgement, 15.06.2005, n. 62208/00.

Loizidou v Turkey, ECtHR, Judgement – Preliminary Objection, 23.03.1995, n. 15318/89.

M.S.S. v Belgium and Greece, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 21.01.2011, n. 30969/09.

Mahmut Kaya v Turkey, ECtHR, Judgement, 28.03.2000, n. 22535/93.

Milanović v Serbia, ECtHR, Judgement, 14.12.2010, n. 44614/07.

Moldovan and others v Romania, ECtHR, Judgement, 12.07.2005, n. 41138/98 e n. 64320/01.

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium, ECtHR, Judgement, 12.10.2006, n. 13178/03.

Natoli v Italy, ECtHR, Judgement, 09.01.2001, n. 26161/95.

Norbert Sikorski v Poland, ECtHR, Judgement, 22.10.2009, n. 17599/05.

Öcalan v Turkey, ECtHR, Judgement, 12.05.2005, n. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07.

Novoselov v Russia, ECtHR, Judgement, 02.06.2005, n. 66460/01.

Opuz v Turkey, ECtHR, Judgement, 09.06.2009, n. 33401/02.

Peers v Greece, ECtHR, Judgement, 19.04.2001, n. 28524/95.

Rexhepi and Others v Italy, ECtHR, Judgement, 16.09.2014, n. 47180/10 et al.

Ribitsch v Austria, ECtHR, Judgement, 04.12.1995, n. 18896/91.

Rybacki v Poland, ECtHR, Judgement, 13.01.2009, n. 52479/99.

Saba v Italy, ECtHR, Judgement, 01.07.2014, n. 36629/10.

Saadi v Italy, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 28.02.2008, n. 37201/06.

Selmouni v France, ECtHR, Judgment, 28.07.1999, n. 25803/94.

Soering v The United Kingdom, ECtHR, Judgement, 07.06.1989, n. 1/1989/161/217.

Stella and Others v Italy, ECtHR, Judgement, 16.09.2014, n. 49169/09, 54908/09, 55156/09 et al.

Sulejmanovic v Italy, ECtHR, Judgement, 16.07.2009, n. 22635/03.

Sulejmanovic v Italy, ECtHR, Opinion Concordante du Juge Sajò, 16.07.2009, n. 22635/03.

Sulejmanovic v Italy, ECtHR, Opinion Dissidente du Juge Zagrebelsky, à Laquelle se Rallie la Juge Jočienè, 16.07.2009, n. 22635/03.

T. & V. v The United Kingdom, ECtHR, Judgement, 16.12.1999, n. 24888/94 e n. 24724/94.

Tekin v Turkey, ECtHR, Judgement, 07.06.1998, n. 22496/93.

The Greek Case, European Commission of Human Rights, 05.11.1969, n. 3321/67 (*Denmark v Greece*), n. 3322/67 (*Norway v Greece*), n. 3323/67 (*Sweden v. Greece*), n. 3344/67 (*Netherlands v Greece*).

Tomasi v France, ECtHR, Judgement, 27.08.1992, n. 12850/87.

Torreggiani and Others v Italy, ECtHR, Grand Chamber Judgement, 08.01.2013, n. 57875/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

Tyrrer v The United Kingdom, ECtHR, Judgement, 25.04.1978, n. 5856/72.

Vlassov v Russia, ECtHR, Judgement, 12.06.2008, n. 78146/01.

Zagaria v Italy, ECtHR, Judgement, 27.11.2007, n. 58295/00.

Giurisprudenza nazionale

Cass. Civ., 18.09.2009, n. 20105, Luparelli c Cantoro ed altri, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2272.

Cass. Pen., Sez. I, 07.11.1977, Lupoli.

Cass. Pen., Sez. I, 24.03.1982, Balido, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, n. 2, 872.

Cass. Pen., Sez. I, 28.04.1983, n. 464.

Cass. Pen., Sez. I, 10.04.1984, Paganello, in *Rivista penale*, 1985.

Cass. Pen., 07.10.1986, in *Cassazione penale*, 1988.

Cass. Pen., 16.02.1987, Genova.

Cass. Pen., 29.11.1988, Ligas.

Cass. Pen., Sez. I, 14.04.1989, in *Foro italiano*, 1990, vol. 2.

Cass. Pen., 08.05.1989, in *Cassazione penale*, 1990.

Cass. Pen., 21.05.1990, in *Cassazione penale*, 1991.

Cass. Pen., 28.01.1991, in *Cassazione penale*, 1992.

Cass. Pen., Sez. I, 18.11.1992, n. 194495, Angioni.

Cass. Pen., Sez. I, 17.03.1994, Biallo.

Cass. Pen., 07.04.1993, in *Cassazione penale*, 1994.

Cass. Pen., 10.03.1994, Di Pasquale.

Cass. Pen., Sez. III, 20.12.1994, in *Giustizia penale*, 1995, n. 3.

Cass. Pen., Sez. I, 27.02.1997, n. 6615, Tollais.

Cass. Pen., Sez. I, 31.10.1997, n. 6597, Compierchio.

Cass. Pen., Sez. I, 09.12.1997, Armanini, in *Giustizia penale*, 1998, n. 2.

Cass. Pen., Sez. I, 14.12.1998, Antonacci.

Cass. Pen., Sez. I, 30.12.1999, n. 5895.

Cass. Pen., Sez. I, 03.04.2000, Ippolito, in *Rivista penale*, 2000.

Cass. Pen., Sez. Unite, 27.06.2001, Iacono.

Cass. Pen., Sez. I, 21.03.2003, n. 225199, Cannito.

Cass. Pen., Sez. I, 20.04.2004, n. 229045, Ben Amer Kamel.

Cass. Pen., Sez. IV, 30.10.2004, Fadda.

Cass. Pen., Sez. I, 11.03.2005, n. 11747, Hedfi.

Cass. Pen., Sez. I, 22.09.2005, La Macchia.

Cass. Pen., Sez. VI, 15.01.2006, n. 29998.

Cass. Pen., Sez. VI, 15.01.2008, n. 4052.

Cass. Pen., Sez. I, 18.06.2008, n. 240602, Graziani.

Cass. Pen., Sez. I, 02.12.2008, Micci.

Cass. Pen., 08.05.2009, Aquino.

Cass. Pen., Sez. I, 13.01.2010, n. 5397.

Cass. Pen., Sez. I, 30.03.2011, n. 30299, Barbi.

Cass. Pen., Sez. I, 22.09.2011, n. 47710, Ndoci.

Cass. Pen., 11.01.2012, n. 253333, Sanzo.

Cass. Pen., Sez. VI, 27.07.2012, n. 30780.

Cass. Pen., Sez. III, 07.11.2012, n. 20726, Cinciripini.
Cass. Pen., 17.05.2013, n. 255812, Lavecchia.
Cass. Pen., 10.06.2013, n. 257691 Ferrantino.
Cass. Pen., 22.10.2013, n. 258396, Pisa.
Cass. Pen., Sez. I, 23.10.2013, n. 5877, De Witt.
Cass. Pen., 11.12.2013, n. 259469, Caldarozzi.
Cass. Pen., Sez. Unite, 17.03.2017, n. 12872.

Corte Cost., 28.11.1972, n. 167.
Corte Cost., 14.05.1974, n. 204.
Corte Cost., 21.11.1979, n. 131.
Corte Cost., 14.04.1980, n. 50.
Corte Cost., 21.09.1983, n. 274.
Corte Cost., 06.12.1985, n. 185.
Corte Cost., 25.05.1989, n. 282.
Corte Cost., ord. n. 1298/1992.
Corte Cost., 28.07.1993, n. 349.
Corte Cost., 08.07.1993, n. 306.
Corte Cost., 20.04.1995, n. 185.
Corte Cost., 21.06.1996, n. 206.
Corte Cost., 18.10.1996, n. 351.
Corte Cost., 22.04.1997, n. 109.
Corte Cost., 23.04.1997, n. 173.
Corte Cost., 04.06.1997, n. 161.
Corte Cost., 05.12.1997, n. 376.
Corte Cost., 23.12.1998, n. 418.
Corte Cost., 08.02.1999, n. 26.
Corte Cost, ord. 28.07.1999, n. 369.
Corte Cost, ord. 15.07.2004, n. 226.
Corte Cost., ord. 07.07.2005, n. 296.
Corte Cost., 24.10.2007, n. 348.
Corte Cost., 24.10.2007, n. 349.

Corte Cost., 12.01.2012, n. 1.

Corte Cost., 20.06.2013, n. 143.

Magistrato di Sorveglianza di Alessandria, 26.09.2014, ric. M.

Magistrato di Sorveglianza di Piacenza, ordinanze emesse in data 16, 20 e 24 agosto 2010.

Magistrato di Sorveglianza di Vercelli, 17.05.2014, ric. A. D

Giurisprudenza dei Tribunali Internazionali

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Corte Internazionale di Giustizia, Advisory Opinion, 09.07.2004, Rep 131.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Corte Internazionale di Giustizia, Judgement, 20.07.2004, Rep 133.

Prosecutor v Akayesu, ICTR, Judgement, 02.09.1998, n. ICTR-96-4-T.

Prosecutor v Brdanin, ICTY, Judgement, 01.09.2004, n. IT-99-36-T.

Prosecutor v Čelebići, ICTY, Judgement, 16.11.1998, n. IT-96-21.

Prosecutor v Drazen Erdemovic, ICTY, Appeals Chamber, 7.10.1997, n. IT-96-22-A.

Prosecutor v Furundžija, ICTY, Trial Chamber, 10.12.1998, n. IT-95-17/1.

Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC, Pre-Trial Chamber II: Decision on the confirmation of charges, 15. 06.2009, n. ICC-02/05-01/08-424.

Prosecutor v Kunarac, ICTY, Appeals Chamber, 20.06.2002, n. IT-96-23&23/1.

Prosecutor v Kunarac, ICTY, Judgement, 22.02.2001, n. IT-96-23-T.

Prosecutor v Kunarac, ICTY, Trial Chamber, 22.02.2001, n. IT-96-23&23/1.

Prosecutor v Kvočka et al., ICTY, Trial Chamber, 02.10.2001, n. IT-98-30/1.

Prosecutor v Martić, ICTY, Trial Chamber, 12.06.2007, n. IT-95-11.

Prosecutor v Semanza, ICTR, Judgement, 10.03.2003, n. IT-97-20-T.

Convenzioni e documenti internazionali

Conclusions and recommendations of the Committee against Torture, 38esima sessione, UN Doc CAT/C/ITA/CO/4, 16.07.2007.

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (adottata il 23 maggio 1969, entrato in vigore il 27 gennaio 1980) 1155 UNTS 331.

Council of Europe, *Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights: Memorandum Prepared by the Secretariat of the Commission*, n. DH (56).

Council of Europe, *Recommendation Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation*, CPT/R/99/22, 30.09.1999.

Council of Europe, Recommendations REC/99/22 e REC/2006/13.

Council of Europe, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 32, 19.11.2013.

Council of Europe, *Response of the Italian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on the visit to Italy from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 33, 19.11.2013.

Dichiarazione n. 3453 (XXX), *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment*, assemblea plenaria del 9 dicembre 1975 (sessione numero 2433).

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, risoluzione Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. A/217 (10 dicembre 1948).

Elements of Crimes, *Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002*.

European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adottata il 26 giugno 1987, entrata in vigore il 1 febbraio 1989) ETS n. 126.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adottata il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953) 213 UNTS 222.

Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adottato il 18.12.2002, entrato in vigore il 22.06.2006), 2375 UNTS 237.

National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15(A) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1, UN Doc A/HRC/WG.6/7/ITA/I, 16.11.2009.

National Report Submitted in Accordance with Paragraph 5 of the Annex to Human Rights Council Resolution 16/21, UN Doc A/HRC/WG.6/20/ITA/1, 21.07.2014.

Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, 999 UNTS 177.

Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby (adottato l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 1 novembre 1998) ETS 155.

Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), CPT/Inf (2006) 16, 27.04.2006.

Report del Working Group, UN Document E/CN4/L.1490 (1979).

Report of the Committee against Torture, General Assembly Official Records, 50esima sessione, supplemento n. 44, UN Doc A/50/44, 26.07.1995.

Report of the Committee against Torture, General Assembly Official Records, 54esima sessione, supplemento n. 44, UN Doc A/54/44, 26.06.1999.

Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, UN Doc A/GRC/14/4, 18.03.2010.

Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012, CPT/Inf (2013) 32, 19.11.2013.

Risoluzione ECOSOC 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957.

Risoluzione ECOSOC 2076 (LXII) del 13 maggio 1977.

Statuto della Corte Penale Internazionale, adottato il 17 luglio 1998, entrato in vigore il 1 luglio 2002, 2187 UNTS 3.

Statuto della Corte Penale Internazionale per l'Ex Jugoslavia, risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 827 del 25 maggio 1993.

Statuto della Corte Penale Internazionale per il Ruanda, risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 955 dell'8 novembre 1994.

United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adottata il 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987) 1465 UNTS 113.

United Nations Committee Against Torture, *General Comment 2: "Implementation of Article 2 by State Parties"*, CAT/C/GC/2 (24 gennaio 2008).

United Nations Committee Against Torture, *General Comment 3: "Implementation of Article 14 by State Parties"*, CAT/C/GC/3 (13 dicembre 2012).

United Nations Document A/39/499 (1984).

United Nations Human Rights Committee, *General Comment 20: "Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)"*, 44esima sessione (10 marzo 1992).

United Nations Working Group on Arbitrary Detention, '*Visit to the Islamic Republic of Iran*', 2004, UN Doc E/CN.4/2004/ADD.2.

VARIE

ALTALEX, *Diritti umani: Radicali, accolto ODG per introduzione reato tortura*, 09.06.2011, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2011/06/09/diritti-umani-radicali-accolto-odg-per-introduzione-reato-tortura>>>.

ALTALEX, *Reato di tortura, il Senato approva. Il testo passa ora alla Camera*, 18.05.2017, disponibile presso <<<http://www.altalex.com/documents/news/2017/05/18/reato-di-tortura>>>, ultimo accesso 10.06.2017.

AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA E ANTIGONE, *Il senato approva la legge sulla tortura*, disponibile presso <<<https://www.amnesty.it/senato-approva-la-legge-sulla-tortura-amnesty-international-italia-antigone-si-conferma-un-testo->

impresentabile-distante-dalla-convenzione-delle-nazioni-unite/>>, ultimo accesso 10.06.2017.

Camera dei Deputati, *Relazione al D. D. L. n. 1921, di conversione del decreto n. 146/2013.*

CILD, *Should victims of torture be compensated? The ECtHR says no*, 15.03.2016, disponibile presso << <https://cild.eu/en/2016/03/15/should-victims-of-torture-be-compensated-the-ecthr-says-no/>>>.

Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere ai sensi dell'art. 10, legge 24 marzo 1958, n. 195 in relazione al d.d.l. n. 3291 bis concernente "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno"*, 27.05.2010, disponibile presso <<http://www.ristretti.it/commenti/2010/maggio/pdf10/parere_csm.pdf>>.

Comunicato stampa dell'Ufficio dell'Alto Commissariato dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, *UN expert body calls for action to end over-incarceration and to protect rights of migrants*, Ginevra, 11.07.2014, disponibile presso <<<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14853&#sthash.mKl4hZyu.dpuf>>>.

Council of Europe, *Recommendation on the European Rules on community sanctions and measures*, CM/Rec (2017) 3, Strasburgo, 23 marzo 2017.

Dizionario di Filosofia dell'Enciclopedia Treccani, accesso avvenuto il giorno 08 aprile 2017, all'indirizzo: <<[http://www.treccani.it/enciclopedia/gustav-radbruch_\(Dizionario-di-filosofia\)>>](http://www.treccani.it/enciclopedia/gustav-radbruch_(Dizionario-di-filosofia)>>).

L'ALTRO DIRITTO ONLUS, *Memoria al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla sentenza Torreggiani e altri contro Italia (ricorso n. 43517/09)*, Università di Firenze, 02.12.2015.

Johnson v Eisentrager, U.S. Supreme Court, Judgement, 05.06.1950, 339 U.S. 763.

Ministero della Giustizia, *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia*, 2016.

Ministero della Giustizia, *Stati generali sull'esecuzione penale: documento finale*, 18.06.2016, disponibile presso

<<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page;jsessionid=+ctB4GQWB0rEozsAurd5ha1d?previousPage=mg_2_19#r11e>>

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3861 del 19.03.2010.

Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul Disegno di Legge di conversione del Decreto Legge 92/2014.

“There is a universal truth we all have to face, whether we want to or not: everything eventually ends.

As much as I've looked forward to this day, I've always disliked endings.

Last day of summer, the final chapter of a great book, parting ways with a close friend... But endings are inevitable. Leaves fall, you close the book, you say goodbye.

Today is one of those days for us.

Today we say goodbye to everything that was familiar, everything that was comfortable. We're moving on.

But just because we're leaving and that hurts, there's some people who are so much a part of us, they'll be with us no matter what.

They are our solid ground.

Our North Star.

And the small clear voices in our hearts that will be with us...

Always.”

Questi cinque meravigliosi anni, trascorsi nel caldo della seconda casa che rappresenta per me la Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre, sono stati un po' come partire all'avventura in un mare mai navigato prima, gli occhi puntati su una meta sconosciuta, allora lontana ed invisibile.

Se il mio viaggio ha avuto la fortuna di incontrare pochissime mareggiate e nessuna tempesta, lo devo soprattutto alla mia famiglia. Ai miei genitori, per essere le solide fondamenta sulle quali posso costruire la mia vita, per aver riempito la nostra casa di amore, risate, racconti, libri, musica, per avermi spronata con immancabile decisione a dare il massimo e avermi al contempo insegnato a godermi quanto guadagnato.

Lo devo poi ad Anna, perché non è vero che bisogna condividere lo stesso sangue per essere sorelle. I nostri viaggi ci hanno insegnato che non troveremo percorsi abbastanza tortuosi da non poter essere affrontati insieme, crescendo fianco a fianco: grazie per essere la migliore amica che potrei mai desiderare.

Non esiste rotta che meriti di essere seguita senza una fedele ciurma al seguito. I miei compagni di avventura hanno saputo riempire questi cinque anni con scene memorabili, risate fino alle lacrime, amicizie sincere e sulle quali poter contare sempre. E meritano tutti la mia più profonda gratitudine.

Devo un ringraziamento particolare ad Anna, per la nostra intesa, ad Antonia, per aver sempre capito, e ad Elisa, per essere una delle persone più affettuose che conosco. Siete veramente una seconda famiglia, immancabili in tutti i miei ricordi più belli di questi anni. Una menzione d'onore va ai miei ragazzi di fiducia: a Federico, per non avermi mai lasciata preda dello sconforto, a Giovanni, per il grande aiuto, e a Nicolò, per le nostre chiacchierate passeggiando per i corridoi.

Non ci sarebbe un'avventura che si rispetti senza una battaglia: ho avuto il privilegio di combatterla (e vincerla) con la migliore squadra possibile. A

Chiara, per la determinazione, a Flavio, per la spensieratezza, a Laura, per la dolcezza sorprendente, a Maria Teresa, per il savoir-faire, a Serena, per essere un'amica inaspettata. E a Giulia e ai miei "ragazzotti" Alessandro, Andrea, Angelica e Camilla, per avermi fatto rivivere le emozioni di questa battaglia e avermi insegnato tanto.

Il mio viaggio mi ha portata, negli ultimi due anni, ad incontrare due Maestri eccezionali. A Mirko e Alice, guide sicure ed instancabili, cui va il mio più profondo ringraziamento per aver inspiegabilmente creduto in me e per avermi insegnato molto, molto altro oltre a delle nozioni di diritto. Se ho capito che sognare in grande è lecito, ma che concretizzare quei sogni è davvero possibile, lo devo a loro.

Agli amici di sempre devo poi riconoscere il merito di aver resistito finora al mio fianco, da quando eravamo dei bambini iperattivi in giro per i Colli o dei liceali diversamente simpatici. Non saprei nemmeno più dire quanti anni sono passati da quando ci conosciamo, anni nei quali ho potuto contare su di loro costantemente e riempire le mie giornate di esperienze positive: e di mari ne abbiamo navigati davvero molti. Vorrei in particolare ringraziare Claudio e Federico, amici fortunatamente ritrovati e forse mai persi.

Se sono arrivata a compiere con consapevolezza il passo di Giurisprudenza, il merito va anche a chi ha contribuito alla mia formazione, come persona e come studentessa. In particolare, alle Professoresse Bellucci, Chiaruttini e Viscogliosi, per avermi saputo orientare e per la loro dedizione verso gli studenti.

Vorrei infine ringraziare il Professor Mezzetti per avermi consentito di sviluppare il presente studio, permettendomi di lavorare su un argomento di mio grande interesse. Le sue lezioni sono state indubbiamente illuminanti per il mio percorso accademico e per lo svolgimento di questa tesi.