

5

Elisa Scaroina

 **LUISS**

Dipartimento di Giurisprudenza

Collana Studi – II Serie

5

Il delitto di tortura

E. Scaroina

Il delitto di tortura

L'attualità di un crimine antico

ISBN 978-88-6611-661-5



9 788866 116615

€ 40,00



CACUCCI  EDITORE
BARI



Dipartimento di Giurisprudenza

Collana Studi – II Serie

5

Collana diretta da Antonio Nuzzo

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Angela Del Vecchio, Toni Fine, Gian Domenico Mosco,
Roberto Pessi, Antonio Punzi, Michele Tamponi, John A.E. Vervaele.

Elisa Scaroina

IL DELITTO DI TORTURA

L'attualità di un crimine antico

CACUCCI  EDITORE
BARI

La pubblicazione del presente volume è stata finanziata integralmente dal Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

Il volume è stato sottoposto ad una procedura di valutazione anonima di *peer review* svolta da un professore ordinario esterno al Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*Per Antonio ed Emma,
che fanno la felicità del mio giorno e del mio perimetro.*

*E per i piccoli Livia e Federico.
Anche nei loro occhi vive lo spirito di mio padre.*

Mi pare impossibile che l'usanza del tormentare privatamente nel carcere per avere la verità possa reggere per lungo tempo ancora

Pietro Verri
Osservazioni sulla tortura, 1804

*Ricorda Signore questi servi disobbedienti alle leggi del branco
non dimenticare il loro volto
che dopo tanto sbandare è appena giusto che la fortuna li aiuti
come una svista
come un'anomalia
come una distrazione
come un dovere*

Fabrizio De Andrè
Smisurata preghiera, 1996

Sono consapevole del fatto che una pubblicazione con vocazione scientifica mal si presta a ospitare uno spazio dedicato ai ringraziamenti di natura personale. Ma non posso non approfittare di quest'occasione per ringraziare chi, in un modo o nell'altro, mi ha sostenuta fin qui.

Anzitutto la mia gratitudine va alla Professoressa Paola Severino per le tante cose che, anzitutto con l'esempio costante di grande maestra e donna, mi ha insegnato e continua a insegnarmi. La prima delle quali è che nulla è impossibile.

A Ombretta Di Giovine, che voglio ringraziare anche per conto di tutti coloro, e non sono pochi, che, illustri maestri, giovani studiosi e studenti, hanno fatto nascere e alimentano costantemente con la loro ricerca, i loro scritti e il loro impegno la mia passione per il diritto penale. E, tra loro, un ringraziamento speciale va a tutti i collaboratori delle cattedre di Diritto penale della LUISS: vale comunque la pena seguire fino in fondo le nostre passioni.

Ai miei preziosi compagni di lavoro e di vita: Maurizio, Angelo, Massimiliano, Fabrizio, Eleonora, Dino, Francesco, Mattia, Marco, Marta e Alessandro. E a Daniela, la mia squadra: è una fortuna e un onore averli al mio fianco.

A mia madre (sempre e per sempre), ai miei fratelli e alla mia famiglia tutta, a Paola e, con lei, a tutti i miei amici, con la speranza di "crescere" insieme, con la gioia semplice del sale sulla pelle, in quel posto che sapete e che sta sempre lì ad aspettarci. Del resto «la vita non è altro: una fedeltà ai gesti più semplici».

Al Prof. Antonio Gullo: grazie per il supporto insostituibile e per credere sempre in me. Valeva certamente la pena fare tanta strada e arrivare qua, insieme.

E a Emma, ancora, ricordandole di essere sempre fiera, come me, di essere donna e di poter dare la vita e di poterla difendere. Chiunque diventerai, sfrutta sempre bene il miracolo di essere nata.

INDICE

| | |
|------------------------|----|
| Introduzione | 13 |
|------------------------|----|

CAPITOLO I

IL DIVIETO DI TORTURA COME VALORE CONDIVISO NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

| | |
|--|----|
| 1. Dalla pratica alla repressione della tortura | 29 |
| 2. La tortura nei trattati e nelle convenzioni internazionali | 42 |
| 2.1 La tortura nella prospettiva delle Nazioni Unite | 42 |
| 2.2 La tortura nelle altre Convenzioni internazionali | 57 |
| 3. La repressione della tortura nell'Unione europea | 65 |
| 4. Il ruolo del Consiglio d'Europa e del Comitato europeo per la pre- venzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degra- danti (CPT) | 69 |
| 5. Il divieto di tortura nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte EDU | 72 |
| 6. Il divieto di tortura negli strumenti normativi sovranazionali: un bilancio conclusivo | 93 |

CAPITOLO II

LA PERDURANTE ATTUALITÀ DEL DIVIETO DI TORTURA NEL NOSTRO ORDINAMENTO

| | |
|--|-----|
| 1. Premessa | 97 |
| 2. La gestione dell'ordine pubblico | 99 |
| 3. Il sovraffollamento carcerario | 125 |
| 4. Il regime del c.d. "carcere duro" | 137 |
| 5. Il c.d. "ergastolo ostativo" | 147 |

CAPITOLO III

TORTURA E REPRESSIONE PENALE

SEZIONE I

I MODELLI SPAGNOLO, INGLESE, FRANCESE, BELGA E TEDESCO

1. Premessa 169
2. L'esperienza spagnola 170
3. La disciplina della tortura nel Regno Unito 182
4. La tortura nel *Code pénal* francese del 1994 e in Belgio 191
5. La disciplina penale dei fatti di tortura in Germania, tra lacune normative ed esperienze concrete 72

II SEZIONE

IL MODELLO ITALIANO

1. Gli obblighi di criminalizzazione 217
2. La rilevanza penale dei fatti di tortura prima della l. 110 del 2017. . . . 231
3. Il lungo cammino verso l'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento penale italiano 239
4. Il reato di tortura nell'ordinamento italiano 253
5. L'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura. 307

CAPITOLO IV

LA TORTURA È ANCORA UN MALE NECESSARIO? L'EFFETTIVITÀ DEL DIVIETO DI TORTURA

1. Premessa 311
2. I tentativi di legittimazione sul piano morale della tortura 314
3. Tortura e cause di giustificazione 326
4. Tortura, garanzie funzionali degli appartenenti ai servizi segreti e segreto di Stato 335
5. Gli strumenti extrapenali di prevenzione dei fatti di tortura 341
6. Prospettive di riforma dell'art. 613 *bis* c.p. 349

- Bibliografia 359

INTRODUZIONE

Approfondire lo studio della tortura¹ nel pieno del XXI secolo potrebbe apparire un interessante ma sterile esercizio di anatomopatologia del diritto. Senonché, com'è stato giustamente osservato, si tratta di un fenomeno che «affiora prepotentemente dal passato e minaccia di avere un futuro»².

Sono ormai numerosi gli spunti tratti dalla cronaca che ci dimostrano come la moderna società dei diritti e dei contrasti sia un terreno particolarmente fertile per la recrudescenza di pratiche che nella percezione di molti troverebbero una più appropriata collocazione in tenebrosi scenari medioevali. Pratiche che si pongono ai margini della nostra quotidianità e delle nostre vite e che finiscono con l'essere giustificate o, almeno, accettate nella convinzione che mai potranno riguardarci e sul presupposto dell'esigenza di prevenire reati particolarmente destabilizzanti, quali quelli connessi al terrorismo internazionale.

Le atrocità commesse in Algeria³, nella Grecia dei colonnelli⁴, in Soma-

¹ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di S. Contarini, Milano, 2006, p. 128: «col nome tortura non intendo una pena data a un reo per sentenza, ma bensì la pretesa ricerca della verità co' tormenti».

² D. DI CESARE, *Tortura*, Torino, 2016, p. 17. A. BARAK, *A Judge on Judging. The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 2002, p. 20-21 e 36-37, rimarca che l'esperienza dell'olocausto del resto insegna che «*the assumption that it cannot happen to us can no longer be accepted. Anything can happen*».

³ Il riferimento è alla guerra per l'indipendenza dell'Algeria condotta nei confronti della Francia tra il 1° novembre 1954 e il 19 marzo 1962, nel contesto della quale il Fronte di Liberazione Nazionale algerino, a partire dal 1958, attuò anche alcuni attentati sul territorio francese. Nel corso del conflitto e in particolare durante la battaglia di Algeri, l'esercizio francese fece ricorso a ogni mezzo per sedare la rivolta, ivi compresa la tortura utilizzata per ottenere informazioni o per punire coloro che venivano sospettati di collaborare con i ribelli. Ricorda G. LATERRA, *Storia della tortura*, Firenze, 2007, p. 127, che «si ritrovano qui vecchie tecniche come quella di riempire il ventre del torturato con l'acqua tramite il collaudato imbuto oppure, attraverso una raffinazione di questa tecnica, infilandogli direttamente nella bocca un tubo collegato alla fontana. Altro sistema consisteva nella classica immersione del prigioniero in una vasca sino quasi al soffocamento. In Algeria fu adottata una forma particolare di supplizio che consisteva nel legare insieme con la corda mani e piedi del condannato "così come si possono legare le quattro zampe del montone", nel sollevarlo sino a una certa altezza tirando la corda per farlo poi ricadere violentemente al suolo». Per una dolorosa testimonianza dell'esperienza si veda H. ALLEG, *Tortura*, Torino, 1958.

⁴ Tra il 1967 e il 1974, durante il c.d. regime dei Colonnelli, l'ESA, la polizia militare, appositamente addestrata, fece ampio ricorso alla tortura. Oltre al racconto fatto da

lia⁵ e in Iran⁶, e in Vietnam⁷, casi come quelli di Abu Ghraib⁸, Guantanamo Bay⁹,

Oriana Fallaci delle torture subite in tale contesto da Alessandro Panagulis in *Un uomo*, Milano, 1979, si veda S. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016, p. 98 ss.

⁵ Tra il 1992 e il 1994 una missione multinazionale dell'ONU di cui faceva parte anche l'Italia fu inviata in Somalia al fine di assicurare la pace e la sicurezza in un Paese all'epoca privo di un riferimento istituzionale. A seguito della diffusione di notizie relative a presunti maltrattamenti che sarebbero stati commessi dai militari all'epoca della missione in danno della popolazione locale, l'Italia istituì una Commissione Governativa di inchiesta presieduta da Ettore Gallo. Gli esiti delle verifiche condotte portarono all'individuazione di alcuni episodi di particolare efferatezza e violenza, comprendenti anche il ricorso alla tortura, ricostruiti da E. GALLO, *La relazione dell'8 agosto 1997 sui fatti di Somalia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 1148 ss.

⁶ Si fa in particolare riferimento alla repressione attuata in Iran negli anni ottanta nei confronti di coloro che si opponevano al regime dell'ayatollah Khomeini. I ribelli furono destinatari di una *fatwa* che autorizzava esecuzioni e torture. Si veda al riguardo il drammatico racconto del giornalista iraniano Hoshang Asadi, *I miei sei anni in carcere a Teheran. Un reporter racconta torture e sevizie*, in *Corriere della Sera*, 22 luglio 2009.

⁷ A. W. MCCOY, *Una questione di tortura*, Roma, 2008, p. 104 ss., ricostruisce la vicenda relativa al Phoenix Program, un programma ideato e attuato tra il 1965 e il 1972 dalla *Central Intelligence Agency* (CIA) e dai servizi di sicurezza della Repubblica del Vietnam durante la guerra, che mirava a neutralizzare, anche facendo ricorso alla tortura, i combattenti del Fronte Nazionale di Liberazione del Vietnam del Sud, noti anche come *vietcong*.

⁸ Nel 2004 vennero pubblicate su CNS News una serie di fotografie che ritraevano i prigionieri iracheni detenuti presso il carcere di Abu Ghraib. In tale contesto emerse che durante la guerra intrapresa in Iraq dagli Stati Uniti nel 2003 personale dell'Esercito degli Stati Uniti e della CIA aveva posto in essere ai danni dei detenuti reiterati abusi che includevano torture, stupri e omicidi. Per un resoconto sugli abusi commessi nel contesto della "guerra al terrore" si veda A. W. MCCOY, *Una questione di tortura*, cit., p. 163.

⁹ Nel 2002 l'amministrazione Bush apriva presso la base navale di Guantanamo Bay, sull'isola di Cuba (in un'area concessa in affitto al Governo degli Stati Uniti sin dal 1903), una struttura detentiva di massima sicurezza, destinandola a ospitare i prigionieri catturati in Afghanistan in quanto sospettati di attività terroristiche e classificati non come prigionieri di guerra ma come "combattenti irregolari" e conseguentemente esclusi dall'applicazione della Convenzione di Ginevra. Secondo fonti aperte, tra il 2002 e il 2011 presso Guantanamo sarebbero state detenute circa 800 persone, delle quali soltanto 10 sarebbero state sottoposte a un regolare procedimento penale. Benché il Presidente Obama abbia firmato sin dal 21 gennaio 2009 l'ordine di chiusura del carcere, esso, anche a seguito del voto contrario del Senato, risulta tuttora operativo. Nel 2006 la Corte Suprema degli Stati Uniti, in occasione dell'appello presentato da un detenuto yemenita, Salim Ahmed Hamdan, ristretto a Guantanamo tra il 2002 e il 2008, nel confermare la sua condanna per "*providing material support*" ad al Qaeda e l'assoluzione per fatti di terrorismo, riteneva accertata la violazione della Convenzione di Ginevra in relazione alle modalità di trattamento dei prigionieri all'interno della base di Guantanamo (*Hamdan v. Rumsfeld*, 2006, Supreme Court Syllabus, consultabile *online* nel sito www.supremecourt.gov/opinion-

della scuola Diaz e della caserma di Bolzaneto a Genova in occasione del G8¹⁰, testimoniano, insieme a numerosi altri, l'assoluta attualità e anzi l'urgenza del tema, inquadrabile nel più ampio e complesso contesto dei discorsi intorno alla legittimazione e ai limiti dell'intervento penale.

L'attuale situazione dello scenario mondiale, accuratamente descritta da Amnesty International nel Report 2016/17¹¹, è tanto prevedibile quanto sconcertante: la tortura continua a essere praticata in maniera più o meno occulta in moltissimi Paesi del mondo, ivi compresi quelli in cui più radicata dovrebbe essere la cultura democratica e il rispetto dei diritti umani, quali Europa e Stati Uniti.

In astratto, non vi è chi non concordi sul fatto che il ricorso alla tortura non può trovare alcuna giustificazione né tolleranza: «il problema antico dell'inadeguatezza della tortura come metodo indiziario attraversa tutto il dibattito illuministico sul diritto, da Verri a Beccaria¹², che risale indietro a fonti classiche e patristiche per mostrare, attraverso Cicerone e Sant'Agostino, che la logica perversa dei tormenti non aiuta a scoprire la verità, ma stabilisce unicamente la vittoria dell'individuo

s/05pdf/05-184.pdf, p. 4, point 4). Successivamente, la Legge sul trattamento dei detenuti varata nel 2005 (*Detainee Treatment Act, Public Law 163-109*) precludeva la presentazione da parte dei detenuti di Guantanamo di istanze relative alla violazione di diritti umani nei confronti delle corti statunitensi, prevenendo così il rischio di altre analoghe decisioni. La medesima legge garantiva l'impunità penale del funzionario che ponesse in essere pratiche nei confronti dei detenuti nella convinzione – supportata anche dai pareri all'epoca rilasciati dall'Ufficio dei Consulenti Legali del Dipartimento di Giustizia (OLC) – che esse non fossero illegali. La vicenda è ricostruita da C. BONINI, *Guantanamo. Usa, un viaggio nella prigione del terrore*, Torino, 2004. Per una panoramica sul contesto normativo statunitense in materia, si rinvia a J.A.E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 739 ss.; C. BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Napoli, 2006.

¹⁰ Su tale vicenda ci si soffermerà nel dettaglio *infra sub II*, § 2.1.

¹¹ Amnesty International *Report 2016/17. The state of the world's human rights*, 2017, p. 58 ss. A titolo meramente esemplificativo dell'istruttiva lettura, si possono citare i casi della Bulgaria, dove si sono registrate in particolare violazioni connesse al divieto di estradizione verso Paesi in cui si ha ragione di sospettare si pratici la tortura (p. 98); dell'Egitto, dove la polizia fa largo uso della forza e anche della tortura a scopo di controllo politico (p. 147 ss.); della Francia, dove il Comitato ONU contro la tortura ha recentemente denunciato fatti di violenza posti in essere dalla polizia (p. 160 ss.), violazione del resto abbastanza comune, essendo stata riscontrata anche in Germania (p. 167), Russia (p. 308), Spagna (p. 337), Turchia (p. 369); dell'Italia, cui soprattutto si rimproverava, all'epoca, la mancata introduzione del reato di tortura (p. 208). Un capitolo a parte riguarda la Gran Bretagna (p. 381 ss.) e gli Stati Uniti (p. 385 ss.), dove il ricorso alla violenza è stato riscontrato soprattutto nei confronti di soggetti sospettati di contiguità con organizzazioni terroristiche.

¹² Da ricordare anche l'analogha posizione di M. PAGANO, nelle sue *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1787.

più forte, premiato dall'ostinata taciturnità, su quello più debole, che non esiterà a confessare il falso purché la sofferenza cessi»¹³. Di talché, «quand' anche la tortura fosse un mezzo per iscoprire la verità dei delitti – asserzione che peraltro Verri puntualmente confuta¹⁴ – sarebbe un mezzo ingiusto»¹⁵ e per un ordinamento improntato al rispetto delle leggi non c'è utilità se non c'è giustizia.

Non minore è la consapevolezza dell'assoluta contrarietà allo Stato di diritto di tale strumento da parte di Beccaria, che la definisce un «infame crogiuolo della verità», «una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni», un potere tirannico attribuito al giudice nei confronti di un cittadino che non si sa ancora se sia colpevole o innocente in virtù del solo potere che discende da una posizione di forza, un «abuso» che «non dovrebbe essere tollerato nel decimottavo secolo»¹⁶.

Senonché, «nulla è cambiato»¹⁷. Bandita dall'ordinamento come mezzo inquisitorio grazie alla ferma presa di posizione dei riformatori dell'età illuministica, la tortura è divenuta strumento utilizzato – talvolta addirittura in forma codificata¹⁸

¹³ S. CONTARINI, *Introduzione*, in P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., p. 35.

¹⁴ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., p. 135 e ss.: «i tormenti non sono un mezzo per iscoprire la verità, ma bensì un mezzo che spinge l'uomo ad accusarsi reo di un delitto, lo abbia ovvero non lo abbia commesso». L'Autore evidenzia peraltro che il principio era ben noto sin dall'epoca romana: il Digesto, parte del *Corpus iuris* giustiniano, rimarcava che «*quaestio res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia, sive duritia tormentorum illa tormenta contemnunt ut exprimi eis veritas nullo modo possit; alii tanta sunt impatientia ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint*».

¹⁵ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., p. 136.

¹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, 1970, § XVI, condivide inoltre le riserve formulate da Verri sull'utilità della tortura: «l'esito dunque della tortura è un affare di temperamento e di calcolo, che varia in ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità; tanto che con questo metodo un matematico scioglierebbe meglio che un giudice questo problema: data la forza dei muscoli e la sensibilità delle fibre d'un innocente, trovare il grado di dolore che lo farà confessar reo di un dato delitto».

¹⁷ Il verso è tratto dalla poesia *Torture* di Wislawa Szymborska, *Vista con granello di sabbia*, trad. P. Marchesani, Milano, 2004, di cui – a testimonianza della bruciante attualità del tema – vale la pena riportare alcune strofe «[...] Nulla è cambiato. Il corpo trema, come tremava prima e dopo la fondazione di Roma, nel ventesimo secolo prima e dopo Cristo, le torture c'erano e ci sono, solo la Terra è più piccola e qualunque cosa accada, è come dietro la porta. [...] Nulla è cambiato. Tranne il corso dei fiumi, la linea dei boschi, del litorale, di deserti e ghiacciai. Tra questi paesaggi l'animula vaga, sparisce, ritorna, si avvicina, si allontana, a se stessa estranea, inafferrabile, ora certa, ora incerta della propria esistenza, mentre il corpo c'è, e c'è, e c'è e non trova riparo».

¹⁸ Il riferimento è ad esempio al *Kubark Counterintelligence Interrogation*, un manuale predisposto dalla CIA nel 1963 in cui vengono descritti i risultati di un esperimento sulle tecniche di interrogatorio finalizzate all'acquisizione di informazioni dai prigionieri. Più in particolare, avendo accertato che il dolore fisico, indipendentemente dalla sua intensità, genera resistenza, si suggerivano forme di sofferenza "auto-inflitte" attraverso la

– da servizi di sicurezza, apparati militari e forze di polizia nei confronti dell'occasionale nemico (combattente e non): «palese o nascosta, combattuta o tollerata, la tortura non ha mai conosciuto eclisse, al punto da presentarsi, pur nella sua variabilità attraverso i secoli, come un fenomeno ininterrotto, un'istituzione permanente, una costante della storia umana»¹⁹. Sono in effetti molteplici e insidiose le forme che la tortura può assumere, di talché, accanto a quelle tristemente famose largamente praticate soprattutto – ma non solo – negli ordinamenti tardo-medioevali e fino addirittura al XVIII secolo, ve ne sono altre, più moderne e sfuggenti, tuttora tollerate anche nei Paesi dove – apparentemente – è più radicata la cultura dei diritti. In tal contesto, non solo vengono in considerazione gli strumenti di, per così dire, condizionamento violento della volontà delle persone sottoposte a indagini, astrattamente illeciti ma talvolta pure attuati²⁰, ma si pone altresì il tema dei limiti entro i quali siano tollerabili manifestazioni pure legittime del potere coercitivo dello Stato, quali il c.d. “carcere duro” e il c.d. “ergastolo ostatico”²¹.

Sordi al richiamo di Beccaria e Kant che dal passato ammoniscono a trattare sempre ogni uomo – ivi compreso l'indagato e l'imputato – come «fine» e «persona» e mai come «mezzo» o «cosa», gli ordinamenti moderni – anche quelli che dichiarano di ispirarsi al più spinto garantismo – continuano a tollerare forme più o meno larvate di tortura, accettando il compromesso tra una parziale rinuncia alla propria (dichiarata) identità e pressanti esigenze di tutela rispetto a forme sempre

“deprivazione sensoriale”. La (dichiarata) tesi alla base del documento è che «metodi per indurre una regressione della personalità a un qualsiasi livello, alto o basso, siano necessari per dissolvere la resistenza e inculcare la dipendenza» e quindi siano indispensabili ai fini di un interrogatorio efficace. L'assalto all'identità personale condotto in questo modo deve divenire «mentalmente intollerabile». In questa prospettiva, si afferma nel manuale, «la minaccia di infliggere dolore [...] può scatenare paure molto più dannose dell'immediata sensazione del dolore». Per un'analisi del manuale si veda *Manuale della tortura. Il testo finora top-secret uscito dagli archivi USA (1963-1997)*, Datanews, Roma, 2005, III ed.; A. W. MCCOY, *Una questione di tortura*, cit., p. 71 ss.; S. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura*, cit., p. 94 ss., analizza altresì vari altri “manuali” in materia frutto dell'elaborazione statunitense e che illustrano i trattamenti cui possono essere sottoposti i prigionieri sospettati di atti che possano mettere in pericolo la sicurezza degli USA: si vedano, in particolare, lo *Human Resource Exploitation Training Manual* risalente agli anni '80, nonché il *Torture Memo* del 2002. Per un'analisi dei documenti che testimoniano l'esistenza di veri e propri memoranda sulla tortura elaborati dall'amministrazione Bush si vedano K. GREENBERG, J. DRATEL, *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, New York, 2005, in parte consultabile *on line* sul sito www.ThinkingPiece.com/pages/books.html.

¹⁹ D. DI CESARE, *Tortura*, cit., p. 17.

²⁰ Emblematico è il c.d. “interrogatorio di terzo grado”: nel caso *Deiterle c. State*, 98, Fla. 739 (Fla. 1929), trattato dalla Corte Suprema della Florida, citato da S. ROUTLEDGE, *The History of Torture*, Londra, 2013, p. 276 e consultabile *on line* nel sito www.casetext.com, l'imputato, accusato di omicidio, accusa da cui fu poi scagionato, dopo aver passato una notte insonne in una cella priva anche del letto, fu sottoposto a interrogatorio «per tutta la mattina seguente e parte del pomeriggio, con ai piedi lo scalpo della donna morta».

²¹ Il tema sarà affrontato *infra*, cap. II, §§ 4 e 5.

più aggressive di criminalità. Una sorta di principio dell'autoconservazione dello Stato in alcuni casi legittimata alla luce della dottrina della "democrazia protetta", denominazione riferibile a quegli ordinamenti le cui Costituzioni prevedono, di regola in condizioni di eccezionale pericolo, clausole di sospensione dei diritti fondamentali²². Senonché l'esperienza dimostra che queste situazioni finiscono troppo spesso con il diventare stabili in un'ottica di «normalizzazione dell'emergenza»²³.

Emblematico è il caso degli Stati Uniti il cui Congresso, con la risoluzione del 15 settembre 2001, adottata dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre, ha autorizzato l'esecutivo a utilizzare «tutte le forze necessarie ed appropriate contro quelle nazioni, organizzazioni o persone» sospettate di avere in qualsiasi modo «cooperato agli attacchi terroristici o che in futuro potessero farlo»²⁴. Posizione la cui legittimità è stata peraltro non soltanto avallata dall'opinione pubblica in nome di una sacrosanta «*war on terror*»²⁵, ma anche sostenuta – peraltro anche prima dell'11 settembre – da numerosi esponenti della dottrina che, come si vedrà²⁶,

²² S. CECCANTI, *Le democrazie protette: da eccezione a regola già prima dell'11 settembre*, Atti del Convegno annuale, Milano, 17-18 ottobre 2003, consultabile *on line* nel sito <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200310/ceccanti.html>. Un esempio – invero assai attenuato e tale da non trasformare la nostra in una “democrazia protetta” – di clausola di questo genere è previsto anche nella Costituzione italiana, laddove la XII Disposizione transitoria – in espressa deroga all'art. 48 – vieta «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista».

²³ G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, Milano, 2005, p. 1 e ss.

²⁴ Si tratta della Risoluzione Congiunta “Autorizzazione all'uso della forza militare” approvata dal Congresso degli Stati Uniti d'America il 15 settembre 2001, cui farà seguito la *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attack* (Proc. 7463 del 14 settembre 2001) con cui il Presidente George Bush autorizzava l'uso delle forze armate statunitensi. Il successivo 26 ottobre 2001 il Congresso degli Stati Uniti d'America approvava l'*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (c.d. *USA Patriot Act*) che sostanzialmente ammetteva il ricorso alla forza nei confronti delle organizzazioni e degli Stati presumibilmente coinvolti in attività terroristiche e istituiva tribunali speciali militari sottratti alle garanzie usuali dei procedimenti giurisdizionali dedicati ai soggetti sospettati di atti di terrorismo. A questi ultimi, come detto, venivano negate le prerogative riconosciute ai detenuti e ai prigionieri di guerra, con conseguente possibilità di assoggettamento a pratiche di interrogatorio e detenzione sottratte alla ordinaria regolamentazione.

²⁵ Evidenzia M. DANNER, *US Torture: Voices from the Black Sites*, in *New York Review of Books*, 9 aprile 2009, che «i numeri tendono a mostrare che la maggioranza degli americani sono favorevoli alla tortura, purché abbiano la sicurezza che “sventerà un attacco terroristico”». In effetti riferisce A.W. McCOY, *Una questione di tortura*, cit., p. 223, che «due mesi dopo l'uscita delle immagini di Abu Ghraib, un sondaggio di *ABC News/Whashington Post* rivelò che il 35 per cento degli americani riteneva che la tortura fosse accettabile in alcune circostanze».

²⁶ Il tema sarà approfondito *infra*, cap. IV, § 2.

pur con diverse sfumature²⁷, hanno ritenuto ammissibile il ricorso alla tortura in situazioni di particolare emergenza²⁸. La tesi – efficacemente etichettata come «ideologia liberale della tortura»²⁹ – è che, non essendo il fenomeno della tortura eliminabile nella realtà stanti le ineludibili esigenze di tutela dei cittadini di fronte alla minaccia terroristica, tanto vale disciplinarlo, piuttosto che limitarsi farisaiicamente a vietarlo nella piena consapevolezza che diversamente continuerebbe a essere praticato in una clandestinità incontrollata³⁰.

Il bilancio di questa *war on terror* – drammaticamente tratteggiato tra l'altro nelle 525 pagine della sintesi del rapporto del Senato degli Stati Uniti sull'attività dei servizi di *intelligence* diffuso nel 2014³¹ – registra l'ampio ricorso tra il 2001 e

²⁷ Si veda ad esempio la critica formulata da M. WALZER, *Sulla guerra*, trad. Nane Cantatore, Roma-Bari, 2006, nei confronti delle misure antiterrorismo adottate negli Stati Uniti.

²⁸ Tra gli altri si vedano M. WALZER, *Political Action: the Problem of Dirty Hands*, in *Philosophy and Public Affairs*, II, 1973, p. 160 ss.; A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, trad. C. Corradi, Roma, 2003, p. 125 ss.; M. DANNER (a cura di), *Torture and Truth. America, Abu Ghraib and the War on Terror*, New York, 2004; K.J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2005. In Europa, come si vedrà sub cap. III, sez. I, § 4.1, ritiene ammissibile la tortura in situazioni emergenziali W. BRUGGER, *Würde gegen Würde*, in *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg*, 1995, p. 4141 ss.

²⁹ D. LUBAN, *Torture, Power and Law*, Cambridge, 2014.

³⁰ Così in particolare riassume il suo pensiero A. DERSHOWITZ, *The Torture Warrant: a Response to Professor Strauss*, in *N. Y. Sch. L. Rev.*, 2004, p. 277: «*I am generally against torture as a normative matter, and I would like to see its use minimized. I believe that at least moderate forms of non-lethal torture are in fact being used by the United States and some of its alliens today. I think that if we ever confronted an actual case of imminent mass terrorism that could be prevented by the infliction of torture we would use torture (even lethal torture), and the public would favor its use. [...] I pose the issue as follows: If torture is in fact being used and/or would in fact be used in an actual ticking bomb mass terrorism case, would it be normatively better or worse to have such torture regulated by some kind of warrant, with accountability, record-keeping, standards, and limitations*».

³¹ *Senate Select Committee on Intelligence, Committe Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, approvato il 13 dicembre 2012 e diffuso il 3 dicembre 2014 e noto altresì come *Rapporto Feinstein*, dal nome della senatrice californiana che presiedeva la commissione. L'*Executive summary* rappresenta una sintesi del più ampio rapporto di circa 6000 pagine che non è stato declassificato e rimane dunque coperto dal segreto. Il rapporto dà conto del massiccio ricorso a pratiche di tortura quali non soltanto le violenze fisiche, ma anche privazione del sonno e obbligo di rimanere in piedi per molte ore e dell'esistenza di centri di detenzione segreti, tra l'altro, in Polonia, Lituania e Romania, nonché di numerosi errori di persona rispetto a soggetti inizialmente individuati come terroristi. Per un commento al Rapporto cfr. A. W. MCCOY, *Una questione di tortura*, cit. Massiccio è tra l'altro risultato il ricorso al c.d. *waterboarding*, come detto considerata dagli Stati Uniti una vera e propria tecnica di interrogatorio. Essa consistente in una pratica in passato già usata dai Khmer rossi negli anni '70 in Vie-

il 2006 a pratiche di tortura di ogni tipo al fine di estorcere informazioni o infliggere punizioni e umiliazioni, l'attenuazione (e talvolta la negazione assoluta) dei diritti fondamentali dell'individuo e, in particolare, dei detenuti, l'impiego delle *extraordinary renditions* poste in essere con la complicità di vari Paesi "democratici". Il rapporto restituisce inoltre la sensazione di uno spesso velo di omertà e l'impressione della più o meno esplicita rinuncia alla ricerca della verità, che si manifesta anche con la diffusione di false informazioni ai media, agli organismi di controllo e allo stesso Governo. È peraltro significativo, ma non sorprendente per chi abbia letto gli scritti di Verri, il fatto che il Senato degli Stati Uniti abbia appurato che il ricorso alla tortura, oltre che illegittimo, è stato anche inutile, perché non soltanto non ha consentito di prevenire in alcun modo attentati alla sicurezza mondiale³², ma ha altresì trasmesso l'immagine di un ordinamento che, pur proclamandosi democratico, non esita a fare ricorso alla violenza, alimentando e legittimando così quella proveniente dai suoi "nemici".

I sentimenti di ansia e insicurezza (per la minaccia terroristica, la crisi economica, le massicce migrazioni di persone ecc.) che dilagano nel mondo contemporaneo hanno attribuito al crimine (e in particolare ai reati di matrice terroristica) una forte valenza simbolica. In tale contesto l'immagine di uno Stato che lo com-

tnam nei confronti dei prigionieri cambogiani: nudo, legato e incappucciato, il prigioniero viene immobilizzato in una vasca e raggiunto da forti getti d'acqua che producono una sensazione di imminente annegamento: B. KELLER, *Waterboarding*, in *New York Times*, 9 novembre 2007; CAT, *Report of the CAT to the General Assembly*, 2006. UN Doc. A/61/44, n. 44.

³² Il Rapporto in particolare smentisce alcune informazioni fornite all'opinione pubblica circa la prevenzione di attentati terroristici, nonché la versione delle autorità quanto alle circostanze relative alla scoperta del nascondiglio di Osama bin Laden. La fallacia della tortura come strumento di scoperta della verità è stata anche di recente ribadita da A. W. MCCOY, *Una questione di tortura*, cit., p. 280, il quale riferisce che «i test hanno riscontrato che chi lavora agli interrogatori ha tra il 45 e il 60 per cento di possibilità di distinguere la verità dalle bugie, un po' meglio di quanto si possa ottenere facendo testa o croce con una moneta». S. O'MARA, *Why Torture Doesn't Work*, Harvard, 2015, p. 60, racconta di un insegnante sessantenne scampato alle torture in Cambogia che, considerato sospetto in quanto conosceva la lingua francese, aveva raccontato ai suoi aguzzini di essere un ermafrodita, una spia della CIA presso un vescovo cattolico e il figlio del re di Cambogia. Il già citato *Kubark Counterintelligence Interrogation* della CIA del 1963 – nella prospettiva di massimizzare le esperienze maturate nelle tecniche di interrogatorio del controspionaggio – distingue tra «interrogatorio non coercitivo» e «interrogatorio coercitivo». Lo stesso rapporto rimarca come la risposta individuale al dolore fisico e l'eventuale resistenza alle pressioni (che potrebbe «far emergere o intensificare la [...] volontà di resistere»); la possibilità che «un dolore intenso induca false confessioni, architettate come un mezzo per sfuggire al dolore stesso», siano tutti fattori che inducono a ritenere "tecnicamente" scorretta l'inflizione di una sofferenza acuta all'interrogato, rendendo piuttosto preferibili altre forme di tormento che originino dalla stessa vittima (quali, ad esempio, la manipolazione delle funzioni quotidiane del prigioniero; l'indebolimento fisico; il ricorso all'ipnosi e alle droghe; la privazione degli stimoli sensoriali; le minacce).

batte con ogni arma, espressione della c.d. “cultura del controllo”, rappresenta già di per sé un importante strumento politico che vale a rassicurare i cittadini rispetto alla sensazione di un rischio costantemente incombente³³. «La convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali», anche a prescindere dalla «implementazione di un altro tipo di politica sociale»³⁴, ha alimentato quello che è stato efficacemente definito come *populismo penale*, fenomeno fatto di recente oggetto di attenta analisi anche da parte della nostra dottrina³⁵.

In questo contesto, come ancora evidenziato da Amnesty International, all'improvviso si è diffusa la convinzione che la tortura fosse uno degli strumenti più affilati – orribile, certo, ma necessario («*the lesser evil*») – per contrastare la minaccia terroristica³⁶.

Il ricorso alla tortura nei momenti di particolare pericolo rappresenta del resto una costante anche degli ordinamenti più avanzati, pronti a rinunciare a quote più o meno ampie di diritti fondamentali dei propri cittadini – frutto della faticosa conquista nei secoli degli ordinamenti liberali – in vista della tutela dell'interesse supremo della sicurezza della collettività³⁷ o della conservazione dello stesso Stato di diritto.

In queste situazioni «l'interdizione della tortura finisce per essere tacciata di utopismo vuoto, inadeguato all'ordine globale, che è invece dominato dalla mi-

³³ Sul tema si veda D. GARLAND, *La cultura del controllo: crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2008, *passim*. In un'opera significativamente dedicata ai processi alle streghe, contesto “elettivo” della tortura, *La strega e il capitano*, in *Opere 1984-1989*, Milano, 1986, p. 243, Sciascia scriveva che «antiche fantasie e leggende, antiche meraviglie e paure che erano credenze del mondo popolare [...] a un certo punto si configurano come un pericolo [...] per l'ovvia ed eterna ragione che ogni tirannia ha bisogno di crearsene uno, di indicarlo, di accusarlo di tutti quegli effetti che invece essa stessa produce di ingiustizia, di miseria, d'infelicità tra gli assoggettati».

³⁴ *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale* (Sala dei Papi, 23 ottobre 2014), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 466 ss., con commento di L. EUSEBI, Cautela in poena.

³⁵ D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss. e L. EUSEBI, Cautela in poena, cit., p. 474, nonché i richiami in esso contenuti a G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.

³⁶ Amnesty International *Report 2016/17*, cit., p. 19.

³⁷ Già nella sentenza n. 2 del 1956 la Corte costituzionale definì la sicurezza come «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza». Per un'analisi della questione relativa alla effettiva esistenza di un (nuovo) «diritto alla sicurezza» (ovvero, piuttosto e più propriamente, di una «sicurezza dei diritti»), si rinvia altresì a A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Gli speciali di Questione giustizia*, 2016, p. 28 ss.

naccia del terrore. Si dovrebbe allora proteggere la democrazia autorizzando la tortura, cioè attingere al terrore per combattere il terrore»³⁸.

In questo modo, la difesa della sicurezza collettiva è tornata a svolgere il ruolo che tradizionalmente le hanno assegnato tutti i regimi autoritari, ossia quello di giustificazione della sempre più pervasiva ingerenza dei pubblici poteri nella sfera individuale di libertà dei singoli³⁹. E la tortura, in questi contesti, si svela per quello che è: una pratica violenta del potere. Che, guarda caso, si trova sempre più a essere esercitata nei confronti di chi consideriamo “straniero” o comunque “altro da noi”, rispetto al quale pare potersi tollerare un abbassamento del livello di garanzia di regola accordato ai diritti fondamentali nella serena convinzione che questo oscuro destino non ci toccherà mai. Torna, ancora una volta, inquietante, il tema del “diritto penale del nemico”, tale certamente dovendo essere considerato chi mira dichiaratamente a mettere in discussione il nostro ordinamento e merita dunque per questo di essere neutralizzato con qualsiasi mezzo, anche quelli che le nostre Carte fondamentali hanno esplicitamente bandito⁴⁰.

I nemici così identificati finiscono con il concentrare in sé «tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose» e divengono veri e propri «*capri espiatori*» che pagano «con la loro libertà e con la loro vita per tutti i mali sociali»⁴¹.

La qualificazione dell’altro come *nemico* consente da un lato di modificare lo scenario in cui ci si muove da un contesto democratico a uno di guerra, mutuando da esso linguaggio e metodi; dall’altro di declassare l’altro al rango di *non persona in diritto*: dal momento che il nemico ha rotto il contratto che lo lega alla società

³⁸ D. DE CESARE, *Tortura*, cit. p. 11. Significativo in questo senso è il *Military Commission Act* varato dal Governo degli Stati Uniti nel 2006 (poi parzialmente modificato nel 2009) che, dopo aver affermato che «*a statement obtained by use of torture shall not be admissible*» (§ 948r., b), precisa però che «*a statement in which the degree of coercion is disputed may be admitted only if the military judge finds that (1) the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and (2) the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence*», se lo stesso è «*obtained before December of 2005*», mentre, qualora la dichiarazione sia resa dopo tale data, sarà ammessa nel caso in cui sia rispettata l’ulteriore condizione che «*the interrogation methods used to obtain the statement do not amount to cruel, inhuman, or degrading treatment prohibited by section 1003 of the Detainee Treatment Act of 2005*» (§ 948r., c) e d).

³⁹ Sul tema si vedano M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

⁴⁰ Si rinvia a G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI e R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 109 ss., nonché a M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

⁴¹ Ancora *Discorso del Santo Padre Francesco*, cit., p. 460.

contrapponendosi violentemente ad essa, egli ha perso, di fatto, tutti i diritti che da esso derivavano⁴².

Sotto questo profilo la cultura del nemico contribuisce ad alimentare quella che taluni definiscono *immaginazione ostile*, ovvero quell'*humus* psicologico che consente ai cittadini di accettare come inevitabile in vista della loro stessa protezione la rinuncia da parte dello Stato, nei confronti ovviamente di persone in cui non potremmo mai identificarci, a seguire le regole proprie degli ordinamenti democratici: «la paura è l'arma psicologica elettiva per indurre i cittadini a sacrificare le libertà elementari e le tutele giuridiche in cambio della sicurezza»⁴³.

Una rinuncia, tuttavia, che rischia di avere costi insostenibili: posto che gli Stati moderni traggono la loro legittimazione dalle proprie funzioni di tutela della vita e degli altri diritti fondamentali⁴⁴, è del tutto evidente che «uno stato che uccide, o che tortura o che umilia un cittadino non solo perde qualunque legittimità, ma contraddice la sua ragion d'essere, mettendosi al livello degli stessi delinquenti»⁴⁵. Né a tale osservazione vale opporre quello che già Verri definitiva «un principio rispettabile»: il sacrificio de «l'orrore dei mali di uno solo sospetto reo in vista del ben generale della intera società»⁴⁶. E ciò non soltanto perché «i principi sono tali

⁴² È assai significativo il fatto che il *Presidential Military Order* USA sulla «detenzione, trattamento e procedimento nei confronti di alcuni non-cittadini nella guerra al terrorismo» del 13 novembre 2001 individui la (nuova) categoria degli *enemy combatants* o *unlawful*, persone che si abbia ragione di ritenere siano membri o abbiano anche solo supportato Al Qaeda o l'ISIS e che, non essendo tecnicamente riconducibili alla categoria del soldato nemico, non possono essere considerati titolari dei diritti e delle garanzie previste dal diritto nazionale e internazionale per i detenuti e i prigionieri di guerra. Né, d'altra parte, i terroristi sono considerati comuni "rei", come tali protetti dalle convenzioni internazionali in materia di *habeas corpus*, applicabili in tempo di pace, e, ancor prima, dalle garanzie sostanziali e processuali degli ordinamenti penali moderni.

⁴³ P. G. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero: cattivi si diventa?*, Milano, 2008, p. 595. La prospettazione di una minaccia per la "sicurezza nazionale", nota l'Autore, è la «premesse ideologica» usata praticamente da tutti i paesi «come mezzo per ottenere l'appoggio popolare e militare all'aggressione e alla repressione»: così, ad esempio, dalle dittature di destra di Brasile, Grecia, nonché in Italia alla fine degli anni settanta «per fomentare la paura del terrorismo da parte delle Brigate Rosse (comunisti radicali) come mezzo di controllo politico»; e, infine, nella Germania degli anni trenta, quando Hitler attribuì agli ebrei la responsabilità della grave crisi economica.

⁴⁴ J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, Bari, 2005, ed. XIII, p. 135: «lo Stato è, a mio modo di vedere, una società umana costituita unicamente al fine della conservazione e della promozione dei beni civili. Chiamo beni civili la vita, la libertà, l'integrità fisica e l'assenza di dolore, e la proprietà degli oggetti esterni, come terre, denaro, mobili ecc.».

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2002, p. 393. Già Toqueville evidenziava che nessuna politica, nessuna forma di intervento dell'autorità pubblica può essere sostenibile se non rispetta la *dignità dei cittadini*.

⁴⁶ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., p. 66, osserva che «coloro che difendono la pratica criminale lo fanno credendola necessaria alla sicurezza pubblica e persuasi che,

proprio perché non si piegano ogniqualevolta convenga»⁴⁷, ma anche e soprattutto perché la prima aspirazione di uno Stato deve essere quella di creare dei cittadini illuminati, attraverso l'educazione alla sensibilità e alla tolleranza, mirando a eliminare alla radice – e non certo a elevare a mezzo di governo – la violenza e a rimarcare sempre e in qualsiasi situazione l'asimmetria che deve esistere tra la civiltà del diritto e l'inciviltà delle associazioni criminali⁴⁸.

Esemplare, in questo senso, è una presa di posizione della Grande Camera della Corte EDU proprio in un caso in cui il nostro Paese è stato ritenuto responsabile della violazione dell'art. 3 CEDU in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti⁴⁹: nell'opinione conforme dei Giudici Myjer e Zagrebelsky si chiarisce che «gli Stati non possono combattere il terrorismo internazionale a qualsiasi prezzo. Gli Stati non devono ricorrere a metodi che intacchino i valori stessi che cercano di proteggere. E ciò vale, a maggior ragione, per i diritti “assoluti” a cui non si dovrebbe derogare neanche in caso di pericolo pubblico. [...] *La difesa dei diritti dell'uomo nella lotta al terrorismo è innanzitutto una questione di difesa dei nostri valori, anche per coloro che cercano di distruggerli*»⁵⁰. In termini analoghi si esprime il giudice O'Connor della Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Hamdi vs. Bush*, ancora relativa a un caso di detenzione a Guantanamo: «è proprio nei momenti più burrascosi e incerti che il dovere della nostra nazione di fornire un giusto processo è più duramente messo alla prova; ed

qualora si abolisse la severità della tortura, sarebbero impuniti i delitti e tolta la strada al giudice di rintracciarli».

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 393. In questo senso è significativa la Convenzione ONU contro la tortura del 1984 su cui si avrà modo di soffermarsi *infra*, cap. I, § 2, laddove stabilisce che «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».

⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in *Terrorismo internazionale*, cit., p. 8. Nello stesso senso S. RODOTÀ, *Tortura. L'ombra del medioevo tra noi*, in *La Repubblica*, 11 aprile 2015, mette anche in guardia rispetto al rischio che «venga cancellata la frontiera tra chi combatte il terrore e chi lo pratica».

⁴⁹ *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, relativa al ricorso avverso un provvedimento di espulsione ai sensi del d.l. n. 144 del 2005 di un cittadino tunisino residente in Italia richiesta dalla Tunisia ove era stato condannato per fatti di terrorismo. La Corte EDU ha ravvisato nella esecuzione del provvedimento una violazione dell'art. 3 CEDU in ragione del concreto rischio che egli, una volta rimpatriato, potesse essere esposto a tortura.

⁵⁰ Significativa in questo senso è anche la storica decisione *Boumediene et al. V. Bush; Al Odah et al. V. United States* con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti, il 12 giugno 2008, pur con una maggioranza minima (cinque giudici contro quattro), valorizzando lo stretto legame esistente tra il principio dell'*habeas corpus* espresso nella Costituzione americana e quello della separazione dei poteri, ha riconosciuto il diritto dei detenuti nei campi di prigionia a presentare ricorso innanzi ai tribunali ordinari americani per fatti relativi alla loro reclusione, precluso dal *Detainee Treatment Act 2005* e dal già citato *Military Commission Act 2006*.

è in questi momenti che noi dobbiamo preservare i nostri principi, gli stessi per i quali combattiamo all'estero»⁵¹.

Le sintetiche considerazioni fin qui svolte paiono dimostrare che le questioni sottese alla pratica della tortura sono ancora oggi numerose e complesse e non possono essere liquidate negli sbrigativi termini di una rinuncia assoluta e incondizionata a ogni mezzo di coercizione e compressione dei diritti fondamentali dell'individuo: secondo l'insegnamento di Hobbes, nei moderni ordinamenti democratici, i cittadini rinunciano infatti a una quota dei propri diritti inviolabili a favore dell'autorità statale in vista dell'impegno di quest'ultima a garantire la sicurezza e il benessere della collettività anche – tema oggi particolarmente “caldo” – rispetto alle minacce di matrice terroristica. Si tratta dunque di stabilire – anche di fronte a situazione estreme di necessità ed emergenza – dove si collochi questo difficile punto di equilibrio.

L'obiettivo in questione non può che essere perseguito attraverso le leggi.

L'Italia, come noto, è largamente in ritardo nell'adempimento di questo compito, avendo soltanto di recente, con la legge 14 luglio 2017, n. 110, introdotto nel codice penale, tra i delitti contro la libertà morale, gli artt. 613 *bis* e 613 *ter* che puniscono rispettivamente la tortura e l'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura. Sul piano processuale, già da tempo l'art. 191 c.p.p. stabilisce poi l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, ivi compreso quello che vieta di fare ricorso nei confronti dell'imputato (art. 64, co. 2) o del testimone e, durante le indagini, della persona informata sui fatti (art. 499, co. 4), a «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». La nuova legge ha altresì specificato che «le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale» (art. 191, co. 2 *bis*)⁵².

Non ci si nasconde certo l'importanza della novità normativa: si sono finalmente individuati i confini del rapporto tra pubblica autorità e soggetti che si trovino in stato di detenzione o che, comunque, vedano compressi i propri diritti fondamentali, e si è soprattutto trasmesso un importante messaggio di sensibilizzazione nei confronti di un fenomeno che – nonostante il proliferare di enunciazioni di principio sul piano internazionale – mantiene dimensioni rilevanti⁵³. La novella

⁵¹ *Hamdi vs. Bush*, 542 U.S. 507 (2004).

⁵² La legge prevede altresì, all'art. 3, modificando l'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, il divieto di respingimento, estradizione ed espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa possa essere sottoposta a tortura, nonché, all'art. 4, l'esclusione di qualsiasi forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per fatti di tortura.

⁵³ L'importanza di tale aspetto è sottolineata ad esempio nella Relazione al disegno di legge n. 256/S *Introduzione dell'art. 593-bis del codice penale concernente il reato di tortura e altre norme in materia di tortura*, ove si rimarca, oltre all'esigenza di dare ese-

assolve infatti a un fine importante che è quello di «spezzare la congiura del silenzio [...] per poi procedere a una sostituzione veramente indispensabile: scambiare l'imperante cultura della violenza e dell'impunità [...] con una consapevole e vera cultura dei diritti fondamentali»⁵⁴.

La storia dimostra infatti che, diversamente da quanto affermano le teorie giuridico-naturaliste, i diritti fondamentali, lungi dall'essere "naturalisti", sono tutt'altro che vicini alla natura umana che, al contrario, «porta alla sopraffazione – non al rispetto – dell'altro; all'affermazione dell'individuo – non alla solidarietà –; al prevalere dell'io su tutto ciò che gli si oppone»⁵⁵.

Non a caso Amnesty International attribuisce un ruolo fondamentale, nella lotta a qualsiasi forma di *ill-treatment*, alla criminalizzazione dei fatti di tortura, denunciando costantemente il mancato rispetto da parte di numerosi Stati dell'obbligo posto a tale riguardo dai trattati internazionali. Si rimarca, a riguardo, come «*a lack of a specific criminal offence of torture and adequate sanctions that reflect the gravity of the crime creates an environment which fosters impunity, where perpetrators are not held to account and victims are denied recourse to an effective remedy*»⁵⁶.

Se è vero, come è stato osservato da Nigel Walker, che «la legislazione di una generazione può diventare la morale della generazione successiva»⁵⁷, un primo necessario passo verso la prevenzione della tortura può senz'altro dirsi compiuto nel nostro Paese grazie all'introduzione di una norma incriminatrice la cui stessa esistenza mette quanto meno in crisi quella certezza dell'impunità che costituisce senza dubbio una delle cause della vitalità anche negli ordinamenti moderni del fenomeno in esame⁵⁸.

cuzione a obblighi assunti dall'Italia sul piano internazionale, la necessità di trasmettere «un forte messaggio simbolico in chiave preventiva». La relazione è pubblicata in *Cass. pen.*, 2012, p. 3259.

⁵⁴ S. BUZZELLI, *Tortura: una quaestio irrisolta di indigente attualità*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, p. 60.

⁵⁵ A. CASSESE, *Umano-Disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Bari, 1994, p. 70.

⁵⁶ Amnesty International *Report 2016/17*, cit., p. 49.

⁵⁷ La citazione è tratta da J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33 ss.

⁵⁸ In questo senso anche A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, consultabile *online* nel sito www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014, § 1, p. 5. In termini generali, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2017, ed. VI (aggiornata da E. Dolcini e G. L. Gatta), p. 16, sottolineano che in uno Stato laico, secolarizzato, pluralista, democratico, quale quello delineato dalla nostra Costituzione il ricorso da parte del legislatore alla pena si giustifica in chiave di prevenzione generale nella duplice forma dell'intimidazione-deterrenza e dell'orientamento culturale.

È sufficiente dunque lo sforzo compiuto dal nostro legislatore? O forse l'introduzione della neonata figura criminosa dovrebbe essere piuttosto la base di partenza per un rinnovato dibattito sulla tortura? Un dibattito che si liberi finalmente dal retropensiero che non serva una disposizione *ad hoc* e che dunque sia più che sufficiente l'articolato armamentario a tutela della libertà morale e dell'integrità fisica previsto dal nostro codice e che possa finalmente concentrarsi sulla reale conformità del delitto di tortura agli obblighi di penalizzazione incombenti sull'Italia.

Le considerazioni appena svolte giustificano pertanto un'indagine che muova da una ricognizione del quadro sovranazionale e dello stato dell'arte nei sistemi europei a noi culturalmente più vicini, per poi passare a vagliare pregi e difetti del prodotto confezionato dal legislatore.

Quest'ultima parte del lavoro getterà le basi per un'analisi dell'effettività della disposizione di cui all'art. 613 *bis* che, si può sin d'ora anticipare, si rivelerà funzionale a delineare le ulteriori prospettive di riforma.

Non deve d'altronde stupire un esito del genere: è lunga la lista delle recenti novità normative che già subito dopo la loro introduzione hanno evidenziato la necessità di una messa a punto, se non talora di una profonda revisione. Alla odierna temperie spirituale⁵⁹ non si sottrae la tortura; prima però di dedicarci all'analisi della nuova fattispecie, volgiamo lo sguardo all'orizzonte sovranazionale e cerchiamo di capire ciò che le istituzioni internazionali chiedevano all'Italia.

⁵⁹ In argomento si veda M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1 ss.

Collana Studi – I Serie

- Sergio P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti Europee*, 2007.
- Roberto PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, 2007.
- Luigi LAMBO, *Obblighi di protezione*, 2007.
- Roberto VIRZO, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, 2008.
- Roberto PESSI, *Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione*, 2008.
- Natalino RONZITTI, *Gabriella Venturini, Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, 2008.
- Giuseppe SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, 2008.
- Giovanni DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, 2009.
- Francesco CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, 2009.
- Lucio Valerio MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, 2009.
- Roberto PESSI (a cura di), *Europa e concertazione: modelli a confronto*, 2009. *Scritti in onore di Francesco Capriglione*. In due tomi, 2010.
- Roberto PESSI, *Ordine giuridico ed economico di mercato*, 2010.
- Andrea DE PETRIS (a cura di), *Federalismo fiscale “Learning by doing”: modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, 2010.
- Antonio BALDASSARRE (a cura di), *La forza ragionevole del giurista*, 2010.
- Luca CASTELLI, *Il senato delle autonomie*, 2010.
- Francesco ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, 2011. *Scritti in onore di Marcello Foschini*, 2011.
- Giovanna Giada SALVATI, *I limiti statutarî alla circolazione delle azioni. Il diritto al disinvestimento*, 2011.

- Italo DE SANTIS, *Remunerazione degli amministratori e governance delle società per azioni*, 2011.
- R. PESSI – A. VALLEBONA (a cura di), *Atti dei convegni in onore di Sergio Magrini, Giancarlo Perone, Pasquale Sandulli. Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, 2011.
- N. LUPO (a cura di), *Taglialeggi e Normattiva tra luci e ombre*, 2011.
- Piero RUGGERI, *L'irreversibilità della fusione societaria*, 2012.
- Sabrina BRUNO, *Il ruolo dell'assemblea di S.p.A. nella corporate governance*, 2012.
- Maria Rosaria MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, 2012.
- Raffaele FABOZZI, *Collective bargaining and company level agreement*, 2012.
- Maurizio BELLACOSA, *I profili penali del reato ministeriale*, 2012.
- Andrea DE PETRIS, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, 2012.
- Andrea Francesco TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, 2012.
- Raffaella RAMETTA, *Relazioni giuridiche tra patrimoni separati*, 2013.
- R. PESSI – G. SIGILLÒ MASSARA, *La riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Spunti di discussione*, 2013.
- A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema delle responsabilità da reato degli enti*, 2013.
- M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, 2013.
- A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, 2014.
- L. SALVINI – G. MELIS (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, 2014.
- Paolo TULLIO, *Il cumulo di incarichi in imprese concorrenti. Interlocking directorates*, 2014.

Collana Studi – II Serie

1. Giorgio MEO, Antonio NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, 2016.
2. Raffaele FABOZZI, *Il bene “salute” tra potere organizzativo e tutele ordinarie*, 2016.
3. Angela DEL VECCHIO, Paola SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, 2016.
4. Antonio GULLO, Francesco MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, 2016.
5. Elisa SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, 2018.

