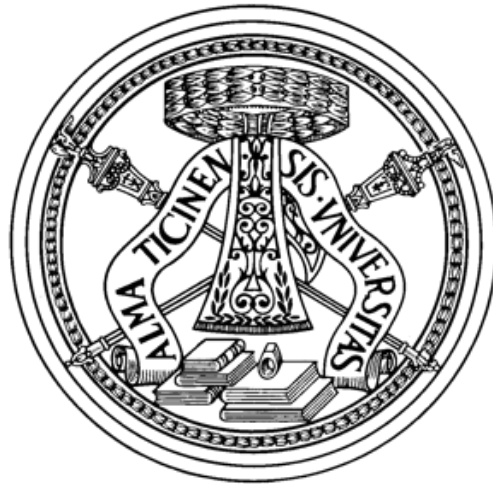


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale
XXX ciclo



Il divieto di tortura nel diritto internazionale. Problemi
di qualificazione giuridica.

Relatore:

Prof.ssa Cristina Campiglio

Tesi di dottorato di

Federico Rossi

A Giulio Regeni, ragazzo.

*"Questi piccoli uomini che, febbricitanti e risoluti,
tengono duro in questo racconto sulla bella
nave stregata - gli umili e sorridenti che,
senza un gesto, s'immolerebbero ai compagni e non
lo sanno - escono da un stirpe di coraggiosi, non di santi".
Cesare Pavese nell'Introduzione a La linea d'ombra di J. Conrad.*

INDICE

Abbreviazioni	7
Premessa	9

CAPITOLO I

Tortura e trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti: nozioni e fonti.

1. Introduzione	11
2. La cura delle parole.....	12
2.1. Una storia densa di significato	13
2.2. L'importanza del concetto.....	17
2.3. L'importanza dell'interpretazione.....	20
3. La proibizione di ogni forma di tortura.....	22
3.1. La Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (1948)	24
3.2. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948).....	25
3.3. Le Convenzioni di Ginevra (1949) e i Protocolli aggiuntivi (1977)	27
3.4. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950) e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (1987)	30
3.5. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (1948); la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù (1956); la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale (1965); la Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (2006).....	31
3.6. Regole minime per il trattamento dei detenuti (1957)	32
3.7. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966)	32
3.7.1. Il Comitato dei diritti dell'uomo; il Consiglio per i diritti umani; il Relatore speciale sulla tortura (1985); il Fondo volontario per le vittime di tortura (1981)	34
3.8. La Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1969)	36
3.9. La Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti (1975)	38
3.10. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981)	41
3.11. La Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo nell'Islam (1990); la Carta araba dei diritti dell'uomo (2004).....	43
3.12. La Dichiarazione asiatica dei diritti umani (2012)	44

4. La Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (1984)	45
.....
4.1. La nozione di cui all'art. 1 CAT	47
4.1.1. La condotta	48
4.1.2. Il dolore o le sofferenze acute, fisiche o mentali	48
4.1.3. L'intenzione	50
4.1.4. Il dolo specifico	51
4.1.5. Il coinvolgimento dello Stato	51
4.1.6. La <i>lawful sanction clause</i>	52
4.2. Gli obblighi statali e i trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti	54
4.3. Il Comitato contro la tortura	54
4.4. Il Protocollo facoltativo alla CAT (2002)	56
4.4.1. Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale	58
5. La Convenzione interamericana sulla prevenzione e repressione della tortura (1985)	59
5.1. Gli obblighi statali, i trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti e il sistema di controllo	61
6. Tortura e detenzione: le fonti da considerare	62
7. Le convenzioni a tutela dei "soggetti deboli"	65
8. La tortura in Europa	67
9. Il diritto internazionale penale	69
9.1. La tortura come crimine di guerra	72
9.2. La tortura a fini genocidiari	75
9.3. La tortura come crimine contro l'umanità	76
9.4. La tortura come fattispecie autonoma?	78
10. Il divieto di tortura come norma di <i>ius cogens</i> produttiva di obblighi <i>erga omnes</i>	82
11. Conclusioni	86

CAPITOLO II

Il sistema di controllo europeo.

1. Introduzione	89
2. La primaria importanza dell'art. 3 CEDU	91
3. Un divieto dinamico: la soglia minima di gravità	96
3.1. L'alveo dell'art. 3: il superamento del livello minimo nelle decisioni della Corte	101

3.2. Il mancato superamento della soglia: la motivazione come argine alla discrezionalità giudiziale	104
3.3. La distribuzione dell'onere probatorio	109
4. Il ruolo sussidiario dell'elemento soggettivo: intenzione, movente e scopo	111
4.1. Il consenso	116
5. Gli obblighi derivanti dall'art. 3 CEDU.....	117
5.1. Obblighi negativi	119
5.2. Obblighi positivi.....	123
5.2.1. L'obbligo procedurale di un'inchiesta ufficiale effettiva	125
5.2.2. Il risultato dell'indagine: una sanzione adeguata.....	127
5.2.3. Il nuovo art. 613 bis cp e il sistema del Consiglio d'Europa.....	132
5.2.4. L'immunità dello Stato e dei suoi organi	139
5.2.5. L'importanza degli obblighi procedurali	142
6. Il rapporto tra art. 3 e altre disposizioni sostanziali e procedurali	143
6.1. Art. 3 e norme procedurali	144
6.2. La giustiziabilità degli obblighi: gli artt. 41 e 46 CEDU	148
7. Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.....	151
7.1. Corte Edu e CPT: una teorica divisione di competenze	156
7.2. Tortura e trattamenti inumani o degradanti nei report del CPT	158
7.2.1. Una questione annosa: la dimensione delle celle.....	162
7.2.2. L'influenza del CPT sulla giurisprudenza della Corte Edu	164
8. Conclusioni	166

CAPITOLO III

Gli altri sistemi di controllo.

1. Introduzione	170
2. I <i>mistreatment</i> nella giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo	171
2.1. Gli obblighi derivanti dall'art. 7 CCPR.....	176
3. I <i>mistreatment</i> nella giurisprudenza del Comitato contro la tortura	178
3.1. Gli obblighi derivanti dalla CAT.....	182
3.2. Il ruolo dei due Comitati nel contrasto ad ogni forma di tortura.....	185

4. Gli <i>ill-treatment</i> nei report del Sotto-Comitato per la prevenzione della tortura.....	186
5. I <i>mistreatment</i> nei report del Relatore speciale sulla tortura	189
6. I <i>mistreatment</i> nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo e della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo.....	192
6.1. Gli obblighi derivanti dalle Convenzioni	198
7. I <i>mistreatment</i> nella giurisprudenza della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli	201
8. Conclusioni	204

CAPITOLO IV

La tortura tra *international criminal law* e *human rights law*: il delicato dialogo tra Corti.

1. Introduzione	210
2. Il “lato oscuro” dei diritti umani	211
3. I principi generali di diritto internazionale penale	214
3.1. La responsabilità penale individuale	214
3.2. Il principio di legalità e i suoi corollari	216
4. La tortura nelle decisioni dei Tribunali ad hoc	219
4.1. La pericolosa influenza dello <i>human rights law</i>	222
4.2. L'intensità del dolore.....	224
5. La <i>cross-fertilization</i> e l'inevitabilità del dialogo tra Corti	228
5.1. Una nozione dai molti volti	230
Conclusioni.....	235
Bibliografia	241
Giurisprudenza	258

Abbreviazioni

ACHR: Convenzione americana dei diritti dell'uomo.

ASEAN: Associazione delle nazioni dell'Asia sud-orientale.

CA: Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

CADU: Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

CAT: Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti.

CCPR: Patto internazionale sui diritti civili e politici.

CCT: Comitato contro la tortura.

CDU: Comitato dei diritti dell'uomo.

CEDU: Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

CEPT: Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

CGUE: Corte di giustizia dell'Unione europea.

CI: Commissione interamericana dei diritti dell'uomo.

CICR: Comitato internazionale della Croce Rossa.

CIDU: Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

CIG: Corte internazionale di giustizia.

Com. Edu: Commissione europea dei diritti dell'uomo.

Corte Edu: Corte europea dei diritti dell'uomo.

CPI: Corte penale internazionale.

CPIS.: Statuto della Corte penale internazionale.

CPT: Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

HL: diritto internazionale umanitario.

HRL: diritto internazionale dei diritti umani.

IACPPT: Convenzione interamericana sulla prevenzione e repressione della tortura.

ICL: diritto internazionale penale.

ICT: Tribunali penali internazionali.

NU: Nazioni Unite.

ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite.

OPCAT: Protocollo facoltativo alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti.

OSA: Organizzazione degli Stati americani.

OUA: Organizzazione per l'Unità africana.

SPT: Sotto-Comitato per la prevenzione della tortura.

TPJ: Tribunale internazionale per la ex-Jugoslavia.

TPJSt.: Statuto del Tribunale internazionale per la ex-Jugoslavia.

TPR: Tribunale internazionale per il Ruanda.

TPRSt.: Statuto del Tribunale internazionale per il Ruanda.

TUE: Trattato sull'Unione europea.

UA: Unione africana.

UE: Unione europea.

Premessa

L'ultima opera di Zygmunt Bauman – l'edizione inglese è stata pubblicata nel gennaio di quest'anno, pochi giorni dopo la sua morte – è incentrata sul concetto di “retrotopia”¹: il neologismo coniato dal filosofo polacco evoca un'utopia rivolta al passato che guida l'umanità verso una fuga dal presente, per far ritorno a un'età felice, apprezzata per la sua presunta stabilità e affidabilità. In buona sostanza, i punti di arrivo della “retrotopia” sono aspetti più o meno veritieri del tempo andato che, indipendentemente dai buoni risultati riportati, sarebbero stati abbandonati irresponsabilmente dalla società contemporanea. Quella del “retrotopista” non è solo evasione dal “qui e ora”, ma è principalmente ritirata dal futuro e dagli ideali illuministici di pace perpetua, cosmopolitismo e uguaglianza sociale, tradizionalmente coltivati dalle utopie moderne.

Alla diagnosi della malattia che ammorba la collettività svolta da Bauman, va affiancata la terapia prescritta da un giovane storico olandese, Rutger Bregman, che nel suo lavoro più recente ci ricorda come le utopie si realizzino più spesso di quanto non si creda².

Indipendentemente dalle proposte “folli” – così le definisce lo stesso autore – formulate per cambiare radicalmente la realtà, il libro di Bregman appare utile per l'atteggiamento realistico che suggerisce nei confronti dell'utopia: continuare a negarla, magari innescando la “retrotopia”, non porta a niente; bisogna viceversa iniziare un percorso concreto per agguantarla, che tenga conto delle difficoltà e prenda forza dalle miglia superate.

Troppo spesso nella storia – nota Bregman – si sono tacciati come “sogni irrealizzabili” ipotesi più che ragionevoli, come dimostrano l'abolizione della schiavitù, l'ottenimento del suffragio universale e il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: il fatto che gli obiettivi raggiunti oggi non ci soddisfino, non implica necessariamente che non vi siano stati.

Il diritto a non essere torturati è una posizione soggettiva privilegiata similmente al diritto a non essere resi schiavi, perché non può essere posto in concorrenza con altri pur ritenuti fondamentali: nessuna pratica – al di fuori della schiavitù – è così assolutamente e inderogabilmente proibita come la tortura, neppure il diritto alla vita, che notoriamente può essere limitato in talune circostanze.

Perché anche l'infame “crociuolo della verità”³ divenga una pagina tragica del passato, occorre prendere le mosse dall'insegnamento di Norberto Bobbio: il “problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli”⁴. Si tratta quindi di una questione politica, non filosofica. E a riguardo non deve dimenticarsi che sono ancora gli Stati

¹ Z.BAUMAN, *Retrotopia*, Laterza, Roma, 2017.

² R.BREGMAN, *Utopia per realisti. Come costruire davvero il mondo ideale*, Feltrinelli, Milano, 2017.

³ C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene (1764)*, § XVI, Feltrinelli, Milano, 2008.

⁴ N.BOBBIO, *L'età dei diritti (1965)*, Einaudi, Torino, 2014, pag. 16.

sovrani a “dettare legge”, non solo all’interno dei propri confini ma anche al di fuori: con le parole di Luigi Condorelli, il diritto internazionale “non viene agli Stati come i dieci comandamenti a Mosè sul Monte Sinai; non è Dio Padre che lo stabilisce e lo impone dall’alto dei cieli a chi è chiamato a rispettarlo: sono invece gli Stati stessi che se lo fabbricano e se lo comandano mediante accordi tra loro”⁵.

Tutto questo considerato, la strada verso l’abolizione effettiva della tortura non può fare a meno, da un lato dell’attività dei vari sistemi di controllo chiamati ad accertare l’illecito e a imprimere il cd stigma internazionale sullo Stato inadempiente, dall’altro del lavoro della giustizia penale, tenuta a scongiurare l’impunità di simili atrocità. Altrettanto importante risulta l’azione dei meccanismi di prevenzione nei luoghi in cui più frequentemente si verificano tali pratiche, i centri di reclusione, e l’adozione di misure *ad hoc* – a gran voce invocate dalle ONG che si occupano del tema – attualmente oggetto di numerosi atti di *soft* e *hard law*, nonché delle decisioni degli organi dei trattati: si pensi, ad esempio, all’apposizione di segni identificativi sui caschi degli agenti coinvolti in operazioni di ordine pubblico, all’addestramento in materia delle forze dell’ordine, al diritto dei detenuti di avere un’immediata difesa legale e cure adeguate, alla possibilità di ricorrere in tempi brevi all’autorità giudiziaria etc. Da ultimo, è necessario evitare il rischio che il diritto a non subire *mistreatment* venga lasciato alla libera interpretazione di chi deve rispettarlo: definire il concetto a seconda delle prospettive attraverso cui l’ordinamento argina il fenomeno, tornando a chiamare la tortura con il proprio nome, è condizione senza la quale ogni iniziativa di contrasto è destinata a fallire. In assenza di qualificazioni giuridiche puntuali il principio di legalità uscirebbe perdente dall’eterno scontro con la “tirannia della sicurezza”, a tutto vantaggio di chi riconosce nell’altro un “nemico” misurabile in base a scopi utilitaristici, non una “persona” dotata di una propria dignità.

Servono parole adeguate perché tali condotte trovino un divieto reale all’interno dello stato di diritto e il bando superi i fantomatici benefici che taluno vi ricollega, consapevoli del fatto che se è vero che “i principi servono solo se si resta vivi”⁶, è ancor più vero che “vivere torturando, forse, non è nemmeno vivere”⁷. L’abolizione della tortura oggi resta una straordinaria utopia e in quanto tale va intesa: ciò che, nel presente, ci chiama verso un non qui e un non ora, verso una possibilità che non c’è ancora, e che forse non ci sarà mai, ma di cui avvertiamo il bisogno.

In fondo l’utopia serve a questo: a camminare⁸.

⁵ L.CONDORELLI, *Crisi dello Stato e diritto internazionale: simul stabunt simul cadent?*, in *Ars Interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, 2011, pag. 175.

⁶ A.PANEBIANCO, *Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario*, in *Corriere della Sera*, 13 agosto 2006.

⁷ C.MAGRIS, *Il peso dei principi*, in *Corriere della Sera*, 14 agosto 2006.

⁸ E.GALEANO, *Parole in cammino*, Sperling & Kupfer, Milano, 2006, pag. 255.

CAPITOLO I

Tortura e trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti: nozioni e fonti.

1. Introduzione

Nel penultimo report del Relatore speciale sulla tortura⁹ viene evidenziato – per l’ennesima volta – come il divieto di *ill-treatment*, “a parole” ritenuto vincolante da tutti gli Stati, sia costantemente violato.

Sembra sussistere un rapporto inversamente proporzionale tra la cogenza del bando e il suo effettivo rispetto: infatti se da un lato la Comunità internazionale lo ha sancito espressamente nella numerosa serie di atti di *soft law* e *hard law* indicati nel seguente capitolo, e gli interpreti pressoché unanimemente concordano nel qualificarlo come consuetudine appartenente al cd *ius cogens*, produttiva di obblighi *erga omnes*, dall’altro resta sullo sfondo “*the disillusioning reality of millions of victims of torture*”. Lo stesso diritto internazionale penale non è ancora stato in grado di porre un freno a questo tipo di condotte, che continuano ad essere praticate con frequenza in tutto il mondo.

Nel Cap. I si tenta di ricostruire la radici etimologiche e giuridiche del termine, delineando le fonti che devono essere prese in considerazione dall’interprete e i sistemi di controllo attualmente operanti a livello regionale e universale. D’altronde, è quando una “legge” non viene rispettata che vale la pena ricalcare i contorni, la *ratio* e la storia per riscoprirne il valore.

Si analizzerà il divieto sia nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani sia sotto il profilo del diritto internazionale penale, individuandone il contenuto sulla base della normativa di riferimento.

Prima di presentare le nozioni di tortura elaborate dalla giurisprudenza delle Corti e dei *treaty body* competenti (di cui ai Capitoli II e seguenti), pare infatti il caso di precisare ciò che prevede – sulla carta – il diritto internazionale generale e pattizio. In particolare, *inter alia* si propone un’analisi e un confronto delle definizioni così come adottate dall’art. 1 della Convenzione contro la tortura (1984) e dell’art. 2 della Convenzione interamericana dell’anno successivo, secondo i criteri interpretativi propri dei trattati sui diritti umani. Da ultimo, si procederà alla qualificazione della tortura come cd reato mezzo o reato fine per l’integrazione di un crimine internazionale: invero, la prevenzione di simili pratiche passa non solo dall’adempimento degli obblighi di protezione che

⁹ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 14 febbraio 2017, § 14.

gravano sugli Stati, ma anche dal contrasto all'impunità che tradizionalmente viene accordata a tali illeciti.

Un quadro *de lege lata*, dunque, di cui la prassi statale si dimostra incurante e che, anche per questo motivo, non può essere omesso.

2. La cura delle parole

L'ideale decalogo dell'etica democratica, così come ricostruito da Gustavo Zagrebelsky, prevede: la fede in qualcosa, la cura delle personalità individuali, lo spirito del dialogo, il senso dell'uguaglianza, l'apertura verso la diversità, la diffidenza verso le decisioni irrevocabili, l'atteggiamento sperimentale, la responsabilità dell'essere maggioranza e minoranza, l'atteggiamento altruistico. A concludere l'elenco, "la cura delle parole"¹⁰.

Quando manca la capacità di nominare le cose, difetta uno strumento essenziale di verifica della realtà e la violenza incontrollata rappresenta uno degli esiti a cui può portare l'assenza di un lessico adeguato.

Più precisamente, non è solo il numero delle parole a indicare il grado di sviluppo di una democrazia, ma anche e soprattutto la loro qualità: è ciò che riescono a significare che fa delle "lettere", le "parole giuste"¹¹ di T.S. Eliot, o le "parole materia"¹² di Simenon: vocaboli che mirano a comunicare prospettiva di senso e valori, in buona sostanza una verità possibile.

Le parole dovrebbero aderire alle cose, rispettarne la natura e non essere foriere di travisamenti, a maggior ragione se appartengono all'etimo giuridico.

La lingua del diritto, infatti, non si limita a descrivere fatti ma ne determina la creazione: si pensi alle norme, alle sentenze, ai provvedimenti e, più in generale, agli effetti di tutte le fonti di obbligazione.

Appare tanto più vero in questo ambito il titolo del celebre libro del linguista J.L. Austin "Le parole fanno le cose"¹³: lungi dal trattarsi di semplici perifrasi volatili, senza peso e consistenza, le nozioni giuridiche sono potenzialmente idonee a incidere sulla vita delle persone, stravolgendola.

Esse incarnano delle vere e proprie azioni, inglobano meccanismi potenti quanto complessi e il loro utilizzo dovrebbe implicare responsabilità in chi le esterna¹⁴.

¹⁰ G.ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, pag. 35. Dello stesso autore cfr. *Sulla lingua del tempo presente*, Einaudi, Torino, 2010.

¹¹ T.S.ELIOT, *La terra desolata. Quattro quartetti (1922)*, Feltrinelli, Milano, 2014, pag. 159 ss.

¹² G.SIMENON, *L'età del romanzo*, Lucarini, Roma, 1990, pag. 31 ss.

¹³ J.L.AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova, 1987.

¹⁴ G.CAROFIOLIO, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, 2010, pag. 37 ss. Dello stesso autore *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, Roma, 2015.

Per questa ragione Italo Calvino – in un articolo del 1965 – rivendicava l’esigenza di un italiano concreto e preciso, che si mantenesse a debita distanza dalle comodità della cd antilingua, in cui i significati sono allontanati, “relegati in una serie di vocaboli che di per se stessi non vogliono dire niente o vogliono dire qualcosa di vago e sfuggente”¹⁵.

D’altronde, solo facendo uso di enunciati puntuali e rifuggendo espressioni astratte e polisense si riesce a garantire il nocciolo duro dello stato di diritto: il principio di uguaglianza di tutti gli individui dinnanzi alla legge.

È evidente il pericolo che si annida nell’utilizzo di un linguaggio imbonitore, che mistifica il reale attraverso l’usurpazione del significato: si chiama totalitarismo e si serve del vocabolario come strumento di conservazione del potere.

George Steiner ha osservato che le ideologie cd competitive (come il nazismo) non producono lingue creative e, raramente, elaborano nuovi lemmi: molto più spesso “saccheggiano e decompongono la lingua della comunità”, manipolandola e usandola a propri fini.

Nello stesso senso, la Neolingua di George Orwell accanto all’abolizione di parole quali giustizia, democrazia, scienza etc. prevedeva il mantenimento di altri termini “eretici”, la cui portata sfavorevole veniva tuttavia smussata, emendata¹⁶.

La nozione di tortura, nel corso dei secoli, ha rappresentato un terreno fertile per tentativi più o meno riusciti di legittimare la violenza di Stato: la riduzione del perimetro del concetto, l’aggravamento dei suoi elementi costitutivi nonché l’utilizzazione di perifrasi differenti per descrivere il fenomeno, sono state le vie per mezzo delle quali si è cercato di disancorare il vocabolo dalla propria etimologia, insabbiandone il senso lungo il tragitto.

È importante, dunque, andarlo a rintracciare partendo dalla storia che ha interessato la definizione.

2.1. Una storia densa di significato

“Tortura”, da *torquere*, indica l’atto del torcere: ad esempio, è possibile torcere, cioè tirare piegandoli, filati, rami, tralci. Ma anche membra umane. La parola veniva adoperata in ambito medico per indicare il metodo attraverso il quale si rimediava alle slogature, per l’appunto torcendo le ossa. La sua radice etimologica è quindi legata essenzialmente allo stiramento del corpo.

E il passaggio dalla torsione medica alla tortura giudiziaria non fu poi così metaforico¹⁷: nel diritto comune era considerata uno strumento processuale di cui avvalersi per la ricerca della verità. Si

¹⁵ I.CALVINO, *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Mondadori, Milano, 1995, pag. 149 ss, (prima pubblicazione su Il Giorno, 3 febbraio 1965).

¹⁶ G.ORWELL, *1984 (1949)*, Mondadori, Milano, 1973, pag. 331 ss.

¹⁷ D.DICESARE, *Tortura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016, pag. 96.

trattava di un normale mezzo di prova, formalmente inserito nell'*ordo iudicarius*, che faceva dei giudizi penali un vero e proprio “affare agonistico”¹⁸.

La “tortura giudiziaria”, ossia il mezzo attraverso il quale l'accusa agiva per ottenere informazioni o confessioni dai sudditi nell'ambito di un procedimento giudiziario¹⁹, va tenuta ben distinta dalla “pena della tortura”, a cui possono essere ricondotte tutte quelle forme di violenza praticate come punizione nei confronti di individui già condannati. Del resto, dal basso medioevo fino alla fine del settecento, le sanzioni corporali erano le più comuni: fustigazione, mutilazione ed esecuzioni capitali rappresentavano avvenimenti abituali²⁰.

Si trattava del metodo più efficiente per preservare la struttura sociale esistente, mezzo intimidatorio nelle mani del Principe con funzione speciale e general preventiva: da un lato, la sopraffazione del condannato avrebbe neutralizzato la pericolosità del reo, dall'altro avrebbe configurato un ammonimento destinato agli spettatori della pubblica esecuzione²¹.

Siamo in presenza di specie di tormento differenti, e non tanto perché la prima (la tortura giudiziaria) veniva posta in essere all'interno di un processo mentre la seconda (la pena della tortura) era disposta al suo esito, quanto piuttosto perché quest'ultima rappresenta uno strumento fine a se stesso, mentre la prima è il mezzo attraverso il quale raggiungere “la verità” (nelle forme della confessione o di altra dichiarazione utile all'accertamento dei fatti)²².

Per queste caratteristiche, alla tortura come pena si suole affiancare la tortura intesa genericamente come qualsiasi tipologia di “grave atto di violenza”²³, usualmente adoperata come strumento di repressione del dissenso politico o ideologico²⁴; viceversa, simile alla tortura giudiziaria risulta

¹⁸ F.CORDERO, nell'*Introduzione* al volume *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, A.GIANELLI, M.P.PATERNÒ (a cura di), Carocci, Roma, 2004.

¹⁹ Per un approfondimento, P.FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1953, pag. 5 ss. Celebre la descrizione di questo tipo di tortura svolta dal Manzoni in *Storia della colonna infame (1842)*.

Fu una *prammatica* di Carlo III nel 1738 ad abolire, per prima, la tortura giudiziaria a Napoli. Invero, essa rimase di fatto in vigore per gli illeciti più gravi, trovando un divieto definitivo solo nel 1789. Il primo Stato ad eliminarla effettivamente fu la Prussia di Federico II nel 1740. Quest'ultimo assunse la decisione in quanto fortemente influenzato dal pensiero di Cesare Beccaria. Occorrerà attendere il 1786 per vederla abolita anche in uno Stato italiano: fu Leopoldo I a decretarne il bando nel 1786, anche se i tormenti non erano già più (in concreto) utilizzati dal 1776.

²⁰ A riguardo, è stato evidenziato da L.FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1998, pag. 382, come “la storia delle pene è sicuramente più orrenda ed infamante per l'umanità di quanto non lo sia la stessa storia dei delitti”.

²¹ M.FOUCAULT, *Sorvegliare e punire (1975)*, Einaudi, Torino, 2014, pag. 34 ss.

²² È la “pretesa ricerca della verità co' tormenti” che tratta P.VERRI in *Osservazioni sulla tortura (1804)*, Rizzoli, Milano, 2006, pag. 113.

²³ Nel diritto romano venivano usati due diversi termini per indicare la tortura giudiziaria (*quaestio*) e la tortura intesa genericamente come atto di violenza (*tormentum* o *cruciatu*). Così P.FIORELLI, cit., pag. 17.

²⁴ Questa specie di tortura è oggi fatta propria dalla “politica del terrore” al fine di preservare il controllo sul territorio: il suo riconoscimento passa attraverso il timore. L'esempio più recente è rappresentato dagli atti di violenza sistematica che stanno sconvolgendo il Venezuela in questi mesi. Cfr., a riguardo, quanto accertato nel rapporto redatto dalla Commissione di esperti incaricata dalle NU, reperibile in:

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21948&LangID=S>.

essere una quarta specie di maltrattamento, che attualmente – insieme a quella appena descritta – è la tipologia di *mistreatment* più diffusa²⁵.

Si intende fare riferimento alla “tortura *ad eruendam veritatem*” che viene effettuata al di fuori del processo – solitamente da parte di agenti dei servizi segreti o di polizia – volta a carpire informazioni utili: ci troviamo nell’ambito politico-militare e rientrano in questa nozione, ad esempio, tutte le pratiche di contro-spionaggio (operate anche in contesto bellico) che si servano del *tormentum* per acquisire dati sconosciuti²⁶.

In epoca contemporanea uno tra i suoi terreni di elezione è sicuramente rappresentato dalla lotta al terrorismo internazionale.

Basti ricordare come – in seguito agli attentati del 09/11 – l’esecutivo americano, al fine di affrontare l’emergenza, non si sia limitato ad adottare una serie di provvedimenti normativi *ad hoc* (tra i quali si ricordi per importanza il *Patriot Act*, il *Military Order* ed il *Military Commissions Act*), ma abbia altresì istituito un programma segreto di cd *extraordinary renditions* nei riguardi di cd *High-Value Targets* volto da un lato a eliminare dal “campo di battaglia” i cd *alien enemy combatants*, dall’altro a ottenere dagli stessi notizie spendibili nella cd *war on terror*.

Il piano rimasto *top-secret* fino al settembre 2006²⁷ prevedeva la cattura *manu militari* operata dalle forze di *intelligence* di sospetti terroristi al di fuori di qualsiasi controllo/autorizzazione giurisdizionale; una volta fermati, i soggetti venivano trasportati attraverso voli segreti presso uno dei centri di reclusione (cd *black sites*) a disposizione dei servizi americani dislocati in tutto il mondo, Europa compresa²⁸.

Presentano il medesimo scopo le torture attuate dal regime di Al Sisi nei confronti dei propri oppositori, venute all’attenzione nazionale (e internazionale) in seguito alla morte di Giulio Regeni. Cfr. U.LINDSEY, *A factual insight on the murder of Giulio Regeni*, in *SidiBlog*, 25 febbraio 2016.

²⁵ Cfr. *Rapporto 2016-2017. La situazione dei diritti umani nel mondo* prodotto da Amnesty International, in cui viene evidenziato il costante ricorso alla tortura della più parte dei 159 Stati sottoposti a scrutinio dall’organizzazione non governativa.

²⁶ A.CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma, 2009, pag. 174.

²⁷ The White House, Office of the Press secretary, *Remarks by the President on the Global war o terror*, East Room of the White House, 6 settembre 2006. Il testo dell’intervento del Presidente Bush è reperibile in: <http://www.america.gov/st/texttransenglish/2006/September/20060906155503eaifas.html>.

²⁸ Prigioni segrete gestite dall’*intelligence* americana sono state individuate in: Afghanistan, Algeria, Egitto, Giordania, Iraq, Pakistan, Uzbekistan e altresì in alcuni stati dell’Europa orientale, in particolare Romania e Polonia.

Per un elenco esaustivo dei “*black sites*” utilizzati dalla CIA, si veda: Center for Human Rights and Global Justice, *Fate and Whereabouts Unknown: Detainees in the “War on Terror”*, NYU School of Law, 17 dicembre 2005.

Dick Marty, Presidente della Commissione Affari legali e Diritti Umani del Consiglio d’Europa, all’interno dei suoi due rapporti sulla pratica delle *renditions* ha adottato l’immagine di un “*global spider web*” al fine di descrivere questo intricato sistema di luoghi di detenzione e voli segreti posto in essere dalla CIA e dai suoi alleati. Se si scorre l’elenco degli aeroporti interessati dai voli militari attraverso cui venivano effettuate le “estradizioni straordinarie” colpisce come oltre a quelli del Cairo, di Islamabad, di Rabat e Kabul, compaiano anche quello di Roma, di Praga, di Francoforte, di Atene e di molti altri Stati europei.

A proposito di *extraordinary renditions* cfr. *ex multis* Amnesty International, *Torture, war crimes, accountability*, febbraio 2011, pag. 6; Human Rights Council, *Joint study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism*, 26 gennaio 2010, pag. 51. Più approfonditamente, cfr. *infra* nota 349.

È al di fuori del suolo nazionale che i detenuti erano sottoposti alle cd *enhanced interrogation techniques*²⁹, tra cui rientravano gli strumenti propri della “2nd category” (la detenzione e l’interrogatorio in *stress position*, l’isolamento fino a trenta giorni, la privazione degli stimoli, l’incappucciamento, la costrizione alla nudità, il taglio della barba o dei capelli, lo sfruttamento delle fobie) e della “3rd category” (l’esposizione al freddo, l’uso di un asciugamano bagnato e dell’acqua per provocare la sensazione di soffocamento, cd *waterboarding*)³⁰.

La legittimazione di tali pratiche veniva messa per iscritto in quella serie di memorandum noti come “*Torture Memos*”³¹, in cui la parola tortura veniva sostanzialmente svuotata di significato.

La guerra al terrorismo pretende la manipolazione dei confini lessicali in nome e per conto della sicurezza: di conseguenza, quello che fino a ieri era *mistreatment* (una condotta intenzionale che ingenera una sofferenza acuta) si trasformava in “tecniche sofisticate di interrogatorio”.

A ben vedere si verificò un fenomeno linguistico ancor più paradossale: l’amministrazione Bush decise che le stesse pratiche qualificabili come “tortura” negli Stati Uniti, al di fuori del territorio americano fossero da intendersi come “interrogatori coercitivi”. Come se la de-finizione lessicale andasse di pari passo con i confini nazionali e non attenesse all’in sé della parola, mentre i diritti universalmente riconosciuti alla persona in quanto tale scomparivano non appena valicata la frontiera.

²⁹ Il Dipartimento di Difesa americano decise di esternalizzarle sull’assunto che il diritto statunitense e la tutela dei diritti umani non avrebbe superato la frontiera statale. Si spiega, allora, perché A.CASSESE (*Tre motivi per fare in fretta*, in *La Repubblica* del 10 dicembre 2008) abbia definito questo sistema come un “limbo giuridico” in cui non erano riconosciuti il diritto di *habeas corpus*, il diritto di conoscere le accuse per le quali si era detenuti e, tanto meno, il diritto ad un equo processo.

³⁰ J.T.PARRY, *The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2005, pag. 516 ss; T.SCOVAZZI, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pag. 905 ss; F.RESTA, *Choice among evils. L’ossimoro della “tortura democratica”*, in *Indice Penale*, 2007, pag. 827 ss.

³¹ Furono redatti dal vice-Assistente del Procuratore generale degli Stati Uniti d’America, John Yoo e sottoscritti dall’Assistente Procuratore Generale a capo dell’Office of Legal Counsel, Jay Bybee. Sono consultabili in: <http://www.nytimes.com/ref/international/24MEMO-GUIDE.html>. Cfr. a riguardo J.WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, 2005, pag. 1681 ss; K.GREENBERG, *The torture debate in America*, Cambridge University Press, New York, 2006, pag. 283 ss; J.ALVAREZ, *Torture and the “War on terror”*: *Torturing the Law*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pag. 176 ss; A.SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione al ribasso degli obblighi internazionali?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, pag. 16; L.SONDEREGGER, *Torture and the fight against terrorism*, in *Crime, Law & Social Change*, 2013, pag. 337 ss.

Dopo l’undici settembre la tortura è stata legittimata dalla necessità dell’amministrazione americana, accolta nel dibattito pubblico e, per la prima volta dopo secoli, ammessa ufficialmente in democrazia: non si tratta di condotte tenute al di fuori della legge, ma in conformità della stessa. Si è verificato un vero e proprio tentativo di ridimensionare il divieto sul piano giuridico attraverso l’utilizzazione di “acrobazie linguistiche” e interpretazioni restrittive delle norme.

In un *memorandum* si legge: “Per raggiungere il livello di tortura la sofferenza psichica deve essere equivalente, per intensità, alla sofferenza che accompagna gravi ferite fisiche, come la lesione di un organo, il danneggiamento di una funzione corporea, o anche la morte”. Dal punto di vista dell’elemento soggettivo, era poi richiesto che l’inflizione di tale estremo dolore fosse l’obiettivo preso di mira in via diretta dal soggetto attivo. Nei casi in cui, invece, l’agente interrogatore, pur rappresentandosi la sofferenza che scaturiva dalle sue azioni, fosse stato mosso dall’intento di ottenere informazioni, la condotta non poteva essere punibile per assenza del necessario dolo specifico.

Veniva così formulato un compromesso tra sicurezza e diritto, una zona d'ombra in cui i termini perdevano di senso per sconfiggere il diavolo”: *war on terror, extraordinary rendition, patriot act, high-value detainee, unlawful combatant*³², *enhanced interrogation technique* sono perifrasi funzionali a dare un manto di legalità all'illecito, a giustificazione di veri e propri abusi di potere³³. È così che l'esercizio arbitrario di pura violenza diviene *nomos* dello stato d'emergenza e il dizionario va in contro a una relativizzazione ad essa funzionale: *auctoritas, non veritas, facit legem*³⁴.

Il filologo tedesco Victor Klemperer – con l'intento di evidenziare gli effetti deleteri della conversione del linguaggio all'ideologia dominante – aveva coniato il seguente paragone: “Le parole possono essere come minime dosi di arsenico: ingerite senza saperlo sembrano non avere alcun effetto, ma dopo qualche tempo ecco rivelarsi l'effetto tossico”³⁵. Questo è il motivo per cui è necessario recuperare il significato loro proprio: per non corrompere irrimediabilmente la realtà delle cose prima che sia troppo tardi.

2.2. L'importanza del concetto

Per quanto sin qui argomentato, risulta quindi necessario rifarsi preliminarmente alla nozione dei vocabolari contemporanei, in cui la tortura viene definita come condotta brutale, un tormento, un fastidio che pungola, torce, ingenerando grave sofferenza fisica o morale³⁶.

Il concetto include tanto la causa (l'atto di crudeltà) quanto l'effetto (il dolore acuto) e presuppone in via implicita l'intento dell'agente (l'azione deve essere volontaria).

È la sua fenomenologia classica, invece, a registrarne due tipologie: da un lato, un “trattamento-mezzo” attraverso il quale conseguire altri scopi; dall'altro, un “trattamento-fine” a se stesso, posto in essere per le ragioni più disparate.

Non stupisce allora come tutti gli attivisti e le organizzazioni che lavorano per denunciare l'illiceità di queste pratiche abbiano immediatamente qualificato in tal modo le “tecniche di interrogatorio”

³² È sempre John Yoo ad aver coniato questa nuova categoria giuridica, che si differenzia da quelle di militare e di civile, in quanto ai soggetti ad essa riconducibili non si applicavano le Convenzioni di Ginevra, il diritto umanitario in generale e anche la giurisdizione dei tribunali militari ordinari.

³³ G.CARELLA, *Nominalismo e lotta al terrorismo internazionale: il caso delle extraordinary renditions*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, pag. 111 ss; S.LEVINSON, *Quest of a “Common Conscience”: Reflections on the Current Debate About Torture*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2005, pag. 231 ss, cita a riguardo il celebre passo di *Attraverso lo specchio* in cui Humpty Dumpty spiega ad Alice: «Quando io uso una parola (...) questa significa esattamente quello che decido io... né più né meno». «Bisogna vedere – disse Alice – se lei può dare tanti significati diversi alle parole». «Bisogna vedere – disse Humpty Dumpty – chi è che comanda... è tutto qua».

³⁴ T.HOBBS, *Il Leviatano (1651)*, Armando Editore, Roma, 2008, pag. 43.

³⁵ V.KLEMPERER, *La lingua del terzo Reich. Taccuino di un filologo*, La Giuntina, Firenze, 1998.

³⁶ N.ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna, 1995.

utilizzate dalla Cia dopo il 09/11: perché lo “stress che ammorbidisce gli inquisiti”³⁷ attiene alla storia e, di conseguenza, al significato della parola nel linguaggio comune³⁸.

In altri termini, la “tortura” esiste anche al di fuori della “legge” e non necessita di sentenze e strette sussunzioni per essere “chiamata” con il proprio nome.

Precisato ciò, appare invece più complicata la grammatica giuridica, protesa com’è a vincolare il comportamento statale e individuale per il tramite di una fitta rete di raccomandazioni, standard, convenzioni e consuetudini.

Analizzare con le lenti del diritto il più grave tra i *mistreatment* è opera per niente scontata, che porta taluni a rinunciare del tutto all’elaborazione di una definizione a sé stante, sull’assunto che ogni tentativo “lascerebbe inevitabilmente fuori qualche metodo” e non sarebbe capace di considerare “nella sua complessità, questa pratica che nella storia si trasforma”³⁹.

Se sotto un profilo filosofico è forse vero che più che definire occorre descrivere il fenomeno per contrastarlo, tuttavia, nella dimensione normativa, la nozione (*rectius*, le nozioni) di tortura rappresenta una condizione in assenza della quale il divieto non sarebbe cogente.

È il sillogismo giuridico a pretendere categorie più o meno elastiche, idonee a differenziare ciò che effettivamente lede la dignità individuale e la libertà morale della persona da condotte inoffensive.

La rinuncia al concetto non solo comporterebbe l’impossibilità di condannare gli Stati e i loro torturatori, ma non consentirebbe neppure di orientare le azioni dei medesimi prima del fatto.

Invero, ogni enunciato può prestare il fianco a “cavilli giuridici” ma “dare bene nome alle cose” con un’operazione di “igiene linguistica”⁴⁰ può scongiurare – nei limiti del possibile – ogni fuga dalla legalità. In questo modo, non si permetterà ai responsabili di trincerarsi dietro le ambiguità delle norme chiamando diversamente gli illeciti perpetrati⁴¹.

Sotto analogo profilo, per contenere le violenze non ci si può affidare ai soli “argini che oppone l’opinione pubblica”⁴², bensì il crimine si previene anche e soprattutto attraverso l’esercizio dell’azione penale – tanto “domestica”⁴³ quanto “internazionale” – nonché per il tramite dello

³⁷ F.CORDERO, cit., pag. 13: “Nei documenti iracheni figurano pantomime il cui genere prossimo sono le *Cent Vingt Journées de Sodome*, opera postuma del famoso marchese: piramidi umane, uomini al guinzaglio, spettatori ghignanti, feste nere; spira allegra *Schadenfreude* o gusto gratuito del male inflitto ad animali inermi, meglio se umani”.

³⁸ F.LAGUARDIA, *Deterring Torture: The Preventive Power of Criminal Law and its Promise for Inhibiting State Abuses*, in *Human Rights Quarterly*, 2017, pag. 191.

³⁹ In questi termini D.DICESARE, cit., pag. 100. Cfr. in senso critico M.W.LEWIS, *A Dark Descent into Reality: Making the case for an objective definition of torture*, in *Washington and Lee Law Review*, 2010, pag. 79 ss.

⁴⁰ M.PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, 21 marzo 2017.

⁴¹ A.CASSESE, *I diritti...*, pag. 179.

⁴² D.DICESARE, cit., pag. 100.

⁴³ Nello studio empirico svolto da O.A.HATHAWAY (*Between Power and Principle: an Integrated Theory of International Law*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, pag. 520 ss) sull’effettività del diritto internazionale viene dimostrato come il “domestic enforcement of international law is essential to compliance”.

stigma della Comunità internazionale nei riguardi degli Stati democratici che si macchino di una così grave violazione dei diritti umani⁴⁴.

Ecco spiegata l'importanza delle ricerche che per decenni, forse secoli⁴⁵, hanno provato a rispondere alla domanda in merito a cosa sia la tortura: unicamente un divieto denso di contenuto è in grado di preservare la dignità di ogni essere umano.

Non è un caso che la Comunità internazionale sia riuscita a elaborare la prima definizione solo nel 1975 – molti anni dopo essersi impegnata a vietare queste pratiche all'interno di molteplici trattati – per giunta attraverso un atto di *cd soft law* quale è la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione delle persone sottoposte a *ill-treatment*: è nota la ritrosia degli Stati nell'imporre autovincoli dotati di effettività.

Prima di passare alla ricostruzione delle fonti e all'individuazione delle categorie presenti a livello internazionale, appare tuttavia il caso di evidenziare come gli elementi costitutivi che, in via cumulativa o alternativa, portano a qualificare un maltrattamento come tortura *secundum ius*, affondino le proprie radici nell'etimo, nella storia e nel senso che comunemente si attribuisce al termine.

Anche la sua definizione giuridica richiede pur sempre una condotta attiva o omissiva deliberata che cagiona una grave sofferenza fisico-psichica, posta in essere da un torturatore (usualmente un funzionario pubblico) nei riguardi di altra persona⁴⁶. E la reificazione dell'individuo che implica determina la violazione della dignità, dell'integrità psico-fisica e della libertà morale del soggetto passivo.

In fin dei conti, si tratta del “ferire oltraggiosamente l'umanità trattando la creatura ragionevole e intelligente come una macchina che si può forzare con delle nuove molle a produrre gli effetti ed i moti de' quali si ha bisogno”⁴⁷ che connota tradizionalmente il tormento.

Ciò non significa che si possa effettuare una sovrapposizione completa tra la preposizione normativa e quella sociale: del resto, i singoli elementi qui riportati possono essere (e sono) oggetto di molteplici interpretazioni e occorre registrare la contemporanea presenza di una pluralità di nozioni di tortura “legale”, a seconda che si faccia riferimento alle diverse branche del diritto internazionale (diritti umani, diritto umanitario e diritto internazionale penale), alle singole convenzioni o direttamente alle disposizioni proprie dell'ordinamento nazionale.

⁴⁴ F.LAGUARDIA, cit., pag. 124.

⁴⁵ S.DEWULF, *Torture: in search of a definition...*, in *International Crimes Database*, 2015, pag. 2.

⁴⁶ “Non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa”. C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), § XX, Feltrinelli, Milano, 2008.

⁴⁷ S.VENTURINI, *Dei tormenti* (1780) citato da S.CONTARINI nell'introduzione all'opera P.VERRI in *Osservazioni sulla tortura* (1804), Rizzoli, Milano, 2006, pag. 7.

Affermando che le fondamenta nozionistiche sono comuni, si vuole piuttosto ricordare che il diritto e i suoi enunciati dipendono dalla società regolata⁴⁸, tanto più se si considera che il divieto di tortura (e gli elementi strutturali suoi propri) ha rango consuetudinario e, in quanto tale, secondo la dottrina maggioritaria è frutto di formazione spontanea, non derivando da una vera e propria fonte in senso formale⁴⁹.

In altri termini, la realtà disciplinata è fonte della “legge” non meno del contrario, come dimostra plasticamente il contenuto del bando analizzato nei prossimi capitoli, e se si intende diminuire “il disordine e la sofferenza che c’è nel mondo”⁵⁰ cercando di nominare bene le cose, non può essere lasciata sullo sfondo.

Del resto, “la ricostruzione di nomi e azioni corrispondenti, di significanti e significati non è un esercizio logico; è il modo completo per leggere il senso complessivo di un agire e le culture che lo sorreggono. E restituiscono a noi quell’igiene minimo che il dare nome alle cose porta con sé”⁵¹.

2.3. L’importanza dell’interpretazione

I principi generali sull’interpretazione, così come elaborati dalla Commissione di diritto internazionale delle NU e confluiti negli artt. 31 ss. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), hanno portato all’abbandono del cd metodo soggettivo (consistente nella ricostruzione della volontà delle parti in base ai lavori preparatori) a favore del cd metodo prevalentemente oggettivo⁵².

Il primo elemento del procedimento interpretativo è costituito, infatti, dal significato letterale del testo che deve essere sottoposto ad un’esegesi secondo buona fede⁵³.

⁴⁸ E.EHRLICH, *La sociologia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1922), pag. 96 ss, scritto inserito (parzialmente) in *Filosofia del diritto*, A.G.CONTE, P.DILUCIA, L.FERRAJOLI, M.JORI (a cura di), Raffaello Cortina editore, Milano, 2002, pag. 53: “La proposizione giuridica è quindi, non meno per il suo contenuto, che per la sua esistenza, condizionata dalla società”.

⁴⁹ Cfr. *ex multis* B.CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pag. 44. Si ricordi come la consuetudine, essendo originata dalla combinazione tra prassi e convinzione dell’obbligatorietà o della necessità del comportamento, nasce (secondo i più) “spontaneamente”, prescindendo dalla presenza di un accordo tacito tra Stati.

⁵⁰ “Quando si cominciano a nominare bene le cose diminuisce il disordine e la sofferenza che c’è nel mondo” citazione di A.CAMUS, cfr. M.PALMA, *Chiamiamola tortura*, a postfazione del libro di P.GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Roma, 2013.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 119 ss; C.FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, il Mulino, Roma, 2013, pag. 103 ss; B.CONFORTI, *cit.*, pag. 112 ss; M.CARBONE, R.LUZZATO, A.SANTAMARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. 102 ss.

⁵³ Si tratta di un principio generale del diritto che impone un canone di reciproca lealtà inteso a tutelare l’affidamento che ciascuna parte deve porre nel significato della dichiarazione dell’altra. *In parte qua*, è garanzia del principio *pacta sunt servanda* ex art. 26 della Convenzione.

I termini dell'accordo vanno analizzati in base al contesto di cui sono parte, così come definito dal § 2 art. 31⁵⁴, alla luce dell'oggetto, inteso come l'effetto giuridico della convenzione, e dello scopo, ossia il fine prefisso dai contraenti.

In questo modo, l'oggettività del criterio testuale viene relativizzata e la volontà delle parti torna ad assumere rilevanza⁵⁵: l'intento degli Stati e l'obiettivo del patto giustificano un'interpretazione teleologica e funzionale⁵⁶.

Ulteriore eccezione di rilievo alla regola generale, è rappresentata dal disposto del § 4 secondo cui ad “un termine del trattato può attribuirsi un significato particolare se è certo che tale era l'intenzione delle parti”.

L'art. 32 considera, poi, i lavori preparatori come mezzo supplementare di integrazione, da usarsi quando il riferimento è di senso ambiguo o oscuro, oppure l'operazione ermeneutica porta ad un risultato assurdo o irragionevole⁵⁷.

Infine, valgono per l'interpretazione delle convenzioni le regole che la teoria generale ha elaborato in merito alle norme giuridiche comuni: si tratta di principi generali del diritto quali, ad esempio, quello di conservazione, di contemporaneità, il *favor debitoris* etc.

A proposito, appare il caso di ricordare come gli accordi che si occupano di diritti umani presentino delle caratteristiche loro proprie, *in primis*, perché la prassi attuale ammette un'interpretazione estensiva degli stessi e giustifica il ricorso al procedimento analogico al fine di colmare le lacune dell'enunciato. *In secundis*, va aggiunto che – in questo campo – la lettura oggettiva assume un ruolo secondario rispetto a quella teleologico-funzionale: è lo scopo della convenzione, la tutela “effettiva e pratica” delle posizioni soggettive, a dirigere l'interprete⁵⁸.

È nota, *in parte qua*, la lettura evolutiva e dinamica della giurisprudenza di Strasburgo (considerata a riguardo un modello per tutti i Tribunali e gli organi dello *human rights law*): il primo carattere consente di effettuare un'esegesi che “tenga il passo coi tempi” e segua lo sviluppo della cd società civile europea; la seconda qualificazione attiene, invece, alle circostanze del caso e permette alla Corte di calibrare la decisione considerando le peculiarità della fattispecie.

⁵⁴ Il preambolo del trattato contiene lo scopo e il quadro normativo di riferimento; gli allegati possono invece avere il contenuto più vario a seconda della materia a cui si riferiscono. Non si dubita in dottrina e giurisprudenza che preambolo e allegati rappresentino parte integrante del trattato.

Il § 2 individua poi negli accordi, prassi, strumenti etc. successivi, elementi rilevanti al fine dell'interpretazione, in modo tale che la volontà degli Stati contraenti possa incidere sulla medesima.

⁵⁵ Invero, è solo la volontà originaria dei contraenti ad assolvere un ruolo supplementare ex art. 32; la volontà attuale degli Stati continua ad avere rilevanza primaria, come sancito dal disposto dell'art. 31 § 2 ss.

⁵⁶ Salvo l'ipotesi dei trattati sui diritti umani, l'interpretazione teleologica e funzionale non assume – in genere – una posizione preminente rispetto a quella letterale.

⁵⁷ I trattati sui diritti umani spesso sono caratterizzati da astrattezza e vaghezza, di conseguenza, è possibile in tali casi avere riguardo ai lavori preparatori.

⁵⁸ A.ESPOSITO, cit., pag. 137; E.CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. 192.

In quest'ottica, le norme a tutela dei diritti umani sono in grado di estendere la propria portata ben al di là dell'ambito originario⁵⁹ e l'astrattezza che usualmente le caratterizza lascia il passo a vincoli maggiormente definiti.

Tali trattati non sono, inoltre, compatibili con un'interpretazione sistematica in senso stretto: il loro testo, non essendo completo e coerente, non si presta ad un'applicazione passiva, di tipo meccanico, bensì richiede la ricerca di significati "esterni", così come affermatasi nel contesto sociale del momento.

Si pensi al divieto di tortura, per l'appunto, che per "funzionare" non può fare a meno di qualificazioni che consentano di ricomprendere le nuove tecniche elaborate per eseguire i *mistreatment*. D'altronde, il diritto deve essere fruito nella realtà e a ciò non può ostare la lettera della norma né la genericità tipica dei principi che disciplinano la materia⁶⁰.

È a questo punto necessario definire il quadro normativo esistente, prima di soffermarci sulle nozioni di tortura attualmente consolidate e sui rischi che il loro utilizzo comporta.

3. La proibizione di ogni forma di tortura

Il rispetto della dignità umana e la proibizione di ogni trattamento (o pena) che la annichisca ha cominciato a delinearsi sullo scenario internazionale già nella seconda metà del XIX secolo⁶¹.

Tuttavia il più significativo avanzamento nell'affermazione dello *human rights law* si registra in seguito agli orrori della seconda guerra mondiale: è infatti dopo l'Olocausto che si assiste alla cd internazionalizzazione delle posizioni soggettive fondamentali, avendo la legislazione nazionale dimostrato tutte le sue debolezze nell'impedire la catastrofe.

Ancora fino alla prima metà del secolo scorso, difatti, nessuna norma internazionale tutelava l'individuo nei confronti dello Stato di cittadinanza. La persona poteva essere maltrattata, torturata, privata della libertà impunemente, senza che sussistesse alcun controllo di tipo giurisdizionale dotato di effettività.

In una monografia sulla "sudditanza", Rolando Quadri sosteneva che il cittadino fosse oggetto di un diritto reale del Paese di provenienza, una *res* a disposizione del Governo⁶².

⁵⁹ Cfr. ad esempio Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione 4 marzo 1991, *Chrysostomos e altri c. Turchia*: "(...) è necessario ricercare l'interpretazione più appropriata a realizzare l'obiettivo e a raggiungere l'oggetto del trattato e non quella che restringerebbe al massimo le obbligazioni cui le parti sono tenute".

⁶⁰ Si rinvia per un approfondimento a Cap. II Par. 3.2.

⁶¹ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pag. 27 ss; A.CLAPHAM, S.MARKS, *Lessico dei diritti umani*, Vita e Pensiero, Milano, 2009, pag. 465 ss; A.FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 132 ss; A.CASSESE, *L'esperienza del male*, il Mulino, Bologna, 2011, pag. 67 ss; C.ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 16; C.FOCARELLI, cit., pag. 136 ss.

⁶² R.QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1936, § III.

Occorrerà passare attraverso le atrocità naziste perché il rispetto dei diritti umani, insieme al mantenimento della pace, diventi un punto di non ritorno della nuova comunità mondiale.

Come evidenziato da Norberto Bobbio, l'evoluzione dei diritti fondamentali nelle sue tre fasi (positivizzazione, generalizzazione e internazionalizzazione) ha consentito di tramutare quelli che *ab origine* erano valori religiosi e morali in veri e propri comandi giuridici, meri strumenti di tutela nazionale si sono evoluti in principi universali valevoli per ogni cittadino del mondo⁶³.

La libertà di tutti pretende la progressiva erosione della supremazia assoluta dello Stato: la restrizione del cd dominio riservato affonda le proprie radici nella "clausola Martens" (1899), attraverso la quale – per la prima volta in un accordo internazionale – si rinviava a "principi di umanità e imperativi della coscienza pubblica"⁶⁴, e trova una sua definitiva affermazione nelle parole pronunciate durante la conferenza di Dumbarton Oaks (1944)⁶⁵ con cui il Presidente americano Roosevelt individuava nel riconoscimento della dignità di ogni essere umano la *condicio sine qua non* di libertà, giustizia e pace.

Il diritto internazionale dei diritti umani nasce da questa esigenza: al fine di garantirne la protezione personale non appaiono più sufficienti carte e giurisprudenze costituzionali, bensì sono necessarie dichiarazioni, risoluzioni, convenzioni, principi generali e consuetudini in grado di vincolare l'azione statale sul piano internazionale.

In questo contesto ha origine l'Organizzazione delle Nazioni Unite (di seguito, NU), che presenta tra i suoi principali obiettivi quello di "riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana"⁶⁶.

Vengono così a consolidarsi posizioni soggettive di cui sono naturalmente titolari gli individui, anche in mancanza di un effettivo riconoscimento dello Stato di appartenenza: in buona sostanza, con lo *human rights law* l'autorità pubblica cessa di essere *legibus soluta* e la persona assume una rilevanza giuridica sul piano internazionale in quanto diretta destinataria (*rectius*, portatrice) di diritti⁶⁷.

Tra questi emerge per importanza quello di non essere sottoposti a tortura: annoverato in molteplici fonti del diritto internazionale, come si vedrà nelle prossime pagine da un lato è norma

⁶³ N.BOBPIO, *L'età...*, cit.

⁶⁴ A.CASSESE, *L'esperienza...*, cit., pag. 67. È il nome del docente di "diritto delle genti" dell'Università di San Pietroburgo che ne propose la formulazione all'epoca della seconda Convenzione dell'Aia. La clausola diverrà parte del Preambolo della quarta Convenzione dell'Aia del 18 ottobre 1907 sulle leggi e usi della guerra terrestre.

⁶⁵ Discorso tenuto da F.D.ROOSEVELT a Dumbarton Oaks (21-28 ottobre 1944).

⁶⁶ Preambolo della Carta delle NU, San Francisco, 26 giugno 1945.

⁶⁷ Se ciò implichi il riconoscimento di una "personalità giuridica internazionale" in senso stretto è controverso, cfr. B.CONFORTI, cit., pag. 23 ss. Sul diritto come "seconda natura dell'uomo" sempre attuali sono le considerazioni di S.COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 109 ss.

consuetudinaria appartenente al cd *ius cogens* da cui scaturiscono obblighi *erga omnes*, dall'altro è parte dei cd *core rights* convenzionali.

È stato giustamente sottolineato in dottrina⁶⁸ come, per gli studiosi del diritto internazionale, tale norma suscita un interesse particolare, dovuto al fatto che siamo in presenza della componente più sviluppata dello *human rights law*: non è un caso che il divieto – sebbene sia accettato “a parole” dalla più parte dei membri della Comunità internazionale – venga nella prassi sistematicamente disatteso, dissimulando o cercando di giustificare condotte eseguite in violazione dello stesso.

3.1. La Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (1948)

L'Organizzazione degli Stati americani (di seguito, OSA) è un ente regionale (ex art. 1 dello Statuto) nato con la firma della Carta di Bogotá (30 aprile 1948) nel corso della IX conferenza panamericana, per rafforzare la pace e la sicurezza e favorire la cooperazione tra le nazioni dell'emisfero occidentale⁶⁹.

Nello stesso contesto fu adottata altresì la Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo. Pur essendo stata concepita come mera “elencazione di diritti” (strumento di *soft law*), la Dichiarazione ha assunto nel tempo il ruolo di fonte di interpretazione e integrazione della Carta, nel senso che ha il compito di chiarire e definire i diritti umani ai quali si riferisce lo Statuto della OSA⁷⁰. Sebbene non sia *ex se* vincolante, invero la Commissione interamericana dei diritti dell'uomo ha specificato che la sua obbligatorietà deriva dalla cogenza delle norme della Carta nei confronti degli Stati membri, di tal che, se lo Stato viola la stessa e si verifica un danno in capo a terzi, vi sarà la possibilità di pretendere un risarcimento del pregiudizio subito⁷¹.

In materia di *mistreatment* rilevano gli artt. 1, 5, 25⁷² nei limiti in cui fanno divieto di porre in essere trattamenti lesivi dell'integrità fisico-psichica del soggetto. Seppur di “tortura” non si parli esplicitamente, dal combinato disposto di queste norme è possibile individuare un divieto implicito di tali condotte.

⁶⁸ A.MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, L.ZAGATO, S.PINTON (a cura di), Cedam, Padova, 2010, pag. 3 ss.

⁶⁹ Cfr. *ex multis*, C.ZANGHÌ, cit., pag. 411 ss; L.MEZZETTI, C.PIZZOLO, *Diritto processuale dei diritti umani*, Maggioli Editore, Milano, 2013, pag. 201 ss.

⁷⁰ Corte interamericana dei diritti dell'uomo, opinione cons. 10/1989, 14 luglio 1989: “L'obbligo di rispettare alcuni diritti umani essenziali è considerato *erga omnes* (...). Possiamo quindi ritenere che, come interpretazione autorizzata, gli Stati membri abbiano inteso che la Dichiarazione contenga e definisca i diritti umani essenziali cui la Carta si riferisce, così che non si può applicare e interpretare la Carta dell'Organizzazione in materia di diritti umani, senza integrare le sue norme con le corrispondenti disposizioni della dichiarazione (...)”.

⁷¹ Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, *White e Potter c. Stati Uniti*, Rep. n. 23/81, § 16; *Roach e Pinkerton c. Stati Uniti*, Rep. n. 3/87, § 48.

⁷² Art. 1: Ogni essere umano ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della sua persona. Art. 5: Ogni persona ha diritto alla protezione della legge contro gli attacchi violenti al suo onore, alla sua reputazione e alla sua vita privata e familiare. Art. 25 co. 3: Ogni individuo che è stato privato della libertà ha il diritto di avere la legalità della sua detenzione accertata senza indugio da un tribunale, e il diritto di essere giudicato senza ingiustificato ritardo o, in caso contrario, di essere rilasciato. Ha anche il diritto ad un trattamento umano durante il tempo che è in custodia.

3.2. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)

L'atto che segna una svolta decisiva in materia di diritti umani (*"the turning point"*) è sicuramente lo Statuto delle Nazioni Unite, firmato il 26 giugno 1945 a San Francisco, a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Organizzazione Internazionale, entrò in vigore il 24 ottobre 1945⁷³. Nonostante la mancata previsione all'interno del trattato di una lista delle posizioni soggettive tutelate e la definizione del loro contenuto, si contano sette espliciti riferimenti ai diritti umani in seno allo stesso.

Invero, all'epoca prevalse la linea degli Stati che consideravano il loro rispetto come mero mezzo per la salvaguardia della pace: sarà solo con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948) – così come elaborata dalla Commissione per i diritti umani presieduta da Eleanor Roosevelt – che l'Assemblea Generale riuscirà a dotarsi di un vero e proprio catalogo internazionale di diritti.

Si tratta verosimilmente della più importante fonte di *soft law* dell'intero panorama internazionale grazie alla quale, per la prima volta nella storia, le posizioni soggettive fondamentali vengono positivizzate e assumono rilevanza universale: i principi ivi indicati – aventi portata generale – finiscono per rappresentare la base di quel processo evolutivo che oggi ne ha definitivamente sancito valore e protezione.

Tutti gli atti di *human rights law* successivi, a partire (sul piano universale) dai Patti internazionali del 1966, fino ad arrivare (a livello regionale) alle Convenzioni europea, americana, africana e asiatica trovano nella Dichiarazione il proprio fondamento giuridico e politico.

È noto come "dichiarazioni" e "raccomandazioni" adottate per il tramite di risoluzioni di un organo delle NU non siano – in quanto tali – vincolanti, perlomeno nel modo in cui lo è una clausola di un trattato: in quest'ottica si ritiene che le sue disposizioni rappresentino un "invito" rivolto alla Comunità internazionale a seguire fedelmente quei principi.

È stato autorevolmente sottolineato come le stesse affermazioni categoriche – non passibili di eccezioni – presenti nella Dichiarazione, riflettano la natura giuridica (non vincolante) della fonte di cui si tratta: la mancanza del carattere di *hard law* ha consentito di preservarne la perentorietà.

Tuttavia l'enorme importanza rivestita dalla Dichiarazione sul piano politico e morale ne ha, di fatto, determinato un carattere di sostanziale vincolatività.

In primo luogo, si ricordi infatti come gli Stati si impegnarono ad attuarla secondo buona fede.

Già in fase di elaborazione della Dichiarazione, poi, veniva affermato dal delegato francese in Commissione – il premio Nobel per la pace René Cassin – l'accostamento della Dichiarazione ai

⁷³ C.ZANGHÌ, cit., pag. 24 ss; A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 32 ss; B.NASCIMBENE, *Istituzioni di diritto internazionale*, M.CARBONE, R.LUZZATO, A.SANTAMARIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pag. 445 ss.

principi generali contenuti nello Statuto dell'Onu: "(...) ogni violazione di uno dei diritti dell'uomo enumerati nella Dichiarazione compiuta da uno Stato equivale ad una violazione dei principi dello Statuto".

Da ultimo, la prassi costante, generale e uniforme degli Stati (e degli stessi organi delle NU), congiuntamente al consenso manifestato negli atti convenzionali nonché nelle risoluzioni dell'Assemblea Generale (*opinio iuris*), oggi porta la più parte degli interpreti e la stessa Corte internazionale di Giustizia a qualificare tali principi come vere e proprie obbligazioni *erga omnes*⁷⁴, appartenenti al cd diritto internazionale generale, in grado di vincolare tutti i membri della Comunità internazionale. Peraltro, le gravi e massicce violazioni dei medesimi (cd *gross violations*) rappresentano uno degli esempi tipici di norme consuetudinarie di diritto cogente.

Ai nostri fini, rileva l'art. 5 della Dichiarazione, in cui per la prima volta il divieto di tortura viene esplicitato *expressis verbis*⁷⁵.

Dai lavori preparatori della Dichiarazione emerge come la definizione di cui all'art. 5 non sia stata oggetto di lungo dibattito, ma venne largamente accettata fin da subito.

Del resto, la determinazione del divieto sul piano del diritto internazionale ben può essere ricostruita attraverso l'analisi delle fattispecie che già esistevano negli ordinamenti giuridici nazionali: fu quindi più agevole il lavoro della Commissione in quanto gli elementi di riferimento erano già stati elaborati e definiti a livello statale⁷⁶.

L'importanza dell'art. 5 va ravvisata nel fatto che ha rappresentato la matrice giuridica di riferimento per tutti i trattati successivi: partendo dall'art. 3 della Convenzione Edu, arrivando sino all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo e, naturalmente, all'art. 1 della Convenzione contro la tortura, i cui lavori preparatori si rifanno esplicitamente alle modalità di redazione della norma in analisi⁷⁷.

Non va infine sottaciuto il peso che ha avuto l'indicazione del divieto all'interno di un documento dal così elevato valore morale e politico nella qualificazione dello stesso come norma consuetudinaria di *ius cogens*: il fatto che sia inserito all'interno di uno dei primi articoli della

⁷⁴ E.CANNIZZARO, cit., pag. 251 ss; B.CONFORTI, cit., pag. 212.

⁷⁵ Art. 5: Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti.

⁷⁶ Come nota F.TRIONE, cit., pag. 29, lo *human rights law* si caratterizza usualmente per la definizione di principi sul piano internazionale che, solo in un secondo momento, vengono recepiti a livello nazionale. Con riferimento al divieto di tortura, viceversa, è accaduto il percorso inverso: dal piano nazionale la norma è stata riportata a livello internazionale.

I lavori preparatori sono reperibili in: <http://legal.un.org/avl/ha/udhr/udhr.html>; per un approfondimento cfr. M.A.GLENDON, *A World Made New – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001, pag. 271.

⁷⁷ M.NOWAK, K.M.JANUSZEWSKI, *Torture: Europe and the Americas*, in *Europe and Americas: transatlantic approaches to human rights*, E.A.ANDERSEN, E.M.LASSEN (a cura di), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2015, pag. 305.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dimostra che tali azioni sono ritenute illegittime dall'intera Comunità internazionale in quanto lesive di valori unanimemente riconosciuti⁷⁸.

3.3. Le Convenzioni di Ginevra (1949) e i Protocolli aggiuntivi (1977)

È noto come il diritto internazionale dei conflitti armati sia costituito dall'insieme di norme consuetudinarie e pattizie che hanno per oggetto la limitazione della violenza bellica (cd diritto dell'Aia⁷⁹) e la protezione delle vittime di guerra (cd diritto di Ginevra⁸⁰).

Nato con l'intento di regolare la condotta dei belligeranti al fine di evitare l'utilizzo di mezzi e metodi che ingenerano danni superflui, dopo il primo e (soprattutto) il secondo conflitto mondiale questa importante parte del diritto internazionale ha posto al centro del proprio mandato la difesa dell'individuo⁸¹.

In quest'ottica, l'*international law* mostra un volto "più umano" del diritto interno, dal momento che quest'ultimo si disinteressa del tutto del conflitto civile: è, infatti, il solo cd *ius in bello* che tenta di arginare le derive della guerra (anche civile), come dimostrano i due Protocolli di Ginevra del 1977, integrativi delle Convenzioni del 1949.

È noto come le più importanti fonti del diritto umanitario oggi siano costituite dalle quattro Convenzioni di Ginevra (e dai due Protocolli aggiuntivi)⁸².

La distinzione tra diritto dell'Aia e diritto di Ginevra, sebbene continui a essere valida da un punto di vista descrittivo, ha tuttavia perso valore sotto il profilo sostanziale. Come evidenziato dalla Corte Internazionale di Giustizia, infatti, sussiste un "solo complesso sistema" che prende il nome

⁷⁸ Cfr. *infra* Par. 8.5.

⁷⁹ B.CONFORTI, cit., pag. 417; B.NASCIMBENE, cit., pag. 428 ss. Per un approfondimento sul cd *ius in bello*, cfr. N.RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2014.

Si ricordino, *inter alia*, le Conferenze dell'Aia del 1899 e del 1907 volte per l'appunto a contenere la violenza bellica e i rapporti con i neutrali.

⁸⁰ Le norme a protezione delle vittime dei conflitti armati e della popolazione civile sono, invece, confluite nelle Convenzioni di Ginevra del 1949. La Convenzione di Ginevra del 1864 sulla protezione dei feriti e malati nella guerra terrestre è la prima, dal quale è poi scaturito il movimento internazionale della Croce Rossa, cui si deve la promozione e la costituzione delle successive Convenzioni e Protocolli. Precedenti alle quattro Convenzioni di Ginevra sono la Convenzione del 1906 relativa all'assistenza dei feriti e dei malati di guerra, il Protocollo del 1925 sul divieto dell'impiego in guerra di gas asfissianti, tossici e armi batteriologiche.

⁸¹ La più parte degli interpreti sembra oggi condividere una nozione ampia di diritto internazionale umanitario che accoglie tanto il diritto bellico "in senso stretto", quanto un diritto umanitario mirante alla salvaguardia dei militari fuori combattimento e dei civili che non partecipano alle ostilità. Il rispetto dei diritti umani facenti capo a individui e gruppi che versano in situazioni di grave necessità e pericolo – non necessariamente costituite da un conflitto – delimita l'attuale perimetro della nozione in parola.

⁸² La prima riguarda il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna; la seconda il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare; la terza il trattamento dei prigionieri di guerra; la quarta la protezione delle persone civili in tempo di guerra. I Protocolli aggiuntivi si riferiscono, rispettivamente, ai conflitti armati internazionali e a quelli non internazionali.

di diritto internazionale umanitario in cui le norme a protezione delle vittime sono inscindibilmente connesse a quelle inerenti l'attività militare⁸³.

A questo proposito appare il caso di sottolineare come i principi generali del diritto umanitario "dell'Aia", così come quelli "di Ginevra", rappresentino consuetudini internazionali, applicabili in qualsiasi conflitto: si pensi, ad esempio, alle norme sulla pose di mine senza preavviso o notifica, oppure all'art. 3 comune ai quattro trattati siglati nell'agosto del 1949 nella città Svizzera⁸⁴.

È proprio l'art. 3 che fa divieto espresso di tortura nei confronti di chi non partecipa alle ostilità⁸⁵, mentre vi sono altre disposizioni *ad hoc* che si rivolgono a feriti, malati e naufraghi⁸⁶ nonché ai civili in tempo di guerra⁸⁷. Per quanto riguarda i prigionieri, poi, è stabilito che non possa essere adoperata tortura né durante l'interrogatorio⁸⁸ né in fase di esecuzione della pena⁸⁹. Sono, infine, presenti norme che qualificano i *mistreatment* come violazioni gravi della Convenzione⁹⁰, e

⁸³ CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinione consultiva*, 8 luglio 1996, § 75.

Attualmente la Comunità internazionale utilizza la locuzione diritto internazionale umanitario per indicare il diritto bellico nel suo complesso senza più distinguere tra diritto dell'Aia e diritto di Ginevra. Allo stesso modo, la dottrina è concorde nel sottolineare come il diritto internazionale umanitario non si occupi di *ius ad bellum*, ossia delle ragioni per cui ha inizio un determinato conflitto, ma esclusivamente di *ius in bello*, ossia di regolare la condotta nelle ostilità, a prescindere dal motivo per cui hanno avuto inizio.

⁸⁴ CIG, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, 27 giugno 1986, § 215 e § 218.

⁸⁵ Art. 3: (...) Le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in ogni circostanza, con umanità, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole che si riferisca alla razza, al colore, alla religione o alla credenza, al sesso, alla nascita o al censo, o fondata su qualsiasi altro criterio analogo. A questo scopo, sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone sopra indicate: a. le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b. la cattura di ostaggi; c. gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti.

⁸⁶ Art. 12 Convenzione I e II: (...) Essi saranno trattati con umanità e curati dalla Parte belligerante che li avrà in suo potere, senza distinzione alcuna di carattere sfavorevole che si riferisca al sesso, alla razza, alla nazionalità, alla religione, alle opinioni politiche o fondata su qualsiasi altro criterio analogo. È rigorosamente proibita qualunque violenza contro la loro vita o la loro persona; in particolare, è rigorosamente proibito di ucciderli o di sterminarli, di sottoporli alla tortura, di compiere su di essi esperimenti biologici, di lasciarli premeditatamente senza assistenza medica o senza cure, o di esporli a rischi di contagio o d'infezione creati a questo scopo.

⁸⁷ Art. 27 Convenzione IV: Le persone protette hanno diritto, in ogni circostanza, al rispetto della loro personalità, del loro onore, dei loro diritti familiari, delle loro convinzioni e pratiche religiose, delle loro consuetudini e dei loro costumi. Esse saranno trattate sempre con umanità e protette, in particolare, contro qualsiasi atto di violenza o d'intimidazione, contro gli insulti e la pubblica curiosità. Le donne saranno specialmente protette contro qualsiasi offesa al loro onore e, in particolare, contro lo stupro, la coercizione alla prostituzione e qualsiasi offesa al loro pudore.

Art. 32 Convenzione IV: Le Alte Parti contraenti considerano esplicitamente come proibita qualsiasi misura atta a cagionare sia sofferenze fisiche, sia lo sterminio delle persone protette in loro potere. Questo divieto concerne non solo l'assassinio, la tortura, le pene corporali, le mutilazioni e gli esperimenti medici o scientifici non richiesti dalla cura medica di una persona protetta, ma anche qualsiasi altra brutalità, sia essa compiuta da agenti civili o da agenti militari.

⁸⁸ Art. 17 co. 4 Convenzione III: Nessuna tortura fisica o morale né coercizione alcuna potrà essere esercitata sui prigionieri di guerra per ottenere da essi informazioni di qualsiasi natura. I prigionieri che rifiuteranno di rispondere non potranno essere né minacciati, né insultati, né esposti ad angherie od a svantaggi di qualsiasi natura.

⁸⁹ Art. 87 co. 3 Convenzione III: Sono vietate le pene collettive per atti individuali, come pure qualsiasi pena corporale, qualsiasi incarcerazione in locali privi di luce naturale e, in via generale, qualsiasi forma di tortura e di crudeltà.

⁹⁰ Art. 50 Convenzione I e Art. 51 Convenzione II: (...) Le infrazioni gravi indicate nell'articolo precedente sono quelle che implicano l'uno o l'altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: omicidio intenzionale, tortura, trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente

stabiliscono obblighi positivi di incriminazione, inchiesta, misure inibitorie e di effettiva punizione che gravano sullo Stato in relazione alle cd *gross violations* in analisi⁹¹. Anche nei due Protocolli aggiuntivi sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali è ribadito esplicitamente il divieto di tortura⁹².

L'illecito previsto nelle Convenzioni di Ginevra, attenendo all'ambito del cd diritto di guerra a tutela di individui comunque coinvolti in un conflitto armato, non presenta carattere universale: sarà solo a partire dagli accordi che ci si appresta a trattare che la norma uscirà dall'ambito settoriale in cui originariamente era stata confinata (per l'appunto quello dello *ius in bello*) e acquisirà un valore generale, divenendo un tassello fondamentale dello *human rights law*.

È invece presente già nelle Convenzioni del 1949 un altro requisito che contraddistingue il bando nel diritto internazionale odierno: si tratta della sua inderogabilità che proprio questi trattati hanno sostanzialmente contribuito a costituire, dato che la violazione risulta talmente grave da non potere mai essere giustificata, neppure durante un conflitto bellico.

In questo senso lo *humanitarian law*, nel tentativo di limitare gli orrori della guerra, ha assicurato una protezione alla dignità umana in ogni circostanza, superando (o forse più correttamente, arginando) il principio secondo il quale “tacciono le leggi in mezzo alle armi”⁹³.

Nonostante siano i “trattati più ratificati del mondo”⁹⁴, le norme ivi contenute non hanno ottenuto nella prassi un'attuazione soddisfacente. Restano ancora troppi i soprusi e le violenze a cui sono sottoposti i civili e le categorie protette dalle stesse: basti pensare – ancora una volta – alla nozione

grandi sofferenze o di danneggiare gravemente l'integrità corporale o la salute, la distruzione o l'appropriazione di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grande proporzione e ricorrendo a mezzi illeciti e arbitrari.

Similmente cfr. anche art. 147 Convenzione IV, art. 130 Convenzione III.

⁹¹ Art. 49 Convenzione I (ma negli stessi termini art. 50 Convenzione II, art. 129 Convenzione III, art. 146 Convenzione IV): Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, l'una o l'altra di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti.

Ogni Parte contraente prenderà i provvedimenti necessari per far cessare gli atti contrari alle disposizioni della presente Convenzione, che non siano le infrazioni gravi precisate nell'articolo seguente.

⁹² Art. 75 Protocollo I: Sono e resteranno proibiti in ogni tempo e in ogni luogo i seguenti atti, siano essi commessi da agenti civili o militari: a) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico o psichico delle persone, in particolare: i) l'omicidio; ii) la tortura sotto qualsiasi forma, sia essa fisica o psichica; iii) le pene corporali; iv) le mutilazioni; b) gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti, la prostituzione forzata ed ogni forma di offesa al pudore.

Art. 4 Protocollo II : (...) Senza pregiudizio del carattere delle disposizioni che precedono, sono e resteranno proibiti in ogni tempo e in ogni luogo nei confronti delle persone indicate nel paragrafo 1: a) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico o psichico delle persone, in particolare l'omicidio, così come i trattamenti crudeli quali la tortura, le mutilazioni o ogni genere di pene corporali; b) le pene collettive; c) la cattura di ostaggi; d) gli atti di terrorismo; e) gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti, lo stupro, la prostituzione forzata e qualsiasi offesa al pudore.

⁹³ M.T.CICERONE, *In difesa di Milone (52 a.c.)*, Marsilio Editore, Milano, 2001.

⁹⁴ C.ZANGHÌ, cit., pag. 52.

di *unlawful enemy combatant* elaborata da John Yoo con il fine precipuo di sottrarre i “prigionieri della guerra al terrore” dall’applicazione delle Convenzioni di Ginevra.

Sarà la Corte Suprema degli Stati Uniti⁹⁵ a dichiarare in contrasto, *inter alia*, con i principi fondamentali di carattere cogente del diritto umanitario il cd Military order n. 1 del 13 novembre 2001⁹⁶, con cui il Presidente Bush aveva creato un regime processuale *ad hoc* per questi soggetti.

Infine, è il caso di accennare in questa sede allo stretto legame che sussiste tra *international humanitarian law* e *international criminal law*: il secondo nasce proprio per punire i colpevoli di gravi violazioni delle regole di condotta bellica.

3.4. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950) e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (1987)

Tra le fonti del diritto internazionale a livello regionale, l’art. 3 della Convenzione europea rappresenta indubbiamente una delle norme più importanti esistenti in materia⁹⁷. La definizione di tortura e trattamenti inumani o degradanti così come elaborata dalla Corte Edu ha influito in modo determinante non solo sulla giurisprudenza delle Corti dei diritti umani, ma anche sulle decisioni dei Tribunali penali internazionali e sulle stesse linee legislative dei parlamenti statali (come dimostra il recente dibattito svoltosi a riguardo nel nostro Paese conclusosi con l’approvazione dell’art. 613 bis cp).

Il meccanismo internazionale di garanzia disposto dal diritto di Strasburgo è stato rafforzato dall’istituzione, operata dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura (1987), del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT), che ha contribuito a prevenire gli illeciti in parola sul territorio dei 47 Stati membri del Consiglio d’Europa.

Non è casuale che proprio in seno a questa organizzazione internazionale siano nati due strumenti così importanti di tutela della dignità individuale: la non degradazione dell’uomo a *res* fu avvertita come priorità morale assoluta proprio dalle comunità lacerate dagli orrori della seconda guerra mondiale.

Per la rilevanza e l’incidenza delle pronunce della Corte Edu a riguardo, si rinvia a quanto riportato nel Cap. II.

⁹⁵ Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, *Hamdam c. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, 29 giugno 2006. Cfr. T.SCOVAZZI, *Tortura e formalismi...*, cit., pag. 921.

⁹⁶ Il provvedimento in questione prevedeva la creazione di corti militari *sui generis*, direttamente gestite dal potere esecutivo, cui affidare in via esclusiva i processi dei “combattenti nemici” ovunque catturati. Una volta fermati, i sospetti terroristi venivano sottratti *de iure* ai procedimenti penali ordinari ed erano fatti oggetto di una detenzione amministrativa potenzialmente a tempo indeterminato, senza che fosse riconosciuto loro il diritto di conoscere gli addebiti contestati. I detenuti erano mantenuti in completo stato di isolamento, senza la possibilità di avere contatti con l’esterno.

⁹⁷ A.CASSESE, *I diritti...*, pag. 180 ss.

3.5. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (1948); la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù (1956); la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale (1965); la Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (2006)

Il divieto di tortura può essere individuato, anche, in una serie di strumenti internazionali che si occupano di tutelare i diritti umani vietando fattispecie che tipicamente possono coesistere con i *mistreatment* di cui si tratta.

Ad esempio, è noto come il genocidio abbia acquisito una configurazione normativa autonoma esclusivamente dopo la celebrazione del processo di Norimberga e, più precisamente, con l'adozione della Convenzione sul genocidio adottata con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1948. Rileva, *in parte qua*, tale trattato volto a definire un delitto internazionale indipendente rispetto ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra, dal momento che la tortura ben può configurare un reato-mezzo attraverso il quale porre in essere un genocidio, nel senso di cui all'art. 2⁹⁸. I *misbehaviour* sono suscettibili di essere ricondotti nella fattispecie descritte dalle lettere b), c) e d) della norma, sempre che sussista il dolo specifico richiesto dalla stessa: in altri termini, le violenze devono essere poste in essere con il fine di distruggere il gruppo perseguitato.

Allo stesso modo, la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù (1956) – che si aggiunge ad analogo Convenzione del 1926 – rileva ai nostri fini in quanto impone agli Stati contraenti un vero e proprio obbligo di incriminazione e prevenzione delle condotte integranti tortura⁹⁹.

Non dissimili sono i vincoli scaturenti dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1965), che statuisce un obbligo di prevenzione (e sottende un implicito obbligo di incriminazione) relativo a torture (di tipo fisico) poste in essere, per ragioni di discriminazione razziale, sia da pubblici funzionari sia da privati¹⁰⁰.

⁹⁸ A.CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, I, il Mulino, Bologna, 2005, pag. 121 ss.

Art. 2: Nella presente convenzione, per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale: a) Uccisione di membri del gruppo. b) Lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo. c) Sottoposizione deliberata del gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale. d) Misure miranti ad impedire nascite all'interno del gruppo. e) Trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro.

⁹⁹ Art. 5: in un paese dove la schiavitù o le istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù non siano ancora completamente abolite o abbandonate, la mutilazione, la stigmatizzazione o altra marchiatura di persona schiava o in condizione servile, inflittale per indicarne la condizione, infliggerle un castigo e per qualsiasi altro motivo, oppure la complicità in tali atti, costituirà un'infrazione penale della legge dello Stato Parte e le persone riconosciute colpevoli saranno punite.

¹⁰⁰ Art. 5: (...) gli Stati contraenti si impegnano a vietare e ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme ed a garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento dei seguenti diritti: (...) b) diritto alla sicurezza personale ed alla protezione

Per quanto riguarda, infine, la Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata¹⁰¹ – adottata dall’Assemblea Generale delle NU il 20 dicembre 2006 – merita di essere citata in questa sede perché riguarda un delitto che, di sovente, precede¹⁰² o è finalizzato a praticare la tortura, come dimostrano le *extraordinary renditions* precedentemente ricordate: sequestri e detenzioni illegittime in prigioni *top secret* sono le modalità attraverso cui tali pratiche, ripudiate sulla carta dall’intera Comunità internazionale, possono continuare a prosperare “fuori dalla scena”.

3.6. Regole minime per il trattamento dei detenuti (1957)

Nonostante questo testo¹⁰³ rientri tra i cd atti di *soft law* e, di conseguenza, sia privo di vincolatività, pare il caso di citarne gli articoli più significativi dal momento che si tratta del primo documento in cui vengono precisate le condizioni in assenza delle quali la pena può essere ritenuta trattamento inumano o degradante.

Il luogo di detenzione, lo spazio a disposizione dei reclusi, condizioni igieniche sufficienti, la possibilità di avere un’assistenza medica adeguata etc. entrano così a far parte di quei requisiti minimi a protezione dei diritti umani che oggi caratterizzano lo *human rights law* in materia.

In particolare, è fatto esplicito divieto di sottoporre il condannato a pene inumane¹⁰⁴.

Tali norme hanno trovato un recente aggiornamento e rivisitazione nelle cd *Nelson Mandela Rules*, cfr. *infra* Par. 6.

3.7. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966)

È il primo trattato concluso in seno alle NU a stabilire un divieto di tortura. Fu approvato dall’Assemblea Generale il 16 dicembre 1966 insieme al Patto sui diritti sociali economici e culturali, ed entrerà in vigore solo a partire dal 1976¹⁰⁵. Lo scopo delle due Convenzioni è quello di

dello Stato contro le violenze o le sevizie da parte sia di funzionari governativi, sia di ogni individuo, gruppo od istituzione.

¹⁰¹ Art. 2: Ai fini della presente Convenzione, è considerato “sparizione forzata” l’arresto, la detenzione, sequestro o qualunque altra forma di privazione della libertà da parte di agenti dello Stato o di persone o gruppi di persone che agiscono con l’autorizzazione, il sostegno o l’acquiescenza dello Stato, a cui faccia seguito il rifiuto di riconoscere la privazione della libertà o il silenzio riguardo la sorte o il luogo in cui si trovi la persona sparita, tale da collocare tale persona al di fuori della protezione data dal diritto.

¹⁰² Tornano subito alla mente, a proposito, i *desaparecidos* argentini e l’*Operación Cóndor*: l’eliminazione degli oppositori politici era preceduta dall’utilizzo di torture che, spesso, portavano alla morte della vittima; il loro corpo veniva successivamente occultato.

¹⁰³ *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottate nell’ambito del First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, svoltosi a Ginevra nel 1955, e approvate dal Consiglio economico e sociale, attraverso la Ris. n. 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957.

¹⁰⁴ Art. 31: Le pene corporali, il collocamento in segrete oscure ed ogni sanzione crudele, inumana o degradante, devono essere vietate come sanzioni disciplinari. Art. 33: Gli strumenti di coercizione, come manette, catene, ferri e camicie di forza non devono mai essere applicate come sanzione. Le catene e i ferri non devono essere utilizzati più come mezzi di coercizione.

¹⁰⁵ B.NASCIMBENE, cit., pag. 447 ss; A.CASSESE, cit., pag. 42 ss; A.FACCHI, cit., pag. 139 ss.

garantire una protezione minima dei diritti elencati, fatta salva la prevalenza di norme interne o internazionali in grado di predisporre una miglior tutela delle stesse posizioni soggettive.

I Patti incarnano l'esito del percorso di piena internazionalizzazione dei diritti contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: il passaggio dalla *soft law* alla *hard law* determina un naturale innalzamento del livello di protezione: con il trattato gli Stati si obbligano ad adempiere agli accordi assunti¹⁰⁶.

A differenza degli impegni di carattere economico e sociale, che richiedono un comportamento attivo (normalmente oneroso), il rispetto dei diritti civili e politici può essere attuato dallo Stato tendenzialmente attraverso un *non facere*. Non stupisce, allora, come da un lato l'elaborazione del Patto relativo a questi ultimi sia stata più agevole, dall'altro i rispettivi sistemi di controllo abbiano natura differente.

Difatti, il Patto sui diritti civili e politici (in seguito, CCPR) istituisce il Comitato dei diritti dell'uomo (art. 28) come organo di vigilanza, mentre quello sui diritti economici, sociali e culturali, si limita ad obbligare gli Stati contraenti a presentare rapporti a intervalli temporali al Consiglio economico e sociale per il tramite del Segretariato generale delle NU (cfr. art. 16 ss)¹⁰⁷.

È indubbio che entrambi i Patti rappresentino una specificazione della Dichiarazione Universale (non è un caso che nel Preambolo venga richiamata insieme alla Carta Onu) e si pongano in linea di continuità con la Convenzione Edu.

A riguardo, sembra opportuno annotare come a sua volta – il CCPR – abbia rappresentato un modello giuridico per il Consiglio d'Europa, come dimostrano i Protocolli aggiuntivi n. 4 e 7 alla CEDU con cui è stata conformata la “lista di diritti” a quella dello stesso Patto, aggiungendo delle posizioni soggettive che mancavano nel testo originario del 1950.

La analogia tra i testi in parola si riflette sul divieto di tortura contenuto nell'art. 7¹⁰⁸ (e implicitamente, nell'art. 10): anche in questo caso non è indicata una nozione di tortura e, similmente all'art. 15 CEDU, l'art. 4 del Patto stabilisce l'inderogabilità della norma¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Nei due testi sono esplicitati e sviluppati i diritti contenuti nella Dichiarazione universale: entrambi i Patti prevedono all'art. 1 il diritto di autodeterminazione dei popoli, all'art. 2 il divieto di non discriminazione e all'art. 3 il principio di uguaglianza; segue un catalogo diverso per i due testi. La Dichiarazione e i due Patti (congiuntamente ai rispettivi protocolli) vanno a formare il cd “*International Bill of Rights*”.

¹⁰⁷ Invero, nel 1985 il Consiglio economico e sociale istituì il cd Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, non dotandolo tuttavia di competenza e poteri analoghi al Comitato dei diritti dell'uomo. A riguardo, appare il caso di segnalare un'importante novità: il Protocollo Opzionale al Patto in questione (molto simile al Protocollo Opzionale facoltativo al Patto sui diritti civili e politici) ha previsto il potere del Comitato di esaminare reclami di individui (o gruppi di individui) contro lo Stato inadempiente. Il Protocollo è entrato in vigore, sul piano internazionale, il 5 maggio 2013 e, al momento in cui si scrive, è stato ratificato da 22 Stati. C.FOCARELLI, cit., pag. 263.

¹⁰⁸ Art. 7: Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico.

¹⁰⁹ Art. 4: In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parte del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri

Il riferimento agli “esperimenti medici e scientifici” – che riecheggia il divieto di “esperimenti biologici” contenuto nelle Convenzioni di Ginevra – si spiega in virtù delle atrocità compiute dai nazisti nei campi di concentramento: la Commissione per i diritti umani delle NU ha voluto espressamente inserire questa specificazione per non dare adito a dubbi circa la riconduzione di tali pratiche nella nozione in analisi e ribadire l’assoluto bando morale (e giuridico)¹¹⁰.

Da ultimo, non contenendo un’indicazione espressa in senso contrario, si ritiene che la Convenzione vieti i *mistreatment* anche se commessi da privati.

Al fine di comprendere appieno il contenuto degli artt. 7 e 10 del Patto e gli obblighi derivanti dai medesimi, è necessario approfondire l’attività del Comitato dei diritti dell’uomo così come risultante dagli atti da questi adottati nel corso degli anni (cfr. *infra* Cap. III).

3.7.1. Il Comitato dei diritti dell’uomo; il Consiglio per i diritti umani; il Relatore speciale sulla tortura (1985); il Fondo volontario per le vittime di tortura (1981)

Il Comitato dei diritti dell’uomo previsto dal CCPR è il primo organismo specificamente competente a verificare il rispetto dei diritti fondamentali, così come elencati all’interno di un trattato, che sia mai stato costituito – in ambito universale – nel diritto internazionale¹¹¹.

L’effettiva vincolatività del Patto sui diritti civili e politici non è dipesa esclusivamente dalla natura della fonte che lo contempla (una convenzione), né dalla prassi statale (che ha contribuito alla formazione di vere e proprie norme consuetudinarie, quanto meno con riguardo al nocciolo duro dei diritti ivi elencati), ma anche (e soprattutto) dall’esistenza di questo meccanismo di controllo.

I diciotto membri “di alta levatura morale e di riconosciuta competenza” che lo compongono esercitano la vigilanza sugli Stati in tre differenti modalità.

Principalmente per il tramite dell’esame del report che ciascuno Stato-contrattante deve presentare periodicamente, che può concludersi con la formulazione di “rapporti” e di “osservazioni generali” (a cui lo Stato può a sua volta replicare).

In secondo luogo, attraverso la disamina di cd comunicazioni interstatali (sempre che lo Stato interessato abbia accettato la competenza del Comitato in tal senso): si tratta di una sorta di reclamo

obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull’origine sociale. La suddetta disposizione non autorizza alcuna deroga agli articoli 6,7,8 (paragrafi 1 e 2), 11, 15, 16 e 18 (...).

Art. 10: Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana. (...) Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale.

¹¹⁰ M.NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights (CCPR Commentary)*, N.P. Engel Publisher, Kehl, 2005, pag. 188.

¹¹¹ S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, *Seeking remedies for torture victims a Handbook on the individual complaints procedures of the un treaty bodies*, World Organization Against Torture, Ginevra, 2014, pag. 32 ss.

volto a denunciare l'infrazione del Patto operata da altro Stato. Il Comitato tenta una soluzione amichevole e redige un rapporto; nel caso in cui non riesca nell'intento può designare una Commissione di conciliazione (art. 41 ss).

Infine, se lo Stato è parte del Protocollo facoltativo alla Convenzione, il Comitato può altresì effettuare un accertamento "para-giurisdizionale" avente per oggetto le comunicazioni provenienti da individui riguardanti la violazione di qualsiasi diritto previsto dal trattato. Condizioni di ammissibilità del "ricorso" sono il previo esaurimento delle vie di ricorso interne e la mancanza di esame della questione nell'ambito di altra procedura internazionale¹¹². Rispetto a tali comunicazioni il Comitato può formulare considerazioni non vincolanti indirizzate allo Stato accusato.

Il Comitato in questione non deve essere confuso con il Consiglio per i diritti umani costituito con la Risoluzione n. 60/251 del 15 marzo 2006 dall'Assemblea Generale delle NU quale proprio organo sussidiario, in sostituzione della precedente Commissione per i diritti umani.

Il Consiglio, secondo il mandato stabilito nella Risoluzione, ha la responsabilità di promuovere il rispetto universale e la protezione di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali di ciascun individuo. Si tratta di un organo politico intergovernativo, composto da 47 Stati membri delle NU eletti dall'Assemblea Generale per un periodo iniziale di 3 anni¹¹³.

In seno al Consiglio per i diritti umani opera, dal 1985 (quando esisteva la Commissione), il Relatore speciale sulla tortura, il cui mandato si estende anche agli Stati delle NU che non sono membri della Convenzione contro la tortura¹¹⁴. Questi stabilisce i contatti con i governi, li sollecita a fornire informazioni sulle misure legislative e amministrative adottate al fine di impedire *ill-treatment*, li invita a porre rimedio alle conseguenze di eventuali atti di tal fatta e chiede loro di rispondere ad ogni comunicazione relativa. Lo *Special rapporteur* riceve anche richieste di intervento urgente (cd *urgent appeal*) che pone all'attenzione degli Stati interessati. Ha inoltre il potere di eseguire delle visite *in loco* esclusivamente su invito dello Stato destinatario (cd *fact finding country visits*) e di produrre raccomandazioni generali. Deve, infine, sottoporre alla Consiglio per i diritti umani e all'Assemblea Generale un rapporto contenente le misure e le iniziative adottate nell'arco del suo mandato. La sua azione non è subordinata al previo esaurimento dei rimedi interni.

¹¹² Per un approfondimento, C.ZANGHÌ, cit., pag. 115 ss.

¹¹³ Per un approfondimento cfr. C.ZANGHÌ, cit., pag. 150 ss. Le due competenze più importanti sono: la cd procedura speciale, che il Consiglio può adottare su segnalazione di uno Stato o di una ONG, diretta a verificare anche *in loco* (previo consenso dello Stato) se sia stata commessa una violazione dei diritti umani (in tal caso, potrà redigere un rapporto non vincolante); la revisione periodica universale, avente ad oggetto l'esame del rispetto da parte di tutti gli Stati (a turno) degli obblighi assunti in base alle ratifiche dei vari trattati sui diritti umani.

¹¹⁴ J.REHMAN, *International Human Rights Law*, Longman Pub Group, Londra, 2003, pag. 432 ss.

Infine, un ulteriore istituto previsto dal sistema delle NU in materia che deve essere ricordato è il Fondo Volontario delle Nazioni Unite per le vittime della tortura, disposto con la risoluzione dell'Assemblea Generale n. 36/151 del 16 dicembre 1981. Il suo scopo è quello di garantire risorse alle organizzazioni non governative e ai centri di cura per chi ha subito gravi violazioni dei diritti umani derivanti da simili violenze, e di finanziare progetti per la formazione di personale medico specializzato nel trattamento delle stesse. Il supporto dato consiste principalmente nell'assistenza psicologica, medica, sociale, giuridica ed economica¹¹⁵. Le risorse del Fondo derivano da contributi volontari dei governi, delle ONG e dei singoli individui.

3.8. La Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1969)

Adottata all'esito della Conferenza interamericana svoltasi a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969, la Convenzione americana dei diritti dell'uomo entra in vigore il 18 luglio 1978. Il trattato internazionale – ratificato da 25 tra gli Stati-membri dell'Organizzazione degli Stati americani¹¹⁶ (di seguito, OSA) – prende ispirazione tanto dalla tradizione europea quanto dalla Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (1948): come quest'ultima, infatti, la Convenzione – in aggiunta al comune catalogo di diritti – contiene anche l'indicazione di doveri individuali (art. 32).

L'esperienza europea ed americana dimostra come, normalmente, sia più semplice innalzare il livello di tutela delle posizioni soggettive sul piano regionale, dal momento che le differenze storiche, culturali e politiche tra Stati parte di uno stesso continente sono più attenuate.

L'effettività dell'accordo è in questo caso demandata a due organismi (art. 33): la Commissione interamericana dei diritti dell'uomo¹¹⁷ e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

Le competenze degli stessi devono essere previamente riconosciute dagli Stati (artt. 45 e 62).

¹¹⁵ Il Fondo ha finanziato più di 600 organizzazioni fornendo riabilitazione a più di 50.000 vittime all'anno in tutto il mondo. Per un approfondimento cfr. *Combating Torture*, 2002, pubblicazione a cura del Relatore speciale sulla tortura reperibile in: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet4rev.1en.pdf>.

Il Fondo è amministrato dal Segretario Generale che collabora con un Consiglio di Amministrazione composto da un presidente e da quattro altri membri che operano in piena indipendenza e rappresentano i cinque gruppi regionali.

Molto interessante, a riguardo, il progetto sperimentale del Centro di riabilitazione specializzato per sopravvissuti a tortura e a trattamenti inumani e degradanti di Roma, di cui parla A.CAMILLI, *I medici che curano le ferite invisibili della tortura*, in *Internazionale*, 25 luglio 2017.

¹¹⁶ Sono 35 gli Stati facenti parte dell'organizzazione in questione. Si ricordi come tra gli Stati-membri dell'OSA che non hanno ratificato la Convenzione vi siano anche gli USA e il Canada. Cfr. art. 20 dello Statuto della Commissione e art. 51 ss delle sue Regole di procedura per le competenze a loro riguardo della Commissione.

¹¹⁷ Le funzioni che svolge sono sostanzialmente di due tipologie (cfr. artt. 18 ss. dello Statuto della Commissione). Da un lato, promuove la tutela dei diritti convenzionali attraverso la preparazione di nuove convenzioni e l'elaborazione di seminari, studi e rapporti (nel rapporto annuale sono documentate tutte le sue attività). Dall'altro, protegge i diritti umani richiedendo informazioni agli Stati membri, conducendo inchieste *in loco* (con il consenso dello Stato membro), ricevendo petizioni individuali, facendo raccomandazioni agli Stati e richiedendo alla Corte di adottare misure necessarie ad evitare gravi violazioni dei diritti fondamentali. Cfr. C.ZANGHÌ, cit., pag. 455 ss; C.FOCARELLI, cit., pag. 274.

In particolare, la Corte è l'organo giudiziario indipendente avente due funzioni: l'accertamento delle violazioni della Convenzione e la sua interpretazione.

La Commissione ha invece il compito di promuovere il rispetto dei diritti individuati dal trattato¹¹⁸.

Il sistema di controllo così istituito è stato equiparato a quello della CEDU prima della riforma introdotta dal Protocollo n. 11¹¹⁹. Difatti, ex art. 44 ogni "persona o gruppo di persone, nonché ogni ente non governativo legalmente riconosciuto in uno o più degli Stati dell'Organizzazione può presentare petizioni alla Commissione contenenti denunce o reclami per violazioni della Convenzione".

La competenza a esaminare i ricorsi è quindi, in prima battuta, della Commissione (che sostanzialmente svolge *in parte qua* un ruolo di "filtro"); solo in un secondo momento vengono trattati dalla Corte (art. 51). Peraltro, quest'ultima può essere adita esclusivamente dalla stessa Commissione e dagli Stati: una volta accertata la ricevibilità del ricorso, le vittime della violazione e i loro rappresentanti hanno il diritto di partecipare al giudizio.

Il divieto di tortura è sancito dall'art. 5¹²⁰ con una disposizione in cui appaiono evidenti gli echi dell'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dell'art. 3 CEDU e dell'art. 7 CCPR.

Peculiare è l'individuazione del bene giuridico protetto di cui al co. 1: non solo la norma identifica *expressis verbis* l'oggetto di tutela, ma contiene anche l'esplicita indicazione dell'integrità "mentale". Si tratta di un *unicum* rispetto alle fonti al momento analizzate, se si eccettua quanto disposto dall'art. 2 della Convenzione sul crimine di genocidio.

Anche l'inserimento del divieto di umiliare i soggetti privati dalla libertà personale rappresenta un'interessante specificazione: se è vero che anche l'art. 10 del CCPR e l'art. 25 co. 2 della Dichiarazione interamericana del 1948 contengono un obbligo analogo, tuttavia si registra per la prima volta sul piano internazionale – eccettuate le norme settoriali delle Convenzioni di Ginevra – l'accostamento di tortura e prigionia all'interno dello stesso enunciato.

¹¹⁸ Per gli Stati che non ne sono parte, come gli USA, la Commissione applica la Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo del 1948 e può esaminare ricorsi per violazione degli stessi.

¹¹⁹ D.R.PINZÒN, C.MARTIN, *Proibição da Tortura e Maus-tratos pelo Sistema Interamericano*, Leonar Vilàs Costa, 2006, pag. 28 ss; B.NASCIMBENE, cit., pag. 454. In particolare, riguardo alle domande individuali che devono prima essere accolte dalla Commissione ed eventualmente trasferite in capo alla Corte, esse possono essere avanzate non solo dalla vittima della presunta violazione, bensì anche da tutti coloro che dimostrano un interesse concreto. Al contrario del sistema europeo, quello interamericano consente anche ai parenti delle vittime o a gruppi di organizzazioni non governative di invocare la protezione dei diritti convenzionali.

¹²⁰ Art. 5: Ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale. Nessuno sarà sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Tutti coloro privati della libertà saranno trattati con il rispetto dovuto alla dignità inerente di persona umana. 3. La pena non sarà inflitta ad alcuna persona diversa dal reo.

Le persone accusate saranno detenute separatamente dalle persone condannate, salvo circostanze eccezionali, e saranno sottoposte ad un trattamento adatto alla loro condizione di individui che non hanno subito condanne. I minori d'età saranno sottoposti a procedimenti penali distinti da quelli predisposti per gli adulti, che si svolgono davanti a corti specializzate, con la massima speditezza, in modo da essere comunque trattati in modo conforme alla condizione minorile. Le pene consistenti nella privazione della libertà dovranno tendere essenzialmente alla rieducazione e alla riabilitazione del prigioniero.

Dall'articolo in analisi, quindi, si desume chiaramente che il trattamento inumano possa determinare anche solo una sofferenza psichica e i *mistreatment* siano inscindibilmente connessi alla realtà carceraria, posto che da un lato la stessa forma di detenzione può rappresentarne una modalità di maltrattamento, dall'altro il penitenziario è tradizionalmente luogo di elezione di queste pratiche, come testimonia la storia della cd tortura giudiziaria¹²¹.

Similmente alla CEDU e al CCPR, inoltre, è prevista l'inderogabilità del divieto (art. 27 co. 2): anche nel continente americano la tutela della dignità non può subire eccezioni, nonostante l'emergenza che debba affrontare lo Stato.

Da ultimo, dal combinato disposto degli artt. 2 e 5 sembra emergere un obbligo positivo¹²² di incriminare tali condotte nei limiti in cui si prescrive l'impegno "ad adottare (...) le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà".

Visto che solo una fattispecie di reato può prevenire e reprimere efficacemente questi illeciti, si ritiene che la Convenzione imponga implicitamente agli Stati Parte di adeguarsi in questo modo.

3.9. La Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti (1975)

Si tratta del primo atto internazionale esclusivamente dedicato all'argomento in analisi e rappresenta la principale matrice giuridica della Convenzione contro la tortura del 1984 (di seguito, CAT): ancora una volta, l'adozione di un trattato dotato di obbligatorietà fu preceduta da una dichiarazione (non vincolante) attraverso cui l'Assemblea Generale delle NU specificava le basi legislative della materia. Invero tale Dichiarazione fu, a sua volta, anticipata da una Risoluzione¹²³ ampiamente dedicata alla tortura, in cui la stessa Assemblea Generale ne condannava l'utilizzo sistematico e la costante diffusione, così come denunciata dal lavoro svolto in quegli anni da diverse ONG impegnate sul tema¹²⁴.

¹²¹ G.SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

¹²² Come abbiamo visto, anche le Convenzioni di Ginevra prevedono un obbligo analogo con riguardo all'ambito di loro applicazione.

¹²³ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Ris. n. 3059 (XXVIII), UN doc. A/Res/3059 (XXVIII), 1973. Cfr. J.H.BURGERS, H.DANELIUS, *The United Nations Convention against Torture*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, pag. 13 ss.

¹²⁴ Amnesty International (fondata nel 1961) si fece promotrice di una campagna mondiale per l'abolizione della tortura nel dicembre del 1972, pubblicando un report di duecento pagine sulla situazione allora esistente a livello internazionale in materia, e organizzò un'importante conferenza sul tema che si tenne a Parigi nel dicembre del 1973. Sull'influenza determinante della ONG cfr. J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 19.

La mancanza di un meccanismo di controllo, il difetto di obbligatorietà della Dichiarazione e i gravissimi episodi di violenza che si verificarono in Cile in quel periodo dopo il colpo di Stato del 11 settembre 1973¹²⁵, ne favorirono l'approvazione per *consensus*.

L'importanza dell'atto risulta evidente fin dalla lettura dell'art. 1 in cui si trova il primo tentativo di esplicitare in un testo, seppur di *soft law*, la nozione di tortura¹²⁶: gli elementi costitutivi ivi precisati appaiono sostanzialmente sovrapponibili a quelli indicati dalla Convenzione del 1984 (cfr. *infra*).

Il co. 2 dell'art. 1 fissa nella particolare gravità e nella intenzionalità i caratteri propri della tortura in senso stretto: *in parte qua*, si rileva come la CAT non contenga tale disposto che, *a contrario*, è conforme all'interpretazione dell'art. 3 così come effettuata dalla Corte Edu (se si eccettua il riferimento ai trattamenti crudeli non previsti nella Convenzione europea)¹²⁷.

La CAT all'art. 16¹²⁸ si limita a statuire un generico impegno a vietare tali tipologie di *mistreatment*: si nota la presenza della congiunzione disgiuntiva "o" (a testimonianza del fatto che anche l'accordo del 1984 li considera fattispecie diverse e autonome di maltrattamenti) e il difetto di indicazione di un metodo per discernere i medesimi.

A riguardo, dai lavori preparatori¹²⁹ emerge come l'art. 16 sia frutto di un sostanziale compromesso: alcuni Stati, infatti, non ritenevano opportuno vietare anche i trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti ma, alla fine, prevalse la linea secondo cui queste condotte andavano proibite: tuttavia, non configurando violenze gravi quanto la tortura, non vennero sottoposte a tutti gli obblighi previsti dalla Convenzione. La norma, difatti, rinvia "in particolare" ai soli artt. 10, 11, 12, 13. Ad ogni modo, dato che in molti sostenevano che il cd *severity test* formulato dal diritto di Strasburgo

¹²⁵ Ci si riferisce al colpo di Stato con cui il generale Augusto Pinochet Ugarte prese il potere in Cile, spodestando il governo democraticamente eletto di Salvador Allende: le torture e le sparizioni forzate che ne seguirono sono tristemente note. Cfr. M.NOWAK, E.MCARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture, A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2008, pag. 3; E.A.ANDERSEN, E.M.LASSEN, cit., pag. 324.

¹²⁶ Art. 1: il termine tortura indica ogni atto per mezzo del quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, vengono deliberatamente inflitte ad una persona da agenti dell'amministrazione pubblica o su loro istigazione, principalmente allo scopo di ottenere da questa persona o da un terzo delle informazioni o delle confessioni, o di punirla per un atto che essa ha commesso o che è sospettata di aver commesso, o di intimidirla o di intimidire altre persone. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a queste sanzioni o da esse cagionate, in un misura compatibile con le Regole minime standard per il trattamento dei detenuti. La tortura costituisce una forma aggravata e deliberata di pene o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

¹²⁷ Se è vero che non vi era un atto internazionale che prevedeva definizioni espresse fino ad allora, tuttavia non va dimenticata la nozione elaborata all'epoca dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, rapporto del 5 novembre 1969, caso *Greco*, § 38. Gli estensori della Dichiarazione la adoperarono come principale fonte di ispirazione. Cfr. J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 115.

¹²⁸ Art. 16 CAT: Ogni Stato Parte s'impegna a proibire in ogni territorio, sottoposto alla sua giurisdizione, altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura come definiti all'articolo primo, allorché questi atti sono commessi da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. In particolare, gli obblighi enunciati agli articoli 10, 11, 12 e 13 sono applicabili mediante la sostituzione della menzione della tortura con la menzione di altre forme di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

¹²⁹ M.NOWAK, E.MCARTHUR, *CAT Commentary*, cit., pag. 66 ss. e pag. 539 ss.

fosse privo di determinatezza e foriero di applicazioni incerte, si preferì non indicare alcun criterio distintivo tra *ill-treatment*, sostanzialmente rimettendo la questione alla prassi del Comitato contro la tortura.

Tornando alla Dichiarazione, il significato avuto dalla stessa per la successiva storia del divieto appare evidente *ictu oculi* da una prima lettura del testo: le principali caratteristiche di quella che diverrà norma consuetudinaria e i conseguenti obblighi in capo agli Stati sono già esplicitati nel suo articolato: l'assolutezza del bando (art. 3); i programmi di formazione per le forze di polizia (art. 5); l'obbligo di prevenzione (artt. 4 e 6); l'obbligo di inchiesta imparziale *ex officio* (art. 9); l'obbligo di incriminazione della tortura, non esteso ai *mistreatment* meno gravi (artt. 7 e 10)¹³⁰; il diritto a una riparazione e a un indennizzo idoneo per la vittima (art. 11); l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni rilasciate sotto tortura (art. 12).

Degno di nota appare il riferimento che l'art. 5 fa alla formazione delle forze dell'ordine al fine di prevenire e evitare gli abusi nei riguardi dei soggetti sottoposti a restrizione di libertà, principalmente per tre motivi: poiché è il primo atto internazionale che l'impone, facendo cadere quella presunzione di legittimità che da sempre caratterizza l'operato degli organi statali, perché mira a prevenire un tipico terreno elettivo di episodi di tortura, le cd *police brutality* nei riguardi dei soggetti reclusi o comunque trattenuti, e da ultimo dato che rappresenta la base giuridica del Codice di condotta delle Nazioni Unite per i funzionari che applicano la legge, adottato con Risoluzione n. 34/169 dall'Assemblea Generale delle NU il 17 dicembre 1979.

In questa fonte di *soft law* è l'art. 5¹³¹ a specificare il divieto di tortura per chi è istituzionalmente incaricato di dare esecuzione alla legge e, come emerge chiaramente dal Commentario allo stesso Codice, la nozione di *mistreatment* a cui fare riferimento è quella di cui all'art. 1 della Dichiarazione del 1975¹³².

¹³⁰ A riguardo, la Dichiarazione specifica che per i *mistreatment* diversi dalla tortura non esista un vero e proprio obbligo di incriminazione: nei riguardi dei medesimi possono, quindi, essere applicati o sanzioni penali o disciplinari o "altri provvedimenti appropriati" (cfr. art. 10 co. 2).

¹³¹ Art. 5: Nessun appartenente alle forze di polizia infliggerà, istigherà o tollererà atti di tortura o altri tipi di trattamento o pena crudeli, inumani o degradanti, né potrà invocare attenuanti come ordini superiori o circostanze eccezionali – come lo stato di guerra o il pericolo di guerra imminente, le minacce alla sicurezza nazionale, l'instabilità politica o ogni altro tipo di emergenza pubblica – come giustificazioni della tortura o di altri tipi di trattamento o pena crudeli, inumani o degradanti. J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 20 ss.

¹³² Ampiamente ispirato al Codice di condotta delle NU è – per il continente europeo – il Codice europeo di etica per la polizia adottato con Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 19 Settembre 2001.

Al fine di orientare i comportamenti degli operatori di polizia ai vincoli imposti dalle leggi e dai principi etici, il Codice *inter alia* prevede ai punti 36 e 37: La polizia non deve infliggere, istigare o tollerare atti di tortura, trattamenti o pene inumane o degradanti in qualsiasi circostanza. La polizia può fare uso della forza solo se strettamente necessario e solo nella misura necessaria al raggiungimento di un obiettivo legittimo.

Nel Commento agli articoli in questione emerge *expressis verbis* non solo l'inattendibilità probatoria degli elementi estorti per il tramite di tortura o "metodi simili", ma anche il rischio del venir meno del rispetto e della fiducia dei cittadini nei riguardi delle forze dell'ordine che si macchino di tali illeciti. Cfr. Cap. II Par. 5.1.

Infine, l'Assemblea Generale delle NU si pronuncia nuovamente sul problema della tortura nel 1982, con il preciso intento di richiamare all'attenzione degli operatori sanitari le leggi morali che devono costituire le radici di una attività professionale rispettosa della dignità di tutte le persone. Del resto, anche i medici che operano nei luoghi di reclusione – così come gli organi di polizia – rivestono un ruolo delicato, come dimostra la fenomenologia classica dei maltrattamenti.

Si tratta dei cd Principi di etica medica che devono informare le attività del personale sanitario allo scopo di proteggere i prigionieri e i detenuti dalla tortura e da altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottati con Risoluzione n. 37/194 del 18 dicembre 1982.

In particolare, il II principio configura l'esistenza di una violazione flagrante degli stessi nel caso in cui membri del personale sanitario si prestino, attivamente o passivamente, ad azioni mediante le quali si rendano “coautori, complici o istigatori” della tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti¹³³; il IV invece specifica come non si possa adoperare il proprio sapere al fine di indebolire – in termini fisici o psichici – le difese del soggetto sottoposto all'interrogatorio¹³⁴; l'inderogabilità delle norme in parola è, infine, sancita dal Principio VI¹³⁵.

3.10. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981)

Un ulteriore sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello regionale è costituito dalla Carta¹³⁶ in questione, adottata il 27 giugno 1981 (entrata in vigore il 21 ottobre 1986) nell'ambito della Organizzazione per l'Unità africana (di seguito, OUA), dal 2002 divenuta Unione africana (di seguito, UA).

Tale organizzazione internazionale – a differenza del Consiglio d'Europa e della Organizzazione degli Stati americani – fino alla seconda metà degli anni settanta non ha avuto come scopo precipuo la tutela dei diritti umani, bensì quello di attuare il processo di decolonizzazione e difendere l'indipendenza degli Stati appena sorti¹³⁷.

È solo dopo l'istituzione dei Patti delle Nazioni Unite e l'evenienza di regimi dittatoriali particolarmente crudeli sul proprio territorio che, la Conferenza dei capi di stato e di governo dell'OUA, all'unanimità decise di approvare la Carta africana.

¹³³ Secondo la ricerca di Peter Vesti del Centro per la riabilitazione della vittime della tortura di Copenaghen, il 60 per cento dei pazienti denuncia la presenza di un medico nella stanza delle torture. Cfr. A.CAMILLI, cit.

¹³⁴ Principio IV: Non è possibile applicare le proprie conoscenze e competenze durante l'interrogatorio di prigionieri e detenuti in modo da incidere negativamente sulla salute fisica o mentale di tali prigionieri o detenuti, in via non conforme agli strumenti internazionali pertinenti.

¹³⁵ Principio VI: Questi principi non possono mai essere derogati in nessuna circostanza, compreso in caso di pubblica emergenza.

¹³⁶ È anche nota come Carta di Banjul, dal nome della città del Gambia in cui si svolsero le due sessioni della Assemblea OUA che portarono alla sua approvazione.

¹³⁷ C.ZANGHÌ, cit., pag. 478 ss.

Si tratta del sistema di tutela (regionale) più vasto al mondo, comprendendo oltre cinquanta Stati¹³⁸, che si caratterizza come fortemente influenzato da un lato, sul piano delle posizioni soggettive, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (come emerge dal Preambolo della stessa Carta¹³⁹); dall'altro, in relazione ai meccanismi di controllo, dal modello interamericano¹⁴⁰.

Anche in questo caso sono, infatti, previsti due organismi, la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 30 ss¹⁴¹) e la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (istituita da un Protocollo *ad hoc*¹⁴² alla Carta nel giugno 1998 ed entrato in vigore il 25 gennaio 2004).

Similmente al procedimento interamericano, inoltre, i ricorsi degli individui si rivolgono in prima battuta alla Commissione: tendenzialmente solo quest'ultima e gli Stati-membri possono adire la Corte ma, in base al disposto dell'art. 5 co. 3 del Protocollo del 1998, altresì i privati e le ONG in via eccezionale hanno il potere di proporre azione diretta allorché gli Stati ne abbiano accettato la specifica competenza¹⁴³.

Con riguardo al divieto di tortura, esso è desumibile implicitamente dall'art. 4 e previsto espressamente dall'art. 5¹⁴⁴: singolare risulta l'accostamento della tortura alla schiavitù e alla tratta,

¹³⁸ Ad oggi la Carta è stata ratificata da 53 Stati su 54 che compongono l'UA, mancando solo la ratifica della neonata Repubblica del Sudan del Sud.

¹³⁹ Preambolo: "(...) tenendo debitamente conto della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo". Interessante notare anche come la Carta indichi dei doveri specifici in capo agli individui: la novità non risiede tanto nella correlazione diritti-doveri, dal momento che già nella Dichiarazione universale dei diritti umani si rinvia ai doveri verso la comunità (art. 29), ma nell'esplicitare in articoli giuridicamente vincolanti gli stessi (art. 27 ss).

¹⁴⁰ C.FOCARELLI, cit., pag. 275; B.NASCIMBENE, cit., pag. 454.

¹⁴¹ Le sue competenze sono disciplinate dagli artt. 41 ss. In particolare, la Commissione ha per compito di promuovere i diritti dell'uomo e dei popoli: raccogliendo documentazione; facendo studi e ricerche sui problemi africani nel campo dei diritti dell'uomo; interpretando ogni disposizione della Carta su domanda di uno Stato Parte, di un'Istituzione dell'OUA o di un'Organizzazione africana riconosciuta dall'OUA; svolgendo un ruolo consultivo nei riguardi degli Stati parte, tramite consigli e raccomandazioni, volto a contribuire all'armonizzazione delle legislazioni nazionali rispetto ai diritti sanciti dal trattato. Il *treaty body* può inoltre effettuare visite *in loco* per verificare la situazione dei diritti umani in un dato Paese (previo consenso del medesimo), esaminare i rapporti inviati dagli Stati e disporre osservazioni conclusive sui medesimi, nonché denunciare pubblicamente gli Stati inadempienti. Da ultimo, ha il potere di ricevere comunicazioni statali e individuali (di cittadini, gruppi di persone, ONG etc.) conformemente agli artt. 46 ss. della Carta e 83 ss. del suo Regolamento. Tra gli atti di *soft law* elaborati dalla stessa Commissione, in materia di tortura rilevano le Linee Guida sulla proibizione e la prevenzione della tortura (cd *Robben Island Guidelines*), adottate nell'ottobre 2002, la cui applicazione e diffusione è monitorata da un Comitato *ad hoc*, il "Comitato per la prevenzione della tortura in Africa".

¹⁴² Ratificato ad oggi da 30 Stati. La giurisdizione della Corte è molto ampia, dato che non si limita a interpretare e applicare la Carta ma si estende anche a ogni altro strumento rilevante sui diritti dell'uomo (cfr. art. 3 Protocollo del 1998).

Sono, invece, solo 6 le ratifiche del Protocollo sullo Statuto della Corte africana di giustizia e dei diritti umani del 2008: tale atto entrerà in vigore alla quindicesima ratifica e determinerà una fusione tra la Corte africana e la Corte di Giustizia dell'UA.

¹⁴³ Ad oggi sono solo 8 (su 30 che hanno ratificato il Protocollo) gli Stati ad averlo fatto. Di conseguenza, il ricorso alla Corte solitamente passa attraverso la Commissione (così C.ZANGHÌ, cit., pag. 511).

¹⁴⁴ Art. 4: La persona umana è inviolabile. Ogni essere umano ha diritto al rispetto della sua vita e all'integrità fisica e morale della sua persona. Nessuno può essere arbitrariamente privato di questo diritto.

Art. 5: Ogni individuo ha diritto al rispetto della dignità inerente alla persona umana e al riconoscimento della sua personalità giuridica. Qualsiasi forma di sfruttamento e di svilimento dell'uomo, specialmente la schiavitù, la tratta delle persone, la tortura fisica o morale, e le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti sono interdetti.

come forme di reificazione e, conseguentemente, di svilimento della dignità individuale¹⁴⁵, mentre la specificazione della tortura anche solo “morale” la diversifica dalla scelta effettuata nella Convenzione Edu e nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, rendendola maggiormente consonante con la formulazione espressa dall’art. 5 della Convenzione americana dei diritti dell’uomo.

Manca del tutto un riferimento all’inderogabilità del divieto: *in parte qua*, pertanto, la Carta sceglie una strada antitetica rispetto a quella percorsa dalla CEDU, dal CCPR e dalla stessa Convenzione americana¹⁴⁶.

3.11. La Dichiarazione del Cairo sui diritti dell’uomo nell’Islam (1990); la Carta araba dei diritti dell’uomo (2004)

È noto come la cooperazione tra gli Stati arabi islamici non sia ancora riuscita a dare vita a un modello unitario di regionalismo: a differenza delle istituzioni a cui in precedenza si è fatto cenno che riuniscono gli Stati europei, americani e africani, nell’area medio-orientale si registra la presenza di diverse organizzazioni sub-regionali tra cui la Lega araba e l’Organizzazione della cooperazione islamica.

A quest’ultima si deve l’elaborazione della Dichiarazione del Cairo sui diritti dell’uomo nell’Islam¹⁴⁷ – adottata dalla Conferenza Islamica dei Ministri degli Esteri il 5 agosto 1990 – in cui, sebbene si ribadisca fermamente la superiorità della legge coranica¹⁴⁸, è previsto espressamente il divieto di tortura all’art. 20¹⁴⁹ come norma inderogabile.

Qualche anno più tardi la Lega araba si fece, invece, promotrice della Carta araba dei diritti dell’uomo¹⁵⁰ – adottata il 15 settembre 1994 dal Consiglio della Lega non entrò mai in vigore, e venne sostituita da un nuovo testo formulato nel Summit della Lega Araba del maggio 2004 (entrato

¹⁴⁵ Schiavitù e tortura non solo hanno in comune la degradazione dell’uomo da fine a mezzo, ma va anche ricordata la loro storia parallela: nell’antica Grecia, per esempio, la testimonianza dello schiavo in un procedimento penale o civile valeva solo se confermata in seguito a tortura. Cfr. M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 1.

¹⁴⁶ Secondo autorevole dottrina (ZANGHÌ, cit., pag. 483) l’assenza di indicazioni in tal senso renderebbe invocabile la clausola *rebus sic stantibus* di cui all’art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969). La Commissione (CA, *Commission Nationale des Droits de l’Homme et des Libertes c. Ciad*, Com. n. 74/92) ha fornito tuttavia una diversa interpretazione sostenendo che la Carta – a differenza degli altri trattati sui diritti umani – non contiene una norma *ad hoc* poiché non consente in nessuna circostanza di derogare al rispetto dei diritti umani.

¹⁴⁷ Non si tratta di un trattato internazionale, bensì di una semplice risoluzione della Conferenza dei Ministri degli Esteri che, per giunta, non ha mai ricevuto l’avallo formale della Conferenza dei Capi di Stato. La dichiarazione presenta, dunque, un mero valore politico e ideologico. Cfr. sul punto ZANGHÌ, cit., pag. 521.

¹⁴⁸ L’art. 2 legittima l’uccisione e, *a fortiori*, la lesione dell’incolumità fisica se la Shari’ah lo richiede.

L’art. 19, poi, fa esplicito riferimento alle pene previste dalla legge coranica. A sciogliere ogni dubbio, gli artt. 24 e 25 precisano come tutti i diritti e le libertà enunciate nella Dichiarazione siano soggetti alla Shari’ah islamica e che la stessa sia la sola fonte di riferimento per interpretare o chiarire qualsiasi articolo della Risoluzione.

¹⁴⁹ Art. 20: (...) Non è consentito sottoporlo a tortura fisica o psicologica o a qualsiasi forma di umiliazione, crudeltà o trattamento contrario alla dignità. Non è consentito sottoporre un individuo ad esperimenti medici o scientifici senza il suo consenso o se mettano a rischio la sua salute o la sua vita. Né è consentito promulgare leggi di emergenza che prevedano interventi d’autorità per tali azioni.

¹⁵⁰ Ad oggi il trattato è stato ratificato da 13 Stati.

in vigore nel 2008) – assolvendo all'esigenza di dotarsi di una codificazione più vicina alla concezione universale delle posizioni soggettive.

Difatti, nel Preambolo è fatto esplicito rinvio alle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite, della Dichiarazione universale dei diritti umani, dei Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economico-sociali e culturali, e l'art. 1 indica tra gli obiettivi del trattato quello di “radicare in profondità il principio che tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi”. È importante sottolineare come in questo atto la Shari'ah islamica perda la centralità che le veniva attribuita nella Dichiarazione del Cairo.

Per quanto di nostro interesse, il divieto di tortura è contemplato nell'art. 8¹⁵¹: si tratta di una norma inderogabile, che contiene anche l'indicazione degli obblighi positivi di ordine preventivo e repressivo che gli Stati devono assolvere. Interessante appare la previsione del dovere di incriminazione di tali condotte e, soprattutto, la necessaria imprescrittibilità del crimine; l'articolo si chiude imponendo l'adozione di un'adeguata riparazione per la vittima.

Le uniche perplessità le suscita la mancanza di un riferimento esplicito alle “pene”: tale omissione finisce per legittimare quelle punizioni corporali che ancora sono previste da numerosi ordinamenti islamici e che, *de facto*, integrano veri e propri *mistreatment*.

Quanto ai meccanismi di controllo, è previsto un obbligo per gli Stati di presentare rapporti periodici (ogni tre anni) al Segretario generale della Lega sulle misure di esecuzione adottate (art. 48) ed è istituito un Comitato arabo dei diritti dell'uomo che prende in esame tali rapporti statali e può formulare osservazioni e raccomandazioni (art. 45 ss). Un elemento rimarchevole è rappresentato dalla pubblicità dei rapporti e delle conclusioni del lavoro del Comitato.

La Carta, invece, non sancisce alcuna tipologia di sanzione irrogabile agli Stati, né mezzi di ricorso, comunicazione o reclamo da parte di persone fisiche o di ONG.

3.12. La Dichiarazione asiatica dei diritti umani (2012)

L'organizzazione internazionale regionale che raggruppa (al momento in cui si scrive) undici Stati situati nel sud-est asiatico è stata istituita nell'agosto del 1967 a Bangkok e prende il nome di Associazione delle nazioni dell'Asia sud-orientale (in seguito, ASEAN).

Nata con il fine di incentivare la crescita economica, il progresso sociale e lo sviluppo culturale nella regione, si è dotata di un proprio Statuto (la cd Carta dell'ASEAN) solo nel 2007.

¹⁵¹ Art. 8: Nessuno sarà soggetto a tortura fisica o psicologica o ad un trattamento crudele, degradante, umiliante o inumano. Ogni Stato Parte proteggerà qualunque individuo si trovi soggetto alla sua giurisdizione dalle suddette pratiche e adotterà misure effettive per prevenire tali pratiche. La commissione o la partecipazione a simili atti sarà considerata tra i delitti punibili in base alla legge e ad essi non si applicherà la prescrizione. Ogni Stato Parte dovrà garantire, all'interno del proprio sistema giuridico, riparazioni per chi sia vittima di tortura, compreso un sistema di riabilitazione e indennizzo.

Il rispetto dei valori democratici, dei diritti umani, delle libertà fondamentali e dei principi dello stato di diritto cui si riferisce espressamente la Carta, è stato più di recente perseguito attraverso la formulazione della Dichiarazione asiatica dei diritti umani, adottata il 18 novembre 2012 all'esito del ventunesimo Summit dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri dell'ASEAN, svoltosi a Phnom Penh (Cambogia).

Nonostante sia stata fortemente criticata dalla più parte delle ONG e dallo stesso Alto Commissario delle NU per i diritti umani¹⁵² poiché non contempla alcuni diritti fondamentali (come, ad esempio, la libertà di associazione), si fa portatrice di un preoccupante "relativismo culturale" in materia (cfr. art. 7), consente un'ampia limitazione di quelli presenti (cfr. art. 8) e risulta sostanzialmente priva di effettività, difettando un vero e proprio meccanismo di controllo¹⁵³, appare appena il caso di ricordare il punto n. 14¹⁵⁴ relativo al divieto di tortura.

Indipendentemente dall'enunciato testuale utilizzato – uguale all'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – non può essere omessa tale Dichiarazione dall'elencazione che si propone in questo primo capitolo sia perché – pur trattandosi di un atto di *soft law* – rappresenta il primo storico tentativo di codificare a livello regionale asiatico i diritti umani, sia perché i (potenziali) destinatari di quei principi sono più di seicento milioni di persone.

4. La Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (1984)

È durante gli anni ottanta che il divieto di tortura viene compiutamente definito sul piano internazionale. Il lungo percorso precedentemente tracciato che parte dalla Dichiarazione Universale, transita sul piano regionale dai sistemi di controllo europeo, americano e africano, passa sul versante universale dal Patto sui diritti civili e politici e dalla Dichiarazione sulla protezione delle persone sottoposte a tortura, si conclude con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti del 1984 (di seguito, CAT)¹⁵⁵.

¹⁵² La dichiarazione è reperibile in: <https://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=43536#.WZ8KVvIjBIV>

¹⁵³ La Commissione intergovernativa sui diritti umani non dispone di alcun potere vincolante in materia, bensì si limita a preparare studi e ricerche, ad effettuare raccomandazioni e pubblicare rapporti annualmente. È istituita dalla Carta dell'ASEAN (artt. 14 ss.), mentre la Dichiarazione ne cita l'operato solamente nel Preambolo.

¹⁵⁴ Punto 14: Nessuna persona può essere sottoposta a tortura o a trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti.

¹⁵⁵ Per una sintetica ricostruzione in chiave storica di questi passaggi cfr. J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 10 ss; M.MASCIA, *Contro la tortura: norme specifiche per più coerenti politiche dei diritti umani*, in Pace, *diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1989, pag. 67 ss; M.L.LATORRE, M.LALATTACOSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2013, pag. 88 ss.

Il Preambolo della CAT si riferisce esplicitamente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, al CCPR e alla Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Si tratta – senza timore di smentita – della pietra miliare su cui poggia l'intero sistema di controllo internazionale dei *mistreatment* in parola: non vi è infatti Tribunale internazionale o organo di vigilanza che non faccia riferimento alla nozione di tortura contenuta nell'art. 1 CAT.

L'importanza del trattato in analisi non dipende esclusivamente dalla definizione ivi contenuta – in fondo anche la Dichiarazione del 1975 e la giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo ne avevano già delineato i confini – bensì dal fatto che ci troviamo in presenza di una convenzione internazionale – in quanto tale effettivamente vincolante perlomeno per gli Stati che la hanno ratificata¹⁵⁶ – che istituisce un incisivo *treaty body* (il Comitato contro la tortura), riconosce alla vittime il diritto di denuncia e di equa riparazione, impone specifici obblighi preventivi e repressivi in capo agli Stati e, per ultimo ma non da ultimo, sancisce il criterio dell'universalità della giurisdizione: ogni parte contraente è tenuta a punire i torturatori che si trovino “nelle sue mani” (ossia siano sul suo territorio e non subiscano estradizione), dovunque e contro chiunque abbiano commesso i loro atti¹⁵⁷.

Il divieto di tortura assume, così, le forme di un bando realmente cogente, in grado di superare i classici confini territoriali (il luogo in cui è stato commesso il reato) e nazionalistici (la cittadinanza o del torturatore o del torturato) con l'intento di prevenire e reprimere efficacemente tali gravi lesioni della dignità umana¹⁵⁸.

In quest'ottica la lotta all'impunità rappresenta il suo fine primario¹⁵⁹.

Fu proprio il difetto di effettività degli atti internazionali in precedenza menzionati a spingere l'Assemblea Generale delle NU nel 1978 a dare incarico alla Commissione per i diritti umani di

¹⁵⁶ Al momento in cui si scrive sono 161 Stati ad averla ratificata.

¹⁵⁷ M.NOWAK, E.MCARTHUR, *CAT Commentary*, cit., pag. 8; A.CASSESE, *I diritti umani...*, cit., pag. 179. Più precisamente, ogni Stato deve conoscere le torture commesse sul suo territorio, quelle commesse all'estero da un suo cittadino e, se lo ritiene opportuno, quelle compiute all'estero contro un suo cittadino. Inoltre, lo Stato in cui viene scoperto il presunto autore, anche se non ha competenza territoriale o per nazionalità, deve o estradare verso lo Stato richiedente o esercitare direttamente la propria giurisdizione (principio del *aut dedere aut iudicare*). Non sussiste, invece, l'obbligo giuridico in capo allo Stato di chiedere l'extradizione del sospetto torturatore, come statuito dal Comitato contro la tortura nel caso *Pinochet (Rosenmann c. Spagna, Com. n. 176/2000*; in senso opposto, si segnala la giurisprudenza della CIDU, *Goiburù e al. c. Paraguay*, 25 novembre 2006, § 131).

¹⁵⁸ La dignità umana nella sua accezione di non degradabilità dell'uomo da fine a mezzo, emerge chiaramente nel Preambolo della CAT: “Considerando che, in conformità ai principi enunciati nella Carta delle Nazioni Unite, il riconoscimento dei diritti uguali ed inalienabili di tutti i membri della famiglia umana è il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo, Riconoscendo che tali diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana, Considerando che gli Stati sono tenuti in base alla Carta, e segnatamente all'articolo 55, ad incoraggiare il rispetto universale ed effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...)”.

Sempre nel Preambolo è specificato lo scopo del trattato: “accrescere l'efficacia della lotta contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani, o degradanti nel mondo intero”.

¹⁵⁹ Nel continente americano un modello analogo – che fonda il suo principale obiettivo nella lotta all'impunità – è previsto dalla Convenzione interamericana per prevenire e punire la tortura (1985), mentre la Convenzione europea per la prevenzione della tortura (1987) adotta un approccio differente, basato sulla prevenzione dei *mistreatment* per il tramite del cd monitoraggio *in loco*.

CAT e Convenzione interamericana vengono qualificati come accordi dalla natura “ibrida” perché, pur prevedendo l'obbligo di incriminazione e la definizione degli elementi costitutivi di un crimine, restano pur sempre finalizzati a proteggere diritti umani attraverso l'imposizione di obblighi positivi e negativi in capo agli Stati.

redigere la Convenzione *de qua*: il testo verrà elaborato da un cd Gruppo di lavoro *ad hoc*, partendo dalle proposte così come formulate dalla delegazione svedese e dall'Associazione internazionale di diritto penale¹⁶⁰. Fu solo dopo un lungo negoziato che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riuscì ad adottare la Convenzione con Risoluzione n. 39/46 del 10 dicembre 1984, che entrerà in vigore sul piano internazionale il 26 giugno 1987¹⁶¹.

Appare il caso fin da subito di precisare come non tutte le imposizioni che verranno analizzate di seguito sono applicabili ai trattamenti (o pene) inumani o degradanti: come si vedrà nei prossimi paragrafi, gli estensori della Convenzione hanno previsto un regime giuridico diversificato per le differenti forme di *mistreatment*. È la nozione di tortura ad essere il *discrimen* di questo doppio binario.

4.1. La nozione di cui all'art. 1 CAT

Indipendentemente dal disposto *sui generis* del co. 2 dell'art. 1 della Risoluzione del 1975, è già stato notato come la nozione di tortura di cui all'art. 1 CAT¹⁶² rappresenti una rielaborazione essenzialmente fedele della definizione indicata nella Dichiarazione dell'Assemblea Generale di nove anni precedente che, a sua volta, fu influenzata da quella elaborata dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, rapporto del 5 novembre 1969, caso *Greco*.

Benché contenuta all'interno di un trattato, occorre fin da subito evidenziare come tale norma si sia imposta quale punto di riferimento che trascende lo strumento di cui è parte¹⁶³. Essa, peraltro, “non pregiudica qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 31 ss; M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 19 ss.

¹⁶¹ L'Italia ha firmato la CAT il 4 febbraio 1985 e la ratifica porta la data del 12 gennaio 1989; la Convenzione vincola anche USA, Cina e Russia. È stato fatto notare come dichiararsi “a parole” contro la tortura oggi rappresenti una delle vie d'ingresso per entrare nella Comunità internazionale (P.GONNELLA, cit., pag. 27).

¹⁶² Art. 1: Ai fini della presente Convenzione, il termine "tortura" indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate. Tale articolo non reca pregiudizio a qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata.

¹⁶³ Il carattere universale che ha assunto la definizione *de qua* è argomentato profusamente in TPJ, *Furundžija*, IT-95-17/1, TC, 10 dicembre 1998.

¹⁶⁴ La cd clausola di salvezza (similmente, cfr. art. 53 CEDU, art. 5 CCPR) consente di accogliere – sul piano regionale – nozioni più ampie di tortura e trattamenti inumani o degradanti, come dimostra, ad esempio, l'interpretazione dell'art. 3 svolta dalla Corte Edu.

Gli elementi costitutivi della tortura ex art. 1 CAT sono cinque¹⁶⁵.

4.1.1. La condotta

In primo luogo, la condotta. Il termine “*act*” così come mutuato dalla proposta svedese potrebbe far pensare che non possano esistere forme di tortura per omissione. Invero, tanto i lavori preparatori quanto la nozione elaborata dalla Commissione europea dei diritti dell’uomo nel caso *Greco* (che abbiamo visto essere una delle principali fonti di ispirazione del Gruppo di lavoro *ad hoc*) non legittimano un’interpretazione così restrittiva. Anche lo scopo del trattato milita, naturalmente, per un’estensione del divieto. È pertanto pacifico che la tortura possa consistere anche in un’omissione, quale la mancata somministrazione di acqua, cibo o cure mediche¹⁶⁶.

Peraltro è sufficiente una singola omissione o azione per integrare l’elemento materiale: emerge dai lavori preparatori come venne respinta la proposta di inserire nell’art. 1 il riferimento all’inflizione “sistematica” di dolore¹⁶⁷.

Deve essere tuttavia considerato come la condotta fu oggetto di riserve e *understanding* di diversi Stati. Gli USA, ad esempio, hanno deciso di elencare in maniera tassativa le forme di tortura mentale; altri Stati, tra cui l’Italia, pur non avendo a suo tempo apposto riserve a riguardo, hanno introdotto nozioni più limitate del fenomeno nel proprio ordinamento penale¹⁶⁸.

4.1.2. Il dolore o le sofferenze acute, fisiche o mentali

Va notato preliminarmente come fosse ben chiaro agli estensori della Convenzione l’esistenza di tecniche che non lasciano tracce sul corpo della vittima e ingenerano sofferenze sul piano

¹⁶⁵ Le pubblicazioni in materia sono molteplici. Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano: M.E.TARDU, *The United Nation convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, pag. 303 ss; J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit.; A.MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, pag. 979 ss; Dello stesso autore: *La proibizione della tortura all’inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L.ZAGATO, S.PINTON, Cedam, Padova, 2010; J.BARRETT, *The Prohibition of Torture under International Law*, in *International Journal of Human Rights*, 2001, pag. 1 ss; J.REHMAN, cit., pag. 412 ss; N.RODLEY, M.POLLARD, *Criminalisation of Torture: State Obligations under the United Nation Convention against Torture*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, pag. 115 ss; M.SAIF-ALDENWATTAD, *The Torturing Debate on Torture*, in *Northern Illinois University Law Review*, 2008, pag. 1 ss; M.W.LEWIS, cit., pag. 118 ss; K.E.TATE, *Torture: does the convention against torture work to actually prevent torture in practice by states party to the convention?*, in *Willamette Journal of International Law*, 2013, pag. 194 ss; K.MESKELE, *Interpretation of art. 1 of the Convention Against Torture in light of the practice and jurisprudence of international bodies*, in *Beijing Law Review*, 2014, pag. 49 ss; E.HUNTINGTON, *Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: a Definitional Approach*, in *U.C. Davis Journal of International Law e Policy*, 2015, pag. 279 ss; S.DEWULF, *Torture...*, cit.

¹⁶⁶ M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 66. Medesimo discorso vale per gli esperimenti medici o scientifici: pur mancando la specificazione che si trova nell’art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, non si dubita circa la riconduzione di queste pratiche alla nozione in analisi.

¹⁶⁷ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 117.

¹⁶⁸ Il nuovo art. 613 bis cp, infatti, fa esplicito riferimento a “violenze o minacce gravi” o “atto di crudeltà” e qualifica la tortura tendenzialmente come reato abituale. Cfr. M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 1278; E.CANNIZZARO, cit., pag. 172.

mentale¹⁶⁹: si considerò pertanto sufficiente la lesione della sua integrità psichica per la consumazione del *mistreatment* in parola.

Consista in un forte “*physical pain*” oppure in un’intensa “*mental suffering*”, resta comunque imprescindibile il requisito del patimento: di conseguenza, se in ipotesi si impiega un metodo capace di dimidiare la libertà di autodeterminazione del soggetto inidoneo a cagionarlo, esso non incontra il bando normativo¹⁷⁰.

La gravità del dolore e della sofferenza pone problemi notevoli: se da un lato risulta necessario fissare un *level of severity* sopra il quale un normale maltrattamento può essere qualificato come tortura, la sua misurazione presenta difficoltà insormontabili. Si tratta, infatti, di un parametro relativo che inevitabilmente varia a seconda delle circostanze del caso concreto e della vulnerabilità della vittima.

In questa sede, ci si limita a ricordare come non si seguì la linea ermeneutica del rappresentante statunitense e di quello britannico che avrebbero voluto restringere l’applicazione della norma a ipotesi di dolore “estremo”¹⁷¹. Tale orientamento richiedeva questo aggettivo al fine di confinare la tortura alle fattispecie più gravi e distinguerla, in questo modo, dai trattamenti crudeli, inumani o degradanti, sulla scorta di quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte Edu, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*. L’intensità della sofferenza patita avrebbe, così, rappresentato il *discrimen* tra i *mistreatment*.

Prevalse, invece, la volontà del Governo svizzero, come dimostra la mancata riproposizione del co. 2 dell’art. 1 della Dichiarazione del 1975 nell’art. 1 CAT e l’utilizzazione del qualificativo “*severe*”: si ritenne sufficiente l’elemento della “sofferenza acuta” per aversi “tortura” e la differenza che sussiste con i trattamenti inumani venne *de facto* lasciata ad altri fattori.

In particolare, secondo la dottrina più autorevole e parte della giurisprudenza del Comitato contro la tortura¹⁷², i criteri distintivi che rilevano a tal fine (in assenza di un’indicazione convenzionale specifica¹⁷³) sono essenzialmente tre: la finalità della condotta, l’intento dell’agente e lo stato di privazione di libertà della vittima, sottoposta al diretto potere/controllo del torturatore (cd *situation of powerlessness*)¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Cfr. nota 218.

¹⁷⁰ A.MARCHESI, A.GIANELLI, cit., pag. 146. Come dimostra il caso Corte Edu, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito* (trattato in Cap. II Par. II) si può annichilire una persona senza procurare un dolore di particolare intensità. Sul punto, vedi *a contrario* la soluzione seguita dagli estensori della Convenzione interamericana del 1985.

¹⁷¹ M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 67.

¹⁷² Si vedrà nel Cap. III Par. 3 come la giurisprudenza del CCT in materia sia tutt’altro che univoca e chiara sul punto.

¹⁷³ Per un approfondimento sulle ragioni della mancata indicazione di una nozione specifica cfr. J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pagg. 46 e 70. Vedi anche S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 230.

¹⁷⁴ Tale interpretazione è conforme a quella svolta dalla Commissione europea dei diritti dell’uomo nel più volte citato rapporto sul caso *Greco*.

Se anche il trattamento crudele e inumano deve (normalmente) procurare “*severe pain or suffering*” come la tortura e presuppone il cd coinvolgimento dello Stato (cfr. *infra*), esso può sussistere in difetto di dolo (potendo essere frutto di mera negligenza), scopo (potendo essere supportato da mero dolo generico o da colpa) e *situation of powerlessness*¹⁷⁵.

Viene ricondotto tra queste tipologie di comportamento, altresì, ogni esercizio eccessivo, non conforme a proporzionalità della forza pubblica¹⁷⁶.

In quest’ottica, i trattamenti crudeli, inumani o degradanti diventano una forma di maltrattamento meno grave rispetto alla tortura, in modo tendenzialmente indipendente dal livello di sofferenze che sono in grado di procurare¹⁷⁷.

Quanto alle altre specie di *ill-treatment*, non sussistendo chiari criteri legali per discernerele, la più parte degli interpreti finisce sostanzialmente per accomunare trattamenti inumani e crudeli; viceversa, è ammessa in astratto la distinzione tra trattamenti inumani o crudeli da un lato, e quelli degradanti dall’altro, anche se occorre evidenziare come in concreto il CCT accerti genericamente la violazione dell’art. 16 CAT senza indicare la sotto-categoria interessata. Questi ultimi, ad ogni modo, possono essere ritenuti tali anche in assenza di causazione di dolore o sofferenze acute, nei limiti in cui determinano una forte umiliazione per la vittima¹⁷⁸.

4.1.3. L’intenzione

L’art. 1 pretende che l’azione sia mossa dall’intento di far soffrire acutamente la vittima di tortura, ne consegue che, se il dolore è frutto di incidente o di mera negligenza, difetta un elemento costitutivo della nozione in parola¹⁷⁹. Si pensi, ad esempio, al detenuto a cui la polizia penitenziaria non porti il cibo in virtù di una mera dimenticanza, oppure ancora al medico che provochi una ferita accidentale durante un’operazione a cui il paziente ha liberamente acconsentito.

¹⁷⁵ Tale posizione di sostanziale impotenza si ritiene essere un elemento implicito della nozione di tortura ex art. 1 CAT. Cfr. M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 76.

¹⁷⁶ Si pensi all’agente che spara alle gambe del ladro in fuga. L’azione (intenzionale) sarà legittima se posta in essere con lo scopo di arrestarlo e se lo sparo appariva come l’unica strada percorribile in base al principio di proporzionalità. Viceversa, se il colpo di pistola non era necessario è possibile che integri un trattamento crudele, inumano o degradante; se una volta arrestato il poliziotto volontariamente non chiama l’ambulanza si tratterà di tortura sussistendo al contempo *intent, purpose e situation of powerlessness*.

¹⁷⁷ Invero in alcune decisioni del CCT emerge come da trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti non devono necessariamente conseguire dolore o sofferenze “*severe*” così come previsto dall’art. 1 (cfr. ad esempio *Keremedchiev c. Bulgaria*, Com. n. 257/2004, § 9.3.; *Kirsanov c. Russia*, Com. n. 478/2011).

¹⁷⁸ M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 558.

¹⁷⁹ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 118; O.A.HATHAWAY, A.NOWLAN, J.SPIEGEL, *Tortured Reasoning: The Intent to Torture Under International and Domestic Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, pag. 791 ss. Né i lavori preparatori della CAT né le decisioni del relativo Comitato contengono alcun indice che possa avvalorare una lettura dell’avverbio nel senso di una scelta a favore del dolo intenzionale. La sua, più limitata, funzione è quella di escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura, relegandole eventualmente tra i trattamenti crudeli, inumani o degradanti. È assolutamente minoritaria la tesi secondo cui sarebbe sussumibile nella nozione di cui all’art. 1 anche una condotta colposa, sia essa frutto di imprudenza, negligenza o imperizia.

A ben vedere, peraltro, la necessaria presenza del cd *intent* è elemento implicito del dolo specifico richiesto dalla nozione di cui all'art. 1: non si vede, infatti, come una condotta negligente possa al contempo essere finalizzata al perseguimento di uno degli scopi previsti dalla norma.

Ovviamente non è escluso che – in mancanza di prova dell'intenzione – possano sussistere trattamenti crudeli, inumani o degradanti ex art. 16 CAT.

4.1.4. Il dolo specifico

Tale elemento risulta essere decisivo al fine di distinguere i trattamenti crudeli o inumani dalla tortura. Solo in quest'ultimo caso l'inflizione intenzionale di dolore o sofferenze deve essere compiuta con uno scopo specifico, consistente nell'ottenere informazioni, confessioni, punire o intimorire. Le divergenze di posizioni in sede di stesura della norma portarono alla conclusione del seguente compromesso: le finalità tradizionali della tortura vennero indicate, ma la lista secondo i più non è tassativa. Ciò è desumibile tanto dalla utilizzazione della perifrasi "*for such purposes as*" quanto dall'apertura promossa dalla clausola ("*or for any reason based on discrimination of any kind*"). Ci possono essere quindi altri scopi che, tuttavia, devono presentare un *quid* in comune con quelli espressamente indicati: non è stata adoperata, infatti, la più ampia disposizione "*or for any other purpose*" dell'art. 2 della Convenzione interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura.

Secondo autorevole dottrina e la giurisprudenza dello stesso Comitato contro la tortura, il minimo comun denominatore degli obiettivi della tortura va ravvisato nell'esistenza di qualche – seppur remota – connessione con gli interessi o le politiche dello Stato o dei suoi organi¹⁸⁰.

In quest'ottica solo gli atti di crudeltà gratuita oppure le condotte mosse da gelosia, vendetta e altre motivazioni personali, non basate su una qualche forma di discriminazione, non paiono sussumibili nella nozione *de qua*.

4.1.5. Il coinvolgimento dello Stato

È sempre necessario il coinvolgimento dell'apparato statale, sia esso manifestato nella forma più blanda dell'acquiescenza, oppure in quelle più intense del consenso, dell'istigazione o dell'esecuzione materiale da parte di agenti pubblici o di qualsiasi altra persona che eserciti funzioni ufficiali¹⁸¹. Se ad agire è un pubblico funzionario non importa l'ignoranza o la disapprovazione del

¹⁸⁰ Ibidem, pag. 119; K.MESKELE, cit., pag. 53.

¹⁸¹ La perifrasi in questione consente da un lato di punire anche i cd funzionari di fatto (cfr. art. 5 ss. del *Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato*, 2001, redatto dalla Commissione del diritto internazionale), dall'altro di superare i problemi che il difetto di una comune nozione di "pubblico ufficiale" negli Stati parte pose in fase di redazione. Si evidenzia, anche, come vi sia stata una notevole (quanto opportuna) estensione dei soggetti attivi rispetto a quella prevista dall'art. 1 della Dichiarazione del 1975.

Governo nei riguardi di quell'atto: l'illecito internazionale sussiste in ogni caso trattandosi comunque di una condotta riconducibile all'azione e agli interessi politici dell'apparato.

Viceversa, i privati non possono essere "torturatori" ai sensi dell'art. 1 CAT.

Nonostante in sede di redazione del disposto alcuni Stati, tra cui la Spagna e la Francia, chiesero di estendere la nozione in modo da ricomprendere anche i loro comportamenti, prevalse l'idea che nei riguardi di questi ultimi l'ordinaria "macchina giudiziaria" potesse efficacemente operare.

Difatti, è solo quando è implicato un rappresentante dello Stato che le inchieste e il successivo procedimento potrebbero essere in qualche modo ostacolate¹⁸².

D'altronde, la tortura è un crimine la cui storia e il cui contenuto attiene direttamente all'esercizio del potere punitivo statale: una violenza tra privati non è coerente con l'essenza stessa della nozione, quale deliberata violenza pubblica posta in essere nei riguardi di un individuo, idonea a calpestarne integrità fisica, morale e dignità¹⁸³. In buona sostanza, la tortura è l'opposto della democrazia, è il volto autoritario dello Stato che, evidentemente, non può essere incarnato da una persona che agisca *uti singulus*.

4.1.6. La *lawful sanction clause*

Nessun dolore o sofferenza conseguente o inerente a una sanzione lecita potrà rientrare nella nozione di cui all'art. 1 CAT. Tale clausola era prevista anche nell'art. 1 della Dichiarazione del 1975, tuttavia in quel caso era legata alle regole minime standard per il trattamento dei detenuti, con lo scopo di legittimare alcune misure disciplinari (si pensi all'isolamento) nei loro riguardi.

Mancando questo rinvio nell'art. 1 CAT, la perifrasi solleva un dubbio interpretativo di non poco rilievo. Infatti, se per "sanzioni lecite" si intende qualsiasi punizione prevista dall'ordinamento interno – come sostenuto dall'Arabia Saudita e da altri Stati islamici – allora la Convenzione diviene sostanzialmente un "doppione" della legislazione statale, avendo come unico effetto quello di garantire il divieto di tortura sul piano internazionale così come previsto dalle *domestic*

Visto che di norma il diritto internazionale adotta il termine "*public official*" e non è possibile tradurlo adoperando la più specifica nozione propria degli ordinamenti interni, si è preferito l'utilizzo delle generiche espressioni "funzionario pubblico" e "agente pubblico" per il prosieguo del lavoro.

¹⁸² J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 120; M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 77. Solo con riferimento a queste violazioni, giudicate di gravità preponderante, si è giustificata l'"intrusione" della Comunità internazionale nella sfera di sovranità penale degli Stati (così, P.GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 191). In buona sostanza si tratta degli atti commessi da chi si trova, in ragione delle sue funzioni, in una condizione di supremazia nei confronti di soggetti in stato di impotenza. Invero, secondo parte della dottrina (e la giurisprudenza del CCT, cfr. Cap. III Par 3.1) lo Stato, per non violare la Convenzione, dovrebbe operare nel senso di prevenire e reprimere (stabilendo adeguate sanzioni penali) anche le condotte interprivate, onde non incappare in una forma di acquiescenza (cfr. K.MESKELE, cit., pag. 55).

¹⁸³ P.GONNELLA, cit., pag. 74; A.CASSESE, *I diritti...*, pag. 174. Cfr. Cap. IV Par. 5.1.

*jurisdiction*¹⁸⁴. In quest'ottica, la liceità della pena finirebbe per dipendere esclusivamente dalla decisione dei parlamenti locali e, conseguentemente, il bando assumerebbe un contenuto non unitario, ma variabile a seconda del Paese che si considera¹⁸⁵.

Viceversa, secondo una differente interpretazione (sostenuta anche da M.NOWAK in qualità di Relatore speciale sulla tortura¹⁸⁶), per “sanzioni lecite” si può intendere solo quelle consentite dal diritto internazionale: in buona sostanza, un Governo potrebbe invocare questa clausola nei limiti in cui il provvedimento è conforme al diritto interno e a quello internazionale. Invero, se una punizione prevista legalmente in uno Stato parte presenta tutti gli elementi costitutivi della tortura di cui all'art. 1 CAT non si vede come possa operare la *lawful sanction clause* posto che l'*international law* (ossia, il divieto di tortura come consuetudine internazionale, l'art. 7 del Patto internazionale dei diritti civili e politici per gli Stati che lo hanno ratificato e, infine, lo stesso art. 16 CAT) verrebbe comunque violato.

Di conseguenza, qualsiasi tentativo di trovare un significato coerente con lo scopo della Convenzione fatalmente naufraga e, oggi, si ritiene prevalente la tesi secondo cui “*the lawful sanction clause has no scope of application and must simply be ignored*”¹⁸⁷.

In buona sostanza, da un'interpretazione teleologica e funzionale dell'art. 1 consegue che le forme più o meno manifeste di tortura (es. fustigazione, lapidazione, mutilazione di arti etc.¹⁸⁸) non possano essere considerate legittime ai sensi della Convenzione, anche in presenza di previsioni normative statali che dovessero conferirgli un manto di legalità¹⁸⁹.

Si può quindi ravvisare una funzione propedeutica nella clausola in questione, volta a esplicitare ciò che implicitamente presuppone la nozione di cui all'art. 1: posto che l'esecuzione delle sanzioni penali (e disciplinari) determina (sempre) un certo grado di sofferenza e umiliazione, tali provvedimenti non sono riconducibili all'art. 1 CAT a meno che in concreto non si risolvano in pene crudeli, inumane o degradanti¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Si noti come in alcune riserve apposte alla Convenzione, addirittura, risulta la perifrasi “*law enforcement actions*”, al fine di ricondurvi non solo le sanzioni penali ma anche quelle disciplinari. Gli Stati islamici intendevano ricondurre nell'alveo della clausola tanto le sanzioni corporali quanto l'esecuzione capitale.

¹⁸⁵ A.MARCHESI, *La proibizione...*, cit., pag. 15. Peraltro si ricordi come secondo l'art. 27 della Convenzione di Vienna un Governo non può invocare il diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato.

¹⁸⁶ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 20 agosto 2005, § 27.

¹⁸⁷ M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 84.

¹⁸⁸ Non va nascosto, tuttavia, come la Convenzione lasci aperto il problema sulla pena di morte.

¹⁸⁹ A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 180.

¹⁹⁰ Questa lettura è fatta propria dall'art. 2 della Convenzione interamericana del 1985.

4.2. Gli obblighi statali e i trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti

Lo Convenzione non si propone solamente di sancire il divieto di *misbehaviour* e la sua inderogabilità (co. 2 e 3 art. 2) – già previsto nella pluralità di fonti internazionali in precedenza trattate – bensì di implementarlo attraverso la predisposizione di una serie di obbligazioni aggiuntive¹⁹¹.

Tra queste notevole importanza assumono: l'obbligo di prevenzione¹⁹² attraverso l'adozione di misure legislative, amministrative e giudiziarie idonee (art. 2); la formazione del personale che applica la legge nonché di quello medico (art. 10) e la sorveglianza sulle pratiche di interrogatorio, custodia e trattamento delle persone limitate della propria libertà (art. 11); il principio di *non-refoulement* (art. 3); l'obbligo di incriminazione di tali condotte e la previsione di sanzioni adeguate che tengano a conto della loro gravità (art. 4); l'universalità della giurisdizione (artt. 5 ss) e l'imposizione della clausola "*aut dedere aut iudicare*" (art. 7); l'obbligo di inchiesta immediata, *ex officio* e imparziale (art. 12) e il diritto di denuncia (ed eventuale protezione) della vittima (art. 13) accompagnato dalla garanzia di ottenere una riparazione e un adeguato indennizzo, compresa la *cd restitutio in integrum* (art. 14); infine, l'inutilizzabilità di ogni dichiarazione estorta con tortura come impone la *cd* teoria dei frutti dell'albero avvelenato (fatta eccezione per il procedimento volto a punire i presunti suoi autori, *ex art.* 15).

Con riguardo al disposto dell'art. 16 occorre ricordare come i trattamenti crudeli, inumani o degradanti siano parimenti vietati dalla Convenzione, ma gli obblighi che sussistono in capo agli Stati rispetto ai medesimi sono inferiori¹⁹³.

Difatti, l'art. 16 precisa come si applichino "in particolare" gli artt. 10, 11, 12 e 13. Le parole adoperate lasciano intendere che la lista non sia esaustiva: la dottrina e il Comitato contro la tortura non hanno mancato di operare interpretazioni estensive in tal senso¹⁹⁴.

4.3. Il Comitato contro la tortura

Il Comitato contro la tortura (di seguito, CCT) è l'organo previsto dagli artt. 17 ss. al fine di vigilare sul rispetto degli obblighi convenzionali. Non si tratta di un *treaty body* delle NU ma di un (relativamente) autonomo istituto di carattere non-giurisdizionale creato dagli Stati parte della

¹⁹¹ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 1.

¹⁹² Gli Stati parte del Protocollo facoltativo alla CAT (New York, 18 dicembre 2002) hanno altresì l'obbligo di istituire *ex art.* 17 uno o più meccanismi nazionali di prevenzione indipendenti con il fine di evitare torture a livello nazionale, dotati dei poteri di cui agli artt. 19 ss.

¹⁹³ Si ricordi come gli USA abbiano apposto una riserva secondo la quale la nozione di trattamento (o pena) crudele, inumano o degradante viene accettata unicamente nella misura in cui sia corrispondente alla nozione di "*cruel and unusual treatment*" contenuta nella Costituzione degli Stati Uniti. Sul punto, cfr. E.A.ANDERSEN, E.M.LASSEN, cit., pag. 316 ss; E.HUNTINGTON, cit., pag. 279 ss.

¹⁹⁴ Cfr. *infra* Cap. III Par. 3.

CAT¹⁹⁵. Ciò emerge dalla sua composizione, formata da dieci esperti dei diritti umani nominati dagli stessi Stati membri¹⁹⁶ (e aventi la loro nazionalità), i quali vi siedono a titolo personale.

A differenza del Comitato dei diritti dell'uomo, il CCT ha una competenza più specifica, occupandosi del solo diritto a non essere sottoposti a tortura¹⁹⁷.

Le sue funzioni di monitoraggio concernono: l'esame del rapporto iniziale (entro 1 anno dall'entrata in vigore della Convenzione), dei rapporti periodici¹⁹⁸ (ogni 4 anni) che gli Stati contraenti sono tenuti a predisporre in ordine alle misure adottate per adempiere agli obblighi pattizi (art. 19) e di *special report* (richiesti dal CCT se necessita di informazioni in merito a determinate situazioni); la verifica dell'attendibilità delle notizie ricevute (solitamente da ONG) relative a prassi di tortura sistematica (art. 20 co. 1); la disamina di comunicazioni interstatali (art. 21) o da parte di individui che lamentano di essere stati torturati (art. 22)¹⁹⁹.

La competenza ex artt. 21 e 22 devono, tuttavia, essere espressamente accettata dagli Stati: ad oggi non hanno aderito ai ricorsi individuali – di gran lunga i più incisivi²⁰⁰ – *inter alia*, Stati Uniti e Cina.

I poteri che la Convenzione gli conferisce sono: l'adozione di osservazioni conclusive e commenti generali (art. 19 co. 3) sui report statali; l'avviamento di inchieste *ex officio* (art. 20 co. 2) eventualmente inclusive di visite del Paese interessato al fine di accertare la veridicità della denuncia di violazioni sistematiche della Convenzione (art. 21 co. 3)²⁰¹; l'istituzione di una commissione di

¹⁹⁵ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 152 ss; J.REHMAN, cit., pag. 423 ss; M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 579 ss; A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 180; C.ZANGHÌ, cit., pag. 40. Per un approfondimento in generale sul CCT si rinvia a: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet17en.pdf>.

¹⁹⁶ A differenza del Comitato dei diritti dell'uomo delle NU (i cui membri sono tutti giuristi), il CCT è composto da esperti di diversa professionalità, quali medici, psichiatri, giornalisti etc.

¹⁹⁷ Non mancano tuttavia le somiglianze tra i due *treaty body*: gli artt. 21 e 22 CAT sono sovrapponibili agli artt. 41,42 CCPR e artt. 1 ss del Protocollo facoltativo al CCPR.

¹⁹⁸ Ampio successo ha ottenuto la procedura semplificata di redazione dei report che consente di assistere gli Stati nella indicazione di tutti gli elementi utili per il CCT. Per un approfondimento, cfr. S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 126.

¹⁹⁹ Le decisioni del CCT prese in seguito al ricorso individuale non sono giuridicamente vincolanti: solitamente si concludono con la richiesta di adottare misure idonee di riparazione oppure con raccomandazioni in ordine all'adozione di determinati provvedimenti. Si tratta, dal punto di vista internazionalistico, di autorevoli interpretazioni della Convenzione che sanciscono la violazione di un obbligo del trattato. Lo Stato sarà, dunque, tenuto a conformarsi al fine di evitare ulteriori inadempimenti del diritto pattizio. M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 797.

²⁰⁰ Le comunicazioni interstatali non sono mai state utilizzate.

²⁰¹ La procedura di cui all'art. 20 si caratterizza per due aspetti: la cooperazione con lo Stato parte (co. 1) e la confidenzialità dei lavori (co. 5). Gli Stati possono – al momento della ratifica – non riconoscere l'operatività dell'art. 20 nei loro riguardi (come ha fatto, ad esempio, la Cina). Tale procedura non può essere utilizzata per indagare sul singolo caso concreto: la norma parla, infatti, di pratica sistematica, e non si estende a ipotesi di trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Da ultimo, in caso di visita sul territorio è garantito accesso illimitato a luoghi di reclusione, la possibilità di interloquire con ONG e individui presenti, la libera consultazione di documenti.

Ad oggi il CCT ha portato a termine 10 cd inchieste confidenziali ex art. 20. Per un approfondimento, cfr. S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 131 ss. L'ultima, pubblicata il 27 giugno 2017, ha fotografato una preoccupante espansione di queste pratiche in Egitto.

Si legge, a riguardo, nell'ultimo *Report of the Committee against torture*, § 69: “Torture appears to occur particularly frequently following arbitrary arrests and is often carried out to obtain a confession or to punish and threaten political

conciliazione *ad hoc* (art. 21 let e); la redazione di un rapporto annuale sull'attività svolta (art. 24); la formulazione di *general comment* aventi ad oggetto l'interpretazione della CAT (non espressamente prevista dalla Convenzione).

Da ultimo, si segnala come il sistema di controllo in analisi sia stato sostanzialmente indebolito al momento della stesura dell'accordo – su pressione dei Paesi “socialisti” (URSS, RDT e Ucraina) – dalla previsione di una *opting-out clause* (art. 28). La norma dispone che, attraverso un'esplicita dichiarazione all'atto della firma o della ratifica (non in un momento successivo), ogni Stato possa dichiarare di non riconoscere la competenza del CCT.

4.4. Il Protocollo facoltativo alla CAT (2002)

Nonostante le forti opposizioni di alcuni Stati – poco propensi all'introduzione di un controllo ulteriore rispetto a quello esercitato dal Comitato contro la tortura e dal Comitato internazionale della Croce Rossa²⁰² – la proposta della delegazione costaricana di inserire un meccanismo di ispezioni nelle carceri, similmente a quello previsto dalla Convenzione europea del 1987²⁰³, ha trovato l'approvazione dell'Assemblea Generale delle NU il 18 dicembre 2002²⁰⁴.

Il cd OPCAT ha come scopo l'istituzione di un sistema di visite regolari svolte da organismi indipendenti (nazionali e internazionali) nei luoghi in cui le persone sono private della libertà (art. 1).

La finalità che si propone è la prevenzione dei *mistreatment* nei posti in cui il rischio di abusi è più elevato, data la posizione di particolare vulnerabilità delle persone soggette a restrizioni.

dissenters. Torture occurs in police stations, prisons, State security facilities, and Central Security Forces facilities. Torture is perpetrated by police officers, military officers, National Security officers and prison guards. However, prosecutors, judges and prison officials also facilitate torture by failing to curb practices of torture, arbitrary detention and ill-treatment or to act on complaints. Many documented incidents occurred in greater Cairo, but cases have also been reported throughout the country. Perpetrators of torture almost universally enjoy impunity, although Egyptian law prohibits and creates accountability mechanisms for torture and related practices, demonstrating a serious dissonance between law and practice. In the view of the Committee, all the above lead to the inescapable conclusion that torture is a systematic practice in Egypt. The Committee made urgent recommendations to the State party, including to immediately end the practice of torture and ill-treatment in all places of detention; to ensure that officials at the highest level publicly condemn torture and ill-treatment by State agents and adopt a zero-tolerance policy; and to prosecute perpetrators of torture, including those with command or superior responsibility”.

²⁰² Si ricordi, infatti, come anche Il Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) possa ricevere reclami, svolgere visite nei luoghi di reclusione, e in generale indagare circa le condizioni di detenzione dei soggetti rientrati nelle categorie protette dal diritto umanitario (in base alle Convenzioni di Ginevra o sulla base di accordi specifici con gli Stati).

²⁰³ Cfr. Cap. II Par. 7.

²⁰⁴ Al momento in cui si scrive è stato ratificato da 83 Stati: non ne fanno parte USA, Cina e Russia.

Cfr. in materia, M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 886 ss; K.E.TATE, cit., pag. 194 ss; G.BORGNA, *Il sistema di prevenzione istituito dal Protocollo Opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 705 ss.

A tale scopo il Protocollo sancisce un cd doppio binario: da un lato, ha creato il Sotto-Comitato per la prevenzione della tortura (di seguito, SPT)²⁰⁵; dall'altro, ha posto in capo agli Stati l'obbligo di definire meccanismi nazionali di prevenzione.

Il SPT ha il compito precipuo di esaminare, per il tramite di sopralluoghi nel territorio degli Stati che hanno ratificato l'OPCAT, i centri di reclusione ai sensi dell'art. 4.

Come nel caso della Convenzione europea del 1987, non è necessario il previo consenso dello Stato ma la visita deve essere preceduta da una notifica (art. 13) per consentire allo stesso di agevolarne l'espletamento. L' "effetto a sorpresa" è comunque salvaguardato in quanto la comunicazione, nella prassi, viene ritardata quanto più possibile e il Sotto-Comitato, in virtù di un'interpretazione estensiva delle proprie attribuzioni, ha assunto il diritto di visitare anche luoghi diversi rispetto a quelli oggetto di notifica.

Oltre alle visite appena descritte, il SPT ha la possibilità di proporre cd visite *follow up*, a seguito di una missione "regolare" (queste ultime tuttavia sono sottoposte all'autorizzazione dello Stato ex art. 13 co. 4²⁰⁶).

I membri del SPT hanno, poi, in ogni caso la possibilità di avere colloqui riservati con le persone private della libertà, senza testimoni, nonché con qualunque altro individuo che si ritenga possa fornire informazioni rilevanti (art. 14).

Al termine di ogni sopralluogo (cd *country mission*), viene redatto un rapporto conclusivo in cui sono esposti i fatti accertati e le raccomandazioni volte a incrementare la tutela dei reclusi²⁰⁷.

Il rapporto è assolutamente confidenziale: la sua pubblicazione è ammessa esclusivamente su consenso dello Stato interessato oppure in caso di rifiuto del medesimo di seguire le indicazioni ivi svolte²⁰⁸.

Se lo Stato Parte non coopera o predispone misure per migliorare la situazione, il CCT – su richiesta del SPT – oltre a rendere noto il rapporto, può decidere di emettere una "dichiarazione pubblica" sulla questione (art. 16)²⁰⁹.

²⁰⁵ Composto da 25 esperti, è formato da persone di alta levatura morale e comprovata esperienza professionale nel campo dell'amministrazione della giustizia, particolarmente in diritto penale, amministrazione penitenziaria o di polizia, o negli altri ambiti connessi al trattamento delle persone private della libertà. Cfr. artt. 5 ss.

²⁰⁶ A differenza del CPT non ha, invece, il potere di condurre visite *ad hoc*.

²⁰⁷ Nella prassi si registra, altresì, l'istituzione di molteplici procedure nonché l'emanazione di linee guida e documenti programmatici. L'art. 11 let. b) prevede anche la possibilità di effettuare NPM *advisory visits*, volte a coadiuvare l'istituzione o il funzionamento dei meccanismi nazionali di prevenzione. Queste ultime si differenziano dalle OPCAT *advisory visits* che sono, invece, finalizzate ad aiutare lo Stato a implementare le obbligazioni previste dal Protocollo opzionale.

²⁰⁸ Dal decimo (e ultimo) *Annual Report* del SPT risulta che circa la metà degli Stati visitati hanno acconsentito alla pubblicazione del rispettivo rapporto.

²⁰⁹ Nella prassi allo Stato sono dati sei mesi di tempo dalla ricezione del rapporto per comunicare le misure adottate a seguito delle raccomandazioni.

Da ultimo, il SPT svolge due importanti funzioni ex art. 11: in primo luogo, assiste gli Stati nell'istituzione e collabora attivamente con i meccanismi nazionali di prevenzione; in *secundis*, coopera con gli altri organi dei trattati, anche di carattere regionale, nell'azione di prevenzione collettiva degli *ill-treatment*.

La confidenzialità dei rapporti e l'impossibilità di pubblicarli in assenza di consenso statale controbilanciano il potere del SPT di effettuare visite senza previa autorizzazione: in questo modo l'OPCAT intende incentivare la collaborazione tra le parti, *condicio sine qua non* per il funzionamento del sistema. Non esistendo provvedimenti sanzionatori in caso di inottemperanza delle raccomandazioni, il dialogo resta l'unica strada percorribile al fine di ottenere dei risultati concreti nel contrasto a ogni forma di *mistreatment*.

Nella stessa ottica funzionano i meccanismi nazionali che gli Stati hanno l'obbligo di creare o designare²¹⁰ entro un anno dalla ratifica. Si tratta della novità più interessante introdotta dall'OPCAT che trova la propria base giuridica nel principio di sussidiarietà: sono i Paesi a dovere – in prima battuta – assicurare il rispetto dei diritti umani sul proprio territorio; gli organismi internazionali intervengono solo nel caso di inadempimento *tout court* o di insufficiente adempimento.

L'opera degli ispettori interni – pur rispecchiando sostanzialmente, su scala nazionale, quella del SPT²¹¹ – può risultare maggiormente incisiva, in tanto perché questi mantengono una presenza costante sul territorio²¹², e poi perché attraverso il dialogo continuo che hanno con le autorità nazionali possono monitorare più efficacemente i luoghi di detenzione.

L'art. 18 impone agli Stati di garantire loro indipendenza funzionale e adeguate risorse finanziarie per eseguire l'incarico.

4.4.1. Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale

Sebbene l'Italia sia stata uno dei primi firmatari dell'OPCAT, la ratifica è stata effettuata solamente con la l. n. 195/2012, mentre la designazione del meccanismo di controllo nazionale – rappresentato nel nostro Paese, dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà

²¹⁰ Si può, infatti, trattare di istituti già esistenti con altre competenze.

²¹¹ Anche i meccanismi nazionali possono effettuare visite nei luoghi di detenzione in assenza di autorizzazione delle autorità statali (art. 11), acquisire informazioni dalle persone che possano fornire elementi utili (art. 20), indirizzare raccomandazioni agli organi statali competenti al fine di migliorare le condizioni delle persone private della libertà (art. 19). Due sono le differenze rispetto al mandato del SPT: in primo luogo, in assenza di una norma esplicita, si ritiene sussistente il diritto di effettuare visite a sorpresa *ad libitum*; in secondo luogo, il rapporto annuale che devono trasmettere al SPT non è soggetto a obbligo di confidenzialità.

²¹² Secondo il decimo (e ultimo) *Annual Report* del SPT, durante il 2016 sono state effettuate 10 visite ufficiali. Ciò significa che gli ispettori, se si manterrà questa media, saranno in grado di visitare lo stesso Stato ogni 8 anni. Ciò è dovuto principalmente a una mancanza di risorse economiche e di organico che rallentano la gestione del sistema di visite regolari.

personale – è avvenuta con la l. n. 210/2014 (anche se si è dovuto attendere il d.m. 11 marzo 2015 n. 36 per la definizione del regolamento relativo alla struttura e alla composizione dell'ufficio).

L'obbligo previsto dall'OPCAT, invero, è stato adempiuto in concreto nel marzo 2016 attraverso la nomina del primo Presidente dell'organo collegiale di garanzia, Mauro Palma²¹³.

Oltre a collaborare con i garanti territoriali e avere un compito di vigilanza generico sulla corretta esecuzione di qualsiasi misura limitativa della libertà personale, il Garante ha il potere di effettuare visite e monitoraggi senza la necessità di alcuna autorizzazione o preavviso presso i luoghi così come individuati dall'art. 7 d.l. n.146/2013²¹⁴, nonché di formulare specifiche raccomandazioni alle amministrazioni interessate, che saranno foriere – progressivamente – di veri e propri standard da rispettare. Secondo il Codice di autoregolazione²¹⁵, la riservatezza sugli esiti dei sopralluoghi è mantenuta fino alla loro pubblicazione sul sito internet del Garante.

L'elaborazione di raccomandazioni ha principalmente caratterizzato il suo primo anno di operato, determinando la costituzione di un sistema di *soft law* interno che rinalda la normativa vincolante in materia, sulla scorta di quanto accade a livello internazionale e negli ordinamenti più avanzati.

Allo scopo di migliorare il trattamento e la situazione delle persone private della libertà e di prevenire fenomeni di tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, il Garante ha scambi di informazioni e mantiene una reciproca collaborazione con il Sotto-Comitato e i meccanismi nazionali di protezione istituiti da altri Stati che hanno ratificato il Protocollo ONU.

Da ultimo, è tenuto a redigere una Relazione Annuale rivolta alle più alte cariche dello Stato sull'attività svolta.

5. La Convenzione interamericana sulla prevenzione e repressione della tortura (1985)

Come ricordato in precedenza, è solo dagli anni ottanta che il divieto assume i connotati che oggi lo caratterizzano e si registra la specificazione degli obblighi che vi derivano.

Oltre alla Convenzione europea del 1987, anche l'Assemblea dell'Organizzazione degli Stati americani ha adottato il 9 dicembre 1985, un anno dopo l'approvazione della CAT, un trattato *ad hoc*²¹⁶ (di seguito, IACPPT) volto a integrare la previsione di cui all'art. 5 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo.

²¹³ Si tratta di un organo collegiale, istituito presso il Ministero della Giustizia, composto da un Presidente e due membri.

²¹⁴ Nella Prima Relazione al Parlamento (21 marzo 2017) del Garante nazionale emerge come le visite a istituti detentivi siano state 35, a dimostrazione di quanto maggiormente effettivo e stabile possa essere il controllo svolto dai meccanismi di prevenzione nazionale rispetto a quello proprio del SPT.

²¹⁵ Cfr. art. 4 del Codice di autoregolamentazione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, delibera del 31 maggio 2016 (aggiornato con le delibere del 20 settembre 2016 e 10 maggio 2017).

²¹⁶ Sono solamente 18 gli Stati ad averlo ratificato al momento in cui si scrive e, tra questi, non vi sono USA e Canada.

Pur trattandosi di due accordi – stipulati a livello regionale dalle rispettive organizzazioni internazionali – aventi il medesimo oggetto, il loro scopo risulta essere assolutamente divergente: il principale obiettivo della Convenzione interamericana (ugualmente alla CAT) è la lotta all'impunità; la Convenzione europea adotta un altro approccio, basato sulla prevenzione dei *mistreatment* per il tramite del cd monitoraggio *in loco*.

Quanto al contenuto, la Convenzione interamericana si apre all'art. 2²¹⁷ con una nozione di tortura (non presente nell'omologo trattato europeo) che per certi aspetti è più precisa di quella dell'art. 1 CAT, sotto altri estende l'ambito applicativo del bando.

Infatti, se la descrizione della condotta è la stessa (la Convenzione – come la CAT – adopera il sostantivo *act* ma è pacifico sulla base di una lettura teleologica e funzionale che si riferisca implicitamente anche alle omissioni), quanto mai opportuna risulta essere l'indicazione di cui al secondo periodo del co. 1.

A differenza dell'art. 1 CAT, il disposto in analisi qualifica la tortura anche in assenza di sofferenza fisica o psichica, tutelando la dignità umana e la libertà morale a prescindere dall'inflizione di un “*pain*” in senso stretto. La preposizione impiegata è funzionale non solo ad alleviare l'*onus probandi* (spesso gravoso) della vittima, ma anche e soprattutto a ricomprendere in questa definizione tecniche moderne di tortura che non si servono del dolore per ridurre a mezzo la persona²¹⁸.

In secondo luogo, l'art. 2 non utilizza l'aggettivo “*severe*” con riferimento alla sofferenza, non pretendendo il superamento di una soglia di gravità minima. In questo modo vengono evitati da un lato i problemi di misurazione del patimento, dall'altro la fattispecie appare maggiormente determinata assumendo un rilievo minore le peculiarità che la connotano.

²¹⁷ Art. 2: Ai fini della presente Convenzione, la tortura è intesa come ogni atto intenzionalmente eseguito da cui derivi dolore o sofferenza fisica o mentale inflitto a una persona per fini di indagine penale, come mezzo di intimidazione, come punizione personale, come misura preventiva, come pena, o per qualsiasi altro scopo. La tortura deve anche essere intesa come l'uso di metodi su una persona volti ad annichilire la vittima o diminuire le sue capacità fisiche o mentali, anche se non causano dolore fisico o angoscia mentale.

Il concetto di tortura non include il dolore o la sofferenza fisica o mentale che è inerente o solo in conseguenza di misure legali, a condizione che esse non comprendano l'esecuzione di atti o l'uso dei metodi di cui al presente articolo.

²¹⁸ Si pensi, ad esempio, alla tortura “bianca” (cd *no touch torture*) che agisce sulle angosce, fa leva sulle paure e sui punti deboli di ciascuna vittima. Si tratta di tecniche che prescindono dal sangue e da ferite sul corpo, realizzate da veri e propri “professionisti” del dolore. In questa nozione vi rientrano: la reclusione della vittima in una stanza completamente bianca con isolamento sonoro; la privazione del sonno; l'impiego di una benda o di un cappuccio; l'esposizione a un rumore continuo; le *stress position*; l'attesa stessa della tortura o di una esecuzione. In questi casi la lesione dell'integrità psichica è eventuale e talvolta si verifica solo dopo un certo lasso di tempo. La più parte di questi trattamenti puntano al disorientamento, a modificare la percezione che le persone hanno di sé stesse e dell'ambiente circostante, così da indurre uno stato alterato di coscienza (cd stati psicotici). Cfr. sul punto l'approfondito studio psicologico effettuato in A.ZAMPERINI, M.MENEGATTO *Violenza e democrazia. Psicologia della coercizione: torture, abusi, ingiustizie*, Mimesis, Milano, 2016; D.DICESARE, cit., pag. 163.

Quanto all'elemento soggettivo, al pari della CAT è richiesto che l'azione sia dolosa e le condotte prive di *intent* – si pensi, ad esempio, a quelle dovute a negligenza – possono eventualmente integrare *mistreatment* di altro genere.

Sempre con riguardo alla *mens rea*, il trattato dell'OSA contempla poi un dolo specifico “sulla carta”: invero, la clausola “*or for any other purpose*” è talmente ampia da trasformare il medesimo in un dolo generico a tutti gli effetti.

Quest'ultima consente – in pratica – di includere nella nozione in parola altresì comportamenti mossi da puro sadismo o da motivazioni personali.

Infine, merita di essere ricordata la puntualizzazione operata dal co. 2 art. 2 volta ad escludere le “vie di fuga” dagli obblighi convenzionali teorizzate da alcuni Stati membri della CAT a proposito della cd *lawful sanction clause*. Non tutte le pene previste dagli ordinamenti interni non sono di per sé torture, bensì solo quelle che non consistono in condotte che provocano dolore o sofferenze fisiche o psichiche di carattere intenzionale o si risolvono in pratiche volte a ridurre la capacità fisica o psichica dell'individuo o ad annullarne la personalità. Di conseguenza, le sanzioni presenti in alcune legislazioni islamiche (ad es. fustigazioni e simili) incontrerebbero senza dubbio il divieto convenzionale.

È l'art. 3, invece, a disporre il necessario coinvolgimento dello Stato con delle forme (realizzazione, ordine, istigazione o tolleranza) che sostanzialmente ricalcano quelle dell'art. 1 CAT: gli atti di tortura interpretati – in mancanza di un collegamento con pubblici rappresentanti – non sono dunque punibili.

5.1. Gli obblighi statali, i trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti e il sistema di controllo

Le obbligazioni che derivano dalla Convenzione sono molteplici: il carattere assoluto del divieto è sancito dagli artt. 4 e 5 in termini analoghi all'art. 2 CAT, tuttavia è singolare il testo del co. 2 dell'art. 5, in cui si precisa che la pericolosità del detenuto e la carenza di sicurezza del carcere non possono giustificare tali azioni.

L'art. 6 dispone l'obbligo di prevenire e reprimere le violazioni, similmente agli artt. 2 e 4 CAT: anche in questo caso è espresso il dovere di incriminare la tortura e stabilire una pena adeguata al disvalore del fatto.

L'art. 7 sulla formazione degli agenti, l'art. 8 sugli standard procedurali, l'art. 9 sulla congrua riparazione della vittima, l'art. 10 sull'inutilizzabilità degli elementi probatori estorti per il tramite

di torture, gli artt. 11, 12, 13 e 14 concernenti il principio *aut dedere aut iudicare* e quello di *non refoulement*²¹⁹ sono sostanzialmente uguali a quelli della CAT.

Non esiste nella Convenzione una norma equiparabile all'art. 16 CAT, e non è neppure indicata una nozione di trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Si tratta comunque di forme meno gravi di maltrattamenti a cui non sono applicabili tutti gli obblighi previsti dal trattato nei confronti della tortura: non è un caso che il riferimento esplicito agli stessi sia operato esclusivamente con riguardo all'obbligo di prevenzione e repressione ex art. 6 co. 2, all'obbligo di formazione per le forze dell'ordine ex art. 7 co. 2 e, infine, al divieto di estradizione in uno Stato in cui il soggetto rischi di essere sottoposto a tali *misbehaviour* ex art. 13 co. 4.

A contrario, la Convenzione non contempla per questi ultimi l'obbligo di incriminazione, l'obbligo di investigazione e di un successivo esame imparziale del fatto, l'inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito attraverso gli stessi e il diritto a una debita riparazione. Invero, la giurisprudenza della Commissione e della Corte interamericana – come vedremo nel Cap. III – ha in parte esteso tali imposizioni anche a queste categorie di *ill-treatment*.

La tutela risulta, ad ogni modo, dimidiata in virtù della minore gravità e conseguente riprovevolezza di tali condotte.

Da ultimo, la Convenzione non dispone un nuovo organo volto all'accertamento delle infrazioni del suo dettato, bensì affida alla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo (l'istituzione autonoma dell'Organizzazione degli Stati americani creata nel 1959 allo scopo di promuovere il rispetto dei diritti umani in tutti i Paesi membri) la sua supervisione ex art. 17²²⁰.

Nel suo report annuale è presente una sezione appositamente dedicata all'ottemperanza della Convenzione da parte degli Stati, mentre questi ultimi sono tenuti a comunicarle le iniziative legislative, amministrative e giudiziarie prese al fine di rendere effettivo il divieto.

6. Tortura e detenzione: le fonti da considerare

In aggiunta alle Regole minime per il trattamento dei detenuti (1957) e al Codice di condotta per i funzionari che applicano la legge (1979) precedentemente indicate, le Nazioni Unite nel dicembre del 1988 si sono dotate del Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualunque forma di detenzione o restrizione.

²¹⁹ L'art. 13 co. 4, a differenza dell'art. 3 CAT, precisa invero che anche nel caso in cui l'estradata rischi di essere sottoposto a trattamenti crudeli, inumani o degradanti nello Stato di destinazione operi il divieto.

²²⁰ Cfr. *supra* Par. 3.8.

Oltre all'obbligo di trattare qualsiasi soggetto recluso umanamente, nel rispetto della dignità individuale (art. 1), l'art. 6²²¹ del testo adottato dall'Assemblea Generale esplicita il divieto di tortura. Peculiare rispetto alle enunciazioni passate appare l'indicazione di una nozione specifica delle condotte vietate, contenuta nel Commento che segue il documento²²²: si tratta di una definizione elastica che si riferisce espressamente, in via esemplificativa, alle tecniche che determinano una deprivazione sensoriale.

Come nell'art. 2 della Convenzione interamericana, anche in questo caso vi può essere un *mistreatment* pur in assenza di un dolore fisico o una sofferenza psichica in senso stretto.

Particolarmente importanti, tra le posizioni soggettive previste espressamente dal Corpo di principi, risultano essere l'obbligo di denuncia dei pubblici ufficiali che abbiano ragioni per credere che il dettato normativo sia stato violato (art. 7 co. 2)²²³ e il diritto di richiesta/denuncia dei difensori o degli stessi carcerati che siano stati maltrattati in regime di limitazione della propria libertà (art. 33 co. 1)²²⁴.

Due anni dopo, e più precisamente il 14 dicembre 1990, l'Assemblea Generale delle NU ritornerà sul tema disponendo i Principi fondamentali sul trattamento dei detenuti. In buona sostanza, l'atto intende esplicitare e ribadire le norme basilari in materia, già contenute nelle Regole minime standard. La dignità del recluso, *inter alia*, è garantita attraverso il rispetto delle principali Convenzioni a tutela dei diritti umani così come richiamate dall'art. 5, e nessuna posizione soggettiva – compreso il diritto a non essere sottoposti a maltrattamenti – può essere derogato.

Si aggiunga che, anche i principi afferenti il divieto di discriminazione (art. 2), l'isolamento prolungato (art. 7) e la mancanza di cure mediche adeguate (art. 9), riguardano indirettamente la tortura, rientrando appieno nella sua tradizionale fenomenologia.

A proposito, pare il caso di citare le Regole penitenziarie europee vigenti tra gli Stati-membri del Consiglio d'Europa: adottate dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2007, rappresentano una forma aggiornata e revisionata delle precedenti norme stabilite dallo stesso organo nel febbraio del 1987. Tra di esse, seppur non vi sia il divieto di tortura, ritroviamo regole sulle condizioni di detenzione (artt. 14 ss), sulle cure (artt. 39 ss) e sulle sanzioni irrogabili ai detenuti (artt. 56 ss) che

²²¹ Art. 6: Nessuna persona sottoposto a qualsiasi forma di detenzione o comunque privata della libertà può essere sottoposta a tortura o a trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti. Nessuna circostanza può essere invocata come giustificazione di tortura o altro trattamento o punizione crudele, inumana o degradante.

In materia, cfr. N.S.RODLEY, M.POLLARD, *The treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

²²² «The term "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment" should be interpreted so as to extend the widest possible protection against abuses, whether physical or mental, including the holding of a detained or imprisoned person in conditions which deprive him, temporarily or permanently, of the use of any of his natural senses, such as sight or hearing, or of his awareness of place and the passing of time».

²²³ Cfr. art. 8 co. 2 del Codice di condotta per i funzionari che applicano la legge.

²²⁴ L'art. 36 delle Regole minime per il trattamento dei detenuti non si riferiva espressamente alla tortura.

implicitamente lo contemplano. È poi fatto obbligo di formazione sul punto agli agenti di polizia penitenziaria (art. 81 co. 4)²²⁵ e riferimento agli standard del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (Cfr. Preambolo).

Tornando al piano universale, il paragrafo non può che concludersi con le cd *Nelson Mandela Rules*: adottate all'unanimità dall'Assemblea Generale delle NU il 17 dicembre 2015, hanno sancito una rivisitazione e un aggiornamento delle Regole minime per il trattamento dei detenuti di sessanta anni prima.

La centralità del bando in analisi emerge non solo dalla sua collocazione all'interno dell'atto – è l'art. 1²²⁶, in apertura al testo, a sancirne l'assoluta inderogabilità – ma anche dai numerosi richiami che si trovano nelle diverse parti della Risoluzione.

Un rinvio a tali azioni è, infatti, presente con riguardo ai documenti dei detenuti, tra i quali sono incluse anche le accuse di tortura o di altri *misbehaviour* ai sensi della Regola 8; ai servizi sanitari, che non possono consistere in torture o altri maltrattamenti, ivi compresi esperimenti medici o scientifici (come ad esempio la rimozione di cellule, tessuti e organi, precisa la Regola 32); all'obbligo di documentazione e denuncia da parte dei sanitari alle competenti autorità dei maltrattamenti subiti dal recluso, nel caso in cui questi presenti dei segni sul proprio corpo indicativi in tal senso (Regola 34); alle restrizioni o sanzioni disciplinari che non possono assumerne le forme (Regola 43²²⁷); all'obbligo di esaminare i reclami aventi ad oggetto tali condotte in modo celere e imparziale, da parte di un organismo indipendente che sia in grado di compiere un'inchiesta effettiva (Regola 57) e assicurare che i soggetti potenzialmente coinvolti non abbiano alcun ruolo nell'indagine (Regola 71); al dovere di formazione del personale del carcere (Regola 76).

Si tratta, in buona sostanza, di un'elencazione completa ed esaustiva di tutte le regole e le pratiche volte a prevenire e reprimere la tortura nei luoghi di reclusione che riassume le norme presenti nei diversi strumenti internazionali precedentemente incontrati.

Sebbene continui a trattarsi di una fonte appartenente alla cd *soft law*, occorre evidenziare come da un lato alcuni dei principi espressi ripropongano quelli presenti nei trattati, dall'altro l'adozione all'unanimità in sede di Assemblea Generale delle NU e il riferimento nelle Osservazioni

²²⁵ Art. 81 co. 4: La formazione di tutti i membri del personale deve comprendere lo studio degli strumenti internazionali e regionali per la protezione dei diritti dell'uomo, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti, nonché l'applicazione delle Regole penitenziarie europee.

²²⁶ Regola 1: Tutti i detenuti saranno trattati con il rispetto dovuto alla loro dignità e valore come esseri umani. Nessun prigioniero sarà sottoposto a, e tutti i prigionieri saranno protetti da, torture e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti, per i quali nessuna circostanza può essere invocata come giustificazione.

²²⁷ La Regola vieta esplicitamente l'isolamento indefinito o prolungato; il posizionamento in una cella buia o costantemente illuminata; le punizioni corporali e la mancata somministrazione di cibo o di acqua; le pene collettive.

preliminari a “ciò che è generalmente accettato come buoni principi e pratiche nel trattamento dei reclusi e la gestione della carceri” e al “consenso generale del pensiero contemporaneo” sull’argomento, impongono all’interprete di verificare se la Regola presa in considerazione abbia o meno carattere consuetudinario.

Da ultimo, è necessario rammentare – a conclusione di questa elencazione – il Manuale per un’efficace indagine e documentazione di tortura o altro trattamento o pena crudele, disumano o degradante, sottoposto all’Alto Commissariato per i diritti umani delle NU il 9 agosto 1999²²⁸.

Pur non presentando una funzione normativa in senso stretto, il cd Protocollo di Istanbul individua una serie di standard rivolti a tutti coloro i quali svolgano indagini (o comunque raccolgano prove in relazione a presunti casi di tortura) con il fine di implementare la protezione delle persone da questi illeciti. È infatti solo attraverso una documentazione idonea che abusi di tal genere possono essere prevenuti e sanzionati, *a fortiori* se consumati nell’ambiente carcerario.

7. Le convenzioni a tutela dei “soggetti deboli”

È fatto divieto di tortura anche in una serie di convenzioni sui diritti umani che presentano scopi differenti rispetto alla disciplina della tematica in analisi. Si pensi alla Convenzione sui diritti del fanciullo – approvata dall’Assemblea generale delle NU il 20 novembre 1989 – predisposta per la tutela dei minori così come definiti dall’art. 1²²⁹.

La mancanza di maturità fisica e intellettuale li rende “soggetti deboli” bisognosi di una “protezione particolare” anche avverso i *mistreatment*, siano essi eseguiti in un luogo di detenzione siano essi compiuti all’interno di una privata dimora (cfr. sul punto art. 37²³⁰). D’altronde, se la dignità deve essere effettivamente garantita nei riguardi degli adulti, *a fortiori* andrà fatto nei confronti degli individui più vulnerabili.

²²⁸ Il manuale e i principi sono il risultato di tre anni di analisi, ricerca e redazione, intrapresi da più di 75 esperti in diritto, sanità e diritti umani, rappresentanti di 40 organizzazioni o istituti di 15 differenti Paesi. Per quanto riguarda le garanzie procedurali da utilizzare nei riguardi dei detenuti cfr. pag. 90 ss.

²²⁹ Art. 1: Ai sensi della presente Convenzione si intende per fanciullo ogni essere umano avente un’età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile.

²³⁰ Art. 37: Gli Stati parti vigilano affinché: a) nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l’imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni; b) nessun fanciullo sia privato di libertà in maniera illegale o arbitraria. L’arresto, la detenzione o l’imprigionamento di un fanciullo devono essere effettuati in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima *ratio* e avere la durata più breve possibile; c) ogni fanciullo privato di libertà sia trattato con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità della persona umana e in maniera da tenere conto delle esigenze delle persone della sua età. In particolare, ogni fanciullo privato di libertà sarà separato dagli adulti, a meno che si ritenga preferibile di non farlo nell’interesse preminente del fanciullo, ed egli avrà diritto di rimanere in contatto con la sua famiglia per mezzo di corrispondenza e di visite, tranne che in circostanze eccezionali; d) i fanciulli privati di libertà abbiano diritto ad avere rapidamente accesso a un’assistenza giuridica o a ogni altra assistenza adeguata, nonché il diritto di contestare la legalità della loro privazione di libertà dinanzi un Tribunale o altra autorità competente, indipendente e imparziale, e una decisione sollecita sia adottata in materia.

Tutti i Tribunali e gli organi di controllo dello *human rights law* considerano gli anni del soggetto passivo tra gli elementi rilevanti per vagliare la gravità della sofferenza patita, cosicché il divieto di tortura possa trovare un'applicazione maggiormente estesa con il diminuire dell'età.

Anche il sesso importa a questi fini: è pacifico che la medesima condotta non qualificabile come tortura se posta in essere verso un uomo, lo possa diventare se la vittima è una donna.

L'art. 3²³¹ della Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne – adottata il 20 dicembre 1993 dalla Assemblea Generale delle NU – prevede espressamente il bando *de quo*.

L'obiettivo della Convenzione è quello di promuovere l'uguaglianza giuridica, sociale, economica e politica tra i sessi²³², tramite l'affermazione di quei diritti calpestati dalla “continua ed endemica” violenza che le donne sono costrette a subire. È l'art. 2 a contenere le forme classiche di manifestazione della tortura nei loro confronti. Da ultimo, si segnala come la Convenzione nell'imporre agli Stati l'obbligo di prevenire, indagare e punire la stessa (art. 4 let. c), si rivolga non solo all'agente pubblico ma anche ai privati. Le violenze domestiche sono, infatti, la principale ipotesi di cd tortura interprivata che si riscontra nella giurisprudenza delle Corti dei diritti umani²³³.

Meritano di essere ricordate con riferimento alla protezione delle donne anche le cd Regole di Bangkok²³⁴, predisposte dalle NU con risoluzione 22 luglio 2010 con l'intento di mettere in pratica il principio di non discriminazione nei riguardi delle autrici di reato e consentire l'esecuzione della sanzioni penali in conformità alle esigenze loro proprie.

Oltre alle norme *ad hoc* volte a garantire determinati standard di igiene personale e cure mediche al di sotto dei quali possono sussistere trattamenti inumani o degradanti, pare il caso di citare la Regola 7²³⁵ nei limiti in cui intende contenere gli episodi di violenza all'interno del carcere.

Altresì la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità – adottata dall'Assemblea Generale il 13 dicembre 2006 con lo scopo di “promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed eguale

²³¹ Art. 3 let. h): il diritto a non essere sottoposte a tortura, o ad altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti.

²³² Cfr. Preambolo della Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne.

²³³ Nell'ambito del Consiglio d'Europa, in materia, cfr. la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (2011). Per un approfondimento si rinvia a C.FOCARELLI, cit., pag. 138.

²³⁴ Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reati, Risoluzione n. 16/2010.

²³⁵ Regola 7: Se vengono diagnosticate violenze sessuali o altre forme di violenze subite prima o durante la detenzione, la detenuta deve essere informata circa il suo diritto di ricorrere alle autorità giudiziarie. Inoltre, la detenuta sarà esaurientemente informata circa le procedure e le iniziative da intraprendere. Se la detenuta decide di intraprendere un'azione legale, il personale addetto deve esserne avvertito e informare immediatamente l'autorità competente al fine di dare inizio all'indagine in merito. Le autorità penitenziarie devono aiutare le detenute che si trovano in una tale situazione ad avere accesso all'assistenza legale.

Qualunque sia la decisione della detenuta riguardo ad un'azione legale, le autorità penitenziarie devono fare in modo di assicurarle un accesso immediato ad un supporto o un aiuto psicologico specializzato.

Devono essere adottate misure concrete per evitare ogni forma di ritorsione nei confronti delle detenute che denunciano violenze o che ricorrono ad azioni legali.

godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro inerente dignità” (art. 1) – enuncia il divieto di tortura. Mentre l’art. 16 intende prevenire e reprimere in genere violenze, maltrattamenti e sfruttamento a cui sono maggiormente esposti i “soggetti deboli” in parola, l’art. 15²³⁶ contiene *expressis verbis* il bando con una formulazione uguale a quella di cui all’art. 7 CCPR. Anche in questo caso è, infatti, presente il rinvio agli esperimenti medici o scientifici. Del resto, sono stati proprio i disabili le vittime principali di questa tipologia di violenze, divulgate come pseudo forme di “test medici o scientifici” all’interno dei campi di concentramento nazisti.

8. La tortura in Europa

Il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello stato di diritto e dei diritti umani sono i valori su cui poggia l’Unione (cfr. art. 2 TUE).

A livello delle fonti primarie dell’ordinamento UE, il divieto di tortura non solo è previsto espressamente dalla Carta di Nizza, ma rientra anche tra i principi generali in quanto disposto dall’art. 3 CEDU (cfr. art. 6 co. 3 TUE)²³⁷.

È nel settore della politica estera che l’Unione si è occupata maggiormente del fenomeno, come dimostrano gli “orientamenti per una politica nei confronti dei paesi terzi in materia di tortura e altre pene o trattamenti inumani o degradanti”²³⁸. Il loro scopo è quello di istituire uno strumento operativo utilizzabile dall’organizzazione nelle relazioni con i Paesi terzi al fine di contrastare gli *ill-treatment*. Le nozioni ivi adoperate rimandano sostanzialmente a quelle della CAT²³⁹.

In attuazione dei medesimi orientamenti, la UE si è inoltre dotata di un regime speciale di importazione e esportazione relativo alle merci usate per praticare *mistreatment*, oltre che per eseguire la pena di morte. Tale normativa è contenuta nel regolamento del Consiglio n. 1236/2005 (così come aggiornato e modificato dallo stesso Consiglio nel novembre 2016).

²³⁶ Art. 15: Nessuna persona sarà sottoposta a torture, a pene o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti. In particolare, nessuno sarà sottoposto senza il proprio libero consenso a sperimentazioni mediche o scientifiche. Gli Stati Parti prenderanno ogni efficace misura legislativa, amministrativa, giudiziaria o di altra natura per impedire che persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, subiscano tortura o trattamento o punizione crudele, inumana o degradante.

²³⁷ Cfr. *funditus* M.OLIVETTI, *Art. 4 e proibizione della tortura*, in *L’Europa dei diritti* (R.BIFULCO, M.CARTABIA, A. CELOTTO a cura di), il Mulino, Bologna, 2001, pag. 60 ss; M.E.CASTALDO, *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, in *Guida al diritto de Il sole-24 ore*, 2007, pag. 40 ss; E.PISTOIA, *La tortura nella fortezza europea: possibilità e carenze dell’Unione europea*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L.ZAGATO, S.PINTON, Cedam, 2010, pag. 243 ss.

²³⁸ L’ultimo aggiornamento del 13 marzo 2012 è reperibile in:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar10109>.

²³⁹ “Nei presenti orientamenti il termine “tortura” viene usato conformemente alla definizione di cui all’articolo 1 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. Ai fini dei presenti orientamenti per altri maltrattamenti si intende ogni forma di trattamento o pena crudele, disumana o degradante, ivi comprese le pene corporali, che privi l’individuo della sua integrità fisica e mentale”.

Indipendentemente dal merito della regolazione, appaiono rimarchevoli le definizioni di cui all'art. 2 dal momento che, se la descrizione della tortura è uguale a quella di cui all'art. 1 CAT, viceversa, per i *misbehaviour* di altro tipo da un lato la norma – conformemente alla CAT – richiama i trattamenti “crudeli” e richiede la presenza di un funzionario pubblico, dall'altro rinvia al criterio del *minimum level of severity* del diritto di Strasburgo²⁴⁰.

Si tratta di un'interessante formulazione che si giustifica in base alla mancanza di una nozione espressa dei maltrattamenti meno gravi in seno alla CAT e al ruolo rivestito dalla Convenzione europea nel diritto unionale²⁴¹.

Passando dalle competenze esterne a quelle interne, pare il caso di ricordare in questa sede altresì l'istituto del mandato di arresto europeo (così come disciplinato dalla decisione quadro del 13 giugno 2002). Pur non essendovi una norma *ad hoc* nella decisione, la più parte degli Stati – tra cui l'Italia – nella leggi di attuazione all'atto UE hanno espressamente previsto, tra le cause di rifiuto della consegna del destinatario della procedura esecutiva, “il serio pericolo che il ricercato sia sottoposto a pena di morte o trattamenti inumani o degradanti”, in armonia con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 3. Non rientra, invece, tra i 32 reati che non necessitano della cd doppia incriminazione quello di tortura, a meno che non configuri un crimine internazionale di competenza della Corte penale internazionale.

L'attenzione dell'Europa nei riguardi dell'illecito è tangibile anche sul versante del sostegno a chi lo ha subito: lo strumento europeo per la democrazia e i diritti umani (cd EIDHR) è, infatti, una delle principali fonti di finanziamento per la riabilitazione delle vittime e la prevenzione di queste pratiche in tutto il mondo²⁴².

²⁴⁰ Art. 2: “*cruel, inhuman or degrading treatment or punishment means any act by which pain or suffering attaining a minimum level of severity, whether physical or mental, is inflicted on a person, when such pain or suffering is inflicted either by or at the instigation of, or with the consent or acquiescence of, a public official or other person acting in an official capacity*”.

Nei considerando del Regolamento è esplicitato infatti che: “*The definition of torture in Regulation (EC) No 1236/2005 was taken over from the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and continues to be valid. The definition of ‘other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment’, which is not found in that Convention, should be amended to align it with the case law of the European Court of Human Rights*”.

²⁴¹ Del resto, si ricordi in via generale quanto stabilito dall'articolo 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione.

²⁴² Durante l'anno 2017 finanzia una serie di nuovi progetti della società civile destinati alla lotta contro gli *ill-treatment*, per un importo complessivo di 13,5 milioni di euro Cfr. la Dichiarazione dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Federica Mogherini, in occasione della Giornata internazionale a sostegno delle vittime della tortura del 26 giugno 2017.

9. Il diritto internazionale penale

La punizione dei crimini internazionali è un modo per garantire il rispetto dei diritti umani: l'imputazione individuale delle cd *gross violations* consente, infatti, d'incrementare la protezione delle posizioni soggettive fondamentali assicurato dalla responsabilità statale.

Il diritto internazionale penale nasce da questa esigenza: sanzionare le condotte dei singoli al fine di arginare la lesione dei valori su cui poggia la Comunità internazionale²⁴³; alla dichiarazione sulla carta, doveva seguire la difesa giurisdizionale dei beni giuridici universali.

Le conseguenze della violazione del divieto di tortura ne sono state, per molti versi, la plastica dimostrazione. Invero, dall'accertamento dei fatti da parte dei Tribunali dei diritti umani e degli organi di controllo, nella migliore delle ipotesi poteva scaturire un risarcimento del danno o una cd *restitutio in integrum* per la vittima. Gli eventuali riflessi penali erano, invece, lasciati alla "buona volontà" delle autorità nazionali – tra le cui fila spesso militavano gli stessi responsabili dell'illecito – e l'assoluta impunità che ne derivava offriva un facile pretesto per continuare a torturare.

Fu solo responsabilizzando le persone fisiche attraverso l'esercizio internazionale (e nazionale) dell'azione penale che si incominciò a prevenire realmente questo tipo di comportamenti²⁴⁴.

È noto come la gravità dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale rappresentò il punto di svolta dell'evoluzione dei cd *delicta iuris gentium*: il catalogo dei medesimi iniziò a prendere corpo già alla fine del XIX secolo²⁴⁵, ma è solo a partire dall'Accordo di Londra del 1945 (istitutivo del Tribunale militare internazionale di Norimberga) e dalla decisione del 1946 con cui fu creato il Tribunale militare internazionale per l'estremo oriente (cd Tribunale di Tokyo) che la responsabilità penale individuale assunse i contorni che oggi la caratterizzano²⁴⁶.

²⁴³ "Valori comuni a tutti i popoli" si legge nel Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale.

²⁴⁴ Come affermò il Tribunale di Norimberga: "I crimini contro il diritto internazionale sono commessi da uomini, non da entità astratte, e solo punendo gli individui che commettono quei crimini, le prescrizioni di diritto internazionale possono essere fatte rispettare". Cfr. B.NASCIMBENE, cit., pag. 463.

²⁴⁵ *Crimina iuris gentium* erano considerati, in passato, la pirateria e i crimini di guerra: è nel diritto internazionale umanitario (cfr. Convenzioni dell'Aia 1899 e 1907) che comincia ad affermarsi la responsabilità penale individuale a livello internazionale.

²⁴⁶ In materia, si rimanda ai seguenti manuali e monografie: M.C.BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 99 ss; A.CASSESE, *Lineamenti...*, cit., pag. 11 ss; F.TRIONE, cit., pag. 9 ss; C.BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 159 ss; W.A.SHABAS, *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pag. 349 ss; M.C.BASSIOUNI, *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge University Press, New York, 2011, pag. 411 ss; S.DEWULF, *The signature of evil: (re)Defining Torture in International Law*, Intersentia, 2011, pag. 39 ss; C.FOCARELLI, cit., pag. 301 ss; G.WERLE, F.JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pag. 29 ss; R.O'KEEFE, *International criminal law*, Oxford University Press, New York, 2015, pag. 80 ss; E.AMATI, V.CACCAMO, M.COSTI, E.FRONZA, A.VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016.

Se è vero che si tratta di regole che direttamente si indirizzano agli individui²⁴⁷, occorre fin da subito ricordare come ciò non escluda la responsabilità statale ogniqualvolta ad agire siano loro organi²⁴⁸.

Allo stesso tempo, come si desume dagli atti istitutivi dei Tribunali sovra menzionati, l'aver agito come Capo di Stato o funzionario pubblico non costituisce circostanza che esclude la punibilità o un'attenuante di per sé; al più, il comportamento eseguito su ordine del Governo, può essere motivo di diminuzione della pena, se lo richiedono "esigenze di giustizia".

Probabilmente il merito storico più importante che hanno avuto i due Statuti fu quello di tradurre fenomeni tradizionalmente confinati all'alveo della "politica" in senso lato, in vere e proprie fattispecie penali: per il loro tramite, i divieti internazionalistici fino ad allora esistenti e le norme dello *humanitarian law* assunsero le forme dei crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità²⁴⁹. Sotto altro profilo, non mancò la definizione di due tra i principi fondamentali che connotano tuttora la materia: da un lato, il superamento del principio di legalità inteso in ottica prettamente nazionalistica: la responsabilità penale sussiste anche in assenza di un reato sul piano interno²⁵⁰; dall'altro, il diritto al processo equo per ogni persona accusata di un simile crimine.

I Tribunali in questione presentavano, tuttavia, limiti di non poco conto, tra i quali: la competenza circoscritta ai fatti accaduti durante il secondo conflitto mondiale e l'istituzione *ex post facto* ad opera delle potenze vincitrici; inoltre, veniva loro imputata la (presunta) violazione del principio di irretroattività connessa alla mancata definizione dei crimini internazionali al momento dell'attuazione delle azioni processate²⁵¹.

²⁴⁷ In *parte qua*, la dottrina ritiene che concorrano alla formazione della soggettività internazionale degli individui.

²⁴⁸ Si rinvia per un approfondimento a B.CONFORTI, cit., pag. 389 ss, e al Par. 8.5.

²⁴⁹ Il crimine di genocidio – originariamente inteso come una speciale sotto-categoria dei crimini contro l'umanità, oggi pacificamente ritenuto fattispecie autonoma – venne introdotto solamente con la Convenzione del 1948.

²⁵⁰ I "crimini di diritto internazionale" sono definiti come gli illeciti previsti dall'ordinamento giuridico internazionale che descrivono una fattispecie individualmente rimproverabile, vi ricollegano una pena e sono in grado di fondare direttamente una responsabilità penale individuale, senza necessità di trasposizioni negli ordinamenti nazionali (G.WERLE, cit., pag. 42). Secondo la dottrina maggioritaria tali crimini hanno per oggetto la violazione di norme di diritto internazionale consuetudinario finalizzate a proteggere beni giuridici considerati meritevoli di tutela dall'intera comunità internazionale. Si tratta di crimini dal carattere massivo e dalla pluralità di vittime e di agenti. Rientrano in questa nozione unanimemente i cd *core crime*, ossia genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e l'aggressione.

Questi delitti non devono essere confusi con i cd *treaty crime*, ossia gli illeciti imposti dagli accordi internazionali su cui non sussiste la giurisdizione della CPI (art. 27) e la cui punizione è subordinata all'implementazione degli ordinamenti nazionali (si pensi, ad esempio, al traffico di armi, alla tortura o al terrorismo internazionale).

Secondo una nozione più estesa (fatta propria, seppur in termini differenti, da A.CASSESE e R.O'KEEFE), invece, per crimini internazionali devono intendersi tutte le violazioni delle norme internazionali che implicano la responsabilità penale individuale dei soggetti coinvolti. Sono ricomprese in questa definizione anche la tortura (in sé e per sé considerata) e le forme estreme di terrorismo.

²⁵¹ A riguardo, pare il caso di ricordare come se è vero che non esistessero all'epoca dei delitti definiti a livello internazionale, tuttavia si trattava – fatte salve talune eccezioni – di illeciti previsti e puniti dalle legislazioni nazionali. In secondo luogo, i giudici evidenziarono che il principio del *nullum crimen sine lege* deve cedere il passo a una nuova norma quando sarebbe immorale e ancor più disumano non punire determinate condotte.

Sarà solo negli anni novanta – dopo i conflitti nella ex-Jugoslavia e in Ruanda – che il diritto internazionale penale supererà (parzialmente) tali problematiche con l'istituzione, da parte del Consiglio di Sicurezza delle NU, dei due Tribunali ad hoc²⁵².

Difatti, sebbene anch'essi siano sorti dopo la verifica dei fatti oggetto di giurisdizione e abbiano una competenza speciale²⁵³, tuttavia non furono creati dalle potenze vincitrici e, soprattutto, il divieto di crimini di genocidio, contro l'umanità e crimini di guerra si era consolidato sul piano internazionale prima della commissione degli atti sindacati. In buona sostanza, i loro rispettivi Statuti non prevedono nuove fattispecie, bensì contemplano delitti già esistenti²⁵⁴ e riconosciuti nell'ordinamento internazionale.

Un'peculiarità delle Corti in analisi è rappresentata dalla primazia della loro giurisdizione rispetto a quelle nazionali: a norma dello Statuto, possono avocare a sé un procedimento che sia iniziato dinanzi agli organi di uno Stato se sussistono ragioni di opportunità in tal senso (ad es. per garantire una maggiore imparzialità o la ragionevole durata del processo)²⁵⁵.

In parte qua, si delinea una netta divergenza con la giustizia penale cd a vocazione universale²⁵⁶ della Corte penale internazionale (in seguito, CPI).

Lo Statuto di Roma²⁵⁷, infatti, abbraccia il solo principio di sussidiarietà: i giudici dell'Aia possono intervenire esclusivamente quando le autorità nazionali, di fronte a crimini di sua competenza, non vogliono o non possano attivarsi. Si tratta di ipotesi di “ingiustificata inerzia” che richiedono l'azione della magistratura internazionale.

Le differenze tra i Tribunali penali internazionali non si esauriscono nella cd clausola di primazia: da un lato, la CPI ha carattere permanente in quanto non è destinata a operare per un lasso di tempo

²⁵² Il Tribunale internazionale per la persecuzione delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio della ex-Jugoslavia (in seguito, TPJ), istituito con Risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993, e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (in seguito, TPR), istituito con Risoluzione n. 955 del 8 novembre 1994. Lo Statuto del secondo Tribunale è praticamente identico a quello del TPJ, così come sono assai simili prassi giurisprudenziali e consuetudini loro proprie.

²⁵³ Il TPJ è chiamato a giudicare gli eventi avvenuti in quattro differenti conflitti: (Croazia 1991-1995), Bosnia-Erzegovina (1992-1995), Kosovo (1998-1999) e Macedonia (2001). Il TPR si occupa del conflitto etnico tra le popolazioni degli Utu e dei Tutsi sul territorio ruandese e dei crimini commessi dagli stessi ruandesi negli Stati confinanti durante il 1994.

²⁵⁴ Si ricordi come la disciplina processuale sia contenuta nei rispettivi regolamenti di procedura e prova adottati dagli stessi giudici e da questi modificati e corretti nel corso degli anni.

²⁵⁵ Si ricordi come sia presente, altresì, una parziale deroga al principio del *ne bis in idem* (art. 10 co. 2 TPJSt; art. 9 co. 2 TPRSt.).

²⁵⁶ Tale nozione si riferisce alla limitazione di sovranità in materia penale cui gli Stati acconsentono con la ratifica del trattato: la Corte penale internazionale, per i crimini di sua competenza, presenta una giurisdizione “senza territorio”, che non si ferma ai confini statali ma si estende globalmente. Non si tratta, tuttavia, di una vera e propria giurisdizione universale poiché non può procedere nei confronti di cittadini di Stati non aderenti e in merito a fatti verificatisi sul territorio di Stati che non hanno ratificato lo Statuto, salvo il loro consenso.

²⁵⁷ Lo Statuto è stato approvato il 17 luglio 1998 a Roma dopo una conferenza a cui hanno preso parte 120 Stati. La Corte penale internazionale non è stata, dunque, istituita attraverso Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, bensì per il tramite di un trattato internazionale, entrato in vigore il 1 luglio 2002. Al momento in cui si scrive, la Cina, l'India e la Turchia non hanno neppure firmato l'accordo, mentre USA e Russia non lo hanno ratificato: più del 70% della popolazione mondiale è quindi potenzialmente sottratta alla sua giurisdizione.

limitato; dall'altro – al netto di accordi *ad hoc* ex art. 12 co. 3 – può giudicare tutti i crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto nei territori di uno Stato parte o gli imputati aventi la loro cittadinanza (art. 12). Pertanto, non sono presenti le limitazioni temporali e geografiche che caratterizzano il mandato del TPJ e del TPR e, per la prima volta nella storia, viene sancito un sindacato penale internazionale relativo ad accadimenti successivi alla sua istituzione.

La tortura e i trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti possono integrare tutte e tre le categorie di crimini internazionali (genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra) di competenza dei Tribunali ad hoc e della CPI: la corretta qualificazione del caso concreto dipende dalla presenza del cd elemento di contesto (cd *Chapeau* o *Contextual Element*).

Più precisamente, se anche un singolo *mistreatment* è stato commesso in connessione con un conflitto armato si tratterà di un crimine di guerra; se viceversa è parte di una prassi “estesa o sistematica” sarà un crimine contro l'umanità; da ultimo, può costituire l'elemento oggettivo del genocidio sempre che sussista il dolo specifico suo proprio, ossia la finalità di distruzione del gruppo-vittima.

Peraltro, è presente nel diritto internazionale penale un istituto affine al nostro concorso formale di reati ex art. 81 cp, di conseguenza, è possibile che la stessa condotta implichi la consumazione di più delitti e si dia luogo ad una condanna plurima (cd *cumulative convictions*) qualora sia sussumibile in fattispecie differenti. In altre parole, lo stesso atto di tortura può, al contempo, comportare la violazioni di diverse disposizioni dello Statuto²⁵⁸.

9.1. La tortura come crimine di guerra

L'art. 2 dello Statuto del TPJ, con riferimento ai crimini di guerra, ricomprende espressamente i maltrattamenti tra i casi di “violazioni gravi” delle Convenzioni di Ginevra (1949)²⁵⁹, mentre l'art. 3 – pur non indicandoli – li contempla implicitamente, rinviando al diritto consuetudinario di guerra entro il quale è unanimemente ricondotto il divieto di *misbehaviour*²⁶⁰.

²⁵⁸ F.TRIONE, cit., pag. 83; C. BURCHARD, cit., pag. 172.

²⁵⁹ Art. 2, let b): La tortura o i trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici.

Il riferimento espresso alle sole “violazioni gravi” delle Convenzioni del 49 limita la portata dell'art. 2 ai soli conflitti armati internazionali. Sotto altro profilo, il divieto in questione è diretto ai soggetti protetti dalle medesime, ossia a coloro che non prendono parte oppure hanno smesso di prendere parte alle ostilità.

²⁶⁰ Tale norma non specifica il tipo di conflitto a cui si riferisce. *In parte qua*, va ricordata la decisione incidentale relativa al caso *Tadić* del TPJ (IT-94-1, TC, 7 maggio 1997) nei limiti in cui ha chiarito che il diritto consuetudinario include anche regole riguardanti i conflitti interni (in particolare, le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni del 49 come integrate dagli “altri principi generali e regole in materia di protezione delle vittime nei conflitti armati interni” e le infrazioni di alcuni principi e regole fondamentali concernenti gli strumenti e i metodi bellici), e che la violazione delle medesime dà luogo a responsabilità penale internazionale. Lo Statuto della CPI riflette questa giurisprudenza.

L'art. 3 nella prassi del TPJ è così diventata una clausola generale che da un lato ha consentito l'applicabilità di tutto il diritto consuetudinario, dall'altro ha ampliato la sua giurisdizione anche ai conflitti interni.

Allo stesso modo, l'art. 4 dello Statuto del TPR fa rientrare l'illecito tra le gravi violazioni dell'art. 3²⁶¹ della Convenzione di Ginevra e del II Protocollo addizionale²⁶².

Consolida e integra il quadro normativo in materia, l'elencazione tassativa dell'art. 8 dello Statuto CPI²⁶³: a proposito dei conflitti armati internazionali, la tortura può costituire tanto una grave violazione delle Convenzioni di Ginevra²⁶⁴, quanto una grave violazione del diritto consuetudinario di guerra²⁶⁵ (come nello Statuto del TPJ); con riferimento ai conflitti armati non internazionali, la tortura risulta sia tra le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra²⁶⁶ (come nello Statuto del TPR) sia tra le gravi violazioni del diritto consuetudinario di guerra relativo ai conflitti interni²⁶⁷.

Riassumendo, secondo l'orientamento maggioritario il diritto internazionale generale richiede i seguenti elementi perché la tortura configuri un crimine di guerra.

In via preliminare, è opportuno chiarire come il "cappello" normativo che apre l'art. 8 dello Statuto della CPI ("in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala") non costituisca un ulteriore elemento di contesto di tali illeciti secondo il diritto consuetudinario (anche perché non è presente

²⁶¹ Art. 4: a) attentati alla vita, alla salute ed al benessere fisico o mentale delle persone, in particolare l'uccisione così come i trattamenti crudeli quali la tortura, la mutilazione o ogni forma di punizione corporale; (...) e) Attentati alla dignità della persona, in particolare i trattamenti umilianti e degradanti, lo stupro, la prostituzione coatta ed ogni forma di violenza carnale.

²⁶² Appare appena il caso di ricordare come non sia richiamato l'intero diritto internazionale umanitario né il diritto consuetudinario di guerra (come accade, a contrario, nello Statuto del TPJ) poiché il conflitto armato ruandese non è un conflitto che si è svolto tra Stati (ossia un conflitto internazionale), ma si è svolto tra parti di una stessa nazione. In sostanza, il TPR è chiamato a giudicare solamente le violazioni delle regole di condotta bellica commesse nel contesto di un conflitto interno.

²⁶³ Non si tratta di un'elencazione illustrativa come quelle degli Statuti del TPJ e del TPR.

²⁶⁴ Art. 8 let. a): ii) tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; iii) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute;

²⁶⁵ Art. 8 let. b): x) assoggettare coloro che si trovano in potere del nemico a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici, dentari o ospedalieri delle persone coinvolte né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone e ne danneggiano gravemente la salute; xxi) violare la dignità della persona, in particolare utilizzando trattamenti umilianti e degradanti; xxii) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza di cui all'articolo 7 paragrafo 2 capoverso f), imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra.

²⁶⁶ Art. 8 let. c): i) atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura; ii) violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti.

²⁶⁷ Art. 8 let. e): vi) stuprare, ridurre in schiavitù sessuale, costringere alla prostituzione o alla gravidanza, imporre la sterilizzazione e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra; xi) assoggettare coloro che si trovano in potere dell'avversario a mutilazioni fisiche o ad esperimenti medici o scientifici di qualsiasi tipo, non giustificati da trattamenti medici, dentari o ospedalieri delle persone interessate né compiuti nel loro interesse, che cagionano la morte di tali persone o ne danneggiano gravemente la salute.

in nessun altro trattato internazionale di diritto umanitario), bensì sia un requisito atto a limitare la sola giurisdizione della Corte Penale Internazionale²⁶⁸.

In secondo luogo, l'azione – anche singola e diretta nei riguardi di un solo individuo²⁶⁹ – deve essere posta in essere nel corso di un conflitto armato di carattere internazionale o interno (cioè durante una guerra civile oppure nel mezzo di scontri su larga scala e protratti nel tempo nel territorio di uno Stato), da parte di un membro delle forze armate, contro personale militare o civile nemico, oppure da civili contro membri delle forze armate o civili nemici²⁷⁰.

In terzo luogo, quanto alla *mens rea*, è necessario che l'agente abbia contezza dei dati fattuali che stabiliscono l'esistenza di un conflitto armato e l'attinenza della condotta a tale contesto; inoltre, occorre che il dolo (“*intent*”) copra l'azione (di colpire, soffocare, violentare, trattenere etc.) e le sue conseguenze²⁷¹.

Tanto gli *Elements of Crimes*, quanto la prassi dei Tribunali internazionali²⁷² esigono, altresì, il dolo specifico, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1 CAT.

Da ultimo, si ricordi come il TPJ abbia ampliato la definizione di tortura così come indicata in un primo momento nel caso *Furundžija*²⁷³: muovendo dalla premessa secondo cui debbano essere distinte le logiche proprie dello *human rights law* e dello *humanitarian law* (e implicitamente, dell'*international criminal law*), ha statuito che il diritto internazionale umanitario non pretenda la

²⁶⁸ P.LOBBA, *I crimini di guerra*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, E.AMATI, V.CACCAMO, M.COSTI, E.FRONZA, A.VALLINI (a cura di), Giappichelli, Torino, pag. 411.

²⁶⁹ L'elemento oggettivo può essere integrato dalle azioni più disparate: esperimenti biologici, inflizioni di sofferenze acute, detenzione illegale, violenze sessuali etc. La giurisprudenza del TPJ ha chiarito che le condotte materiali che costituiscono questo crimine di guerra non sono predeterminabili attraverso una precisa tipizzazione normativa. Cfr. sul punto F.TRIONE, cit., pag. 92.

²⁷⁰ Nel caso di crimini di guerra commessi da civili contro altri civili è necessario provare un legame o una connessione tra illecito e conflitto armato, altrimenti si potrà trattare di un reato comune.

²⁷¹ Cfr. *ex multis* TPJ, *Delalić e al.*, IT-96-21, TC, sent. 16 novembre 1998, § 456. Tendenzialmente si esclude che dolo eventuale e la cd *recklessness* siano sufficienti. M.E.BADAR, *Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *International Criminal Law Review*, 2006, pag. 313 ss. Cfr. *funditus* Cap. IV Par. 3.1.

²⁷² TPJ, *Kunarac et al.*, IT-96-23e23/1, TC, 22 febbraio 2001, § 483; CPI, *Bemba Gongo*, 01/05-01/08-424, PTC, 15 giugno 2009, § 294. Cfr. *funditus* Cap. IV Par. 3.1.

²⁷³ Il TPJ (*Furundžija*, IT-95-17/I-A, TC, sent. 10 dicembre 1998, § 162) ha precisato che la tortura come crimine commesso in un conflitto armato deve contenere i seguenti elementi: “(i) consists of the infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental; in addition (ii) this act or omission must be intentional; (iii) it must aim at obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating, humiliating or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third person; (iv) it must be linked to an armed conflict; (v) at least one of the persons involved in the torture process must be a public official or must at any rate act in a non-private capacity, e.g. as a de facto organ of a State or any other authority-wielding entity”.

TPR, *Akayesu*, 96-4-T, TC, sent. 2 settembre 1998, § 594 la *Trial Chamber* ritenne che uno degli elementi essenziali della tortura fosse la qualifica di funzionario pubblico. Per un approfondimento sull'evoluzione giurisprudenziale sul punto cfr. S.SIVAKUMARAN, *Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, pag. 541 ss.

presenza di un organo, di un funzionario statale oppure di qualsiasi altra persona dotata di autorità, qualificando la “tortura di guerra” come reato comune²⁷⁴.

9.2. La tortura a fini genocidiari

L’art. 4²⁷⁵ TPJSt., l’art. 2 TPRSt., l’art. 6 CPISt. riproducono quasi letteralmente l’art. 2 della Convenzione del 1948 sul genocidio²⁷⁶.

La tortura è una delle modalità alternative di condotta attraverso cui può essere posto in essere il “crimine dei crimini”²⁷⁷. Si pensi, ad esempio, ai trattamenti fisici che impediscano la procreazione oppure alle violenze sessuali²⁷⁸, alle minacce alla vita etc. che ben possono rientrare nell’ipotesi di cui alla lettera b)²⁷⁹. Allo stesso tempo, la privazione di acqua e cibo, misure di internamento volte alla distruzione fisica del gruppo (cd *slow death measures*), la sottoposizione a eccessivi sforzi fisici etc. sono sussumibili tra i casi di cui alla lettera c).

D’altronde la depersonalizzazione della vittima accomuna tortura e genocidio: la degradazione dell’individuo da fine a mezzo nelle mani del carnefice può essere strumentale all’eliminazione del gruppo di appartenenza del soggetto. In quest’ottica, gli esseri umani si trasformano in *res*, meri membri – privi di personalità – della comunità perseguitata.

È possibile che il più grave tra gli *ill-treatment* venga, altresì, adoperato per estorcere informazioni utili alla commissione di un genocidio: in questo caso si tratta di un reato-mezzo che non implica *ex se* la realizzazione del crimine, ma che ne può diventarne parte insieme al compimento di ulteriori atti idonei.

²⁷⁴ TPJ, *Kunarac et al.*, IT-96-23e23/1-A, TC, 22 febbraio 2001, § 496; TPJ, *Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, TC, 2 novembre 2001, § 137 ss. C.FOCARELLI, cit., pag. 89. Cfr. *funditus* Cap. IV Par. 5.1.

²⁷⁵ Art. 4 TPJSt., Art. 2 TPRSt., Art. 6 CPISt.: Ai fini del presente Statuto, per crimine di genocidio s’intende uno qualsiasi dei seguenti atti commessi nell’intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, e precisamente: (...) b) cagionare gravi lesioni all’integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo; c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso.

Gli *Elements of Crimes* precisano come la condotta di cui alla lettera b) possa includere, ma non sia necessariamente ristretta a, torture, sequestri, violenza sessuale, stupri o trattamenti inumani o degradanti.

²⁷⁶ Si ricorda nuovamente come prima del trattato *de quo* non esisteva alcuna norma di diritto positivo sul crimine di genocidio: nello Statuto del Tribunale di Norimberga non era previsto, tant’è che le condotte oggi astrattamente riconducibili a tale fattispecie vennero sussunte nelle tipologie di crimini allora esistenti.

²⁷⁷ TPR, *Akayesu*, TC, cit., §16. È la prima sentenza ad aver collegato la violenza sessuale alla tortura. Per un approfondimento, cfr. W.A.SCHABAS, *The crime...*, cit., pag. 362.

²⁷⁸ La tortura, in quanto reato a condotta libera, può infatti consistere anche in abusi sessuali, riduzione in schiavitù etc. In altri termini, l’atto di violenza morale o fisica può materializzarsi nelle forme più disparate, sempre che sussistano gli elementi peculiari della nozione in parola.

²⁷⁹ A riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che la lesione dell’integrità fisica per essere “grave” non deve essere necessariamente permanente e irrimediabile (cfr. TPR, *Akayesu*, cit.). Sulla lesione della integrità mentale, invece, prevale la tesi opposta.

Tendenzialmente la singola azione non è sufficiente per integrare un genocidio, anche se astrattamente la giurisprudenza maggioritaria ammette questa ipotesi nel caso dell'uccisione di un uomo.

L'agente, in ogni caso, deve essere consapevole del fatto che l'atto, o le condotte seriali similari (cd *patterns*), siano in grado di consentire il raggiungimento dello scopo prefisso.

A differenza dei crimini di guerra e contro l'umanità, l'elemento di contesto proprio del delitto in questione non è relativo al piano oggettivo, bensì è rappresentato dal dolo specifico: l'intenzione di determinare l'estinzione, in tutto o in parte, del soggetto passivo.

È pertanto necessario che la tortura o il trattamento inumano o degradante venga posto in essere con l'obiettivo di distruggere il gruppo-vittima nazionale, etnico, razziale o religioso.

9.3. La tortura come crimine contro l'umanità

Sia l'art. 5 TPJSt. sia l'art. 3 TPRSt. contengono espressamente la tortura tra i crimini contro l'umanità sostanzialmente recependo la giurisprudenza del loro antesignano più importante, il Tribunale penale internazionale militare di Norimberga²⁸⁰.

Maggiormente conforme al principio di tassatività risulta l'art. 7²⁸¹ CPISt. nei limiti in cui indica anche una sua nozione specifica²⁸². Occorre inoltre notare che i trattamenti inumani, pur non essendo citati alla let. f) insieme alla tortura (a differenza di quanto accade con riguardo ai crimini di guerra di cui all'art. 8), possono tuttavia essere ricondotti nella cd valvola di sfogo rappresentata dalla lettera k), sempre che ne soddisfino la soglia di gravità e l'elemento soggettivo.

La tortura si inserisce a pieno titolo tra quegli atti particolarmente odiosi che determinano, al contempo, la lesione di beni individuali (quali integrità psico-fisica, morale e dignità) e beni

²⁸⁰ Invero, il suo Statuto non la contemplava esplicitamente, ma i giudici ritennero la tortura come un'offesa tale da poter essere qualificata in questi termini (cfr. F.TRIONE, cit., pag. 85).

²⁸¹ Art. 7: Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno qualsiasi degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco: (...) f) Tortura; g) Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o altre forme di violenza sessuale di analoga gravità; (...) k) Altri atti inumani di analoga carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale.

2. Agli effetti del paragrafo 1: (...) e) per «tortura» s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati.

²⁸² La norma, ponendosi in sintonia con la giurisprudenza dei Tribunali ad hoc, da un lato non richiede alcun collegamento tra condotta e conflitto armato (diversamente dal disposto dell'art. 5 TPJSt.), dall'altro richiede l'intento discriminatorio solamente con riferimento alla persecuzione (a differenza dell'art. 3 TPRSt.). Da ultimo, si ricordi come l'elencazione dei crimini ivi contenuta non sia tassativa, come si inferisce dalla clausola residuale ("altri atti inumani di natura simile").

CPI, *Katanga e Ngudjolo Chui*, 01/04-01/07-717, PTC, sent. 30 settembre 2008, ha definito gli "*other inhumane acts*" di cui all'art. 7(1)(k) come: "*serious violations of international customary law and the basic rights pertaining to human beings, being drawn from the norms of international human rights law, which are of a similar nature and gravity to the acts referred to in Article 7(1) of the Statute*".

collettivi (quale la pace internazionale, intesa non solo come assenza di conflitto ma anche come rispetto dei diritti fondamentali), nei limiti in cui sia parte di una prassi estesa o sistematica di atrocità, tollerata o comunque accettata da un Governo o da un'autorità di fatto.

È questo l'elemento di contesto caratterizzante i delitti in analisi: l'attacco, inteso come qualsiasi forma di vessazione (di tipo militare e non) ai danni della popolazione civile²⁸³, deve essere “widespread” – nel senso che deve far parte di un'azione ampia dal punto di vista spaziale/quantitativo (per numero di vittime e scala dell'attacco) – oppure “systematic” – sotto un profilo qualitativo/temporale, ossia deve essere inserito in forme di violenza organizzata²⁸⁴.

Non è invece richiesto che le condotte siano eseguite in tempo di guerra, e le loro vittime possono essere civili, persone che non partecipano alle ostilità armate oppure combattenti nemici²⁸⁵.

Riassumendo, la tortura come crimine contro l'umanità presuppone una “prassi”: l'atto isolato non sarà punibile a questo titolo (semmai potrà essere qualificato come crimine di guerra o reato comune), mentre anche la singola azione potrà esserlo se collocata in un modello unitario e coerente di illeciti commessi da soggetti legati al torturatore.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, è pretesa la consapevolezza dell'attacco contro la popolazione civile e che l'azione ne sia parte, mentre la definizione fatta propria dallo Statuto CPI non esige che il delitto presenti una direzione finalistica²⁸⁶, bensì è indicato il solo dolo generico (*intent*).

Il dolo specifico è “sostituito” dalla soggezione della vittima ad uno “stato di custodia o controllo”: si prescinde dall'individuazione di uno scopo prefisso, ammettendosi (stando alla lettera del disposto) un crimine contro l'umanità di questa specie anche per sadismo o ragioni arbitrarie²⁸⁷.

²⁸³ TPJ, *Kunarac et al.*, IT-96-23e23/1, AC, 20 giugno 2002, § 86.

²⁸⁴ Secondo il diritto consuetudinario e la giurisprudenza maggioritaria non è richiesto un vero e proprio piano politico, anche se l'art. 7 CPISt. lo eleva a elemento costitutivo della fattispecie. Per un approfondimento, E.AMATI, E.MACULAN *I crimini contro l'umanità*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, E.AMATI, V.CACCAMO, M.COSTI, E.FRONZA, A.VALLINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pag. 363 ss.

²⁸⁵ Più precisamente, l'attacco deve essere prevalentemente diretto nei confronti di civili, ma le vittime della singola condotta non devono necessariamente essere “civili” in senso stretto.

²⁸⁶ *A contrario* i Tribunali ad hoc ritengono necessario il dolo specifico e, anche dopo l'adozione dello Statuto di Roma, affermano che questo elemento rifletta la nozione propria del diritto consuetudinario. Cfr. C.BURCHARD, cit., pag. 168; M.C.BASSIOUNI, cit., pag. 415; E.AMATI, E.MACULAN, cit., pag. 375.

²⁸⁷ In attesa che la Corte dell'Aia abbia l'opportunità di specificare i dettagli di questa formula che, da un lato elide il dolo specifico, dall'altro individua il soggetto passivo in modo inedito (la condotta deve compiersi nei confronti di persone “in stato di custodia o sotto il controllo dell'agente”) si segnala come autorevole dottrina (N.S.RODLEY, *The definitions of torture in international law*, in *Current legal Problem*, Oxford University Press, 2002, pag. 492) ritenga che essa consenta di ottenere risultati interpretativi non lontani da quelli raggiunti in base alla definizione “tradizionale” di cui all'art. 1 CAT. Il requisito della custodia/controllo – sostiene Nigel Rodley – implicherebbe difatti un ruolo in qualche modo ufficiale dell'agente e, di conseguenza, finalità analoghe a quelle tipicamente prese di mira dall'apparato statale, ciò che le farebbe fortemente rassomigliare, se non coincidere, a quelle elencate dalla CAT e dagli altri Tribunali penali internazionali, escludendo dall'ambito del reato condotte poste in essere da privati per fini puramente personali.

In parte qua, il *mistreatment* differisce dall'omologo crimine di guerra e dalla stessa nozione di cui all'art. 1 CAT che pur è ritenuta, pacificamente, rappresentativa del diritto internazionale consuetudinario (cfr. *infra* Par. 9.5.)²⁸⁸.

In conclusione, se la giurisprudenza del TPJ nel caso *Delalić* ha statuito che la definizione di tortura di cui all'art. 1 CAT – in un certo senso – ricomprende le nozioni previste dalla Dichiarazioni delle NU del 1975 e dalla Convenzione interamericana del 1985, lasciando ampia libertà all'interprete nell'individuazione, nell'accertamento e nel giudizio sulle finalità che hanno guidato il reo, la tortura come crimine contro l'umanità di cui all'art. 7 CPISt. appare ancora più ampia, dal momento che elide del tutto il dolo specifico.

Infine, non risulta necessaria la presenza di un agente dello Stato. Similmente ai crimini di guerra, si presenta dunque come reato comune: “*the characteristic trait of the offence in this context is to be found in the nature of the act committed rather than in the status of the person who committed it*”²⁸⁹.

9.4. La tortura come fattispecie autonoma?

La necessaria partecipazione di un rappresentate, *de iure o de facto*, dello Stato alla realizzazione della condotta tipica, è invece richiesta da autorevole (seppur minoritaria) dottrina per la configurazione del delitto di tortura come crimine penale internazionale da sé solo considerato²⁹⁰.

Secondo questa tesi, a prescindere dalle fattispecie su cui hanno competenza i Tribunali penali internazionali (crimini contro l'umanità, di guerra, genocidio e aggressione), la tortura *ex se* sarebbe perseguibile da qualsiasi Stato, ovunque e da chiunque sia stata compiuta. I suoi elementi costitutivi sarebbero quelli individuati dalla definizione svolta nell'art. 1 CAT: una condotta (attiva o omissiva) capace di provocare un'acuta sofferenza, fisica o mentale; l'intenzione e il dolo specifico; il coinvolgimento statale e, da ultimo, l'esclusione dei dolori causati da sanzioni legittime.

L'emersione di questa innovativa norma consuetudinaria troverebbe le proprie basi giuridiche non solo in tutti gli atti di diritto internazionale elencati in questo capitolo, ma anche nella prassi giurisprudenziale delle Corti (si cita il caso deciso dal TPJ *Furundžija* e quelli dinnanzi alla Corte

²⁸⁸ Cfr. *ex multis*, TPJ, *Delalić e al.*, TC, cit., § 549; TPJ, *Furundžija*, TC, cit., § 162.

²⁸⁹ TPJ, *Kunarac*, TC, cit., § 482. In questo caso, per la prima volta, i giudici si sono discostati dall'orientamento precedente (cfr. caso *Furundžija*) con riguardo alla qualifica soggettiva del torturatore, non ritenendo necessaria la presenza di un funzionario pubblico. Cfr. sul punto F.DEVITTOR, *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento della definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pag. 463 ss; P.GAETA, *When is...*, pag. 183 ss. Cfr. *funditus* Cap.IV Par. 5.1.

²⁹⁰ A.CASSESE, *Lineamenti...*, cit., pag. 156 ss. *Contra*, la dottrina maggioritaria cfr. *ex multis* R.O'KEEFE, cit., pag. 160; R.CRYER, H.FRIMAN, D.ROBINSON, E.WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pag. 346; P.GAETA, *International Criminalization of Prohibited Conduct*, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, A.CASSESE (a cura di), Oxford University Press, Oxford, 2009, pag. 68 ss.

Edu *Selmouni* e *Aksoy*, cfr. *infra* Cap. II) e degli organi di controllo, nonché in talune sentenze (si pensi al caso *Filartiga*)²⁹¹ dei Tribunali nazionali.

Il risultato di questa teoria appare sicuramente meritorio: tale crimine internazionale prescinderebbe, infatti, dalla prova (spesso gravosa) degli elementi di contesto. In altri termini, la tortura diverrebbe perseguibile anche in difetto di una prassi diffusa o sistematica e della sua consapevolezza, indipendentemente dalla presenza di un conflitto in corso e della contezza del medesimo da parte dell'agente, e nonostante l'assenza del cd intento genocidiario.

Al singolo maltrattamento isolato sarebbero, inoltre, applicabili le conseguenze proprie della qualificazione di *core crime*²⁹²: la giurisdizione universale a condizione che il presunto criminale si trovi nel territorio dello Stato che lo vuole sottoporre a giudizio e sempre che esso non lo estradi verso lo Stato nazionale che lo richieda o in altro Stato (seriamente intenzionato a punirlo) che abbia con il crimine un più stretto collegamento²⁹³; l'universalità della giurisdizione civile; la possibilità di disciplinare il reato come imprescrittibile²⁹⁴ e la tendenziale inammissibilità di cause di non punibilità come l'amnistia²⁹⁵.

Peraltro si ricordi come la giurisprudenza interna e internazionale sia in parte orientata ad escludere l'immunità funzionale a fronte di atti gravemente lesivi della dignità della persona²⁹⁶.

²⁹¹ USA, Corte d'Appello, *Filartiga c. Pena-Irala*, decisione 30 giugno 1980, § 980: nella sentenza il torturatore viene definito "nemico del genere umano". Cfr. a riguardo R.BLUM, R.G.STEINHARDT, *Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: the alien tort claims act after Filartiga v. Pena-Irala*, in *Harvard International Law Journal*, 1981, pag. 53 ss.

²⁹² B.CONFORTI, cit., pag. 219 ss; B.NASCIMBENE, cit., pag. 469 ss.

²⁹³ La giurisdizione universale, alle condizioni indicate, può esercitarsi anche quando il presunto colpevole sia stato catturato all'estero violando la sovranità territoriale dello Stato in cui si trovava (cfr. la nota decisione della Corte di Cassazione francese, sent. 6 ottobre 1983, nel caso del criminale nazista *Barbie*).

Come evidenziato da M.C.BASSIOUNI (*Le fonti...*, cit., pag. 67) la prassi degli Stati in materia mostra, tuttavia, come spesso sia stata assicurata l'impunità per tali crimini, e la teoria dell'universalità sia lungi dall'essere generalmente riconosciuta e applicata. In questo senso, cfr. anche J.CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Croydon, 2012, pag. 688 ss; C.FOCARELLI, cit., pag. 314.

²⁹⁴ Cfr. art. 29 CPISt. e M.STARITA, *La questione della prescrittibilità dei crimini contro l'umanità*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1998, pag. 86 ss.

²⁹⁵ Corte supreme argentina, *caso Simon*, sent. 14 giugno 2005; Corte suprema argentina, *caso Mazzeo*, 13 luglio 2007.

Sulla prassi tutt'altro che univoca sul punto si rinvia a R.O'KEEFE, cit., pag. 468 ss.

Con precipuo riguardo alla tortura cfr. CDU, General Comment N. 20, § 15: "The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future. States may not deprive individuals of the right to an effective remedy, including compensation and such full rehabilitation as may be possible".

²⁹⁶ In questo senso cfr. House of Lords, *Pinochet*, sent. 24 marzo 1999. I giudici inglesi consentirono l'extradizione del Capo di stato cileno accusato di aver ordinato e organizzato atti di tortura. La sentenza è richiamata anche nella decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo, sent. 26 settembre 2005 n. 237. Tuttavia appare il caso di notare come la sentenza della *House of Lords* si riferisca esclusivamente alla tortura come *treaty crime* e non come crimine penale internazionale.

In parte *contra*, è invece CIG, *Arrest warrant of 11 April 2000 (Congo c. Belgio)*, 14 febbraio 2002, § 56 e la Ris. n. 26 agosto 2001 dell'*Institut de droit international*. Secondo questo differente orientamento non esiste una norma di diritto consuetudinario in tal senso: il Capo di Stato beneficia dell'immunità di giurisdizione per qualunque atto abbia commesso, quale che sia la gravità, dinnanzi ai tribunali di uno stato straniero. La regola, tuttavia, non vale quando trovano applicazione le disposizioni dei Tribunali penali internazionali (o delle Corti cd miste) che la escludano.

Tutto questo precisato, occorre tenere ben distinti il piano internazionale da quello interno.

Con riferimento al primo, l'art. 5 CPISt. limita la competenza della Corte ai soli crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione, gli unici ritenuti in grado di "minacciare la pace, la sicurezza e il benessere del mondo"²⁹⁷. La tortura come fattispecie autonoma ne è esclusa e, in virtù del principio di legalità di cui agli artt. 21 ss. CPISt., tendenzialmente si nega che possa rientrare nella sua competenza anche nel caso in cui si ritenesse sussistente una consuetudine in tal senso: il principio del *nullum crimen sine lege* – così come formulato dallo Statuto – non consente questa operazione ermeneutica²⁹⁸. Del resto, non si registrano nelle decisioni dei Tribunali ad hoc condanne per torture non impicanti genocidi, crimini di guerra o contro l'umanità²⁹⁹.

Ciò non toglie che l'estensione del loro sindacato a questa fattispecie rappresenterebbe un importante contributo alla lotta contro l'impunità, anche se – di contro – i Tribunali probabilmente non sarebbero in grado di esercitare la giurisdizione in ogni circostanza, dato l'elevato numero di casi³⁰⁰.

Ad ogni modo, la scelta di alcuni³⁰¹ Statuti dei cd Tribunali misti (*Internationalised Domestic Tribunals*)³⁰² è stata quella di affiancare ai crimini penali internazionali la tortura come delitto

Come evidenziato in dottrina, (C.FOCARELLI, cit., pag. 315) da una regola presente in pochi trattati internazionali e negli Statuti dei Tribunali penali internazionali, tuttavia, non si può automaticamente dedurre l'esistenza di una consuetudine in tal senso. Invero la prassi non offre una definizione certa dei problemi emergenti dai rapporti tra immunità funzionale e gravi violazioni del diritto internazionale. Larga parte della dottrina afferma che la giurisdizione universale in presenza di *crimina iuris gentium* debba prevalere sulla immunità funzionale dell'organo responsabile, mentre le Corti internazionali mantengono una posizione più prudente circa l'avvenuta formazione di una norma consuetudinaria di tal sorta.

Con riguardo ad analogo (ma differente) profilo, secondo la più parte degli interpreti il diritto internazionale generale depone nel senso della permanenza dell'immunità di tipo personale anche in presenza di un crimine penale internazionale.

Sul punto, cfr. *inter alia* A.CASSESE, *International law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pag. 450; B.CONFORTI, *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, pag. 10 ss; M.C.BASSIOUNI, cit., pag. 637 ss; R.NIGRO, *Immunità degli stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, pag. 812 ss; R.O'KEEFE, *International criminal law*, The Oxford University Press, 2015, pag. 459; E.CANNIZZARO, cit., pag. 363; R.LUZZATO, I.QUEIROLO, *Istituzioni di diritto internazionale*, M.CARBONE, R.LUZZATO, A.SANTAMARIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pag. 213.

²⁹⁷ Cfr. Preambolo CPISt. Analogamente statuiscono gli artt. 2 ss. TPJSt. e TPRSt.

²⁹⁸ E.FRONZA, cit., pag. 68 ss.

²⁹⁹ Lo stesso *Anto Furundžija* accusato di aver perpetrato un singolo atto di tortura nei riguardi di una donna prigioniera, fu processato per il relativo crimine di guerra. Anche Antonio Cassese evidenzia come la tortura non sia stata giudicata come fattispecie autonoma a livello internazionale, sebbene auspichi (in futuro) la persecuzione da parte di un Tribunale internazionale di torture non costituenti né crimini contro l'umanità né crimini di guerra.

³⁰⁰ Un ulteriore aspetto negativo che potenzialmente potrebbe derivare da questa tesi è la dimidiazione del disvalore della fattispecie: un conto è un crimine contro l'umanità o di guerra, altro è la tortura come crimine autonomo.

³⁰¹ Non appare il caso di citare l'art. 3 della "*Law on the establishment of extraordinary chambers in the Courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of democratic kampuchea*" poiché, se è vero che prevede la tortura tra i crimini di competenza delle Camere straordinarie delle corti in Cambogia, tuttavia si limita a fare riferimento al reato del codice penale statale. Neppure lo Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone conferisce alla tortura una collocazione autonoma sul piano internazionale, limitandosi a sussumerla tra i crimini contro l'umanità o di guerra. Da ultimo, il Tribunale Speciale per il Libano applica il diritto penale comune e non i crimini internazionali.

³⁰² Sulla natura di detti tribunali si rinvia a B.NASCIMBENE, cit., pag. 464 ss.

autonomo. Si pensi in particolare all'art. 7³⁰³ della Regulation n. 2000/15 della Corte speciale di Timor Est che la inserisce tra le “*serious criminal offences*” su cui sussiste la giurisdizione universale dei *Panels*, e all'art. 8³⁰⁴ dello Statuto delle Camere straordinarie africane in Senegal. Negli atti che delineano la competenza di questi due Tribunali cd ibridi non vi è un rinvio alla tortura come reato comune previsto da un codice penale statale, bensì si richiama tale pratica accanto al genocidio e ai crimini di guerra e contro l'umanità, riconoscendone implicitamente una collocazione a sé stante sul piano internazionale. Si ritiene, pertanto, che queste due norme possano essere indici di una consuetudine in via di formazione in tal senso³⁰⁵.

Con riferimento all'esercizio dell'azione penale a livello statale, invece, si evidenzia che la giurisdizione universale (peraltro rafforzata dall'obbligo dell'*aut dedere aut iudicare*), l'imprescrittibilità, l'impossibilità di amnistia e anche il venir meno dell'immunità funzionale, siano effetti derivanti dalle norme della CAT così come interpretate dal Comitato contro la tortura e dalla dottrina maggioritaria. Di conseguenza, perlomeno per i 161 Stati che hanno ratificato il trattato, l'obbligo (non il mero diritto/dovere) di perseguire *erga omnes* senza limiti di tempo e di spazio le condotte di cui all'art. 1 è comunque garantito dalla qualificazione della tortura come mero *treaty crime*, indipendentemente dal riconoscimento della stessa come illecito dotato di una propria autonomia. In altre parole, la tesi in analisi finisce per avere effetti rilevanti esclusivamente con riguardo agli Stati non contraenti la CAT, nei limiti in cui diverrebbero titolari dei poteri sopra specificati in virtù della riconduzione del *mistreatment* più grave tra i crimini penali internazionali *tout court*.

³⁰³ Art. 7 SPSC: 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/her or a third person information or a confession, punishing him/her for an act he/she or a third person has committed or is suspected of having committed, or humiliating, intimidating or coercing him/her or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions (...).

³⁰⁴ La nozione è uguale a quella dell'art. 7 SPSC salvo nella definizione della tortura come reato proprio. Cfr. Art. 8: (...) 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. La disposizione *de qua* risulta, dunque, uguale a quella di cui all'art. 1 CAT.

A riguardo, è importante ricordare come la Camera Africana Straordinaria d'Assise, sent. 30 maggio 2016, *case Hissène Habré*, abbia condannato l'ex dittatore del Ciad anche per il crimine di tortura autonomamente considerato, ritenendo provato che una serie di donne in stato di detenzione avessero sistematicamente subito abusi sessuali nei campi militari. Secondo l'interpretazione della Corte, la gravità di queste condotte è stata tale da integrare sia i crimini contro l'umanità di stupro, tortura e schiavitù sessuale, sia specifiche forme di manifestazione del crimine autonomo di tortura.

La decisione – confermata dalla Camera Africana Straordinaria d'Assise d'Appello il 27 aprile 2017 – è reperibile in (cfr. pag. 400): http://www.chambresafricaines.org/pdf/Jugement_complet.pdf.

³⁰⁵ Cfr. J.REHMAN, cit., pag. 422 con riguardo alla sussistenza di una giurisdizione universale oltre la CAT.

10. Il divieto di tortura come norma di *ius cogens* produttiva di obblighi *erga omnes*

Passando dal diritto penale al diritto internazionale dei diritti umani, si può oggi affermare con la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria che il divieto di tortura è “universale” poiché si applica ovunque e nei confronti di chiunque, “assoluto” nel senso che prevale nei riguardi di qualsiasi interesse in competizione, e “inderogabile” in caso di guerra o altra pubblica emergenza.

Il bando, oltre a essere enunciato nei numerosi trattati elencati in questo capitolo, è infatti oggetto di una consuetudine internazionale e, in quanto tale, vincola tutti gli Stati indipendentemente dalla ratifica degli accordi in materia³⁰⁶.

L'elemento soggettivo della stessa (cd *opinio iuris sive necessitatis*) si desume, in primo luogo, dal fatto che il diritto a non essere torturati rientra tra quei *core right*, previsti dalle Convenzioni sui diritti umani, il cui godimento non può mai essere sospeso. Questa caratteristica evidenzia come gli Stati concordino sull'indisponibilità della regola.

Al contempo, si ricorda il Preambolo della CAT, in cui le parti si dichiarano desiderose “di rendere più efficace la lotta contro la tortura”, e la Risoluzione n. 39/46 della Assemblea Generale delle NU mediante la quale è stata aperta alla firma e alla ratifica la Convenzione del 1984, in cui si specifica

³⁰⁶ Le pubblicazioni in materia sono numerose. Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano: A.MARCHESI, *Il divieto...*, cit.; J.BARRET, cit.; M.A.BADERIN, *The Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, in *International Human Rights and Islamic Law*, 2003, pag. 75 ss; M.STRAUSS, *Torture*, in *New York Law School Law Review*, 2003, pag. 201 ss; P.DEWET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Ius Cogens and its Implications for National and Customary Law*, in *European Journal of International Law*, 2004, pag. 97 ss; A.MARCHESI, A.GIANELLI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, A.GIANELLI, M.P.PATERNÒ (a cura di), Roma, Carocci, 2004; F. TRIONE, cit., pag. 27 ss; A.GIANELLI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale: profili generali*, in *La tortura nel mondo* (L.BIMBI, G.TOGNONI a cura di), Edup, Roma, 2006, pag. 263 ss; D.SUSSMAN, *Defining Torture*, in *Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pag. 225 ss; A.SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze...*, cit., pag. 5 ss; M.NOWAK, *What practice constitute torture? Us and Un standards*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, pag. 830 ss; J.WALDRON, cit., pag. 1681 ss; A.CLAPHAM, S.MARKS, cit., pag. 473 ss; M.C.BASSIOUNI, *Crimes against humanity...*, pag. 411 ss; S.DEWULF, *The signature of evil...*, pag. 39 ss; M.FARRELL, *The Prohibition of Torture in Exceptional Circumstances*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; R.O'KEEFE, cit., pag. 80 ss.

In tal senso anche la costante giurisprudenza dei Tribunali internazionali: Corte Edu, sent. 7 luglio 1989, *Soering. c. Regno Unito*, § 88; CIG, *Nicaragua c. USA*, cit., § 220; TPJ, *Tadić*, cit., TC, § 67 ss; TPJ, *Delalić*, TC, cit., § 452 ss; TPJ, *Furundžija*, TC, cit., § 146; Corte Edu, sent. 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, § 60; CIG, *Case Habré: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgio c. Senegal)*, 20 luglio 2012, § 99.

La natura consuetudinaria del divieto in parola trova riscontri anche in pronunce di Corti statunitensi: Corte d'Appello, *Filartiga c. Pena-Irala*, cit., § 7 ss; Corte Distrettuale per il Distretto Nord della California, *caso Forti c. Suarez-Mason*, 6 ottobre 1987 § 6 ss; Corte Distrettuale per il Distretto del Massachusetts, *caso Xuncax e al. c. Gramajo*, 12 aprile 1995, § 21 ss; Corte Distrettuale per il Distretto Nord della Georgia, *caso Mehinovic c. Vuckovic*, 29 aprile 2002; § 89 ss. Per quanto riguarda gli organi di controllo si rinvia, tra gli altri, a: General Comment n. 24/1994 del CDU (4 novembre 1994); Report 2002 del Relatore speciale sulla tortura relativo a *The Non-derogability of the Prohibition of Torture*; Report annuale del Relatore speciale sulla tortura sottoposto al Consiglio per i diritti umani delle NU il 14 febbraio 2017, pag. 6. Anche l'Assemblea Generale delle NU ne ha ribadito la natura nelle risoluzioni n. 61/153 (19 dicembre 2006) e n. 60/148 (18 dicembre 2007).

Le nozioni di “assolutezza” e “non derogabilità” sono separatamente analizzate da S. GREER, *Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really “Absolute” in International human rights law?*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pag. 112.

La Risoluzione dell'Assemblea Generale delle NU n. 63/166 del 18 dicembre 2008 specifica che “i tribunali internazionali, regionali e nazionali ritengono [anche] il divieto di trattamenti (o pene) crudeli inumani o degradanti come oggetto di una consuetudine internazionale”.

che il Trattato non è volto a vietare la tortura, bensì a rafforzarne la proibizione già in vigore. Ciò dimostra la preesistenza della stessa rispetto al riconoscimento pattizio.

Sotto profilo contiguo, importante in tal senso appare non solo il numero dei trattati presenti, ma anche le ratifiche che ne sono seguite: *inter alia*, si nota che le Convenzioni di Ginevra sono gli accordi internazionali con più adesioni attualmente in vigore.

Peraltro, ben 171 rappresentanti statali all'esito della Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui Diritti Umani, svoltasi a Vienna nel giugno 1993, hanno approvato una "Dichiarazione e un Programma d'Azione per la promozione e la tutela dei diritti umani nel mondo" in cui si ribadisce la volontà di liberarsi dalla tortura per il tramite dell'attuazione delle prescrizioni convenzionali fino ad allora esistenti in materia³⁰⁷.

Significativo risulta, poi, l'atteggiamento dei Governi accusati di simili pratiche, volto a negare o comunque ad attribuire il fenomeno a casi sporadici, isolati o a organi deviati (la cd teoria delle "mele marce"). È difficile che un esecutivo rivendichi la legittimità di un *mistreatment* conclamato, a dimostrazione della sussistenza di un ripudio generalizzato di tali azioni³⁰⁸.

Infine la posizione soggettiva *de qua*, a differenza degli altri diritti umani, è nata assumendo i connotati propri delle speculari fattispecie degli ordinamenti nazionali.

La previsione generalizzata della tortura come reato nei codici statali, anche prima dell'adozione dell'Accordo di Londra³⁰⁹, è spia dell'esistenza di un bando sentito universalmente – secondo alcuni qualificabile come principio generale del diritto riconosciuto dalle nazioni civili³¹⁰ – che dalla *domestic jurisdiction* è passato al diritto internazionale particolare e generale³¹¹.

Con maggiore precisione, il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti non rappresenta una consuetudine "pura e semplice", bensì rientra in quella particolare loro *species* che prende il nome di *ius cogens*, ponendosi a tutela di valori fondamentali ovunque riconosciuti.

Le regole di questo tipo si caratterizzano per la mancanza del carattere dispositivo normalmente proprio delle consuetudini non cogenti: esse, infatti, non possono essere derogate dai trattati in virtù del superiore rango gerarchico che le contraddistingue, ma possono essere modificate solo da nuove norme di diritto internazionale della stessa natura.

Da tale qualificazione dovrebbero conseguire i seguenti effetti: la nullità del trattato che, al momento della conclusione, contrasti con una norma simile o la sua estinzione in caso di successiva

³⁰⁷ Cfr. § 54 ss della Dichiarazione di Vienna del 1993. Per un approfondimento degli argomenti qui riportati cfr. TPJ, *Furundžija*, TC, cit., § 134 e 157.

³⁰⁸ Per rendersi conto di ciò basti cfr. i resoconti dei dibattiti svoltisi dinanzi al Consiglio per i diritti umani sui rapporti del Relatore speciale sulla tortura, in cui anche gli Stati accusati di violare il divieto si dichiarano contro la tortura.

³⁰⁹ Si precisa che non sempre esiste una norma *ad hoc*, ma i *mistreatment* sono comunque sussunti in fattispecie generiche.

³¹⁰ B.CONFORTI, cit., pag. 212.

³¹¹ F.TRIONE, cit., pag. 28; A.MARCHESI, *La proibizione...*, cit., pag. 9; M.C.BASSIOUNI, *Crime...*, cit. pag. 415.

formazione della regola rispetto alla stipula dell'accordo (cfr. artt. 53 e 64 Conv. Vienna); l'interpretazione conforme al diritto cogente al fine di evitare una declaratoria di inefficacia del patto; l'inapplicabilità di una consuetudine ad essa contrastante; l'inammissibilità delle riserve; un generico effetto di deterrenza³¹².

Invero, tali conseguenze spesso rimangono solo sulla carta, caratterizzando più il *law in the books* che il *law in action*. Difatti, non si registrano casi di nullità dei trattati contrastanti con tali disposizioni, né la Corte Internazionale di Giustizia³¹³ ha ritenuto di disapplicare le consuetudini a favore di norme di "rango superiore". Per quanto riguarda la deterrenza, poi, la violazione sistematica del divieto di tortura sottolinea come si tratti più di un auspicio che di un reale effetto giuridico.

Non può essere omesso in questa sede un'ulteriore peculiarità strutturale del bando in analisi.

Le norme che vietano gravi violazioni dei diritti dell'uomo, oltre al carattere cogente, hanno effetti *erga omnes*³¹⁴.

Più precisamente, a parte il valore normativo/gerarchico che la Convenzione di Vienna conferisce alle consuetudini di diritto cogente, il divieto di tortura è un obbligo solidale che si rivolge alla Comunità internazionale nel suo insieme, come ente collettivo³¹⁵.

Del resto, è la tutela dei valori universali cui tende che rifugge la logica della reciprocità e un'applicazione confinata a Stati singolarmente identificati³¹⁶. In buona sostanza, in caso di infrazione di questa tipologia di regole, non si ingenera un rapporto tra lo Stato che commette l'illecito e lo Stato titolare della posizione soggettiva violata, ma nascono obbligazioni nei riguardi di tutti i soggetti parte della Comunità internazionale in ragione della natura collettiva dell'interesse in gioco³¹⁷. Conseguentemente, qualsiasi Stato è legittimato a esigerne l'osservanza, ad esempio, ricorrendo a giudici internazionali o adottando "contromisure".

³¹² La giurisdizione universale a cui si riferisce TPJ, *Furundžija*, TC cit., § 156 non appare conforme al diritto internazionale generale.

³¹³ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State (Germania c. Italia: Grecia interveniente)*, 3 febbraio 2012. Cfr. C.FOCARELLI, cit., pag. 111 ss; B.CONFORTI, cit., pag. 188 ss; E.CANNIZZARO, cit., pag. 259.

³¹⁴ A confermarlo è la CIG, case *Habré*, cit., § 68, nei limiti in cui ha affermato la natura *erga omnes* degli obblighi derivanti dalla CAT e il conseguente diritto di agire in giudizio al fine di accertarne la violazione da parte di ciascuno Stato parte (tuttavia le sue considerazioni sono relative ai soli Stati-membri della Convenzione, non già alla Comunità internazionale nel suo insieme). In questo senso vedi anche J.CRAWFORD, cit., pag. 642; E.CIMIOTTA, *Aut dedere aut iudicare, universalità condizionata e Convenzione contro la tortura: a margine del caso Belgio c. Senegal*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 105 ss.

³¹⁵ E.CANNIZZARO, cit., pag. 253.

³¹⁶ È la nota decisione in cui la Corte internazionale di Giustizia (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgio c. Spagna)*, 5 febbraio 1970) contrapponeva le norme che potevano essere fatte valere solo dallo Stato nazionale a protezione dei cittadini, rispetto a quelle contenenti obblighi *erga omnes*.

³¹⁷ Cfr. art. 41 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione di diritto internazionale (2001). E.CANNIZZARO, cit., pag. 443 ss. La prassi internazionale è consistita in due tipi di azioni: la reazione unilaterale di alcuni Stati, solitamente Paesi occidentali; la reazione delle NU sul presupposto che le violazioni dei diritti fondamentali rappresentassero una minaccia alla pace ai sensi dell'art. 39 della Carta.

Peraltro, la sussistenza della *gross violations*³¹⁸ in analisi comporta – oltre alle conseguenze ordinarie dell’illecito internazionale – anche degli effetti ulteriori: l’obbligo di tutti gli Stati di cooperare per ottenere la cessazione dell’illecito ed eventuali riparazioni a favore delle vittime; l’obbligo di non riconoscere una situazione costituita attraverso la grave lesione dei valori comuni della Comunità internazionale; l’obbligo di astenersi dal prestare aiuto alla conservazione della situazione.

L’innovatività di questa forma cd di responsabilità aggravata che sussiste nei confronti del cd Stato aguzzino è, a ben vedere, fortemente attenuata dalla circostanza che gli Stati tendono a reagire solo se hanno un interesse particolare e, solitamente, si astengono dal pretendere l’osservanza dell’obbligo di cooperazione.

Anche il mancato riconoscimento di ogni atto legislativo, amministrativo o giudiziario che autorizzi pratiche contrarie al divieto di *mistreatment* invocato dal TPJ nel caso *Furundžija*³¹⁹ non è conforme alla prassi statale sul punto, anche perché difficilmente esistono provvedimenti che esplicitamente si prefiggono tale scopo.

Tuttavia ciò che va conclusivamente sottolineato è che – in linea teorica – nel caso di così gravi violazioni dei diritti umani, tutti gli Stati della Comunità internazionale possano adottare “misure lecite”³²⁰ avverso lo Stato responsabile al fine di ottenere la cessazione della violazione e la riparazione a favore degli individui che la hanno subita³²¹.

Infine, si precisa come un illecito internazionale a riguardo – secondo il diritto consuetudinario – possa derivare non solo dall’inadempimento dell’obbligo di non torturare, ma anche dalla mancata ottemperanza dell’obbligo di protezione delle potenziali vittime: gli Stati sono tenuti a prendere tutte le misure necessarie a prevenire e reprimere la commissione³²² di *ill-treatment* sul rispettivo territorio. Da tali obbligazioni che incombono sullo Stato si ricava implicitamente il diritto al risarcimento del danno (e alla cessazione dell’illecito) da far valere dinnanzi agli stessi giudici nazionali. Solo se non esistono rimedi adeguati ed effettivi sul piano interno per eliminare le conseguenze della violazione e garantire una congrua riparazione³²³, allora verrà alla luce un vero e

³¹⁸ Secondo la Commissione del diritto internazionale (cfr. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, art. 40, § 5) solo una violazione sistematica del divieto sarebbe capace di integrare una “grave violazione” e produrre la cd responsabilità aggravata. Seguendo tale interpretazione atti isolati di tortura non sarebbero da sé soli in grado di ingenerare una *gross violations*.

³¹⁹ TPJ, caso *Furundžija*, TC cit., § 155.

³²⁰ Cfr. art. 54 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione di diritto internazionale (2001).

³²¹ Occorre ricordare come la maggioranza degli Stati (in sede di commento ai rapporti della CDI) e la prassi in materia siano contrari all’adozione di vere e proprie “contromisure” in caso di violazioni di obblighi *erga omnes*: sono ammesse le sole “ritorsioni” (cfr. C.FOCARELLI, cit., pag. 113; B.CONFORTI, cit., pag. 426).

³²² Per il contributo decisivo dato dalla Corte Edu alla definizione degli obblighi positivi si veda *infra* Cap. II Par. 5.2; per gli obblighi positivi derivanti dalla CAT cfr. *supra* Par. 3.2. Cfr. B.CONFORTI, cit., pag. 213.

³²³ Si ricordi come la violazione di norme a tutela dell’individuo, secondo parte della dottrina (e lo stesso Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato), si perfezionerebbe anche prima che i ricorsi interni siano esauriti, secondo altri

proprio illecito internazionale nei confronti del quale la Comunità internazionale potrà reagire nelle forme sopra descritte.

11. Conclusioni

Un divieto assoluto, non derogabile, universale, cogente, che può essere fatto valere da tutti i membri della Comunità internazionale in quanto produttivo di obbligazioni *erga omnes*, le cui violazioni sono sottoposte allo scrutinio delle Corti dei diritti umani e dei diversi organi dei trattati.

Il diritto a non essere sottoposti a torture e a trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti è, senza dubbio, una delle posizioni soggettive più sviluppate dello *human rights law*, come dimostrano le numerose fonti di *soft law* e *hard law* analizzate in questo capitolo.

Prima di procedere all'esame di come il principio venga attuato dalla giurisprudenza e quali definizioni siano presenti nel panorama internazionale, occorre tenere a conto della complessità del contesto normativo di riferimento. Quest'ultima è causata non solo e non tanto dalla varietà di testi e standard rilevanti, ma anche e soprattutto dalla mancanza di organicità dell'ordinamento in materia: l'interprete si trova di fronte a regole aventi diverso valore, contenute in convenzioni il cui oggetto e scopo diverge, presidiate da istituti *ad hoc* e Tribunali internazionali con funzioni, poteri e competenze difformi.

Nelle pagine precedenti abbiamo incontrato tre trattati che individuano espressamente una nozione di tortura: la CAT, la IACPPT e lo CPISt. Il primo dato in comune che emerge dai rispettivi enunciati è la presenza di una condotta attiva o omissiva deliberata che ingenera una sofferenza fisica o mentale. Se CAT e IACPPT si limitano a descrivere una fattispecie a forma libera, lo CPISt. e gli *Elements of Crimes* precisano il requisito della custodia o del controllo della vittima per quanto riguarda la tortura come crimine contro l'umanità. Invero tale presupposto, secondo una parte della dottrina, sarebbe implicitamente desumibile anche dalla lettera dell'art. 1 CAT, visti i fini a cui deve essere preordinata l'azione: è attraverso la riduzione del soggetto passivo in una situazione di impotenza che il torturatore può tentare di raggiungere gli scopi normativi.

Quanto all'evento, esclusivamente la IACPPT non impone un dolore particolarmente acuto e, addirittura, estende i confini dell'illecito ad atti che non cagionano un male fisico o un'angoscia mentale in senso stretto.

In generale, sulla base dei testi esaminati si può affermare che la tortura sia integrabile per mezzo di comportamenti eterogenei, non esistendo convenzioni che prevedano un'elencazione di condotte vietate; al contempo, la sussistenza di un'azione od omissione intenzionale in grado di annichilire la

interpreti l'illecito, invece, non verrebbe a esistenza senza il loro previo esaurimento (in questo senso B.CONFORTI, pag. 421).

vittima, diminuirne le capacità fisiche o mentali o procurare un patimento psico-fisico, è un dato costante nelle diverse formulazioni.

Passando alla *mens rea*, se la presenza dell' "*intent*" accomuna le descrizioni dei tre accordi sopracitati alle elaborazioni delle Corti dei diritti umani e dei vari *treaty body* che analizzeremo nelle pagine che seguono, viceversa si segnalano alcune discrasie in ordine al dolo specifico. Attendendosi alla lettera dei disposti, si può raffigurare una scala decrescente che parte dall'art. 1 CAT (contenente una lista, seppur non tassativa, di finalità), passa dall'art. 2 IACPPT (che si limita a richiedere uno scopo, qualunque esso sia) e si conclude con l'art. 7 CPIS. relativo alla tortura come crimine contro l'umanità (in cui il dolo specifico è del tutto assente, a differenza dell'analogo crimine di guerra).

A proposito, tanto la giurisprudenza dei Tribunali ad hoc (cfr. più approfonditamente Cap. IV) quanto lo Statuto di Roma sembrano risentire degli orientamenti estensivi delle Corti dei diritti umani (in specie, del diritto di Strasburgo), secondo cui gli obiettivi del torturatore sono un elemento meramente sussidiario ed eventuale.

Allo stesso modo, emerge chiaramente come lo Statuto di Roma – seguendo le decisioni di TPJ e TPR a loro volta influenzate dall'applicazione orizzontale del divieto a cui sono pervenuti gli organismi di garanzia nel campo dello *human rights law* – si discosti dalla CAT e dalla IACPPT nell'individuazione del soggetto attivo: i *core crime* ivi indicati non richiedono necessariamente l'apporto di un funzionario pubblico.

Non sono, invece, presenti definizioni pattizie di trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti: del resto, come risulta dai lavori preparatori alla Convenzione del 1984, tali fattispecie non consentono di essere enunciate in maniera sufficientemente precisa, specialmente in vista degli obblighi di tutela penale imposti da accordi "ibridi" quali la stessa CAT e la IACPPT.

In astratto sono due i fattori funzionali a distinguere la tortura dalle altre categorie di *ill-treatment*: l'intensità del dolore e/o la *mens rea*. Riservando ai capitoli successivi le soluzioni adottate dagli organi di controllo, in questa sede preme evidenziare che gli *Elements of Crimes* relativi ai trattamenti inumani e alla tortura come crimine di guerra abbiano prediletto una differenziazione basata sull'elemento soggettivo: solo quest'ultima viene, infatti, designata come cd *specific purpose crime*.

Sebbene il divieto consuetudinario riconduca ad unità lo scenario, resta sullo sfondo la necessità di considerare le nozioni in base alla loro identità: dove sono collocate, quale organo le ha formulate, quale funzione presentano e che grado di vincolatività detengono.

A riguardo, sussiste un vero e proprio sistema di vasi intercomunicanti che può funzionare esclusivamente se da un lato i soggetti che ne sono parte mantengono vivo lo scambio di

informazioni e di standard applicati, dall'altro se si considera la natura ed i caratteri propri di chi in quel momento si fa portavoce di una data elaborazione.

Solo in questo modo è possibile predisporre una tutela della dignità umana dotata di efficacia e, al contempo, non ledere posizioni soggettive altrettanto fondamentali: la strada per restituire senso ai termini “tortura e trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti” passa inevitabilmente da queste tappe.

CAPITOLO II

Il sistema di controllo europeo.

1. Introduzione

In questo secondo capitolo si intendono analizzare i confini a geometrie variabili delle nozioni di tortura e trattamenti (o pene) inumani o degradanti così come tracciati dal sistema di protezione del Consiglio d'Europa.

L'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950) è la norma attraverso cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha creato la più incisiva ed efficace difesa della dignità umana da aggressioni di questa specie attualmente esistente nel panorama internazionale.

Quattordici parole, di gran lunga il più corto enunciato di tutto il Trattato, sono lo strumento per mezzo del quale i giudici di Strasburgo hanno costituito una fitta rete di obblighi positivi e negativi, di natura procedimentale e sostanziale, capace di imbrigliare la discrezionalità dei 47 Stati membri dell'organizzazione internazionale.

La brevità del testo ha dato vita a una giurisprudenza dinamica e in continua evoluzione, in grado di rispondere alle domande che impongono, di volta in volta, le peculiarità delle fattispecie affrontate.

Il caso concreto, in quest'ottica, diventa al contempo oggetto e fonte di normazione: in assenza di un articolo che offra risposte chiare, spetta al giudice accertare la violazione della Convenzione alla luce della sua stessa essenza: la tutela della dignità umana.

Non deve quindi stupire l'elasticità delle nozioni impiegate, la presenza di *revirements* giurisprudenziali più o meno espliciti, l'ampio utilizzo di opinioni dissenzienti e la cd logica sfumata che traspare dalle sentenze presenti nel capitolo seguente: il metodo casistico non porta con sé tassatività e certezza.

Del resto, è la stessa funzione delle Corti che tutelano i diritti umani per il tramite dell'accertamento delle responsabilità statali, che impone di spingersi oltre i confini del dato letterale: una tutela "pratica ed effettiva" delle posizioni soggettive richiede naturalmente un'interpretazione teleologica che colmi lacune, espliciti il non detto, riempia di contenuto i principi consacrati, assicurando ai diritti quelle forme minime di tutela che li rendono tali.

In altre parole, è lo stesso scopo della Convenzione – quello di garantire simultaneamente salvaguardia e sviluppo dei diritti umani – a reclamare logiche antitetichette a quelle del sillogismo penale: non irrogando sanzioni afflittive alle persone fisiche, la Corte non è tenuta al rispetto dei presidi a difesa dell'accusato propri di tale disciplina.

I riferimenti alla più recente giurisprudenza in materia svolti nel corso del capitolo sono quindi indispensabili al fine di registrare l'attuale, seppur precaria, nozione di tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU.

Allo stesso modo, non secondario è l'apporto fornito sul punto dai report e dagli standard del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, così come istituito dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (Strasburgo, 26 novembre 1987).

Pur essendo privo di poteri coercitivi (si tratta di un organo non giurisdizionale) il CPT integra la tutela convenzionale per il tramite di un'attività *ex officio* volta a verificare e prevenire maltrattamenti presenti o futuri nei luoghi in cui vi siano persone private della libertà da parte di una pubblica autorità.

Il suo compito non è quello di proteggere singoli reclusi, bensì di indagare le condizioni generali di detenzione nell'ottica di impedirne gli abusi.

Al fine di adempiere al meglio alla sua funzione, è interesse del Comitato quello di costruire e mantenere un rapporto dialogico con lo Stato visitato: non essendo le sue raccomandazioni passibili di esecuzione, solo in questo modo può determinare un reale rafforzamento del sistema di controllo europeo.

Il ruolo "politico" in tal senso rivestito dal CPT giustifica l'ampio margine di discrezionalità di cui dispone nell'applicazione delle nozioni di *mistreatment*: questi può, infatti, decidere di servirsi o meno della giurisprudenza di Strasburgo a seconda delle contingenze del caso, del comportamento dello Stato, della storia nazionale e delle condizioni in cui si trova il singolo Paese.

Si tratterà di come lo stesso non si sia limitato ad utilizzare ma abbia sostanzialmente contribuito all'evolversi del diritto pattizio, portando un aiuto essenziale alla salvaguardia della dignità umana nei luoghi in cui è più alto il rischio che venga violata.

Nelle pagine seguenti, in aggiunta alle qualificazioni adottate dalla Corte Edu, si esamineranno gli obblighi discendenti dall'art. 3 con l'intento di riscontrare le implicazioni effettive del bando e attestare quanto in concreto sia limitata la libertà d'azione statale: d'altronde, il significato dei termini usati è strettamente connesso ai precisi applicativi della norma in cui sono contenuti.

La medesima analisi verrà proposta nel Cap. III con riferimento agli altri organismi di controllo, seppur in modo più conciso. La scelta di approfondire il sistema europeo è dovuta non solo alla maggior completezza e incisività delle garanzie sancite dai giudici di Strasburgo, ma anche all'influenza da questi esercitata sulle pronunce delle Corti dei diritti umani, dei *treaty body* e dei Tribunali penali internazionali che incontreremo nel corso del lavoro.

2. La primaria importanza dell'art. 3 CEDU

Il divieto contenuto nell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in seguito, CEDU) rappresenta uno dei valori cardine delle società democratiche³²⁴.

La dignità umana è il principale oggetto di tutela e la sua lesione configura un attentato "all'essenza stessa della Convenzione"³²⁵: uno Stato parte del Consiglio d'Europa non può ammettere la strumentalizzazione dell'individuo al fine di perseguire un obiettivo superiore, sia esso governativo, giudiziario o punitivo³²⁶: nessuno può essere ridotto a mero mezzo nelle mani del carnefice³²⁷, degradato a "nuda vita biologica"³²⁸, a "non-persona" inerme di fronte all'arbitrio di chi esercita nei suoi confronti un potere illimitato e incontrollato.

Per questa ragione la Corte Europea dei diritti dell'uomo (in seguito Corte Edu) ha costantemente qualificato il principio come assoluto, ossia non passibile di eccezioni, né derogabile in caso di guerra o altra pubblica emergenza³²⁹.

Anche nelle circostanze più difficili³³⁰, quali la lotta al terrorismo e il contrasto della criminalità organizzata, e indipendentemente dalla riprovevolezza delle condotte della vittima³³¹, la Convenzione vieta in qualsiasi circostanza la riduzione dell'individuo a mera *res*³³².

³²⁴ L'espressione "*One of the most fundamental values of democratic societies*" è stata utilizzata dalla Corte Edu per la prima volta nella sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 88.

³²⁵ Cfr. *ex multis* Grande Camera Corte Edu, sent. 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*, § 90 e § 101; Grande Camera Corte Edu, sent. 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, § 158. La tortura è un crimine plurioffensivo in quanto lede sia l'integrità psico-fisica che la libertà morale del soggetto passivo, provocando un grave *vulnus* alla dignità individuale.

³²⁶ Per un approfondimento in ordine alle finalità per cui è stata storicamente impiegata la tortura cfr. A.ESPOSITO, *Proibizione della tortura*, in S.BARTOLE, B.CONFORTI, G.RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, pag. 50 ss.

³²⁷ "Ma l'uomo considerato come persona è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale egli deve essere riguardato non come mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé; vale a dire egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo ed è questa dignità che gli permette di misurarsi con ognuna di loro e di stimarsi loro uguale". I.KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), G.VIDARI (a cura di), Laterza, 2009 (nel paragrafo "Dottrina della Virtù").

³²⁸ G.AGAMBEN, *Il potere sovrano e la nuda vita. Homo sacer*, vol. I, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

³²⁹ Cfr. a riguardo, *inter alia*, M.K.ADDO, N.GRIEF, *Does art. 3 of the European convention on human rights enshrine absolute rights?*, in *European Journal of International Law*, 1998, pag. 510 ss. Gli autori evidenziano come se da un lato sia pacifico che l'art. 3 garantisca diritti assoluti, dall'altro difetti una nozione specifica di "*absolute right*" nella giurisprudenza di Strasburgo.

³³⁰ Cfr. Corte Edu, sent. 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, § 137 e § 141, in cui la Corte riconosce le difficoltà che gli Stati si trovano ad affrontare nel contrasto del terrorismo, e tuttavia rammenta come il divieto di tortura debba essere assoluto e non suscettibile di bilanciamenti di alcun genere. Al riguardo è stata respinta con fermezza la tesi avanzata per la prima volta dal Regno Unito nel caso *Chahal* (sent. 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, §76), e poi da esso ribadita - in qualità di Stato interventore - nel caso *Saadi*, di procedere a un bilanciamento dei valori tutelati dall'art. 3 con altri pur meritevoli di tutela. Cfr. a riguardo anche Corte Edu, sent. 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, § 62; Corte Edu, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 119; Grande Camera Corte Edu, sent. 1 giugno 2010, *Gafgen c. Germania*, § 87; Corte Edu, sent. 12 luglio 2016, *Gedrimas c. Lituania*, § 60.

Vedi sul punto l'art. IV delle Guidelines on Human Rights and the fight against Terrorism, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l' 11 luglio 2002. Cfr. a riguardo, *inter alia*, P.GAETA, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004,

Invero, l'intangibilità del diritto è ricavabile non tanto dall'enunciato letterale di cui all'art. 3 CEDU, quanto piuttosto dai lavori preparatori e dal disposto dell'art. 15 co. 2 CEDU³³³.

Si tratta di una qualificazione conforme alla pressoché unanime dottrina e giurisprudenza internazionale³³⁴: il divieto di tortura viene infatti considerato norma consuetudinaria appartenente al cd *ius cogens*, rientrando tra quei principi imperativi ispirati a valori ritenuti fondamentali e universali.

Del resto, sono gli stessi organi di Strasburgo ad aver considerato fin dagli anni sessanta il mancato rispetto dell'art. 3 CEDU “non la semplice violazione di un principio giuridico che trova origine in un'elaborazione pattizia convenzionale, ma una vera e propria lesione apportata all'assetto dell'ordine pubblico europeo”³³⁵.

Nonostante l'assenza di una (vera e propria) gerarchia delle posizioni soggettive convenzionalmente tutelate, la collocazione sistematica del divieto – che viene trattato per secondo immediatamente dopo il diritto alla vita – conferma il suo speciale significato.

Non stupisce, dunque, come anche le ultime sentenze della Corte Edu³³⁶ – in apertura al merito del ricorso – ribadiscano il valore di questa disposizione congiuntamente al suo carattere assoluto e inderogabile.

La primaria importanza dell'art. 3 nel sistema CEDU³³⁷ – lungi dall'essere un dato valoriale meramente teorico – presenta precipitati applicativi di notevole rilievo.

pag. 761 ss; M.RAMSAY, *Can the torture of terrorist suspects be justified?*, in *International Journal of Human Rights*, 2006, pag. 103 ss; N.MAVRONICOLA, *What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012, pag. 723 ss.

³³¹ La protezione è assicurata anche a chi si sia reso responsabile di delitti contro l'umanità, Corte Edu, sent. 2 dicembre 2004, *Farbtuhs c. Lettonia*, § 49.

³³² “Non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa”. C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene (1764)*, § XX, Feltrinelli, Milano, 2008.

Oltre ai casi citati si ricordi come i giudici abbiano altresì negato la possibilità di bilanciare i valori di cui all'art. 3 con le difficoltà di ordine economico, la prevenzione di reati e il rispetto della normativa in materia di immigrazione.

³³³ Similmente statuiscano l'art. 4 § 2 CCPR, l'art. 27 § 2 ACHR e l'art. 2 co. 2 CAT. La Corte di Giustizia UE, sent. 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger* ha (incidentalmente) dichiarato inderogabile anche il diritto di cui all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³³⁴ V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, Bologna, 2016, pag. 160. Cfr. *supra* Cap. I Par. 10.

³³⁵ Così la Commissione europea dei diritti dell'uomo, (primo) caso *Greco*, dec. 24 gennaio 1968.

³³⁶ Cfr. Grande Camera Corte Edu, sent. 23 Agosto 2016, *J.K. e altri c. Svezia*, § 77.

³³⁷ Con riferimento all'art. 3 CEDU, si segnalano *inter alia* tra i commentari alla Convenzione: S.BARTOLE, B.CONFORTI, G.RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Milano, 2001, pag. 49 ss; S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Milano, 2012, pag. 63 ss; C.GRABENWARTER, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, C.H.Beck, Monaco, 2014, pag. 31 ss; D.HARRIS, M.O'BOYLE, E.P.BATES, C.M.BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014; W.A.SHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2015, pag. 164 ss; G.UBERTIS, F.VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. 64 ss.

Tra gli articoli: A.CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in R.MACDONALD, F.MATSCHER, H.PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human*

A titolo esemplificativo si pensi, *in primis*, alla tecnica di protezione cd *par ricochet* elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo proprio con riguardo al divieto in analisi³³⁸; in secondo luogo, alla limitata applicazione della cd dottrina del margine di apprezzamento da parte del giudice interno³³⁹; in terzo luogo, all'interpretazione più flessibile e meno restrittiva della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni a favore del ricorrente che lamenti di essere stato maltratto (art. 35 CEDU)³⁴⁰; in quarto luogo, al rigore che contraddistingue lo scrutinio circa l'effettività del ricorso davanti a un'istanza nazionale per far valere violazioni di questo tipo (art. 13 CEDU)³⁴¹; in quinto luogo, all'estensione della nozione di "vittima" di *mistreatment* (art. 34 CEDU)³⁴²; da ultimo – in materia di *standard* probatorio – alla presunzione di responsabilità che grava sullo Stato quando la libertà personale del ricorrente è limitata³⁴³.

L'esigenza di proteggere ad ampio spettro la dignità di ogni essere umano, "l'essenza stessa della Convenzione", ha portato il legislatore europeo a non adottare una nozione specifica di tortura,

Rights, Springer Netherlands, Cham, 1993, pag. 225 ss; M.TACCHINARDI, *L'art. 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1995, pag. 314 ss; S.C.PREBENSEN, *Evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, 2000, pag. 1123 ss; A.CULLEN, *Defining torture in International law: a critique of the concept employed by the European Court of Human Rights*, in *California Western International law journal*, 2003, pag. 29 ss; A.L.SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale* (parte 1), in *La Comunità Internazionale*, 2005, pag. 269 ss; P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2006, pag. 405 ss; J.MURDOCH, *The treatment of prisoners*, Council of Europe Publishing, 2006; M.FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L.PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 352 ss; V.PICCIONI, *Art. 3, Divieto di tortura*, in C.DEFILIPPI, D.BOSI, R.HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pag. 107 ss; G.CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di tortura*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, pag. 51 ss; A.SACCUCCI, *Divieto di tortura e lotta al terrorismo*, in *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, P.GARGIULO, M.C.VITUCCI (a cura di), Editoriale scientifica, Napoli, 2009, pag. 89 ss; A.COELLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, pag. 1817 ss; G.CATALDI, *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L.ZAGATO, S.PINTON, Cedam, Padova, 2010, pag. 171 ss; G.MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, V.MANES, V.ZAGREBELSKY (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, pag. 299 ss; A.BALSAMO, *L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano: the statute of limitation in the italian criminal legal system require to be amended*, in *Cassazione Penale*, 2014, pag. 3925 ss; M.FARRELL, *Just how ill-treated were you? An investigation of cross – fertilisation in the interpretative approaches to torture at the European Court of Human Rights and in International Criminal Law*, in *Nordic Journal of International law*, 2015, pag. 482 ss.

³³⁸ Attraverso la tecnica *de qua* la Corte ha potuto colmare alcune lacune della Convenzione - soprattutto in materia di condizioni detentive e di misure nei confronti di stranieri - fornendo tutela a settori inizialmente estranei al diritto convenzionale. Cfr. *Soering c. Regno Unito*, cit.

³³⁹ R.E.KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pag. 48; P.VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOF, *Theory and practice of the European convention on human rights*, Kluwer Law International, 1998, pag. 86: "Any reference to a margin of appreciation in respect of these rights would carry the unacceptable consequence that these provisions would leave room for national discretion or a balancing of interests in these areas".

³⁴⁰ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 665. Cfr. *infra* Par. 6.1.

³⁴¹ *Ibidem*, pag. 496 ss.

³⁴² *Ibidem*, pag. 635 ss.

³⁴³ Il *leading case* in materia è Corte Edu, sent. 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, §108 e §111.

conformemente al disposto dall'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo³⁴⁴: un'eventuale elencazione di singole ipotesi avrebbe ristretto eccessivamente il suo perimetro applicativo³⁴⁵.

Si è preferito, pertanto, lasciare alla prassi giurisprudenziale tanto l'individuazione dei confini della fattispecie, quanto la costante attualizzazione della norma alle evoluzioni sociali.

Si è creata così una nozione a geometrie variabili in grado di adattarsi alle "condizioni di vita attuali"³⁴⁶ di volta in volta prese in considerazione: in questo modo, condotte che oggi non sono vietate dall'art. 3 potrebbero esserlo in futuro e, analogamente, ciò che viene classificato al momento come trattamento degradante o inumano – in seguito all'avanzamento nella protezione dei diritti dell'uomo e all'affermazione di standard più elevati – potrà essere definito "tortura".

Con riferimento a quest'ultima ipotesi si può ricordare come la giurisprudenza di Strasburgo in materia di *extraordinary renditions* si sia discostata dall'interpretazione alquanto restrittiva dell'art. 3 operata dalla Corte Edu nel *caso Irlanda c. Regno Unito*³⁴⁷.

Nel 1978 prevalse una visione della "tortura" come atto brutale e puramente fisico: le cinque tecniche di privazione sensoriale adottate dalle forze dell'ordine inglesi vennero considerate come trattamenti "inumani e degradanti" fondamentalmente perché non si trattava di "supplizi estremi" capaci di lasciare tracce visibili sul corpo delle vittime.

Viceversa, oggi non si dubita che essa possa essere intesa anche sotto un profilo meramente psicologico laddove superi la soglia di gravità sua propria³⁴⁸: la Corte Edu³⁴⁹, infatti, non ha esitato

³⁴⁴ Così anche l'art. 7 CCPR, l'art. 5 ACHR e l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³⁴⁵ Cfr. sul punto Council of Europe, Preparatory Work of article 3 of the European Convention on Human Rights, reperibili in [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/echrTravaux-ART3-DH\(56\)5-EN1674940.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/echrTravaux-ART3-DH(56)5-EN1674940.pdf).

Il delegato del Regno Unito (Mr. Cocks) presentò un emendamento riguardante l'introduzione del divieto specifico di detenzione in presenza di particolari circostanze. Quest'ultimo fu respinto evidenziando il fatto che la nozione di cui all'art. 3 avrebbe implicitamente coperto quella fattispecie. Si seguì pertanto la tesi supportata dal rappresentante francese (Mr. Teitgen) di evitare la tipizzazione delle condotte vietate (cfr. pag. 8 dei lavori preparatori).

³⁴⁶ "(...) la convenzione europea è uno strumento da sottoporre ad un'interpretazione ispirata alla dottrina vivente alla luce delle condizioni di vita attuale", così in Corte Edu, sent. 3 febbraio 2005, *Biyan c. Turchia*, § 22. Cfr. sul punto anche Corte Edu, sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, § 101.

³⁴⁷ Corte Edu, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, § 167. Il Governo irlandese aveva denunciato il ricorso, da parte del Governo britannico, a cinque tecniche di interrogatorio utilizzate nei confronti di individui sospettati di appartenere all'IRA, che includevano: a) posizioni sfiancanti; b) disorientamento attraverso musiche ad alto volume; c) insufficiente alimentazione; d) impossibilità di dormire; e) incappucciamento. La Corte Edu, discostandosi dal parere espresso dalla Commissione (report 25 gennaio 1976), ritenne che tali condotte costituissero esclusivamente un trattamento inumano e degradante.

Per un'interpretazione critica di questa sentenza cfr. A.CULLEN, cit., pag. 29 e 46; S.DEWULF, *The signature...*, cit. pag. 139 ss.

³⁴⁸ Di questa idea erano, seppur con argomenti differenti, i giudici Zekia, O'Donoghue, Evrigenis e Matscher del caso *Irlanda vs. Regno Unito*: cfr. le rispettive opinioni dissenzienti. Cfr. anche *Tomasi c. Francia*, cit.; Cfr. P.VANDIJK, G.J.H.VAN HOOFF, A.VAN RIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 416; V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 162.

³⁴⁹ Cfr. Corte Edu, sent. 13 dicembre 2012, *El-Masri c. Macedonia*, §211; Corte Edu, sent. 24 luglio 2014, *Al Nashiri e Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, § 51; Corte Edu, sent. 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, § 287. Per una ricostruzione schematica della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul fenomeno dell'*extraordinary renditions*, si veda la relativa scheda tematica sul sito della Corte edu. www.echr.coe.int.

a definire in questi termini il programma di “consegna straordinaria” predisposto dal Dipartimento di Difesa americano dopo l’undici settembre attraverso il quale è Stato posto in essere un vero e proprio “outsourcing della tortura”. Le sparizioni forzate dei “sospetti terroristi” sulle rotte del cd *global spider web*, aventi come destinazione finale i *black sites* gestiti dalla CIA sul territorio di “stati amici”, erano finalizzate all’ottenimento di informazioni attraverso l’utilizzo di cd tecniche sofisticate di interrogatorio³⁵⁰, del tutto simili rispetto a quelle adoperate dall’*intelligence* inglese durante gli anni settanta. È quindi verosimile pensare che oggi le violenze perpetrate dagli agenti inglesi verrebbero ricondotte nella nozione di “tortura”³⁵¹.

Con riguardo al primo caso, non può invece dimenticarsi l’evoluzione ermeneutica che ha caratterizzato l’art. 3 CEDU nelle fattispecie di cd *police brutality*.

Appare assai innovativa sul punto la sentenza con cui la Grande Camera³⁵² ha statuito che uno schiaffo, anche se isolato, inferto al volto da parte di un rappresentante delle forze dell’ordine nei confronti di un individuo soggetto al suo controllo, possa costituire un grave attacco alla dignità personale, tanto da essere considerato un trattamento “degradante” ai sensi della Convenzione.

Si tratta di una pronuncia che amplia notevolmente l’ambito applicativo del divieto in analisi, determinando un importante innalzamento di tutela delle posizioni soggettive protette.

Allo stesso modo, non può essere dimenticata sotto questo profilo la giurisprudenza in materia di condizioni della detenzione: se in passato l’eseguità dello spazio a disposizione del detenuto non era considerata di per sé sufficiente a superare la soglia minima di gravità, a partire dal 2009 la Corte Edu ha ritenuto quel dato idoneo ad integrare una violazione dell’art. 3³⁵³.

Cfr. anche i due rapporti approvati dal Committee on Legal Affairs and Human Rights del Consiglio d’Europa, presieduto dal senatore elvetico Dick Marty circa “*secret detentions and illegal transfer of detainees involving Council of Europe member states*”, adottati in data 12 giugno 2006 e 7 luglio 2007.

La Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni dell’europarlamento ha, di recente, diffuso uno studio in materia dal titolo *A quest for accountability? EU and Member States inquiries into the CIA Rendition and Secret Detention Programme*.

Per un’esaustiva elencazione della dottrina a riguardo cfr., in specie, nota 5 e nota 15 di A.LIGUORI, *Extraordinary renditions nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2016, pag. 777 ss; nota 13 di T.SCOVAZZI, *Segreto di stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, pag. 157 ss.

³⁵⁰ Cfr. Memo to the Department of Justice Command Centre, *Background Paper on CIA’s Combined Use of Interrogation Techniques*, 30 December 2004. Cfr. J.T.PARRY, cit., pag. 516 ss.

³⁵¹ Il 2 dicembre 2014 è stata presentata alla Corte Edu, da parte del Governo irlandese, una richiesta di riesame della sentenza del 1978, in seguito all’emersione di nuove prove relative al caso: in particolare, si tratterebbe di documenti comprovanti l’approvazione fornita da alti esponenti del Governo britannico all’uso delle cinque tecniche di interrogatorio.

³⁵² Cfr. *Bouyid c. Belgio*, cit., § 87.

³⁵³ Cfr. *infra* Par. 7.2.1. Si ricordi che la Grande Camera, sent. 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, ha precisato come il superamento di 3 mq in una cella collettiva rappresenti invero una “*strong presumption*” di violazione dell’art. 3 che, tuttavia, può essere confutata dal Governo dimostrando l’esistenza di altri fattori in grado di compensare tale mancanza di spazio vitale (quali ad esempio la brevità del tempo di detenzione in quelle condizioni, lo svolgimento di attività all’esterno, l’adeguatezza complessiva della struttura).

È quindi solo attraverso l'analisi della giurisprudenza più recente che è possibile tracciare i confini – naturalmente precari – del concetto di tortura convenzionale.

3. Un divieto dinamico: la soglia minima di gravità

In via preliminare occorre osservare che, anche nelle ultime pronunce della Corte Edu³⁵⁴, non è presente una chiara, definita e costante nozione di tortura: questa affermazione, lungi dal riguardare esclusivamente il cd diritto regionale proprio della CEDU, può essere estesa al diritto internazionale generale³⁵⁵.

Tuttavia tre dati appaiono costanti nella giurisprudenza di Strasburgo: in primo luogo, è sempre valida la nozione cd “a scatole cinesi”³⁵⁶ elaborata dalla Commissione negli anni sessanta³⁵⁷, in base alla quale “ogni tortura non può che essere anche trattamento disumano e degradante e che ogni trattamento disumano non può che essere anche un trattamento degradante”; in secondo luogo, il cd *minimum level of severity*³⁵⁸ rappresenta il limite esterno e interno del divieto di cui all'art. 3, ossia ciò che consente da un lato di individuare le condotte che rientrano nell'alveo di questa disposizione, dall'altro di distinguere tra tortura e trattamento (o pena³⁵⁹) inumano o degradante; in terzo luogo, la tortura implica sempre una volontà deliberata (“*intent*”).

Il criterio elaborato dalla giurisprudenza della soglia minima di gravità è stato efficacemente paragonato “a un piano mobile, che si alza o si abbassa a seconda della caratterizzazione di ciascuna fattispecie concreta”³⁶⁰.

Più precisamente, i parametri su cui la Corte Edu si basa al fine di verificarne la sussistenza o meno di un *misbehaviour*, sono due.

Il primo si colloca all'esterno rispetto alla fattispecie ed è rappresentato dalla “sensibilità etico-giuridica” che caratterizza in quel momento le comunità statali di riferimento³⁶¹.

³⁵⁴ Per un'elencazione riassuntiva dei più recenti orientamenti della Corte Edu in materia cfr. Corte Edu, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, § 171 ss.

³⁵⁵ S. DEWULF, *Torture...*, cit., pag. 12; M.FARRELL, *Just how...*, pag. 500.

³⁵⁶ A.COLELLA, *C'è un...*, cit., pag. 1817.

³⁵⁷ Cfr. Commissione, rapporto del 5 novembre 1969, caso *Greco*, § 38. Appaiono, invece, superate (cfr. *infra*) le nozioni ivi adottate dalla stessa Commissione: “*The notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which, in the particular situation, is unjustifiable. The word 'torture' is often used to describe inhuman treatment which has a purpose such as the obtaining of information or confessions, or the infliction of punishment, and it is generally an aggravated form of inhuman treatment. Treatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience*”.

³⁵⁸ I *leading cases* sul punto sono *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 162; Corte Edu, sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*.

³⁵⁹ Le condotte vietate dall'art. 3 sono sostanzialmente due, le pene e i trattamenti. Le torture non sono altro che pene o trattamenti che implicano maggiori sofferenze. Anche se sono individuabili diversi concetti di “pena” e “trattamento” occorre ricordare come la Corte Edu non adotti criteri interpretativi o applicativi diversificati a riguardo. Di conseguenza, nel prosieguo verranno trattati congiuntamente. C.ZANGHÌ, cit., pag. 293.

³⁶⁰ A.COLELLA, cit., pag. 1819.

A riguardo, si ricordi come le sanzioni corporali siano state per lungo tempo considerate un efficace strumento di prevenzione del crimine, prima di essere dichiarate contrastanti con l'art. 3 dalla Corte Edu nel caso *Tyrer* (1978) proprio in ragione dell'evoluzione che ha riguardato la funzione della pena e il rispetto dei diritti umani nelle democrazie europee.

Il secondo, invece, è interno al caso che di volta in volta viene preso in considerazione, dipendendo dalle sue circostanze oggettive (natura, durata e gravità del trattamento) e soggettive (sesso, età, generico stato di salute del soggetto passivo etc.).

La valutazione della soglia minima di gravità, oltre alla quale si può parlare quanto meno di un trattamento degradante, è pertanto necessariamente relativa e impone una cd interpretazione vivente della norma³⁶²: spetterà al giudice – in una logica di *problem solving* – verificare se la lesione dell'integrità fisico-psichica della vittima sia stata tale da superarla nell'ipotesi in giudizio.

Più precisamente, la Corte ricostruisce le violazioni dell'art. 3 attraverso un esame qualitativo del disvalore delle azioni poste in essere³⁶³: tenuto a conto della gravità della condotta e dell'intensità delle sofferenze patite dal ricorrente, i giudici di Strasburgo verificano in concreto se sia occorsa una violazione dell'art. 3 e/o di altre disposizioni della Convenzione.

La mancanza di staticità del divieto è conseguenza naturale di questo approccio di ordine sostanziale: la stessa condotta può risultare compatibile o meno con la Convenzione a seconda delle peculiarità della fattispecie.

Sono “fattori” idonei a incidere sull'accertamento del *minimum level of severity*: il “contesto generale” in cui il trattamento è stato inflitto³⁶⁴, le “condizioni di vulnerabilità della vittima” (si pensi alla sua minore età, allo status di migrante oppure ancora all'esecuzione di una misura

³⁶¹ M.FORNARI, cit., pag. 360; A.SACCUCCI, cit., pag. 89. In *Tyrer c. Regno Unito*, cit., § 31: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of member States of the Council of Europe in this field”.

³⁶² A.ESPOSITO, cit., pag. 57; P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 77 ss. Sul diritto come *problem solving enterprise* si veda, *inter alia*, N.MACCORMICK *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, pag. 14.

³⁶³ F. TRIONE, cit., pag. 39.

³⁶⁴ Nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 160 e 194, la Corte ha ritenuto che l'arrivo massiccio di migranti dal Nord Africa a seguito degli eventi della cd primavera araba avesse creato delle difficoltà organizzative, non tali da giustificare di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU, tuttavia rilevanti al fine di valutare il superamento del livello minimo di gravità.

In senso critico, cfr. A.SACCUCCI, *I “ripensamenti” della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive “alla prova” delle situazioni di emergenza*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, pag. 552 ss. Secondo l'autore, l'allentamento degli obblighi statali conseguente alla valutazione del contesto emergenziale contrasterebbe con l'inderogabilità del divieto ex art. 15 co. 2 CEDU: se l'esistenza di situazioni d'urgenza non è in grado di flettere a ribasso gli standard di protezione imposti dall'art. 3, ragioni di coerenza sistematica imporrebbero di escludere che l'emergenza migratoria possa incidere sui medesimi attraverso la modulazione del *minimum level of severity*. La peculiare natura dei diritti in gioco non tollera eccezioni, a meno che non si voglia mettere in discussione la natura assoluta del divieto.

privativa della libertà personale), nonché l'intenzione, il movente e lo scopo che ha mosso il soggetto attivo³⁶⁵.

Peraltro, quando i maltrattamenti non raggiungono il livello minimo di gravità richiesto, lo Stato può comunque essere condannato per il mancato rispetto di altre norme: la Corte considera l'art. 3 "norma speciale" rispetto all'art. 8 CEDU e applica quest'ultimo laddove le lesioni dell'integrità psico-fisica della persona siano di minore entità³⁶⁶.

Sussiste pertanto un ampio margine di discrezionalità nella valutazione giurisprudenziale, non esistendo un livello oggettivo, predeterminato e fisso della gravità della condotta e, tanto meno, dell'intensità della sofferenza patita.

Del resto, la Corte Edu non è istituzionalmente chiamata ad accertare un crimine, bensì a verificare se i contraenti sono venuti meno agli obblighi positivi e negativi previsti dal trattato: interesse del Consiglio d'Europa è che gli Stati parte non consentano la perpetrazione di maltrattamenti ex art. 3 sul loro territorio, non certo quello di sanzionare penalmente gli autori dei medesimi³⁶⁷.

Appare quindi giustificato e – in un certo senso – necessario il difetto di tassatività della fattispecie: l'elasticità del parametro e la valutazione vittimo-centrica³⁶⁸ che lo caratterizza sono funzionali a una tutela dei diritti umani che tenga il passo con i tempi³⁶⁹.

Sotto altro profilo, il criterio del *minimum level of severity* oltre a individuare le condotte che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU, in mancanza di un dato normativo esplicito, rappresenta altresì il suo limite interno: si utilizza il medesimo parametro per distinguere la tortura dalle altre forme di violenza. Di conseguenza, data la relatività della soglia, non è possibile cristallizzare tali nozioni una volta per tutte: i fattori distintivi di ciascuna delle tre macro-categorie

³⁶⁵ *Bouyid c. Belgio*, cit., § 109. Cfr. *infra* Par. 4.

³⁶⁶ Il *leading case* in materia è Corte Edu, sent. 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*. Particolarmente importanti sono le considerazioni svolte dalla Commissione nel rapporto 8 ottobre 1991 sul caso *Y c. Regno Unito*, dal momento che affermò per la prima volta il valore sostitutivo dell'art. 8 rispetto all'art. 3: "la protezione accordata dall'art. 8 all'integrità fisica della persona può essere più ampia di quella prevista dall'art. 3". Difatti, la giurisprudenza di Strasburgo è pacifica nel ricondurre all'art. 8 anche la tutela dei diritti della personalità, del diritto alla riservatezza e all'autodeterminazione individuale, nonché della cd identità sociale del soggetto. Cfr. A.ESPOSITO, *Il diritto...*, pag. 63.

Ciò non toglie che, talvolta, la Corte possa ravvisare la violazione di entrambe le disposizioni (cfr. *ex multis Nasr e Ghali c. Italia*, cit.). Cfr. *infra* Par. 6.

³⁶⁷ Grande Camera Corte Edu, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 182: "(...) Quando tali addotte violazioni abbiano dato luogo a procedimenti penali dinanzi ai giudici interni, occorre tenere presente che la responsabilità penale si differenzia dalla responsabilità dello Stato ai sensi della Convenzione. La Corte è competente unicamente a valutare la seconda. (...) Non bisogna confondere la responsabilità di uno Stato in ragione degli atti dei suoi organi, agenti o impiegati e le questioni di diritto interno riguardanti la responsabilità penale individuale, la cui valutazione spetta ai giudici interni. Non rientra tra i compiti della Corte pronunciare verdetti di colpevolezza o di innocenza ai sensi del diritto penale".

³⁶⁸ M.FARRELL, *Just how...*, cit., pag. 501.

³⁶⁹ Cfr. S.C.PREBENSEN, cit., pag. 1124. Qui viene riportata l'affermazione del giudice Walsh secondo il quale "la Convenzione è redatta al presente, il che implica necessariamente un continuo adattamento dei suoi contenuti al passare del tempo".

presentano una valenza più che altro descrittiva dal momento che, anche in tal caso, è il giudice a qualificare la fattispecie in base alla valutazione complessiva delle circostanze provate.

Occorre in questa sede ribadire che ciò che interessa alla Corte è se lo Stato abbia o meno rispettato l'art. 3, non tanto la casella in cui collocare la fattispecie.

Infatti, non sono rare le pronunce nelle quali viene ravvisata una violazione *tout court* del divieto, oppure si parla genericamente di trattamenti inumani e degradanti (senza differenziarli tra loro)³⁷⁰.

La *ratio* della distinzione – come più volte ribadito nelle sentenze relative all'art. 3 – va ravvisata esclusivamente nella volontà di stigmatizzare i comportamenti maggiormente riprovevoli, marchiandoli di speciale infamia³⁷¹.

Tutto ciò premesso, è possibile in astratto ricondurre alla nozione di “tortura” tutte quelle condotte (attive o omissive) che, causando le sofferenze maggiormente gravi e crudeli, finiscono per ledere significativamente la dignità umana. Si tratta di ipotesi aggravate di trattamento (o pena) inumano o degradante, intendendosi per “degradante” l'azione che determina sofferenze più che altro emotive e morali, di umiliazione e sofferenza psichica, per “inumano” tutto ciò che cagiona gravi dolori di tipo fisico³⁷².

Sebbene la dottrina³⁷³ sia solita concludere nel senso che tale distinzione non presenti precipitati applicativi di notevole rilievo, tuttavia appaiono due le conseguenze degne di nota (oltre alla considerazione cui si è fatto cenno in precedenza e che verrà approfondita nel Par. 4 in ordine al differente elemento soggettivo che le connota).

La prima è rappresentata dal maggiore pregiudizio che può derivare all' “immagine internazionale” dello Stato condannato per fatti di tortura rispetto al caso in cui venga riscontrata un'altra tipologia di violenza³⁷⁴. La differenziazione tendenzialmente non rileva, invece, sotto il profilo della diversità degli obblighi positivi e negativi scaturenti dalla disposizione³⁷⁵.

³⁷⁰ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 68.

³⁷¹ In tal senso cfr. *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 282; Grande Camera Corte Edu, sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, § 96; *Saadi c. Italia*, cit., § 136; Corte Edu, 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, § 62.

³⁷² Cfr. Grande Camera Corte Edu, sent. 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 68. In questa sentenza i giudici di Strasburgo specificano come sia inumano “un trattamento premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale”, mentre debba essere considerato degradante “un trattamento tale da creare nella vittima un sentimento di paura, angoscia e inferiorità tale da umiliarla e piegare la sua resistenza fisica o morale così da indurla a agire contro la sua volontà o coscienza”. Nello stesso senso, *ex multis*, cfr. Corte Edu, sent. 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, § 32; Corte Edu, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 120; *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 167. Di recente, la Grande Camera *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., ha precisato, § 169: “Quando non vi è la prova di lesioni personali o di forti sofferenze fisiche o psichiche, un trattamento può comunque essere definito degradante, e rientrare nelle previsioni dell'articolo 3, quando umilia o denigra un individuo, dando prova di una mancanza di rispetto per la sua dignità umana o svilendola, o quando suscita nell'interessato dei sentimenti di paura, angoscia o inferiorità tali da indebolire la sua resistenza morale e fisica”.

³⁷³ *Ex multis*, W.A.SHABAS, *The European...*, cit., pag. 169.

³⁷⁴ Cfr. A. COLELLA, cit., pag. 1817; A.MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio...*, cit., pag. 16.

In secundis, un ulteriore effetto si registra nel campo probatorio secondo la linea interpretativa fatta propria dalla Grande Camera nel caso *Gafgen*³⁷⁶. In questa decisione, infatti, i giudici distinguono tra elementi ottenuti attraverso torture in senso stretto, che non possono mai essere ammessi in giudizio, e quelli conseguiti per il tramite di trattamenti inumani o degradanti che, *a contrario*, possono essere presi in considerazione a patto che non abbiano alcun effetto sul risultato del procedimento³⁷⁷ (cfr. *funditus* Par. 5.1). In questa ipotesi non sarebbe, infatti, compromesso il *fair trial* ex art. 6 CEDU dal momento che non sussisterebbe un nesso causale vero e proprio tra prove acquisite attraverso *misbehaviour* e condanna dell'imputato³⁷⁸.

Teoricamente le tre categorie in analisi potrebbero, infine, avere un'incidenza nella quantificazione del danno subito, in particolare quello di natura non patrimoniale, posto che la sofferenza mentale e fisica ingenerata dalla tortura è di grado superiore rispetto alle altre³⁷⁹.

Tuttavia non si riscontrano questi effetti nella prassi giurisprudenziale dal momento che il danno morale – per sua natura – non si presta a un preciso calcolo e deve essere personalizzato di volta in volta dal giudice. Esso viene determinato in via equitativa tenendo a conto delle circostanze oggettive e soggettive della fattispecie e non tanto della qualificazione astratta della stessa³⁸⁰.

Oltre alla gravità qualitativa delle violazioni contestate, infatti, i giudici prendono in considerazione anche le caratteristiche personali della vittima e le condizioni economiche dello Stato responsabile³⁸¹ al fine di stabilire “l'equa soddisfazione della parte lesa” ex art. 41 CEDU.

In dottrina vi è chi ritiene auspicabile abbandonare *tout court* tale differenziazione nel diritto internazionale generale, che rischia - se applicata in modo restrittivo - di eludere lo scopo del divieto. Cfr. sul punto A.CULLEN, cit., pag. 44.

³⁷⁵ Si ricordi, *a contrario*, come l'art. 16 CAT preveda un regime differenziato a seconda delle tipologie di *ill-treatment*.

³⁷⁶ Similmente, Corte Edu, 25 settembre 2012, *El Haski c. Belgio*, § 85.

³⁷⁷ La Grande Camera, *Gafgen c. Germania*, cit., § 180 non ritenne utilizzabile la confessione estorta all'imputato in violazione dell'art. 3 CEDU, ma considerò ammissibili gli elementi materiali di prova scoperti grazie alla stessa (i cd *fruits of the poisoned tree*). In dottrina, *ex multis*, S.DEWULF, *The signature...*, cit., pag. 252 ss; W.A.SHABAS, *The European...*, cit., pag. 321; S.GREER, cit., pag. 103 (vedi nota 11 e nota 15 per un'ampia bibliografia in materia).

³⁷⁸ Cfr. criticamente *Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power*, § 9 a margine della sentenza.

³⁷⁹ M.K.ADDO, N.GRIEF, cit., pag. 512.

³⁸⁰ Due rilievi possono essere operati con specifico riguardo alla giurisprudenza in materia. In primo luogo, la Corte in fattispecie concrete analoghe ha statuito un risarcimento per il danno morale patito assolutamente divergente. In tal senso cfr. i casi *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 348, e Corte Edu, sent. 8 dicembre 2015, *Sagayeva e altri c. Russia*, aventi ad oggetto la sofferenza mentale dovuta alla scomparsa di un parente (nel primo caso il marito, nel secondo il fratello) e all'illegalità della detenzione da questi patita, nonché alla angoscia derivata dall'impossibilità di conoscere la sorte occorsa al familiare.

In secondo luogo, vi sono ipotesi di trattamento esplicitamente qualificato come “degradante” (cfr. da ultimo Corte Edu, sent. 6 settembre 2016, *W.D. c. Belgio*, § 178) in cui la Corte ha stabilito un risarcimento quantitativamente importante, in tutto e per tutto analogo (se non superiore) rispetto alle somme che vengono generalmente corrisposte in ipotesi di “tortura”.

³⁸¹ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 713 ss. Si ricordi che in casi di tortura e trattamenti (o pene) inumani o degradanti non gravano sulle vittime particolari oneri probatori relativi alla dimostrazione dei pregiudizi morali subiti (consistenti, ad esempio, nella presentazione di documentazione medica che li attesti), bensì si considera il risarcimento quale necessaria misura di riparazione nei confronti di tali illeciti. Cfr. *infra* Par. 6.2.

Pertanto, le uniche conseguenze che la tripartizione delle condotte porta con sé sono rappresentate da un lato, dal maggiore valore simbolico che una sentenza di condanna per atti di tortura presenta nei riguardi di uno Stato democratico membro del Consiglio d'Europa, dall'altro dai regimi in materia di ammissibilità delle prove che la Grande Camera ha configurato nel caso *Gafgen*.

3.1. L'alveo dell'art. 3: il superamento del livello minimo nelle decisioni della Corte

La Convenzione deve essere interpretata in modo che la protezione disposta abbia una portata pratica ed effettiva³⁸². Lo spirito del testo prevale sulla lettera, secondo l'approccio antiformalistico tipico dei Tribunali internazionali dei diritti umani³⁸³.

Ecco la ragione per cui la CEDU deve essere utilizzata in modo flessibile e attento alle peculiarità della fattispecie: per salvaguardare realmente la dignità umana e "assicurare la garanzia collettiva di certi diritti enunciati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo"³⁸⁴.

L'interpretazione giudiziaria risulta dunque essenziale per definire la portata delle norme: ci troviamo di fronte a un diritto casistico che subisce le trasformazioni prodotte da un'interpretazione evolutiva e dinamica imposta dai giudici di Strasburgo al fine di realizzare l'obiettivo e raggiungere lo scopo del trattato³⁸⁵.

È pertanto necessario passare in rassegna le decisioni più significative dell'ultimo periodo riguardanti (rispettivamente) pene e trattamenti che tipicamente incontrano il divieto in analisi.

L'ergastolo non è di per sé proibito o incompatibile con l'art. 3.

Lo diviene se si tratta di una pena nettamente sproporzionata, se la detenzione non è giustificata da alcuna finalità legittima, se non sussiste alcuna prospettiva di ottenere in futuro la scarcerazione oppure una possibilità di riesame della posizione del condannato.

³⁸² *Soering c. Regno Unito*, cit., § 34. Corte Edu, sent. 28 maggio 2002, *Stafford c. Regno Unito*, § 68: "È fondamentale che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo tale da rendere i diritti pratici ed effettivi e non teorici e illusori. Se la Corte non dovesse seguire un approccio dinamico ed evolutivo, non sarebbe possibile migliorare o riformare il sistema di tutela".

³⁸³ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto...*, cit., pag. 122 ss. La prevalenza dello spirito sulla lettera definisce quello che in dottrina (cfr. J.CALLEWAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, pag. 94 ss) è stato definito il "realismo della Convenzione".

³⁸⁴ Cfr. Preambolo della CEDU.

³⁸⁵ Cfr. Artt. 31 e 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969) e, a riguardo, M.FOROWICZ, *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pag. 26 ss.

Così la Commissione, decisione 4 marzo 1991, *Chrysostomos e altri c. Turchia*: "(...) è necessario ricercare l'interpretazione più appropriata a realizzare l'obiettivo e a raggiungere l'oggetto del trattato e non quella che restringerebbe al massimo le obbligazioni cui le parti sono tenute". La Convenzione viene ivi definita "uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo nel campo dei diritti umani".

Per un'analisi approfondita dei concetti di interpretazione "evolutiva" e "dinamica", cfr. A.ESPOSITO, *Il diritto...*, cit., pag. 132 ss; P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 77 ss; V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 37 ss.

Il meccanismo di revisione deve esistere dal giorno in cui è stata pronunciata la sentenza al fine di garantire il cd diritto alla speranza del detenuto: le condizioni necessarie per ottenere la libertà e quando ciò divenga possibile deve essere noto *ab initio*.

Il reinserimento sociale è il principale obiettivo della sanzione: una condanna perpetua irrevocabile finirebbe fatalmente per ledere la dignità del reo³⁸⁶.

La brevità e l'astrattezza del divieto di cui all'art. 3 assumono in questo modo contorni e portata specifica: l'orientamento presente nella maggioranza dei sistemi nazionali (cd comun denominatore) ha influito sull'interpretazione evolutiva della Corte in materia, consentendo la "codificazione" di una serie di principi in grado di apprestare una tutela concreta del condannato a vita.

Allo stesso modo, le modalità di esecuzione della pena – per essere compatibili con l'art. 3 – non devono comportare una sofferenza o una situazione di stress superiore a quella inevitabile nella reclusione³⁸⁷.

In particolare, la Corte verifica le dimensioni della cella, il suo livello di sovraffollamento³⁸⁸, le condizioni sanitarie, la possibilità di svago e di esercizio per il detenuto e la durata della permanenza.

Sono numerose le sentenze in cui i giudici ravvisano insufficienza o precarietà delle situazioni igieniche causata da malfunzionamento dei sanitari, luoghi umidi non areati né illuminati, presenza di insetti e roditori³⁸⁹. Al contempo sono molte le decisioni in cui si accertano gravi carenze nelle cure prestate ai reclusi: sussiste in capo allo Stato un dovere di verificare che la salute del soggetto in carcere sia compatibile con la detenzione³⁹⁰, di provvedere a somministrare l'assistenza medica necessaria e di conciliare la limitazione della libertà con le esigenze specifiche della persona malata.

³⁸⁶ Corte Edu, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, § 97; Grande Camera Corte Edu, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 102; Grande Camera Corte Edu, 26 aprile 2016, *Murray c. Olanda*, § 112; Corte Edu, sent. 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, § 38. A.BALSAMO, "La Corte europea, l'ergastolo e "il diritto alla speranza", in *Cassazione Penale*, 2013, pag. 4672 ss; V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 163; M.PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, pag. 575 ss.

³⁸⁷ Cfr. *Indelicato e Labita c. Italia*, cit.

³⁸⁸ È noto come la Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia* abbia valutato integrata la violazione dell'art. 3 sulla base della circostanza che il detenuto aveva beneficiato di uno spazio libero inferiore a tre metri quadrati in cella. G.DELLAMORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 147 ss. Cfr. *funditus* Par. 7.2.1.

³⁸⁹ Corte Edu, 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia; Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 163; Grande Camera Corte Edu, 23 febbraio 2016, *Mozer c. Repubblica di Moldavia e Russia*, § 180.

³⁹⁰ Corte Edu, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia*.

Occorre pertanto considerare l'eventuale disabilità del carcerato, la sua minore età, l'aggravamento delle sue condizioni fisiche dovuto al luogo in cui è recluso, la tipologia di malattia contratta, il sesso e la durata della ulteriore permanenza³⁹¹.

Secondo la giurisprudenza consolidata lo standard di adeguatezza delle cure non deve essere quello delle migliori cliniche civili, bensì deve essere comparabile con quello che normalmente è usufruibile dalla cittadinanza nel suo insieme³⁹². Questi sono gli elementi che la Corte è chiamata a valutare al fine di verificare se il trattamento penitenziario sia rispettoso della dignità individuale e non abbia comportato una sofferenza psico-fisica propria di una condotta inumana o degradante.

Ancora una volta le particolarità dei singoli casi consentono di volta in volta ai giudici di Strasburgo di portare alla luce principi impliciti nel divieto di cui all'art. 3, al fine di soddisfare le esigenze mutevoli di tutela dei diritti umani.

Passando ai trattamenti, si ricordi come la sofferenza di un familiare per la scomparsa o la perdita di un parente dovuta all'azione delle autorità statali possa determinare la violazione dell'art. 3 CEDU. Tuttavia sono necessari fattori particolari che attribuiscono alla sofferenza un carattere diverso rispetto al mero "smarrimento affettivo". La Corte dovrà in tal senso accertare la prossimità del legame, le circostanze particolari della relazione, i tentativi di cercare informazioni a proposito della persona scomparsa, l'assenza prolungata di notizie e soprattutto le reazioni dell'autorità di fronte alla situazione segnalata dal parente: la mancanza di indagini o il loro tentativo di depistaggio si verificano spesso in relazione a tali accadimenti³⁹³.

Elevata frequenza presentano anche le condanne irrogate dai giudici di Strasburgo con riguardo alle azioni di polizia. Ogni ricorso all'uso della forza da parte dell'autorità nei confronti di un individuo che non sia reso strettamente necessario dalla sua stessa condotta o delle circostanze del caso, e che non sia proporzionato rispetto ai fini dell'operazione – implicando il superamento del grado di umiliazione e sofferenza insito in questa tipologia di situazioni – finisce per svilire la dignità umana e rappresenta "in via di principio" una violazione dell'art. 3³⁹⁴.

³⁹¹ Corte Edu, sent. 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*; Corte Edu, sent. 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*; Corte Edu, sent. 22 marzo 2016, *Butrin c. Russia*. Cfr. F.CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

³⁹² Grande Camera Corte Edu, 23 marzo 2016, *Blokhin c. Russia*, § 137.

³⁹³ Il *leading case* in materia è Corte Edu, sent. 25 maggio 1998, *Kurt c. Turchia*, § 130. Cfr. anche *Nasr e Ghali c. Italia*, cit.; *Sagayeva e altri c. Russia*, cit.; Corte Edu, sent. 9 novembre 2006, *Imakaieva c. Russia*.

³⁹⁴ Cfr. *ex multis* Corte Edu, sent. 4 dicembre 1995, *Ribitsh c. Austria*, § 38; Corte Edu, sent. 4 ottobre 2011, *Mete e altri c. Turchia*, § 106; *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 207; *Cestaro c. Italia*, cit., § 180; *Bouyid c. Belgio*, cit., § 88; Corte Edu, sent. 30 agosto 2016, *Mihailov c. Estonia*, § 104. La Corte ha recentemente sottolineato nel caso *Bouyid* (§ 101) che le parole "in linea di principio" non possono essere interpretate nel senso che ci potrebbero essere situazioni in cui tale violazione non viene ritenuta tale perché la soglia minima di gravità non è stata raggiunta, dal momento che ogni (seppur minima) lesione della dignità umana colpisce l'essenza stessa della Convenzione. Per una critica cfr. *infra* Par. 3.2.

Al fine di evitare torture sul proprio territorio e rispettare il Codice europeo di etica per le forze dell'ordine, lo Stato ha l'obbligo di assicurare un alto livello di professionalità dei suoi agenti³⁹⁵.

Perciò, a maggior ragione nel caso in cui il soggetto passivo sia un minore (oppure un anziano, una donna etc.), occorre che questi agiscano con contegno e auto-controllo, in virtù della maggiore vulnerabilità psicologica o fisica dei destinatari del trattamento.

Le condizioni di fatica e stress nonché il contesto di estrema tensione in cui si è chiamati a operare, viene preso in considerazione dalla Corte, ma non può mai essere in grado di giustificare violenze arbitrarie e apodittiche³⁹⁶. Argomentando altrimenti, verrebbe meno l'assolutezza e l'inderogabilità dello stesso divieto sancito dall'art. 3 CEDU.

L'analisi dei singoli casi dimostra quanto fu lungimirante l'idea di evitare la tipizzazione delle condotte vietate: il contenuto conciso dell'enunciato normativo ha consentito alla Corte di godere della discrezionalità necessaria per apprestare una tutela a situazioni estremamente eterogenee, capace di adattarsi ai cambiamenti sociali, culturali e giuridici occorsi negli anni.

In quest'ottica la Convenzione, lungi dall'essere un mero accordo tra Stati volto a salvaguardare diritti in rapporto di reciprocità, diviene uno "strumento vivente" teleologicamente orientato a restringere la loro potestà in nome del comune obiettivo: la salvaguardia del patrimonio di tradizioni politiche, ideali e libertà propria del Consiglio d'Europa³⁹⁷.

3.2. Il mancato superamento della soglia: la motivazione come argine alla discrezionalità giudiziale

Il divieto di *misbehaviour* è la regola; l'intangibilità della dignità individuale è il principio dal quale essa scaturisce; la persona umana è il valore di riferimento.

Se le regole discernono il lecito dall'illecito, ciò che è da ciò che non può essere, i principi – al contrario – non presentano alcuna portata operativa se non facendoli "reagire" con la peculiarità dei casi. Il loro significato non è predeterminabile in via astratta: è nella concretezza del reale che lo

³⁹⁵ Secondo il Par. 36 del Codice in questione, la polizia non deve "infliggere, istigare o tollerare alcuna tortura o trattamento (o pena) inumano o degradante in qualsiasi circostanza". Interessante notare come nel Commento all'articolo sia specificato che: "È ovvio che un servizio di polizia che utilizza la tortura e trattamenti e pene disumane o degradanti probabilmente avrà difficoltà ad ottenere il rispetto o la fiducia dei cittadini". Cfr. *Bouyid c. Belgio*, cit., § 108. Cfr. anche art. 10 CAT e § 59 del 2° rapporto generale redatto dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura in materia di formazione del personale di polizia.

Importante ricordare, a riguardo, come l'art. 81 co. 4 delle Regole penitenziarie europee imponga la formazione di tutto il personale penitenziario con riferimento agli strumenti internazionali e regionali per la protezione dei diritti dell'uomo, in particolare sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e sulla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti.

Appare appena il caso di sottolineare come emerge dalle decisioni 14 marzo 2017, *Alfarano c. Italia e Battista e altri c. Italia*, l'impegno assunto dal nostro Paese a predisporre una formazione specifica destinata alle forze dell'ordine relativa al rispetto dei diritti dell'uomo.

³⁹⁶ Corte Edu, sent. 21 dicembre 2000, *Egmez c. Cipro*, § 78; *Gafgen c. Germania*, cit., § 106.

³⁹⁷ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 239; *M.K.ADDO, N.GRIEF*, cit., pag. 510.

assumono³⁹⁸. In altre parole, sono le stesse circostanze esistenti che definiscono le fattispecie oggetto dei principi: si tratta di norme aperte – per loro natura nate per svilupparsi – in grado di fornire la chiave per la risoluzione di ipotesi neppure configurabili al momento della loro statuizione. Da ciò consegue la naturale provvisorietà e la logica sfumata (cd *fuzzy*)³⁹⁹ delle decisioni della Corte che, sotto altro profilo, è l'unica strada percorribile per raggiungere il cd effetto utile della norma, ossia un'ideale protezione del bene giuridico di riferimento.

Il criterio teleologico plasma la nozione di tortura: come riferito poc'anzi, una determinata condotta, in un certo contesto, in presenza di specifici fattori rilevanti incontra (oggi) il divieto di cui all'art. 3 se supera la soglia minima di gravità, distinguendosi in *parte qua* da qualsiasi altra tipologia di *vulnus* all'integrità psico-fisica individuale.

Il parametro vittimo-centrico basato sulla sofferenza patita e gli elementi empirici che di volta in volta vengono presi in considerazione determinano un inevitabile margine di incertezza.

Appaiono dunque fondati i rilievi mossi dalla dottrina⁴⁰⁰ con riferimento ai rischi che porta con sé l'utilizzazione di un concetto simile da parte dei Tribunali penali internazionali, in quanto la mancanza di una nozione chiara, precisa e dai contorni ben definiti contrasta evidentemente con la tassatività che un crimine deve presentare e, di conseguenza, con il principio di colpevolezza: a nessuno può essere mosso un rimprovero per colpa sulla base di un dato normativo non accessibile e in costante movimento, data l'impossibilità di calcolare le conseguenze penali della propria condotta⁴⁰¹.

Invece, per quanto concerne la giurisdizione della Corte Edu, un criterio di questo tipo consente di ampliare la portata della disposizione, aumentando – in funzione delle peculiarità del caso – il grado di protezione del diritto di ogni individuo a non essere sottoposto a un maltrattamento ex art. 3.

Tuttavia questa logica giuridica porta con sé, fatalmente, due tipologie di rischio.

Un primo pericolo è rappresentato dalla “tentazione” di estendere eccessivamente l'ambito applicativo del divieto.

Un conto è infatti la lesione di una posizione giuridica di vantaggio comune; altro conto è la limitazione di un diritto fondamentale della persona salvaguardato dalla Convenzione. È ben possibile che una condotta sia moralmente ripugnante oppure violi una disposizione (anche penale)

³⁹⁸ G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pag. 149 ss. Dello stesso autore cfr. anche *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pag. 99: “Se l'ordinamento giuridico fosse composto solo di regole, sarebbe un orario ferroviario e i giuristi sarebbero manovratori di scambi, nei tempi e luoghi stabiliti. Per fortuna, il diritto non corrisponde a quest'ideale dei positivisti delle regole e il lavoro dei giudici e dei giuristi non è quello di un impiegato delle ferrovie”.

³⁹⁹ A.ESPOSITO, *Il diritto...*, cit. pag. 151.

⁴⁰⁰ D.ROBINSON, *The identity crisis of international criminal law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2008, pag. 926. Cfr. *funditus* Cap. IV Par. 4.1.

⁴⁰¹ Sui requisiti di accessibilità e prevedibilità della norma penale cfr. *ex multis* Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*.

dell'ordinamento interno, ma non rappresenti un attentato alla dignità umana di queste proporzioni⁴⁰².

Se fosse sufficiente una mera restrizione della libertà personale oppure una lesione dell'integrità psico-fisica per integrare la violazione dell'art. 3, le stesse tre categorie ivi presenti perderebbero di significato e, con loro, verrebbe meno lo stigma della sentenza che attesta la sussistenza di tali azioni in uno Stato democratico.

Sotto questo profilo particolarmente indicativa è la giurisprudenza di Strasburgo relativa a casi in cui il *minimum level of severity* non è stato raggiunto.

Si veda, ad esempio, il caso *Alexey Petrov c. Bulgaria*⁴⁰³ in cui la Corte esclude la violazione dell'art. 3 tenendo in debito conto delle abilità particolari del soggetto passivo (si trattava di un appartenente ai servizi di sicurezza bulgari, addestrato nelle arti marziali e nell'uso di armi) e del reato di cui era sospettato (appartenenza a un'associazione mafiosa).

La forza adoperata dalla polizia al fine di eseguire l'arresto del ricorrente è parsa, dunque, necessaria e proporzionata proprio in virtù della possibile capacità di reazione del soggetto. I giudici evidenziano, inoltre, la differenza che sussiste tra questa fattispecie e quella del caso *Gutsanovi c. Bulgaria*⁴⁰⁴ in cui il soggetto era accusato di crimini non implicanti violenza (peculato) e non sussistevano elementi in base ai quali potesse rappresentare un pericolo per la polizia (si trattava di un noto politico locale).

Allo stesso modo nel caso *Szafrenski c. Polonia* non è stato ravvisato alcun *misbehaviour* poichè l'unica difficoltà affrontata dal detenuto durante il periodo di reclusione è stata l'inadeguata separazione dei servizi igienici dal resto della cella. Dal momento che, sotto gli altri profili rilevanti, il luogo rispettava gli standard richiesti dalla giurisprudenza della Corte (e del CPT), si è ritenuto che il disagio non superasse la soglia di minima di gravità e dovesse essere tollerato dal ricorrente.

Nel caso *Topekhin c. Russia*⁴⁰⁵ non sono state individuate le prove del deterioramento delle condizioni fisiche del detenuto a causa di negligenze statali durante il periodo di reclusione: il peggioramento del suo stato di salute poteva essere dovuto all'ordinario decorso della malattia. Difatti, risultava che il soggetto fosse stato sottoposto al trattamento farmacologico richiesto, agli esami occorrenti e avesse ottenuto un trasferimento senza ritardi presso l'unità medica della struttura carceraria, nonché avesse usufruito della visita di più esperti in diverse occasioni.

⁴⁰² *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 167.

⁴⁰³ Corte Edu, sent. 31 marzo 2016, sent. *Alexey Petrov c. Bulgaria*, § 51. Cfr. anche Corte Edu, sent. 28 giugno 2016, *Josef Woz c. Polonia*, § 53.

⁴⁰⁴ Corte Edu, sent. 15 ottobre 2013, *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 128.

⁴⁰⁵ Corte Edu, 10 maggio 2016, *Topekhin c. Russia*, § 72 (attualmente pendente una richiesta di rinvio alla Grande Camera). Cfr. anche Corte Edu, sent. 15 dicembre 2015, *Khalvash c. Russia*.

Queste decisioni, *inter alia*, dimostrano come non tutte le condotte che in qualche modo contrastano con la dignità umana sono tali da raggiungere quel minimo livello di gravità richiesto per violare l'art. 3.

Nell'opinione dissenziente relativa al caso *Bouyid c. Belgio* i giudici⁴⁰⁶ sottolineano gli effetti deleteri dell'imposizione di standard irrealistici di protezione dei diritti umani. Se anche uno schiaffo isolato posto in essere da un ufficiale di polizia esasperato dalla condotta provocatoria del ricorrente, per giunta in un contesto di tensione elevata, è un trattamento degradante, allora buona parte dell'attività giornaliera delle forze dell'ordine è in grado (potenzialmente) di integrare una violazione della norma.

Ciò non significa fornire una giustificazione allo schiaffo dell'agente, quanto piuttosto lasciare la sua eventuale sanzione all'ordinamento interno.

Un'altra conseguenza dell'applicazione di una interpretazione così rigorosa attiene alla materia dell'extradizione/espulsione dello straniero. A riguardo, seguendo il criterio della Grande Camera, si dovrebbe concludere nel senso che lo Stato non potrebbe procedere all'allontanamento ogni qualvolta sussista il rischio che il soggetto venga schiaffeggiato (anche solo una volta) nello Stato di destinazione.

Quando la Corte afferma che l'utilizzo della forza nei limiti in cui lede la dignità umana rappresenta "in via di principio" un *mistreatment* ai sensi della Convenzione⁴⁰⁷, non vuole dire che in tal caso la violazione dell'art. 3 sia scontata, bensì che possono esservi delle eccezioni, ossia delle ipotesi in cui la dignità può essere lambita in assenza di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

Anche perché, argomentando altrimenti, verrebbe di fatto svuotato di significato il criterio del *minimum level of severity* e, con esso, la natura del divieto.

Sempre nell'opinione dissenziente è, infatti, evidenziato come vi siano buone ragioni per ritenere che la proibizione disposta dall'art. 3 sia assoluta e inderogabile proprio perché la sua violazione implica sempre il raggiungimento della soglia *de qua*: è la serietà della condotta a giustificare la natura della norma e la mancanza di eccezioni legittime.

In altri termini, "*one of the most fundamental values of democratic societies*" non può essere leso da un comportamento "poco grave".

In effetti la Grande Camera si sofferma precipuamente sulla gravità della "sofferenza patita" dai soggetti tenuto a conto della loro estrema vulnerabilità (entrambi in custodia dell'autorità, uno dei

⁴⁰⁶ Cfr. *Dissenting opinion* of judges De Gaetano, Lemmens and Mahoney, *Bouyid c. Belgio*, cit.

⁴⁰⁷ Cfr. nota 394.

due – per giunta – minorenni) e non tanto sulla “sofferenza inflitta” dall’agente, misurabile attraverso la gravità dell’azione (un singolo schiaffo al volto)⁴⁰⁸.

A ben vedere, difetta una valutazione globale della fattispecie che spinge i giudici a ritenere integrata una violazione dell’art. 3 in un’ipotesi molto meno importante di quelle su cui la Corte è solitamente chiamata a esprimersi⁴⁰⁹.

Sotto altro profilo, va rilevato come l’abbassamento eccessivo della soglia di gravità sia accompagnato da una sovraesposizione di motivi e di circostanze della violazione: in questo modo la relatività del divieto viene esasperata e ne deriva un’eccessiva indeterminatezza della fattispecie.

L’esercizio del sindacato giurisdizionale finisce così per dipendere dalla “sensibilità soggettiva” dei membri del collegio nel valutare le specifiche peculiarità del caso, sconfessando la natura stessa dei *mistreatment* in questione.

Sarebbe quindi opportuno tornare a considerare tali solo le condotte effettivamente intollerabili: l’occasione e le circostanze soggettive dell’azione non possono tramutare l’essenza di un atto oggettivamente poco grave⁴¹⁰.

Peraltro, l’eccesso di tutela in questi casi rischia di determinare un (paradossale) difetto di protezione con riguardo alle fattispecie più importanti dovuto a una perdita sostanziale di valore simbolico delle sentenze di condanna per la violazione di uno degli articoli che rappresentano il cd nocciolo duro della Convenzione⁴¹¹.

Collocare il singolo schiaffo nella stessa categoria di violenze di maggior rilievo da un lato sminuisce il disvalore di queste ultime, dall’altro mina fortemente l’effetto dissuasivo della norma convenzionale.

Tornando ai rischi connaturati alla cd logica giuridica sfumata, un secondo pericolo che si presenta all’interprete è l’arbitrarietà delle decisioni.

L’ampia discrezionalità che caratterizza questo tipo di sentenze deve incontrare un limite nella motivazione puntuale e rigorosa operata dalla Corte.

⁴⁰⁸ *Bouyid c. Belgio*, cit., § 104, in cui la Corte si sofferma sull’importanza del volto come parte del corpo umano che esprime l’individualità e l’identità sociale della persona.

⁴⁰⁹ M.K.ADDO, N.GRIEF, cit., pag. 510 ss; A.ESPOSITO, *Il diritto...*, cit., pag. 152; G.UBERTIS, F.VIGANÒ, cit., pag. 66.

Cfr. sul punto anche l’opinione dissenziente del giudice Vladimiro Zagrebelsky con riguardo a Corte Edu, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*: “L’articolo 3 sancisce il divieto assoluto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. Neanche il diritto alla vita (articolo 2) è altrettanto assoluto. Credo che il motivo dell’assolutezza del divieto dei trattamenti vietati ai sensi dell’articolo 3 giaccia nel fatto che, nella coscienza e nella sensibilità degli europei, tali trattamenti risultano intollerabili in sé e per sé, in qualsiasi occasione e situazione”.

⁴¹⁰ Così come, *a contrario*, non dovrebbero essere in grado di legittimare condotte particolarmente gravi.

La pericolosità sociale del ricorrente così come le esigenze di sicurezza sono certamente fattori rilevanti, ma non possono “giustificare l’ingiustificabile”. Il rischio che si corre, in un senso o nell’altro, è quella di una progressiva “relativizzazione” del criterio della soglia minima in funzione di fattori soggettivi del tutto avulsi dall’oggettiva idoneità delle condotte ad offendere l’integrità psico-fisica della vittima. Cfr. A.SACCUCCI, *Divieto di...*, cit., pag. 112.

⁴¹¹ Cfr. P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 405.

Il grado di elasticità del parametro è direttamente proporzionale al rischio di arbitrio del provvedimento: è solo con l'esplicita indicazione delle ragioni alla base delle scelte operate e dei fatti così come dimostrati dalle inferenze probatorie del caso, che è possibile evitare questo pericolo⁴¹².

Benché si tratti di una giurisprudenza di natura casistica le cui statuizioni sono strettamente legate ai dettagli del reale – il che non rende sempre possibile “cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che si è inteso affermare per risolvere il caso concreto”⁴¹³ – ciò non toglie che i giudici debbano procedere a una definizione chiara della fattispecie, all'indicazione precisa delle sentenze pronunciate in circostanze analoghe e alla individuazione espressa del principio o dei principi di diritto che si attagliano alle peculiarità dell'accadimento.

D'altronde le decisioni della Corte Edu tendono ad assumere per loro stessa natura un valore generale e di principio⁴¹⁴: di conseguenza, è necessario che siano esplicitate le “regole” seguite nella “risoluzione del caso” anche al fine di agevolare il lavoro dei magistrati degli Stati membri che sono chiamati per primi ad applicare la Convenzione.

Solo in questo modo l'interprete sarà in grado di ricostruire la cd *ratio decidendi* impiegata dato che, la sua individuazione, è tutt'altro che semplice e meccanica, difettando un sistema di massime giurisprudenziali paragonabile a quello presente nel nostro ordinamento⁴¹⁵.

In risposta ad esigenze di certezza, coerenza, prevedibilità e accessibilità del dato normativo, pertanto, i giudici di Strasburgo sono tenuti ad argomentare rigorosamente le proprie scelte⁴¹⁶.

Sotto altro profilo, l'ampia discrezionalità di cui si tratta deve, altresì, trovare un contro-limite nella stretta verifica dell'adempimento dell'onere probatorio.

3.3. La distribuzione dell'onere probatorio

La Corte Edu differenzia l'esercizio dell'onere probatorio a seconda che il ricorso esaminato sia statale (art. 33 CEDU) oppure sia di tipo individuale (art. 34 CEDU)⁴¹⁷.

In entrambi i casi il fatto deve essere accertato *beyond a reasonable doubt*: viene adottato il principio probatorio del processo penale proprio perché la violazione dell'art. 3 da parte di uno

⁴¹² M.TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma, 2009, pag. 240.

⁴¹³ Così la Corte Cost., sent n. 49/2015.

⁴¹⁴ Corte Cost., sent. n. 236/2011. V.MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cassazione Penale*, 2015, pag. 2214 evidenzia il rischio di fraintendimenti nella esegesi della giurisprudenza di Strasburgo in quanto “le sue decisioni sono intramate di affermazioni di principio”.

⁴¹⁵ V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 50.

⁴¹⁶ A.ESPOSITO, *Il diritto...*, cit., pag. 238: “Se le sue decisioni avranno ancora frugali e parsimoniose motivazioni; se la sua ossessiva autoreferenzialità non diminuirà, gli Stati e i potenziali ricorrenti non saranno in grado di conoscere gli sviluppi e l'esatta portata del diritto convenzionale, rimanendo in uno stato di incertezza circa gli esatti confini della protezione loro accordata, con un conseguente minor grado di protezione dei diritti dell'uomo”.

⁴¹⁷ F.TRIONE, cit., pag. 56; S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 76; A.COLELLA, cit., pag. 1821; P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 424.

Stato membro può ledere gravemente la sua immagine internazionale; di conseguenza i *mistreatment* asseritamente subiti devono essere dimostrati con un alto grado di certezza.

In realtà, il rigore di tale criterio è in genere attenuato dalla giurisprudenza consentendo alla parte di comprovare il fatto attraverso una serie di indizi “gravi, precisi e concordanti” o per il tramite di presunzioni non contestate⁴¹⁸.

Tuttavia, se nel primo caso (ipotesi del ricorso statale), trovandosi contrapposti due Stati e non essendo possibile individuare un soggetto privilegiato rispetto a un altro, spetta sempre al ricorrente definire la circostanza “al di là di ogni ragionevole dubbio”⁴¹⁹, nel secondo (ipotesi del ricorso individuale), essendo lo Stato “parte forte” sul piano processuale, la Corte Edu ha ulteriormente “alleggerito” l’onere probatorio in capo al privato.

Più precisamente, i giudici hanno mitigato il principio dispositivo attraverso l’acquisizione *ex officio* di prove e materiali informativi, soprattutto quando il ricorrente o un terzo fornisca ragionevoli motivazioni per dubitare dell’accuratezza dei dati riportati dallo Stato convenuto.

Tale eventualità si ravvisa di sovente nei casi in cui occorra vagliare le condizioni dei luoghi di detenzione⁴²⁰ o in materia di espulsione o estradizione di individui: in queste ipotesi, al fine di attestare violazioni della Convenzione, la Corte fa ampio utilizzo delle relazioni messe a disposizione dalle organizzazioni internazionali oppure dalle organizzazioni non governative⁴²¹.

Sempre con riferimento all’attenuazione dell’onere probatorio, il requisito del *cd real risk* richiesto con riguardo ai procedimenti *lato sensu* di espulsione non necessita della dimostrazione del fatto che il soggetto diverrà certamente vittima di tortura⁴²²: l’eventuale violazione indiretta della norma sarà vagliata alla luce di un giudizio probabilistico sul verificarsi della condotta vietata, fondato sugli elementi oggettivi prodotti dal ricorrente. È sufficiente definire l’esistenza di un rischio reale (si pensi al caso in cui questi abbia subito maltrattamenti in passato⁴²³); la prova contraria spetterà allo Stato convenuto.

In secondo luogo, la giurisprudenza di Strasburgo ha poi sostanzialmente invertito l’*onus probandi* nelle ipotesi in cui un individuo sia sottoposto a custodia o a controllo da parte delle autorità nazionali.

⁴¹⁸ *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 168.

⁴¹⁹ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 161.

⁴²⁰ Di recente, la Grande Camera *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 187 ss. ha basato la propria decisione, *inter alia*, sui report redatti da una Commissione *ad hoc* istituita presso il Senato italiano e da una sotto-commissione dell’Assemblea Generale del Consiglio d’Europa nonché sulle informazioni fornite da Amnesty International.

⁴²¹ Grande Camera Corte Edu, *J.K. e altri c. Svezia*, cit., § 88.

⁴²² *Soering c. Regno Unito*, § 91; *J.K. e altri c. Svezia*, § 91: “(...) it is incumbent on persons who allege that their expulsion would amount to a breach of Article 3 to adduce, to the greatest extent practically possible, material and information allowing the authorities of the Contracting State concerned, as well as the Court, to assess the risk a removal may entail”.

⁴²³ *J.K. e altri c. Svezia*, § 102.

Allorché un soggetto affermi di aver subito un peggioramento della propria condizione di salute in quelle circostanze⁴²⁴, grava sempre sul ricorrente l'onere di dimostrare (oltre ogni ragionevole dubbio) di aver subito delle lesioni, ma spetta allo Stato confutare che esse derivino dalla condotta dei propri agenti (ad es. dimostrando che le stesse sono pregresse al fermo, oppure auto-prodotte dal soggetto passivo o, ancora, giustificate da un'eventuale reazione del medesimo nei confronti delle forze dell'ordine)⁴²⁵.

Risulta evidente la *ratio* di tale inversione: le persone che si trovano “nelle mani” dell'autorità statale sono particolarmente vulnerabili e, di conseguenza, le autorità hanno il dovere di proteggerle da qualsiasi fonte di pericolo.

In terzo luogo, il principio in base al quale chi allega un fatto lo deve provare non può essere applicato in tutti i casi in cui è il solo Stato a possedere i documenti necessari per attestarli⁴²⁶.

In questa ipotesi la ragione dell'agevolazione dell'onere va individuata nelle difficoltà spesso insormontabili che incontra sulla propria strada il privato vittima di tortura.

In quarto luogo, quando sussiste un difetto o un'insufficiente istruttoria imputabile a negligenze statali, i giudici possono comunque arrivare a condannare lo Stato per una violazione cd procedurale dell'art. 3 (cfr. *infra* Par. 5.2.1).

Da ultimo, appare appena il caso di ricordare come la funzione della Corte Edu sia sussidiaria rispetto a quella dei Tribunali nazionali. Di conseguenza, in circostanze normali essa non si discosterà dalle risultanze così come definite e valutate nel giudizio interno; potrà invece allontanarsi da tali constatazioni se dispone di “elementi convincenti” in tal senso⁴²⁷.

4. Il ruolo sussidiario dell'elemento soggettivo: intenzione, movente e scopo

A differenza dei Tribunali penali internazionali, la Corte Edu non si sofferma profusamente sulla *mens rea* richiesta per configurare i maltrattamenti ai sensi dell'art. 3.

⁴²⁴ Non necessariamente è richiesta la certificazione medica, il *fumus boni iuris* può altresì derivare da meri indizi oppure dall'acquisizione di testimonianze. Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 205.

⁴²⁵ *Tomasi c. Francia*, cit., § 108; *Selmouni c. Francia*, cit., § 87; *Bouyid c. Belgio*, cit., § 82; *Blokhin c. Russia*, cit., § 140.

V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 167.

⁴²⁶ Corte Edu, sent. 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia*, § 108; Corte Edu, 17 maggio 2016, *Ojczyk c. Polonia*, § 48.

⁴²⁷ *Gafgen c. Germania*, cit., § 93; *Cestaro c. Italia*, § 164; Corte Edu, sent. 24 giugno 2014, *Saba c. Italia*, § 69. V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 37 e 212. È infatti possibile - soprattutto nei ricorsi in materia di tortura (e di diritto alla vita) - che il collegio non accetti la ricostruzione degli avvenimenti effettuata in sede nazionale: in queste ipotesi possono essere condotte verificazioni dirette, oppure verrà effettuata un'attività istruttoria ex art. 38 CEDU, nonché si prediligerà la produzione probatoria delle parti in giudizio.

Ciò deriva dalla funzione istituzionale che è chiamata a perseguire, ossia accertare da un lato se una persona sia stata sottoposta a tortura o trattamento (o pena) inumano o degradante all'interno del territorio di uno Stato parte, dall'altro la responsabilità di quest'ultimo rispetto a tali violenze.

La prospettiva di giudizio è quella della vittima, delle sofferenze patite dalla stessa, non quella del soggetto attivo del reato e della condotta: l'intenzione, il movente e lo scopo perseguito dall'agente restano sullo sfondo⁴²⁸.

Tuttavia nelle sentenze dei giudici di Strasburgo viene spesso utilizzato l'avverbio “*intentionally*” previsto dall'art. 1 CAT.

Da ciò si desume che la tortura (in senso stretto) implichi pur sempre una “volontà deliberata”⁴²⁹: l'azione attraverso cui si lede l'integrità psico-fisica della vittima, ingenerando dolore acuto, deve essere eseguita consapevolmente. L'elemento soggettivo *de quo* può implicitamente essere dedotto dal trattamento lesivo cui la vittima è sottoposta⁴³⁰.

Allo stesso modo, l'art. 7, § 2, let e) dello Statuto della Corte penale internazionale contiene la locuzione “*intentional*”⁴³¹.

I termini “*intentionally*” e “*intentional*”, usati rispettivamente nella CAT e nello CPISt., non vanno necessariamente sovrapposti alla nozione di dolo intenzionale presente nel nostro ordinamento, ma si limitano a indicare la natura necessariamente dolosa dell'illecito⁴³².

Come si trae dalle decisioni del TPJ e dallo CPISt. (artt. 7, 30), soddisfano questo requisito i casi in cui il soggetto attivo abbia voluto compiere o omettere la determinata azione (ad es. colpire, violentare, soffocare...) e abbia perseguito le sofferenze da essa derivanti, o si sia comunque rappresentato che – secondo ciò che normalmente accade – la condotta posta in essere determini quel tipo di conseguenze⁴³³.

Pertanto, non si ritengono sufficienti a integrare l'elemento soggettivo la colpa cosciente e la colpa generica, e si dubita sul fatto che il dolo eventuale basti a tale scopo⁴³⁴.

⁴²⁸ S.DEWULF, *The signature...*, cit., pag. 232; A.CULLEN, cit., pag. 33. Per una critica a questa impostazione cfr. M.FARRELL, *Just how...*, cit., pag. 512.

⁴²⁹ In questo senso cfr. *Cestaro c. Italia*, cit., § 171; *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 282.

⁴³⁰ *Aksoy c. Turchia*, cit., § 64.

⁴³¹ D.FRANZIN, *L'elemento soggettivo nello statuto della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale internazionale*, E.MEZZETTI (a cura di), Studi II, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 156; A.VALLINI, *La mens rea*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, E.AMATI, V.CACCAMO, M.COSTI, E.FRONZA, A.VALLINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pag. 137 ss.

⁴³² R.SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte Penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 275 ss; G.LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, pag. 18.

⁴³³ Cfr. Cap. IV Par. 3.1.

⁴³⁴ A.CASSESE, *Lineamenti...*, cit., pag. 162; S.DEWULF, *Torture...*, cit., pag. 6; M.NOWAK, *What practice...*, cit., pag. 830; K.MESKELE, cit., pag. 52.

Sebbene la giurisprudenza della Corte Edu sul punto – per i motivi sopra esposti – non si sia mai espressa in modo netto, i continui riferimenti alla “volontà deliberata” impongono l’indefettibile rappresentazione e volizione della condotta e dell’evento-dolore⁴³⁵.

D’altronde, i casi concreti che vengono qualificati come tali attengono sempre ad azioni intenzionali⁴³⁶ da cui scaturiscono sofferenze particolarmente intense. In questo senso milita anche la *ratio* della distinzione in categorie di cui all’art. 3 CEDU, ossia il maggior stigma che caratterizza gli atti di tortura. Esso sembra, infatti, essere giustificato altresì dalla volontarietà dei comportamenti, posto che la *mens rea* ha un ruolo rilevante nell’accrescimento del disvalore della fattispecie.

La stessa conclusione si potrebbe raggiungere con riguardo ai trattamenti “inumani” dati i costanti riferimenti dei giudici di Strasburgo alla volontarietà dell’atto⁴³⁷ e alla premeditazione⁴³⁸, e “degradanti” visto l’intento umiliante che generalmente li caratterizza.

Invero, la Corte Edu ha più volte evidenziato come la mancanza di tali elementi non sia necessariamente indicativa dell’insussistenza di una violazione dell’art. 3⁴³⁹: i trattamenti inumani o degradanti – a differenza della tortura – non sono incompatibili con l’agire colposo o addirittura incolpevole⁴⁴⁰.

A loro proposito, il dolo risulta essere un fattore rilevante ma non necessario, da prendere in considerazione insieme alle altre circostanze del caso al fine di verificare se sia stato o meno raggiunto il *minimum level of severity*.

A sostegno di questa tesi vanno citati gli standard del CPT secondo i quali i maltrattamenti possono essere posti in essere in varie forme, molte delle quali non intenzionali ma derivanti da difetti organizzativi e risorse inadeguate⁴⁴¹: si pensi al fenomeno del sovraffollamento carcerario oppure alla mancanza di adeguate cure nei confronti del detenuto e, più in generale, alle modalità di esecuzione della pena legittima, rispetto alle quali risulta naturalmente difficile individuare dolo e

⁴³⁵ In questo senso vedi anche O.A.HATHAWAY, A.NOWLAN, J.SPIEGEL, cit., pag. 834 ss; F.VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pag. 13.

⁴³⁶ In diversi casi la Corte ha fondato l’accertamento della tortura non tanto sul carattere doloso dei maltrattamenti, quanto piuttosto sul fatto che abbiano provocato “dolore e sofferenze acuti” e che abbiano presentato un carattere “particolarmente grave e crudele”. Si trattava comunque di condotte intenzionali.

Cfr. *ex multis Selmouni c. Francia*, cit., § 101; Corte Edu, sent. 2 dicembre 2008, *Edran Aslan c. Turchia*, § 73; Corte Edu, sent. 11 febbraio 2016, *Pomilyayko c. Ucraina*, § 51; Corte Edu, *Zyakun c. Ucraina*, 25 febbraio 2016, § 55. In questo senso anche S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 69.

⁴³⁷ Cfr. *ex multis* Corte Edu, sent. 3 luglio 2008, *Chember c. Russia*, § 56. Anche la nozione data dalla Commissione nel rapporto sul caso *Greco* milita in tal senso, nota 357.

⁴³⁸ Cfr. *ex multis* Grande Camera Corte Edu, sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, § 220.

⁴³⁹ *Bouyid c. Belgio*, cit., § 86; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 160.

⁴⁴⁰ A.COLELLA, cit., pag. 34.

⁴⁴¹ CPT Standard, Estratto del 2° Rapporto Generale, 1992, § 44. A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 181.

premeditazione⁴⁴². A ben vedere, difetta l'inflazione intenzionale di una sofferenza psico-fisica anche con riguardo al dolore patito da un individuo in seguito alla scomparsa o alla perdita di un parente dovuta a un'azione delle autorità statali⁴⁴³.

Queste ipotesi evidenziano, *a contrario*, come non sia sempre in concreto ravvisabile un “*wilful ill-treatment*”. Al più, il carattere premeditato dell'azione e l'intento possono assumere rilievo al fine di distinguere il trattamento inumano da quello degradante, ma non sono requisiti indispensabili delle categorie in parola⁴⁴⁴.

Prende così forma una visione vittimo-centrica dell'illecito che guarda all'umiliazione patita “anche solo ai propri occhi”⁴⁴⁵, alla dignità violata, più che alla volontarietà o meno del *misbehaviour*.

Ciò che conta non è la *mens rea* quanto piuttosto gli effetti derivanti dall'atto.

D'altronde la responsabilità dello Stato sussiste indipendentemente dell'elemento soggettivo e dalla colpevolezza individuale dell'agente: viene preso in considerazione l'illecito in sé, se sussiste o meno un maltrattamento ai sensi della Convenzione, non l'attribuzione psicologica dello stesso al suo autore⁴⁴⁶. Difatti, laddove vi sia stata una lesione della dignità umana conseguita all'inadempimento degli obblighi positivi o negativi derivanti dalla Convenzione, lo Stato parte è chiamato a riparare il danno cagionato anche in assenza di un responsabile.

Al pari dell'intenzione, il “movente” inteso come le ragioni che spingono il soggetto attivo a compiere il fatto delittuoso, non è determinante al fine di sancire l'avvenuta violazione dell'art. 3. Va tuttavia sottolineato come la Corte sovente attribuisca un peso particolare al carattere gratuito delle violenze commesse, finendo per qualificare come tortura “le rappresaglie” ingiustificate e le punizioni corporali prive di alcuna base legale⁴⁴⁷. Le motivazioni del reo sono, dunque, prese in considerazione quali fattori idonei a incidere sul superamento della soglia minima di gravità.

⁴⁴² Cfr. *ex multis* Corte Edu, sentenza 1 settembre 2016, *Wenner c. Germania*, § 80; Corte Edu, sent. 12 luglio 2016, *R.C. e V.C. c. Francia*, § 40.

⁴⁴³ Il *leading case* in materia è *Kurt c. Turchia*, cit., § 130.

⁴⁴⁴ A.ESPOSITO, *Proibizione della...*, cit., pag. 57; E.NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 112; A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 181; G.MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, V.MANES, V.ZAGREBELSKY (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, pag. 299 ss. Cfr. *Labita c. Italia*, cit., 120; *Indelicato c. Italia*, cit., § 32.

⁴⁴⁵ *Bouyid c. Belgio*, cit., §87; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 169.

⁴⁴⁶ Grande Camera Corte Edu, sent. 31 ottobre 2013, *Grossman c. Russia*, § 63; Corte Edu, sent. 17 dicembre 2009, *Denis Vasilyev c. Russia*: “*Even if there was no evidence of any positive intention to humiliate or debase the applicant and no fault on the part of individual officials involved in the alleged ill-treatment, it should be emphasised that the Governments are answerable under the Convention for the acts of any State agency, since what is in issue in all cases before the Court is the international responsibility of the State*”.

Cfr. P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 416 ss.

⁴⁴⁷ *Cestaro c. Italia*, cit., § 182.

Da ultimo, occorre analizzare se sia sufficiente un dolo generico oppure la “tortura” ex art. 3 CEDU pretenda il perseguimento di un fine particolare (dolo specifico).

A riguardo, risulta oggi superata la nozione fornita dalla Commissione nel caso *Greco*⁴⁴⁸ in base alla quale sarebbe necessario l'intento di perseguire (“*which has a purpose such as*”) determinati scopi per aversi “tortura”.

Più precisamente, in una prima fase della giurisprudenza della Corte Edu la distinzione tra tortura e trattamenti inumani si è basata esclusivamente sul livello di sofferenza inflitta alla vittima⁴⁴⁹.

In un secondo momento, si è richiesta la presenza del dolo specifico, rifacendosi espressamente alla definizione contenuta nell'art. 1 CAT.

Due sono gli orientamenti attualmente presenti sul punto: un primo, secondo cui sarebbe sempre necessario il dolo specifico per integrare la condotta più grave di cui all'art. 3⁴⁵⁰; un secondo che considera il superamento della soglia come solo requisito indispensabile⁴⁵¹. Per quest'ultima linea interpretativa, l'elemento teleologico riveste un ruolo sussidiario ed eventuale rispetto al *minimum level of severity*: se le sofferenze patite dalla vittima non sono di speciale gravità, allora la finalità perseguita può essere rilevante nel classificare il fatto come tortura; se la soglia è ampiamente superata, non occorre invece la presenza di uno scopo⁴⁵².

Questa tesi potrebbe risultare dissonante rispetto ai sempre più frequenti riferimenti che la Corte Edu opera nei confronti del diritto internazionale generale e delle sue fonti pattizie, prima fra tutte la CAT, nei limiti in cui prevede un crimine a dolo specifico.

Tuttavia, occorre ricordare come la nozione di cui all'art. 1 non individui una lista tassativa di finalità, bensì contenga un'elencazione meramente esemplificativa delle stesse⁴⁵³. Pertanto, se è vero che si tratta di un cd *specific purpose crime*, è altresì evidente come l'ampio spettro di fini

⁴⁴⁸ Cfr. nota 357.

⁴⁴⁹ Cfr. *Irlanda c. Regno Unito*, cit., §166.

⁴⁵⁰ In questo senso cfr. Corte Edu, sent. 27 giugno 2000, *Ilhan c. Turchia*, § 85; *Gafgen c. Germania*, cit., § 90; Corte Edu, 7 novembre 2013, *Belousov c. Ucraina*, § 68; Corte Edu, sent. 9 ottobre 2015, *Hajrulahu c. Macedonia*, § 98; Corte Edu, 20 gennaio 2015, *Atesoglu c. Turchia*; *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 197. Cfr. S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 69; W.A.SHABAS, *The European...*, cit., pag. 177 ss; V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 162.

⁴⁵¹ Corte Edu, *Selmouni c. Francia*, cit., § 63; Corte Edu, sent. 16 febbraio 2012, *Savin c. Ucraina*, § 59; Corte Edu, sent. 19 luglio 2012, *Aleksakhin c. Ucraina*, § 49; Corte Edu, sent. 25 giugno 2013, *Kaciu e Kotorri c. Albania*, § 94; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 160.

⁴⁵² A.COLELLA, cit., pag. 1816; A.ESPOSITO, *L'art. 3...*, cit., pag. 58; F.TRIONE, cit., pag. 35; M.FORNARI, cit., pag. 361; J.MURDOCH, cit., pag. 118 ss.

⁴⁵³ TPJ, *Delalić e al.*, IT-96-21, TC, sent. 16 novembre 1998, §470; TPJ, *Brđanin*, IT-99-36, TC, sent. 1 settembre 2004, § 487. Cfr. A.CULLEN, cit., pag. 33.

In modo analogo, l'art. 2 IACPPT presenta una forma di chiusura molto ampia (“per ogni altro scopo”).

perseguibili nonché l'interpretazione estensiva degli stessi, ne limitino considerevolmente le conseguenze applicative agevolandone l'individuazione⁴⁵⁴.

In aggiunta, va menzionata la differenza che sussiste tra l'art. 8 (2) (a) (ii)-1 degli *Elements of Crimes* riguardante la tortura come crimine di guerra e l'art. 7 (1) (f) relativo alla tortura come crimine contro l'umanità: quest'ultimo non esige la prova di alcun obiettivo specifico. E se la tortura come reato attraverso cui porre in essere una *gross violations* dei diritti umani di questo tipo non implica – perlomeno attenendosi alla lettera del disposto⁴⁵⁵ – il perseguimento di uno scopo particolare, non si vede come esso debba necessariamente essere ravvisato dinanzi a un tribunale volto a sanzionare gli Stati e non le persone.

Argomentando altrimenti, non rientrerebbero tra le ipotesi potenzialmente riconducibili al concetto di tortura le condotte poste in essere per puro sadismo o, comunque, per scopi non prescritti dall'art. 1 della Convenzione del 1984, come se presentassero minor disvalore rispetto ad azioni analoghe teleologicamente indirizzate (si pensi ad esempio al caso di una violenza sessuale⁴⁵⁶).

Il venir meno dell'importanza del dolo specifico nella giurisprudenza di Strasburgo più recente è, quindi, giustificata dal fine istituzionale che essa è chiamata a perseguire: il mantenimento e la promozione dei diritti umani (cfr. preambolo CEDU), le idee e i valori di una società democratica e la preminenza del diritto⁴⁵⁷: in ultima analisi, la tutela ad ampio spettro della dignità umana.

4.1. Il consenso

La mancanza di consenso del soggetto passivo dei maltrattamenti non è un elemento costitutivo indefettibile delle categorie di cui all'art. 3 CEDU⁴⁵⁸.

Si tratta – in ogni caso – di un fattore da prendere in considerazione soprattutto con riguardo alle fattispecie relative a trattamenti sanitari, alla sperimentazione di nuovi medicinali e ai casi di violenze sessuali⁴⁵⁹.

Più precisamente, da un lato l'accettazione della condotta può rendere lecita un'azione che – in assenza della stessa – verrebbe qualificata come *mistreatment*⁴⁶⁰ (si pensi a un'operazione chirurgica non necessaria), dall'altro essa può non risultare sufficiente per giustificare l'atto: vi è *ill-treatment* – anche in presenza di consenso – laddove l'azione finisca comunque per ledere

⁴⁵⁴ S.DEWULF, *Torture...*, cit., pag. 8. Non a caso l'ampiezza del dolo specifico è uno degli elementi che porta la dottrina a ritenere non conforme al principio di tassatività la definizione di cui all'art. 1 CAT e, in quanto tale, non esportabile sul piano interno senza modificazioni.

⁴⁵⁵ *Contra* Nigel Rodley, nota 287.

⁴⁵⁶ Cfr. *ex multis* Corte Edu, sent. 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, § 83.

⁴⁵⁷ Cfr. Com. Edu, decisione 11 gennaio 1961, *Austria c. Italia*.

⁴⁵⁸ P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 418 ss.

⁴⁵⁹ A.ESPOSITO, *L'art. 3...*, cit., pag. 73; S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 83.

⁴⁶⁰ Corte Edu, sent. 1 febbraio 2011, *Yazgul c. Turchia*, § 47; Corte Edu, sent. 23 luglio 2015, *Bataliny c. Russia*, § 90.

gravemente la dignità individuale o la sua integrità fisico-psichica⁴⁶¹, oppure lo stesso non sia validamente prestato in quanto sussista un'incapacità legale o naturale⁴⁶² del dichiarante, ovvero non siano state rispettate le forme legali richieste dall'ordinamento interno al fine di manifestarlo⁴⁶³, o ancora il soggetto non sia Stato adeguatamente informato⁴⁶⁴.

Sotto altro profilo, al difetto di autorizzazione non consegue sempre una condotta inumana o degradante: si pensi ai trattamenti sanitari obbligatori o, più in generale, a interventi dovuti a ragioni di urgenza terapeutica⁴⁶⁵.

Concludendo, il cd *consent* della vittima è un fattore rilevante ma non indispensabile al fine di ravvisare una violazione della norma convenzionale e, nei limiti in cui il soggetto sia capace di manifestarlo e il suo proposito non metta in pericolo la salute altrui, deve essere rispettato dalle autorità statali.

5. Gli obblighi derivanti dall'art. 3 CEDU

L'art. 3 CEDU enuncia espressamente un obbligo negativo per lo Stato: i suoi funzionari devono astenersi dal compiere torture e trattamenti inumani o degradanti.

È la giurisprudenza della Corte Edu ad aver specificato, partendo dal combinato disposto degli artt. 3 e 1 CEDU, altresì un obbligo positivo consistente nel dovere di adottare tutte le misure adeguate ad accertare, prevenire e reprimere i maltrattamenti di cui l'autorità ha conoscenza (o avrebbe dovuto averla in via astratta), posti in essere dagli stessi agenti statali o da terzi.

Più precisamente, al fine di rendere effettiva la garanzia di cui all'art. 3, l'interpretazione dei giudici di Strasburgo si è orientata verso l'individuazione di obblighi di fare che si aggiungono al dovere di astensione previsto dalla norma. Del resto, in assenza di adeguate investigazioni e successive sanzioni il bando risulterebbe facilmente eludibile.

I vincoli derivanti dall'art 3 interessano lo Stato apparato in tutti i suoi organi (forze di polizia, magistratura, legislatore, organi amministrativi): la dottrina suole distinguere tra responsabilità diretta di primo grado e di secondo grado a seconda che (rispettivamente) il maltrattamento sia posto in essere dagli organi statali, piuttosto che da persone che non rivestono questa qualifica ma

⁴⁶¹ Cfr. Art. 48 co. 2 delle Regole penitenziarie europee. Cfr. Cap. I Par. 6.

⁴⁶² Corte Edu, sent. 24 maggio 2016, *I.C. c. Romania*, § 56; Corte Edu, sent. 15 marzo 2016, *M.G.C. c. Romania*, § 65.

⁴⁶³ Corte Edu, sent. 9 giugno 2015, *G.H. c. Ungheria*, § 23.

⁴⁶⁴ Corte Edu, sent. 5 dicembre 2013, *Vilnes e altri c. Norvegia*, § 253.

⁴⁶⁵ Corte Edu, sent. 24 settembre 1993, *Herczegfalvy c. Austria*, § 82.

agiscono in fatto come tali (esercizio privato di pubbliche funzioni) o sono comunque tenute a rispondere allo Stato⁴⁶⁶.

A riguardo, va evidenziato come la giurisprudenza della Corte Edu abbia interpretato estensivamente il divieto di *misbehaviour* in modo tale da applicarlo anche a illeciti commessi nei rapporti interindividuali: d'altronde, i diritti dell'uomo sono esposti alla violazione anche di poteri diversi da quelli istituzionali, pertanto si impone una loro tutela "allargata"⁴⁶⁷ nei confronti di ogni individuo, in particolare delle cd persone vulnerabili (si pensi alle frequenti decisioni in cui la Corte ha evidenziato una mancanza di indagini e punizioni effettive nei confronti dei responsabili di cd violenze domestiche⁴⁶⁸).

In quest'ottica si è parlato di una sorta di *ecological liability* degli Stati: pur non essendo responsabili in via diretta della lesioni per il tramite di loro agenti, lo risultano comunque non avendo adottato tutte le misure idonee a prevenire e reprimere tali condotte⁴⁶⁹.

Pertanto anche atteggiamenti di mera tolleranza o connivenza rispetto a comportamenti simili possono determinare la responsabilità di cui si tratta.

A ben vedere, in queste ipotesi si imputa al soggetto internazionale non già il mancato rispetto di obblighi negativi, quanto piuttosto il non espletamento di obblighi di protezione di tipo positivo (*cfr. infra*).

La cd applicazione orizzontale della norma viene posta in essere anche in materia di espulsione o estradizione nei confronti di persone che corrono il rischio reale di essere maltrattate da "gruppi di privati" o, comunque, da individui che non svolgono pubbliche funzioni (cd responsabilità indiretta di secondo grado)⁴⁷⁰.

Concludendo, lo Stato è dunque portatore di una responsabilità oggettiva (relativa) che, per giunta, permane anche nel caso in cui l'istituzione non rispetti la propria sfera di competenza oppure

⁴⁶⁶ Per un approfondimento circa il collegamento tra attività dell'organo e responsabilità dello Stato cfr. F.TRIONE, cit., pag. 43 ss; B.CONFORTI, cit., pag. 389 ss. Similmente cfr. art. 5 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione del diritto internazionale (10 agosto 2001).

⁴⁶⁷ A.ESPOSITO, *L'art. 3...*, cit., pag. 63.

⁴⁶⁸ Di recente, cfr. Corte Edu, sent. 13 ottobre 2016, *Irina Smirnova c. Ucraina*, § 68; Corte Edu, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, § 99: "A questo proposito, la Corte ribadisce che i bambini e le altre persone vulnerabili – tra cui vi sono le vittime di violenze domestiche – in particolare, hanno diritto alla protezione dello Stato, sotto forma di una prevenzione efficace, che li metta al riparo da forme gravi di offese all'integrità della persona".

⁴⁶⁹ Corte Edu, sent. 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*; Corte Edu, sent. 31 luglio 2012, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*; *M.G. c. Romania*, cit., § 54: "The Court reiterates that the obligation of the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to ill-treatment, including ill-treatment administered by private individuals. These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge".

L'obbligo statale sussiste esclusivamente con riguardo agli *ill-treatment* che le autorità conoscevano o avrebbero dovuto conoscere. Per un approfondimento circa l'efficacia orizzontale del divieto si rinvia a C.GRABENWARTER, cit., pag. 51 ss; D.HARRIS, M.O'BOYLE, E.P.BATES, C.M.BUCKLEY, cit., pag. 107 ss.

⁴⁷⁰ *J.K. e altri c. Svezia*, cit., § 82.

contravvenga alle istruzioni impartite dal proprio superiore o, ancora, consenta l'azione di agenti di Stati esteri sul proprio territorio⁴⁷¹.

In parte qua, la violazione della norma convenzionale non presenta elementi di distonia rispetto ai tratti costitutivi dell'illecito internazionale secondo il diritto internazionale generale, come del resto gli obblighi positivi e negativi di cui si tratta sono analoghi a quelli che generalmente conseguono alla commissione di una *gross violations* dei diritti umani⁴⁷².

Viceversa, il diritto di Strasburgo ha superato un limite applicativo che tradizionalmente si incontrava negli strumenti di protezione dei diritti umani, nei limiti in cui ha esteso l'ambito di applicazione della norma anche agli atti che provengano da privati, garantendo una protezione del diritto indipendentemente dalla qualifica del soggetto attivo del maltrattamento, al fine di bandire completamente torture e trattamenti inumani o degradanti sul proprio territorio⁴⁷³.

5.1. Obblighi negativi

Per quanto concerne i casi in cui lo Stato è tenuto a un "non fare" sono tre le ipotesi di riferimento: in primo luogo, il generico obbligo di non commettere maltrattamenti; in secondo luogo, l'obbligo di astenersi dall'adottare provvedimenti di espulsione o estradizione nei confronti di individui che rischiano di essere sottoposti a *mistreatment* nel Paese di destinazione (cd responsabilità indiretta di primo grado)⁴⁷⁴; in terzo luogo, il divieto di utilizzare mezzi di prova ottenuti con la tortura.

Dato che la prima ipotesi è stata trattata nelle pagine precedenti, è il caso di affrontare brevemente i principi statuiti dalla Corte Edu con riferimento alla seconda fattispecie.

Il divieto di estradizione o espulsione consente di vagliare l'operato dello Stato membro (estradante): quest'ultimo non deve permettere che un soggetto sottoposto alla sua giurisdizione corra il pericolo di subire *ill-treatment* entro i propri confini così come sul territorio di altro Stato.

⁴⁷¹ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 72; B.CONFORTI, cit., pag. 393 ss, (per la nozione di responsabilità oggettiva relativa cfr. pag. 404).

Cfr. *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 159; *Al Nashiri c. Polonia*, cit., § 452.

⁴⁷² B.CONFORTI, cit., pag. 213.

⁴⁷³ Per un approfondimento circa la qualifica di funzionario pubblico cfr. A.COLELLA, cit., pag. 1816; A.ESPOSITO, *Il diritto...*, cit., pag. 225; S.DEWULF, *Torture...*, cit., pag. 8.

Con riguardo alla qualifica del soggetto attivo, occorre ricordare che il diritto internazionale penale - a partire dalla TPJ, *Kunarac et al.*, IT-96-23e23, TC, sent. 22 febbraio 2001, § 482 - si sia discostato dalla nozione di cui all'art. 1 CAT, statuendo che il crimine possa essere posto in essere anche da privati. La successiva giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali e gli *Elements of Crimes* hanno confermato che la partecipazione di un funzionario pubblico non è necessaria per la configurazione del rispettivo crimine di guerra e contro l'umanità. Invece, nello *human rights law*, essendo la responsabilità imputata allo Stato, tale qualifica tradizionalmente veniva sempre richiesta. Tuttavia, oltre alla Corte Edu, si evidenzia come anche il Comitato dei diritti dell'uomo oggi applichi in via orizzontale l'art. 7 CCPR e allo stesso esito sia giunta la giurisprudenza della Corte interamericana (cfr. Cap. III).

⁴⁷⁴ Invero, in materia esistono due distinti obblighi per lo Stato: l'obbligo positivo di esaminare la sussistenza di un pericolo per l'individuo alla luce delle circostanze di fatto presenti al momento della decisione della Corte, e l'obbligo negativo di non allontanamento in caso di accertamento del cd rischio reale. A.TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto 'assoluto' di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2010, pag. 41 ss.

Si ricordi come l'art. 1 CEDU ribadisca il limite territoriale relativo all'ambito di applicazione delle convenzioni internazionali: non sussiste alcun obbligo pattizio in capo a uno Stato che non ha ratificato il trattato.

La posizione in rilievo è pertanto quella dello Stato parte, sul cui suolo si trova la vittima potenziale: al fine di apprestare una tutela collettiva dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la giurisprudenza di Strasburgo – attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 3 – ha sancito il divieto di estradizione o espulsione nei casi in cui vi sia un concreto rischio di violenze nel luogo di destinazione⁴⁷⁵.

A ben vedere non si tratta, quindi, di una parziale applicazione extraterritoriale della CEDU, ma di un effetto extraterritoriale della medesima⁴⁷⁶, dato che è la sola condotta dello Stato estradante a essere presa in considerazione: occorre astenersi da qualsiasi azione che in qualche modo possa anche solo contribuire a rendere possibili *misbehaviour*⁴⁷⁷.

Per verificare la violazione della norma, i giudici tengono a conto delle informazioni conosciute o che avrebbero dovuto essere note al momento dell'espulsione.

In più, in fase decisoria, il collegio può considerare anche le notizie emerse in un momento successivo⁴⁷⁸: il verdetto deve essere fornito secondo la cd *present-day situation*.

Il cd *real risk* di tortura deve, inoltre, essere concreto e non limitarsi a una mera eventualità⁴⁷⁹.

Nello stabilire se sussista o meno, bisogna valutare tanto la situazione generale del Paese di arrivo, quanto lo *status* particolare del soggetto⁴⁸⁰: è infatti possibile che, nonostante la mancanza di una cd *general situation of violence*, l'individuo possa essere perseguitato, ad esempio, per ragioni etniche, religiose, sessuali o politiche.

In questo caso, è necessario fornire prova della differenza che sussiste tra la sua condizione personale e quella della restante popolazione.

⁴⁷⁵ *Soering c. Regno Unito*, cit., § 86; *J.K. e altri c. Svezia*, cit., § 111.

Si ricordi come nel diritto dell'Unione europea l'art. 19 co. 2 della Carta di Nizza preveda espressamente questo obbligo negativo. Peraltro, per quando riguarda il mandato di arresto europeo, la CGUE, 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pal Aranyosi e Robert Caldaru* ha recentemente statuito come gli artt. 1, 5 e 6 della decisione quadro 2002/584/JAI del Consiglio del 13 giugno 2002, devono essere interpretati nel senso che in presenza di serio rischio di maltrattamenti nello Stato di destinazione, le autorità dello Stato di esecuzione devono chiedere specifiche informazioni allo Stato di emissione del mandato che consentano di escludere tale pericolo.

⁴⁷⁶ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 71. Con riferimento agli effetti extraterritoriali del divieto, si ricordi - a proposito dei confini dell'Unione europea - come il regolamento 1236/2005 del Consiglio, 27 giugno 2005 (modificato dallo stesso Consiglio in data 14 novembre 2016), relativo al commercio di merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, persegua lo stesso obiettivo vietando l'esportazione e l'importazione di tutta una serie di prodotti che potrebbero essere adoperati a questi fini. Cfr. sul punto E.PISTOIA, cit., pag. 243 ss; Cap. I Par. 8.

⁴⁷⁷ A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 185.

⁴⁷⁸ Grande Camera Corte Edu, sent. 23 marzo 2016, *F.G. c. Svezia*, § 115. In materia occorre ricordare come operi il principio del *ex nunc evaluation of the circumstances*: la Corte deve tenere a conto delle informazioni presenti al momento della sua decisione, non già limitarsi a quelle esistenti quando la sentenza statale venne presa.

⁴⁷⁹ *Soering c. Regno Unito*, cit., § 98; *Chahal c. Regno Unito*, cit., § 96; *Saadi c. Italia*, cit., § 128.

⁴⁸⁰ Corte Edu, sent. 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, 108; *Saadi c. Italia*, cit., §130.

A contrario, un'astratta possibilità di violazione dei diritti fondamentali non è sufficiente a integrare la responsabilità dello Stato parte in tali casi⁴⁸¹.

Infine, se viene accertato il pericolo di maltrattamenti, non si potrà espellere l'individuo per nessuna ragione, ivi inclusi motivi di sicurezza nazionale, data l'assolutezza e l'inderogabilità del divieto in analisi: d'altronde, il fatto che la persona costituisca una minaccia grave per la collettività se non viene espulsa, non fa venir meno l'ipotesi che questa possa essere percossa una volta respinta. È doveroso, pertanto, sostituire l'allontanamento con altra misura di sicurezza fino a quando permanga nel luogo di destinazione la situazione acclarata⁴⁸².

Sotto altro profilo, l'esistenza nello Stato di arrivo di leggi nazionali sanzionatorie in materia oppure la sua adesione a trattati internazionali volti a tutelare i diritti umani, non necessariamente implica un'assenza di rischi per il soggetto passivo; analogamente, le cd assicurazioni diplomatiche vanno valutate in concreto: devono, "nella loro attuazione pratica", fornire una garanzia sufficiente contro gli stessi⁴⁸³. Inoltre, la loro mancata richiesta da parte del Governo può essere spia della violazione del disposto⁴⁸⁴.

Infine, occorre analizzare il terzo obbligo negativo: l'astensione dall'acquistare prove ottenute adoperando *ill-treatment* ai sensi dell'art. 3 Cedu.

Ricorre sovente nella giurisprudenza di Strasburgo l'assunto secondo il quale la Corte non è chiamata a sostituirsi alle giurisdizioni nazionali nella ricostruzione dei fatti e nell'apprezzamento del valore probatorio da attribuire agli elementi prodotti⁴⁸⁵. Allo stesso modo, non le compete di decidere se una determinata prova sia ammissibile o meno, dal momento che si tratta di un aspetto non disciplinato dalla Convenzione ma dall'ordinamento interno.

Invero, il suo sindacato è incentrato esclusivamente sull'equità del procedimento nel suo complesso ex art. 6 CEDU⁴⁸⁶.

L'uso di informazioni conseguite attraverso la violazione di uno dei diritti fondamentali e assoluti garantiti dalla Convenzione solleva seri problemi relativi al rispetto delle garanzie proprie del *fair trial*, anche se la loro acquisizione non si sia rivelata decisiva per la condanna⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ Corte Edu, sent. 20 marzo 1991, *Cruz Varas c. Svezia*, § 82.

⁴⁸² Cass., sent. 28 aprile 2010, n. 20514.

⁴⁸³ *Saadi c. Italia*, cit., § 148. Cfr. per un approfondimento A.GIANELLI, *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pag. 363 ss; C.NANNINI, *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pag. 807 ss; A.ANONI, *L'apprezzamento del rischio di tortura in stati esteri secondo la Corte Edu*, in *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, L.ZAGATO, S.DEVIDO (a cura di), Cedam, Padova, 2012. Il CPT ha ammonito di non utilizzare le garanzie diplomatiche come "paravento" per aggirare il divieto di estradare individui verso Paesi in cui sussiste un rischio concreto che siano sottoposti a tortura (15° Rapporto Generale del CPT, § 38 ss). Cfr. anche Cap. 3 Par. 3.1.

⁴⁸⁴ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 211; *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 219.

⁴⁸⁵ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 191; *Kaciu e Kotorri c. Albania*, cit., § 116.

⁴⁸⁶ V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 212.

Difatti, il diritto di difesa dell'imputato verrebbe irrimediabilmente compromesso se si consentisse di introdurre nel processo prove individuate illecitamente.

La Corte, a riguardo, distingue tra dati ottenuti per il tramite di torture in senso stretto o con trattamenti inumani o degradanti: se i primi non possono mai essere ammessi in giudizio⁴⁸⁸, i secondi in linea teorica potrebbero entrarvi laddove non influenzino l'esito del dibattimento nei confronti dell'imputato, *rectius* non siano determinanti per definirne la condanna⁴⁸⁹.

Invero, nella prassi il collegio ha sempre concluso in questi casi con l'accertamento della violazione degli artt. 6 e 3 CEDU, fatta eccezione per il caso *Gafgen*, in cui la Grande Camera non ammise la confessione estorta all'imputato, ma fece uso degli elementi materiali di prova scoperti grazie alla stessa (i cd *fruits of the poisoned tree*)⁴⁹⁰.

In conclusione, il divieto assoluto di *mistreatment* implica sul piano processuale la sanzione dell'inutilizzabilità di tutte le prove ottenute per mezzo di violenze qualificabili come "tortura", a prescindere dal loro valore⁴⁹¹.

La cd *exclusionary rule* si applica non solo quando la vittima del trattamento vietato sia l'imputato, ma anche quando siano coinvolti terzi⁴⁹²: in particolare, la Corte ha ritenuto che l'uso in un procedimento di elementi simili integri un evidente diniego di giustizia anche quando la persona che ha reso le dichiarazioni, poi assunte a prove, sia un terzo.

Al contempo, i giudici hanno evidenziato come nessuno possa essere estradato verso un Paese in cui corra il serio rischio che vengano adoperate prove estorte mediante tortura⁴⁹³.

Una diversa conclusione di fatto autorizzerebbe – in certi casi – le condotte vietate dall'art. 3 e comporterebbe una violazione del giusto processo così come previsto dall'art. 6 CEDU⁴⁹⁴.

⁴⁸⁷ *Jalloh c. Germania*, cit., § 99; Corte Edu, sent. 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*, § 63; Corte Edu, sent. 9 febbraio 2016, *Shlychkov c. Russia*, § 83.

⁴⁸⁸ *Jalloh c. Germania*, cit., § 105; *Gafgen c. Germania*, cit., § 167.

⁴⁸⁹ *El Haski c. Belgio*, cit., § 85; *Gafgen c. Germania*, cit., § 178.

⁴⁹⁰ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 193.

Cfr. anche "Guida all'art. 6 CEDU", pag. 31, reperibile tra i documenti ufficiali sul sito internet della Corte Edu: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf.

⁴⁹¹ Cfr. *inter alia* art. 15 CAT. Interessante notare come nel Commento all'art. 36 del Codice europeo di etica alla polizia sia specificato che: "Oltre al fatto che la tortura, i trattamenti e le pene disumane o degradanti costituiscono gravi reati contro la dignità umana e una violazione dei diritti umani, tali misure, usate per ottenere una confessione o informazioni analoghe, possono condurre, ed è probabile conducano, ad ottenere informazioni non attendibili da parte di chi è stato sottoposto a torture o a metodi simili. Pertanto, non esiste alcuna giustificazione razionale per l'uso di tali metodi in uno stato in cui vige lo stato di diritto".

Si ricordi anche come l'art. 2 della legge n. 110/2017 abbia introdotto il co. 2 bis nell'art. 191 cpp secondo il quale: "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". Dato che tale reato può essere integrato anche per il tramite di trattamenti inumani e degradanti, il legislatore ha inteso ribadire come nessuna prova derivante da un maltrattamento rientrante nelle categorie di cui all'art. 3 CEDU possa essere utilizzata all'interno del nostro processo penale.

⁴⁹² *El Haski c. Belgio*, cit., § 85.

⁴⁹³ Corte Edu, sent. 17 gennaio 2012, *Othman c. Regno Unito*, § 263.

⁴⁹⁴ Cfr. anche art. 15 Convenzione Onu contro la tortura (1984). *Jalloh c. Germania*, cit., § 105.

In quest'ottica appaiono fondate le forti critiche mosse dalla più parte degli interpreti alla decisione della Grande Camera relativa al *caso Gafgen*: la distinzione tra elementi carpitati per il tramite di torture o trattamenti inumani o degradanti rappresenta un'eccezione indebita al divieto di cui all'art. 3 e rischia di legittimare, seppur nei limiti sovra esposti, maltrattamenti gravemente lesivi dei diritti fondamentali della persona.

Non è ammissibile che uno stato di diritto ritenga conformi alla legge, adoperandole, informazioni derivanti da violenze fisiche o psicologiche, quale che sia la loro qualificazione: se l' "albero è avvelenato", non si vede come possa produrre "frutti sani". Parafrasando C. Beccaria, prove di questo tipo sono "il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti"⁴⁹⁵.

I principi assoluti trovano applicazione indipendentemente dalla gravità delle circostanze del caso: se si apre una breccia – anche ristretta – nel campo di tutela fornito dalla norma, il rischio è quello di intaccare irrimediabilmente un *core rights* convenzionale⁴⁹⁶ e, con esso, il bene giuridico di riferimento: la dignità di ogni essere umano.

5.2. Obblighi positivi

Su ciascun Paese membro non gravano solo obblighi di astensione, ma anche (e ben più pervasivi) obblighi positivi, analoghi a quelli derivanti dall'art. 2 CEDU. Questi ultimi possono essere di tre tipi: obblighi di protezione dalle condotte (di privati o agenti statali) vietate dall'art. 3; obblighi di repressione penale della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti; obblighi procedurali, che consistono nel dovere di porre in essere indagini rapide e idonee ad accertare le violazioni del disposto convenzionale.

Gli obblighi di fare individuati dalla giurisprudenza della Corte Edu garantiscono l'effettività del bando: la mancanza di prevenzione e sanzione dei comportamenti in analisi determinerebbe una facile elusione della norma (si pensi, ad esempio, al caso della assenza di prove del maltrattamento dovuto ad un'indagine non adeguata, oppure all'ipotesi di violenze interprivate precedentemente trattate, su cui sussiste l'obbligo di vigilare⁴⁹⁷): le autorità nazionali devono porre in essere tutto quanto è in loro potere per impedire la consumazione delle pratiche proibite.

⁴⁹⁵ C.BECCARIA, cit., § XVI.

⁴⁹⁶ Cfr. *Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power* a margine della sentenza della Grande Camera *Gafgen c. Germania*, cit. In dottrina, *ex multis*, S.DEWULF, *The signature...*, cit., pag. 252 ss; W.A.SHABAS, *The European...*, cit., pag. 321; *contra* S.GREER, cit., pag. 103 (vedi nota 11 e nota 15 per un'ampia bibliografia in materia).

⁴⁹⁷ Paradigmatica in tal senso una recente pronuncia (Corte Edu, sent. 6 ottobre 2015, *Boris Ivanov c. Russia*, § 8 e § 40) in cui i giudici di Strasburgo hanno ravvisato la violazione degli obblighi di protezione dalle azioni violente commesse da privati in un caso in cui il ricorrente, detenuto, era stato picchiato dai compagni di cella in presenza di un agente penitenziario che si era astenuto dall'intervenire.

Del resto, la tutela dei diritti convenzionali non deve essere meramente declaratoria, bensì “*practical and effective*”: lo Stato è tenuto a predisporre un adeguato “*legal framework*” a questo scopo⁴⁹⁸.

Gli adempimenti pretesi dal divieto di tortura sono cogenti ed estesi: in particolare, da un lato obbligano lo Stato (addirittura) a compiere “ogni sforzo” per prevenire e reprimere le violazioni dell’art. 3 anche nel caso in cui abbia perso la sovranità su parte del proprio territorio⁴⁹⁹; dall’altro, non vengono meno anche se le autorità pubbliche riconoscano l’infrazione e indennizzino la vittima⁵⁰⁰.

Con particolare riguardo agli obblighi di protezione, occorre evidenziare come aumentino nei confronti di alcuni individui ritenuti particolarmente vulnerabili, quali ad esempio donne, minori, detenuti⁵⁰¹, richiedenti asilo, rifugiati etc⁵⁰². Il grado di debolezza, la natura e la gravità delle offese subite, sono i fattori rilevanti per stabilire i connotati dell’azione doverosa: ad esempio, andrà apprestato un livello di tutela maggiore nei riguardi di chi è già stato oggetto di soprusi.

Allo stesso modo l’obbligo si espande ogniqualvolta la persona sia, a vario titolo, “affidata” a soggetti che rappresentano la pubblica amministrazione: si pensi alle scuole, agli ospedali, al servizio di leva e, ancora, agli istituti penitenziari.

La responsabilità internazionale si configura generalmente in due ipotesi: *in primis*, quando le autorità vengano a conoscenza di una violazione dell’art. 3 posta in essere da un agente pubblico o da un privato e non dispongano nulla per interromperla⁵⁰³; *in secundis*, allorché gli organi competenti si dimostrino negligenti nel monitorare il rispetto dell’art. 3⁵⁰⁴.

Quest’onere non può tuttavia risultare impossibile o sproporzionato: bisogna verificare i dati che effettivamente si conoscevano o quanto meno si potevano conoscere, nonché l’idoneità delle misure concretamente adottate in relazione all’illecito lamentato. Queste ultime, in ogni caso, devono essere rispettose del giusto processo e delle garanzie legittime che limitano lo svolgimento delle indagini⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ Cfr. *funditus* F.BESTAGNO, *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Vita e pensiero, Milano, 2003; F.VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale*, V.MANES, V.ZAGREBELSKY (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, pag. 243 ss; S.MANACORDA, “*Dovere di punire?*” *Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pag. 1364 ss.

⁴⁹⁹ Grande Camera Corte Edu, sent. 8 luglio 2004, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, § 453.

⁵⁰⁰ Corte Edu, sent. 5 febbraio 2005, *Razzakov c. Russia*, § 50.

⁵⁰¹ Cfr. *supra* Par. 3.1. con riguardo all’obbligo positivo di assistenza sanitaria nei riguardi delle persone recluse.

⁵⁰² Corte Edu, sent. 28 gennaio 2014, *O’Keeffe c. Irlanda*, § 146; *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 289; *Bouyid c. Belgio*, cit., § 109.

⁵⁰³ Corte Edu, sent. 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*, § 70; Corte Edu, sent. 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, § 160; Corte Edu, sent. 24 luglio 2012, *Dordevic c. Croazia*, § 90; Corte Edu, sent. 17 marzo 2016, *Zalyan e altri c. Armenia*, § 228. Cfr. D.HARRIS, M.O’BOYLE, E.P.BATES, C.M.BUCKLEY, cit., pag. 110.

⁵⁰⁴ Corte Edu, sent. 7 ottobre 2014, *Begheluri e altri c. Georgia*, § 97.

⁵⁰⁵ Cfr. *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit., in cui la liberazione della ragazza da parte della polizia italiana non è parsa tardiva valutati tutti gli elementi del caso concreto.

In altre parole, è necessario un controllo circa la prevedibilità del fatto e le possibilità di impedire la sua realizzazione nei limiti di legge⁵⁰⁶: gli organi competenti devono agire per evitare che si materializzi un rischio di maltrattamenti in questi termini⁵⁰⁷.

Gli obblighi positivi che si occupano di prevenire (in generale e nel singolo caso) la violazione delle posizioni soggettive fondamentali sono qualificati dal diritto di Strasburgo come “*matériels*”, ossia “sostanziali”⁵⁰⁸. A questi ultimi, si aggiungono – quanto meno con riferimento agli artt. 2 e 3 CEDU – quelli di tipo “procedurale” che operano successivamente all’accadimento.

Difatti, laddove il *misbehaviour* si sia consumato, gli artt. 1 e 3 CEDU impongono agli Stati di svolgere indagini approfondite e efficaci, tali da condurre all’accertamento del fatto e all’eventuale punizione dei colpevoli, similmente a quanto previsto dall’art. 12 CAT⁵⁰⁹.

Da ultimo, si ricordi come attraverso gli stessi si garantisca, altresì, il diritto al ricorso effettivo di cui all’art. 13 CEDU⁵¹⁰: la presenza di investigazioni attuate in modo tempestivo e imparziale è condizione indispensabile per ottenere una tutela giurisdizionale idonea a ristorare la vittima del danno subito⁵¹¹.

5.2.1. L’obbligo procedurale di un’inchiesta ufficiale effettiva

L’investigazione, al pari di quella imposta dall’art. 2 CEDU, deve poter condurre all’identificazione e punizione dei colpevoli: in mancanza di ciò, il divieto sarebbe privo di alcun valore e risulterebbe possibile per i funzionari pubblici (ma analogo discorso vale per i privati) calpestare impunemente i diritti altrui⁵¹².

⁵⁰⁶ *Dordevic c. Croazia*, cit., § 139; Corte Edu, sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, § 219.

⁵⁰⁷ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 283. La Corte nel caso *Abu Omar* ha ritenuto vi sia stata un’attiva cooperazione dell’Italia durante la fase iniziale dell’operazione e, in ogni caso, la piena consapevolezza del fatto che si trattasse di una “consegna straordinaria”. Di conseguenza, il Governo sapeva (o quanto meno doveva sapere) che il ricorrente sarebbe stato esposto al rischio di subire un trattamento vietato dall’art. 3 CEDU. Oltre alla violazione sostanziale della norma, il collegio ha ravvisato altresì il mancato rispetto dell’aspetto procedurale: a causa del segreto di stato, difatti, non si sono potute accertare le (eventuali) responsabilità penali della più parte degli agenti dei servizi segreti italiani che hanno in qualche modo collaborato alla sparizione forzata.

Si tratta di una responsabilità diretta dello Stato per violazione degli obblighi positivi in analisi, non già di una responsabilità indiretta per atti di Stati terzi ex art. 16 del progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato.

Cfr. sul punto A.LIGUORI, cit., pag. 787. Sulla responsabilità dello Stato in generale, F.TRIONE, cit., pag. 45 ss.

⁵⁰⁸ È questo uno dei principali ambiti dell’applicazione in via orizzontale del divieto di tortura, trattandosi normalmente di prevenire violenze tra privati.

⁵⁰⁹ A.L.SCIACOVELLI, *Divieto di tortura...*, cit., pag. 269 ss.

⁵¹⁰ Inizialmente la giurisprudenza della Corte (*Aksoy c. Turchia*, cit., § 98) faceva discendere l’obbligo di inchiesta da una lettura congiunta degli artt. 6 e 13 CEDU. Oggi, invece, si ritiene che derivi anche dall’art. 3 (e dall’art. 1): a ben vedere si tratta, infatti, di una suo presupposto logico, dal momento che in assenza di esso il divieto non sarebbe cogente. Cfr. *ex multis Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 262.

⁵¹¹ L’obbligo di investigare gli illeciti di tortura deriva sia dall’art. 13 che dall’art. 3. Nel primo caso, è requisito indefettibile per consentire alla vittima di avere un rimedio effettivo e una compensazione adeguata; nel secondo, è presupposto indispensabile ai fini preventivi e per la futura condanna dei responsabili.

⁵¹² *Labita c. Italia*, cit., § 131; *Indelicato c. Italia*, cit., § 36; *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 182; Corte Edu, sent. 12 ottobre 2017, *Pennino c. Italia*, § 50 ss. V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 153. Cfr. anche CPT Standard, Estratto del 14° Rapporto Generale, 2004, § 27 ss.

Lo Stato deve dunque, riassumendo, astenersi dal lederli, impedire la loro violazione da parte di terzi, oppure – laddove si sia già verificato l’illecito – assicurarne la scoperta e un’idonea repressione.

L’indagine relativa alle presunte violazioni dell’art. 3 deve sempre essere attuata, fatte salve le ipotesi di evidente e manifesta temerarietà⁵¹³.

I giudici di Strasburgo parlano di “obbligazioni di mezzi” a riguardo, nel senso che non è il mancato raggiungimento dello scopo prefisso l’oggetto della prestazione, ma è la diligenza nell’espletamento della stessa⁵¹⁴: in altri termini, se l’inchiesta si conclude con “un nulla di fatto” nonostante tutti gli sforzi debitamente posti in essere dalle autorità, non sussisterà alcuna responsabilità internazionale. Invero, tale qualificazione risulta essere meramente descrittiva: dall’esame delle decisioni della Corte spesso emerge la necessità di raggiungere obiettivi concreti⁵¹⁵, similmente a quanto richiesto per le cd obbligazioni di risultato.

In particolare, perché la tutela del diritto fondamentale della persona non sia meramente teorica, la giurisprudenza ha stabilito che l’investigazione possa dirsi “effettiva” quando rispetti i seguenti principi⁵¹⁶.

In primo luogo, l’autorità che la conduce deve essere indipendente. Ciò comporta che gli organi inquirenti non devono essere quelli cui appartiene il presunto responsabile, né soggetti suoi subordinati. Oltre all’indipendenza gerarchica e istituzionale, è altresì necessario che in concreto l’investigatore goda di completa autonomia (cd *a practical independence*)⁵¹⁷ e possa esservi un controllo pubblico delle ricerche e dei loro risultati⁵¹⁸.

In secondo luogo, il procedimento deve essere iniziato d’ufficio, obbligatoriamente, anche in mancanza di denuncia del ricorrente; a questi deve essere consentita sia la possibilità di parteciparvi sia un’adeguata informazione a riguardo⁵¹⁹. Allo stesso modo, anche l’eventuale fase del giudizio

Sotto un profilo interno al nostro ordinamento, gli obblighi procedurali di cui si tratta – essendo collegati all’esigenza di instaurare un procedimento penale effettivo, volto all’individuazione e alla punizione del responsabile – sono espressione del principio di obbligatorietà dell’azione penale in tali ambiti ex art. 112 Cost. Peraltro, autorevole dottrina (G.UBERTIS, F.VIGANÒ, cit., pag. 87) ha notato come tra i requisiti del giusto processo ex art. 111 Cost. rientri anche lo stesso principio di obbligatorietà, che richiede - per l’appunto - il compimento di un’indagine tempestiva, indipendente e completa.

⁵¹³ F.TRIONE, cit., pag. 55; P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 411.

⁵¹⁴ Corte Edu, sent. 26 luglio 2016, *Adam c. Slovacchia*, § 76; *Cestaro c. Italia*, cit., § 215. Usa gli stessi termini la CIDU, cfr. Cap. III Par. 6.1.

⁵¹⁵ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 75.

⁵¹⁶ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 263; *Cestaro c. Italia*, cit., § 204.

⁵¹⁷ Corte Edu, cit., *Bati c. Turchia*, § 134; Corte Edu, 17 febbraio 2004, *Ipek c. Turchia*, § 174; *Adam c. Slovacchia*, cit., § 73.

⁵¹⁸ *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit., § 100.

⁵¹⁹ *Aksoy c. Turchia*, cit., § 98; *Cestaro c. Italia*, cit., § 211.

successiva deve risultare trasparente e garantire il coinvolgimento delle vittime: ciò è fondamentale per preservare la fiducia dei cittadini nello stato di diritto e scongiurare il rischio di impunità⁵²⁰.

In terzo luogo, ogni inchiesta in linea di principio dovrebbe condurre all'accertamento dei fatti e, se dimostrati, alla condanna dei responsabili: solo in questo modo i diritti sanciti dalla Convenzione non si limitano ad essere teorici e illusori ma divengono pratici ed effettivi⁵²¹.

Di conseguenza, le investigazioni non devono solo essere indipendenti e imparziali, ma anche approfondite e accurate: gli organi preposti non devono accontentarsi di conclusioni affrettate o infondate per chiudere rapidamente il lavoro.

L'esigenza di completezza delle stesse implica, altresì, che sia assicurata la conservazione di tutti gli elementi probatori nonché siano adoperati tutti gli strumenti necessari: la Corte prenderà in considerazione la condotta degli inquirenti tenuto a conto di tutte le circostanze del caso⁵²².

Inoltre, la ricerca deve essere avviata e condotta con celerità⁵²³, ne vada la ragionevole durata del procedimento e un'eventuale successiva prescrizione del reato⁵²⁴.

Da ultimo, la prestazione deve essere adempiuta diligentemente⁵²⁵: l'insufficienza del materiale probatorio dovuta, ad esempio, ad una mancata chiamata a testimoniare oppure al difetto di un accertamento medico necessario, lungi dall'evitare allo Stato una condanna ex art. 3, comporterà una chiara violazione dell'obbligo procedurale *de quo*.

5.2.2. Il risultato dell'indagine: una sanzione adeguata

La sanzione pronunciata e le misure disciplinari adottate all'esito delle indagini e del processo conseguente risultano essere di fondamentale importanza per verificare l'idoneità (in senso lato)

⁵²⁰ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 263.

⁵²¹ Corte Edu, sent. 26 ottobre 2004, *Celik c. Turchia* (n. 1).

⁵²² *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit., § 99. È necessario in particolare che: vengano interrogati i presunti autori e la persona offesa, siano cercati i testimoni, siano predisposti esami medici sulla vittima (per opera di professionisti competenti e indipendenti), sia controllata la veridicità dei documenti relativi alla detenzione della persona.

Cfr. G.CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte edu in materia di tortura*, cit., pag. 66; A.L.SCIACOVELLI, cit., pag. 276.

⁵²³ *Tomasi c. Francia*, cit., § 78; *Gafgen c. Germania*, cit., § 121; *Cestaro c. Italia*, cit., § 205; *Talpis c. Italia*, cit., § 128: in quest'ultimo caso, l'ingiustificata inerzia delle autorità italiane – durata per circa sette mesi – nell'intervenire a protezione della donna non solo ha compromesso l'inchiesta, ma ha anche intaccato quantità e qualità delle prove.

Con riguardo al reato di tortura di cui all'art. 613 bis cp, in dottrina si è evidenziato che sarebbe stato importante inserirlo tra quelli previsti dall'art. 132 bis disp. att. cpp al fine di garantire una priorità assoluta di trattazione nel procedimento penale di tali fatti.

⁵²⁴ Nel caso *Indelicato c. Italia*, cit., § 37, sebbene la Corte non abbia considerato provati oltre ogni ragionevole dubbio i maltrattamenti denunciati dal ricorrente durante il suo periodo di detenzione, tenuto conto dei seri ritardi e delle negligenze dell'indagine aperta ha comunque accertato la violazione sotto il profilo procedurale dell'art. 3 CEDU. In particolare, l'Italia non si è dimostrata celere nell'esercizio dell'azione penale in relazione alle sospette violazioni della norma: dal momento della denuncia all'apertura del dibattimento è trascorso, infatti, un periodo di tempo troppo lungo. Allo stesso modo, nel caso *Labita c. Italia*, la Corte ha evidenziato la lentezza dell'indagine, essendo passati quattordici mesi dalla data della denuncia a quella in cui la vittima è stata sentita per l'identificazione dei colpevoli. Peraltro, in quest'ultimo caso, il riconoscimento è stato effettuato mediante uno strumento probatorio considerato inidoneo, quali le fotocopie di fotografie dei sospettati (§ 36 e § 132).

⁵²⁵ *Selmouni c. Francia*, cit., § 79; *Cestaro c. Italia*, cit., § 216.

dell'inchiesta. A riguardo, è possibile individuare un'ulteriore e autonomo obbligo positivo che grava sullo Stato: il dovere di incriminazione (in astratto) e di effettiva punizione (in concreto) di torture e trattamenti inumani o degradanti⁵²⁶.

Solo una normativa penale che consenta l'infrazione e l'esecuzione di sanzioni adeguate al disvalore dell'illecito è idonea a dissuadere i consociati dal compimento di simili atti.

In particolare, occorre accertare a riguardo la sussistenza di un rapporto di proporzionalità fra la gravità della violazione commessa e la pena irrogata sul piano nazionale all'individuo.

Se quest'ultima non dovesse essere congrua rispetto al delitto, fatalmente, verrebbe meno la forza di dissuasione del sistema giudiziario esistente, l'utilità dell'indagine espletata⁵²⁷ e sarebbe elusa la stessa esigenza riparatoria del soggetto passivo. L'effettiva punizione, in quest'ottica, rappresenta l'unico "ristoro adeguato" per queste fattispecie, congiuntamente a rimedi di ordine risarcitorio e disciplinare.

In via preliminare, la Corte suole evidenziare l'importanza del fatto che gli agenti imputati per i maltrattamenti di cui all'art. 3 vengano sospesi dal servizio per tutto il corso del processo e, se condannati, siano licenziati⁵²⁸.

In secundis, sebbene i giudici di Strasburgo non abbiano il compito istituzionale di pronunciarsi circa la colpevolezza del reo – non trattandosi di una cd quarta istanza di giudizio che si aggiunge ai tre gradi normalmente previsti dalle legislazioni nazionali⁵²⁹ – devono comunque assicurarsi che lo Stato adempia diligentemente all'obbligo di salvaguardare i diritti individuali.

Di conseguenza, al fine di garantire la loro tutela e preservare l'utilità dell'investigazione, si richiede da un lato che la vittima possa in ogni caso ottenere un risarcimento per i danni subiti in seguito al maltrattamento⁵³⁰ (deve trattarsi di un rimedio interno effettivo, adeguato e accessibile volto a riparare i pregiudizi di tipo patrimoniale e non, derivanti da azioni di questa natura),

⁵²⁶ G.UBERTIS, F.VIGANÒ, cit., pag. 70. In questo senso non si condivide l'opinione di F.VIGANÒ, *Sui progetti...*, cit., pag. 9, che ritiene non vi sia "alcun obbligo né opportunità di criminalizzazione" rispetto alle condotte costituenti trattamenti inumani o degradanti. L'obbligo, infatti, sussiste secondo il diritto di Strasburgo ma non richiede l'introduzione di una norma incriminatrice specifica. Invero, quest'ultima considerazione sembra valere anche con riguardo alla fattispecie di tortura, sebbene la giurisprudenza sul punto non sia esplicita. Per un approfondimento P.LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pag. 198 ss.

⁵²⁷ *Ex multis* cfr. B.CONFORTI, *Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for Breach of Positive Obligations*, in M.FITZMAURIC, S.SAROOSHI, *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford Hart Publishing, 2004, pag. 131; F.VIGANÒ, *Obblighi...*, cit., pag. 255.

⁵²⁸ *Cestaro c. Italia*, cit., § 210; Corte Edu, sent. 3 novembre 2015, *Myumyun c. Bulgaria*, § 71.

Cfr. anche CPT Standard, Estratto del 14° Rapporto Generale, cit., § 37.

Il CPT suggerisce alle autorità di utilizzare, nell'applicazione delle sanzioni disciplinari, uno standard probatorio civilistico per l'accertamento del nesso causale (il criterio del più probabile che non), piuttosto che quello penalistico (il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio).

⁵²⁹ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 191.

⁵³⁰ *Gafgen c. Germania*, cit., § 127; *Jeronovics c. Lituania*, § 104. V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 166. Cfr. artt. 35 bis e 35 ter l. 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario italiano.

dall'altro che lo Stato "faccia sul serio" adottando disposizioni penali aventi ad oggetto le pratiche contrarie all'art. 3⁵³¹.

Più precisamente, la punizione deve avere un effetto preventivo e dissuasivo concreto: in caso di maltrattamento volontario (*wilful ill-treatment*) non sarà sufficiente una sanzione pecuniaria (sia essa amministrativa, civilistica o penale), bensì occorrerà una previsione edittale di tipo detentivo⁵³². Difatti, se le autorità venissero sanzionate esclusivamente attraverso il pagamento di una somma di denaro, tali abusi godrebbero di una sostanziale impunità⁵³³ e l'incriminazione non sarebbe in grado di rispecchiare il disvalore del fatto.

In via di principio, la Corte riserva allo Stato membro la scelta del mezzo idoneo per adempiere l'obbligo derivante dalla Convenzione (ex art. 46 CEDU), tuttavia è possibile che indichi il tipo di misure da attuare al fine di colmare una lacuna sistemica dell'ordinamento interessato⁵³⁴.

Per quanto concerne l'Italia, nel caso *Cestaro c. Italia* i giudici di Strasburgo hanno specificato che sussiste in capo al legislatore "il dovere di istituire un quadro giuridico adatto, soprattutto per mezzo di disposizioni penali efficaci".

Se è vero che si sono astenuti dal pretendere l'introduzione del reato di tortura come esclusiva modalità di attuazione della decisione presa, è tuttavia indicativo del fatto che implicitamente ritenessero necessario una previsione *ad hoc* per garantire il divieto di cui all'art. 3 CEDU: l'esplicita indicazione della natura penale della sanzione (§ 209 e 243), la richiesta presenza dell'effetto preventivo e dissuasivo che solo un delitto specifico può portare con sé (§ 223), il difetto di proporzione che sussisteva tra pene comminate e gravità della condotta (§ 242), i termini di prescrizione brevi disposti per i reati comuni dal codice penale (§ 221), la possibilità delle stesse fattispecie di beneficiare dell'indulto e della sospensione condizionale della pena (§ 242) nonché di tutti gli altri istituti a favore del reo (si pensi ad esempio alla sospensione del procedimento con messa alla prova ex art. 168 bis co 1 cp oppure all'affidamento in prova ai servizi sociali ex art. 47 l. n. 354/1975), il riferimento all'art. 4 CAT (§ 243) e al General Comment No. 2⁵³⁵ del CCT⁵³⁶,

⁵³¹ *Cestaro c. Italia*, cit., § 209 e § 243; *Gafgen c. Germania*, cit., § 124.

⁵³² *Ex multis*, *Gafgen c. Germania*, cit., § 124; Grande Camera Corte Edu, 5 luglio 2016, *Jeronovics c. Lituania*, § 105. Viceversa, nelle ipotesi di violazioni colpose la Corte tendenzialmente ritiene sufficiente la tutela risarcitoria, cfr. sul punto Corte Edu, sent. 16 dicembre 2010, *Romokhov c. Russia*; F.VIGANÒ, *Obblighi...*, cit., pag. 264; S.MANACORDA, cit., pag. 1376.

⁵³³ *Myumyun c. Bulgaria*, cit., § 75; *Cestaro c. Italia*, cit., § 231. Cfr. anche CPT Standard, Estratto del 14° Rapporto Generale, cit., § 25 ss.

⁵³⁴ Cfr. *infra* Par. 6.2.

⁵³⁵ CCT, General Comment n. 2, § 11: "By defining the offence of torture as distinct from common assault or other crimes, the Committee considers that States parties will directly advance the Convention's overarching aim of preventing torture and ill-treatment. Naming and defining this crime will promote the Convention's aim, inter alia, by alerting everyone, including perpetrators, victims, and the public, to the special gravity of the crime of torture. Codifying this crime will also (a) emphasize the need for appropriate punishment that takes into account the gravity of the offence, (b) strengthen the deterrent effect of the prohibition itself, (c) enhance the ability of responsible officials to

infine il rigetto della tesi del Governo secondo cui la copertura offerta da altre norme – già presenti nell'ordinamento al momento della pronuncia⁵³⁷ – sarebbe stata sufficiente ad assicurare la punizione per tali atti.

La normativa allora in vigore fu, quindi, giudicata “inadeguata” rispetto all'esigenza di contenere gli atti di tortura e gli altri maltrattamenti ex art. 3 (§ 242) non essendo in grado di assorbire il disvalore proprio di queste condotte né possedendo una congrua cornice edittale in relazione a tutte le fattispecie cui era chiamata a far fronte.

In questo modo la discrezionalità del legislatore veniva significativamente erosa: l'introduzione di un delitto *ad hoc* era di fatto l'unica strada percorribile per conformarsi alla giurisprudenza della Corte⁵³⁸.

Questa tesi ha trovato successivamente due espliciti riconoscimenti: il primo è rappresentato dalla decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (H46 -16 Cestaro c. Italy app. n. 6884/11) disposta all'esito del 1280 th meeting 7-10 Marzo 2017. In questo documento è precisato

track the specific crime of torture and (d) enable and empower the public to monitor and, when required, to challenge State action as well as State inaction that violates the Convention”.

⁵³⁶ *Myumyun c. Bulgaria*, cit., § 77.

⁵³⁷ Generalmente le condotte di cui all'art. 3 venivano sussunte nelle fattispecie previste dal codice penale di: percosse (art. 581 cp), lesioni (artt. 582, 583 cp), omissione di soccorso (art. 593 cp), sequestro di persona (605 cp), arresto illegale (art. 606 cp), indebita limitazione della libertà personale (art. 607 cp), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 cp), violenza privata (art. 610), minaccia (art. 612), stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613). Si ricordi anche l'aggravante dell'aver commesso il fatto con abuso di poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (art. 61 n. 9).

Per quanto concerne la posizione a riguardo mantenuta - per molto tempo - del Governo italiano cfr. la risposta fornita ai rilievi del CPT in esito alla visita in Italia dal 13 al 25 maggio 2012: <http://www.CPT.coe.int/documents/ita/2013-33-inf-eng.pdf>.

⁵³⁸ Sulla necessità dell'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano si rinvia, *inter alia*, a A.MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, pag. 464 ss; T.SCOVAZZI, A.LANZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pag. 685 ss; C.FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano*, in *Quaderni Costituzionali*, 2004, pag. 555 ss; R.CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legislazione penale*, 2006, pag. 275 ss; P.GONNELLA, A.MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Sinnos, Roma, 2006; 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, pag. 195 ss; P.PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Rivista Penale*, 2009, pag. 1190 ss; F.MESSINEO, *Extraordinary renditions and State obligations to criminalize and prosecute torture in the light of the Abu Omar case in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, pag. 1023 ss; G.LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Indice Penale*, 2011, pag. 737 ss; G.MANNOZZI, *Diritti dichiarati...*, cit., pag. 299 ss; S.MANACORDA, *Dovere di punire*, cit., pag. 1364 ss; S.BUZZELLI, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013; G.BORGNA, *L'insostenibile leggerezza del non-essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *SidiBlog*, 2014; A.PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014; F.GRAZIANI, *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, pag. 595 ss; 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*, 2015; A.MARCHESI, *I fatti della Diaz seconda la Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2015; G.LANZA, *Verso l'introduzione...*, cit.; S.NEGRI, *Violazioni strutturali e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, pag. 1657 ss.

che: “*the italian legal system is not yet equipped with criminal law provisions capable of leading to appropriate penalties being imposed on those responsible for acts of torture or other forms of ill treatment prohibited by art. 3 of the convention*”.

Il secondo, è contenuto nelle decisioni 14 marzo 2017, *Alfarano c. Italia e Battista e altri c. Italia* in cui lo stesso Stato si è assunto l’impegno di introdurre norme idonee a sanzionare effettivamente tali condotte.

Appare appena il caso di ricordare come la sentenza relativa al caso *Abu Omar*⁵³⁹ non rappresentasse un precedente contrastante rispetto all’orientamento seguito dalla Corte Edu nella sentenza *Cestaro* e, più di recente, ribadito nella pronuncia *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*⁵⁴⁰.

Invero, nel processo che vedeva come ricorrenti l’imam egiziano e la moglie, la Corte Edu rigettò l’argomento secondo cui la legislazione penale applicata nella fattispecie non sarebbe stata adeguata, ma ciò dipese a dalle circostanze del caso: l’impunità degli autori della “consegna straordinaria” non fu la conseguenza dell’insussistenza del reato, quanto piuttosto – per ciò che concerne i funzionari italiani – della decisione del Governo di opporre il segreto di stato, mentre – relativamente agli agenti dell’*intelligence* americana – della mancata richiesta di estradizione, nonché dei provvedimenti di grazia adottati dalla Presidenza della Repubblica⁵⁴¹.

Più precisamente, il reato di sequestro di persona sarebbe stato in grado di sanzionare adeguatamente la condotta incriminata ma – in virtù della grazia, della mancata richiesta di estradizione e del segreto di stato – non si giunse all’esecuzione della pena irrogata ai membri della CIA e alla condanna dei responsabili italiani.

Pertanto, ogniqualvolta non sussistesse una “sparizione forzata”, o meglio, un caso concreto suscumbibile all’interno di una fattispecie astratta in grado di sanzionare effettivamente il disvalore della condotta in ragione di una cornice edittale idonea in tal senso, tornavano evidentemente in luce le lacune dell’ordinamento italiano rilevate nel caso *Cestaro* (a cui rinvia la pronuncia *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*), posto che i reati comuni contestabili solitamente in queste ipotesi non presentavano quell’effetto dissuasivo richiesto in materia dalla Corte Edu.

Da ultimo, come già in parte anticipato, il diritto di Strasburgo milita nel senso che in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte degli agenti dello Stato il reato non debba estinguersi per effetto della prescrizione⁵⁴², le cause di giustificazione⁵⁴³ trovino un’applicazione limitata, così

⁵³⁹ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 273.

⁵⁴⁰ Corte Edu, 22 giugno 2017, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, § 121.

⁵⁴¹ Cfr. sul punto, E.SELVAGGI, *Osservazioni CEDU*, in *Cassazione Penale*, 2017, pag. 2462 ss.

⁵⁴² *Cestaro c. Italia*, cit., § 208; *Saba c. Italia*, cit., § 78; Corte edu, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e atri c. Italia*, § 108.

Cfr. anche CCT, *Osservazioni conclusive sull’Italia*, 2007, § 19. V.SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la CEDU: il caso Alikaj c. Italia*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2011, pag. 1176 ss; A.BALSAMO, *L’art. 3...*, cit., pag. 3925 ss.

⁵⁴³ *A. c. Regno Unito*, cit., § 24.

come non possano essere tollerate in questo ambito la grazia, l'amnistia, l'indulto, la sospensione condizionale, la liberazione anticipata e qualsiasi altro "meccanismo di fuga" dalla sanzione⁵⁴⁴.

Lo Stato deve, poi, adeguare anche la fase esecutiva: è necessario che i condannati scontino realmente la pena irrogata⁵⁴⁵.

5.2.3. Il nuovo art. 613 bis cp e il sistema del Consiglio d'Europa

La legge 14 luglio 2017 n. 110, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 166 del 18 luglio 2017, ha introdotto nel codice penale due nuovi delitti, la tortura (art. 613 bis) e l'istigazione alla tortura (art. 613 ter)⁵⁴⁶.

Il Parlamento in questo modo adempie formalmente all'obbligo di incriminazione derivante non solo dal diritto internazionale generale e particolare⁵⁴⁷, ma anche dall'art. 13 co. 4 della Costituzione⁵⁴⁸.

In questo paragrafo si intende verificare, in specie, se il reato introdotto all'interno del nostro ordinamento consenta di irrogare una "sanzione effettiva e adeguata" in caso di tortura e trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU, rispettando i parametri imposti ai Paesi membri del Consiglio d'Europa in materia.

In via preliminare, occorre ricordare come la nuova legge dia seguito all'impegno preso la scorsa primavera dal Governo italiano nei confronti della Corte Edu, così come risultante dalle decisioni 14 marzo 2017, *Alfarano c. Italia e Battista e altri c. Italia*, attraverso le quali sono stati cancellati dal ruolo i ricorsi di sei cittadini italiani (che invocavano una violazione degli artt. 3 e 13 CEDU) per composizione amichevole della controversia ai sensi dell'art. 39 CEDU.

⁵⁴⁴ A.COLELLA, cit., pag. 1828; V.CORZANI, *Giurisdizione universale e amnistia di fronte alla Corte edu*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, pag. 636 ss.

⁵⁴⁵ *Gafgen c. Germania*, cit., § 124.

⁵⁴⁶ Per un primo approfondimento sulla nuova legge vedi: F.CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna per l'Italia mentre prosegue l'iter parlamentare del reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; I.MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613 bis cp*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; P.P.CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613 bis. Il discutibile recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Archivio Penale*, 2017; G.FIANDACA, E.MUSCO, *Legge Orlando (profili penalistici). Il nuovo reato di tortura*, Addenda, Bologna, 2017, pag. 2 ss; P.LOBBA, cit.

⁵⁴⁷ Sul punto cfr. *ex multis* A.MARCHESI, *L'attuazione in Italia...*, cit., pag. 464 ss; G.UBERTIS, F.VIGANÒ, cit., pag. 70.

⁵⁴⁸ A.PUGIOTTO, cit., pag. 129 ss; G.SERGES, cit., pag. 2 ss. La tortura ex art. 13 co. 4 Cost. rappresenta l' "unico delitto costituzionalmente necessario" (P.GONNELLA, cit., pag. 33). Prima della legge in analisi, tale obbligo pareva rispettato solo nell'ambito del diritto militare di guerra, dato che l'art. 185 bis del Codice Penale Militare prevede la reclusione da uno a cinque anni per chi compia "atti di tortura o altri trattamenti inumani". Sotto il profilo costituzionale interno, rileva in materia anche l'art. 27 co. 3 Cost., rientrando i *mistreatment* tra i "trattamenti contrari al senso di umanità". Si ricordi, infine, come la norma consuetudinaria che fa divieto di tortura divenga parte del nostro ordinamento in base al rinvio operato dall'art. 10 Cost. e il legislatore sia obbligato a conformarsi ex art. 117 Cost.

In questa circostanza lo Stato promise di adottare tutte le misure necessarie per garantire in futuro il rispetto di quanto stabilito nella Convenzione, impegnandosi da un lato a condurre indagini effettive su analoghi casi di tortura, dall'altro a introdurre norme idonee a sanzionare tali fatti.

In secondo luogo, qualche giorno prima dell'approvazione definitiva alla Camera (avvenuta il 5 luglio 2017) del testo formulato dal Senato (votato in data 17 maggio 2017) il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha indirizzato ad alcune alte cariche dello Stato italiano una lettera contenente osservazioni critiche in merito al testo del disegno di legge allora in discussione⁵⁴⁹.

Nonostante le preoccupazioni da questi manifestate e la significativa mancata partecipazione al voto del on. Luigi Manconi, Presidente della Commissione per i diritti umani nonché primo firmatario del disegno di legge, il delitto di tortura – senza subire ulteriori modificazioni – lo scorso luglio ha fatto ingresso nel codice penale con il voto favorevole di 198 deputati (le astensioni sono state 104 ed i voti sfavorevoli 35).

Considerando che l'ultima sentenza di condanna per violazione dell'art. 3 CEDU nei riguardi del nostro Stato è stata irrogata dalla Corte Edu due settimane prima dell'introduzione della fattispecie in analisi, occorre verificare se il nuovo dettato normativo rispetti le indicazioni fornite dalla giurisprudenza europea in materia oppure l'Italia rischi di perpetrare la violazione strutturale del Trattato⁵⁵⁰.

Partendo dall'elemento oggettivo, la "tortura" ai sensi dell'art. 613 bis cp richiede una pluralità di condotte di gravi violenze o minacce o di crudeltà per essere integrata⁵⁵¹.

Come ha evidenziato nella lettera sopra citata il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, l'utilizzo del plurale restringe apoditticamente la portata applicativa del reato e si pone in netto contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo: secondo quest'ultima, infatti, anche una singola condotta ben può configurare un *mistreatment* ai sensi dell'art. 3 CEDU⁵⁵².

⁵⁴⁹ Si fa riferimento alla lettera scritta dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Nils Muiznieks contenente osservazioni sul testo di legge formulato dal Senato, indirizzata ai Presidenti dei due rami del Parlamento, delle rispettive Commissioni Giustizia e al Presidente della Commissione straordinaria per i diritti umani, qui reperibile: <https://rm.coe.int/letter-from-nils-muiznieks-council-of-europe-commissioner-for-human-ri/1680727baf>.

⁵⁵⁰ Cfr. *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, cit. Preme ricordare in questa sede come l'Italia sia stata nuovamente richiamata a eseguire la sentenza *Cestaro* dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con decisione H46 -16 *Cestaro v. Italy* (app. n. 6884/11) disposta all'esito del 1280 th meeting 7-10 Marzo 2017.

In questo documento è precisato che: "*the italian legal system is not yet equipped with criminal law provisions capable of leading to appropriate penalties being imposed on those responsible for acts of torture or other forms of ill treatment prohibited by art. 3 of the convention*".

⁵⁵¹ Art. 613 bis cp: "Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona".

⁵⁵² Cfr. *ex multis Gafgen c. Germania*, § 90; *Bouyid c. Belgio*, § 90 e § 101. Nello stesso senso cfr. CPT, report al Governo italiano sulla visita svolta dal 8 al 21 aprile 2016, § 7. Invero, il netto contrasto è ravvisabile con riguardo alla

Invero, un'interpretazione letterale dell'art. 613 bis cp potrebbe condurre a individuare un caso in cui una sola azione sia in grado di perfezionare il delitto *de quo*: è l'ipotesi in cui un soggetto "agendo con crudeltà", cagioni "acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico" quando il fatto comporta "un trattamento inumano e degradante".

Tuttavia, anche se si ritenesse percorribile questa strada⁵⁵³, il divieto di analogia in *malam partem* che opera in materia penale impedirebbe di qualificare come "tortura" ai sensi dell'art. 613 bis cp un singolo atto (non crudele) in grado di sortire sofferenze acute di tipo fisico o psichico⁵⁵⁴.

In altre parole, perlomeno in questo caso il reato andrebbe sempre considerato di tipo abituale.

Il riferimento al "trattamento inumano e degradante" estende, poi, l'ambito di applicazione della norma al di là delle ipotesi di tortura in senso stretto: non vi è dubbio infatti come tali nozioni – secondo la giurisprudenza di Strasburgo – siano diverse e portino con sé un disvalore inferiore rispetto alla più grave forma di violazione dell'art. 3⁵⁵⁵.

La scelta di introdurre tali concetti in una norma incriminatrice *ad hoc*, qualificandoli come modalità alternativa di realizzazione della condotta, rischia di determinare un trattamento uguale per fattispecie diverse, anche considerando il fatto che i trattamenti inumani o degradanti – a differenza della tortura – secondo i giudici di Strasburgo non sono incompatibili con l'agire colposo o, addirittura, incolpevole.

Di conseguenza, la scelta di sottoporli alla medesima cornice edittale ingenera un'evidente tensione rispetto al principio di proporzionalità (avente fondamento costituzionale negli artt. 3 e 27 co. 3 Cost) che deve sussistere tra sanzione e condotta⁵⁵⁶.

La perifrasi usata dal legislatore pone due ulteriori ordini di problemi.

Sotto un profilo interno, determina una violazione del principio di tassatività ex artt. 24, 25 co. 2 e 112 Cost, art. 7 CEDU e artt. 1 e 199 cp dato che nel nostro ordinamento non sussiste alcuna legge che definisca cosa sia trattamento inumano e degradante.

In quest'ottica gli effetti della norma non appaiono prevedibili né le conseguenze della condotta calcolabili, non potendo sapersi quale comportamento rientri nella fattispecie di cui si tratta.

giurisprudenza internazionale in genere, dato che la Corte interamericana, i Tribunali ad hoc, il Comitato contro la tortura e il Comitato dei diritti dell'uomo ritengono che anche un singolo atto possa costituire tortura. Un problema analogo lo pone la mancanza di indicazione esplicita – nell'enunciato dell'art. 613 bis cp – dell'omissione: non vi è dubbio che la giurisprudenza internazionale consideri la fattispecie integrabile tanto da condotte attive quanto attraverso omissioni.

⁵⁵³ F.CANCELLARO, cit.

⁵⁵⁴ A riguardo, è stato giustamente evidenziato (A.MARCHESE, *Quante volte? Il problema dell'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano e il famigerato emendamento sulla reiterazione*, in *Abu Ghraib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate sulla tortura in Iraq*, a cura di Amnesty International, 2004, pag. 48) come atti di tortura diversi, compiuti al contempo da più soggetti differenti (ciascuno dei quali con un'unica azione), non integrerebbero la pluralità di condotte richiesta dalla norma.

⁵⁵⁵ Cfr. *supra* Par. 3.

⁵⁵⁶ Cfr. a riguardo Corte Cost. n. 236/2016.

Secondo la dottrina maggioritaria, la riserva di legge in materia penale – di cui agli artt. 25 co. 2, co. 3 Cost., artt. 1 e 199 cp – e il principio di separazione dei poteri, non consentono di colmare la lacuna definitoria attraverso le pronunce dei Tribunali internazionali come fonti integratrici del disposto. Ma anche se il diritto vivente di Strasburgo potesse assolvere a tale funzione, come evidenziato nei paragrafi precedenti, non è ravvisabile una nozione chiara, precisa e costante di trattamento inumano o degradante all'interno della sua stessa giurisprudenza.

In buona sostanza, indipendentemente dal *nullum crimen nulla poena sine lege*, si determinerebbe comunque la violazione del principio di tassatività *sub specie* di principio di precisione.

Sotto un profilo esterno rispetto al nostro ordinamento, invece, deve essere sottolineato con riferimento alla perifrasi utilizzata come, tanto la CEDU quanto la CEPT, non utilizzino la “e” ma la congiunzione disgiuntiva “o”.

Sussiste infatti una differenza tra trattamenti inumani da un lato, e degradanti dall'altro, che si concreta in un maggiore disvalore dei secondi rispetto ai primi.

Il legislatore italiano, equiparandoli, non sembra tenerne conto di tale differenziazione finendo per rendere – se possibile – ancora più difficile il compito dell'interprete nella ricostruzione della nozione (o delle nozioni) in parola: non solo sussiste un'indebita sovrapposizione tra torture e trattamenti di altro genere, ma in questo modo sembra essere cancellata del tutto l'alterità tra le due tipologie di trattamenti⁵⁵⁷.

Sempre con riguardo all'elemento oggettivo, la limitazione alle “violenze o minacce gravi” delle azioni integrabili “tortura” potrebbe comportare l'ingiustificata esclusione di maltrattamenti operati in forme diverse oppure in via omissiva⁵⁵⁸: si ricordi che la Corte Edu qualifica come tortura qualsiasi azione o omissione intenzionale in grado di cagionare sofferenze particolarmente acute.

⁵⁵⁷ In altre parole, visto che per il diritto di Strasburgo tortura e trattamenti inumani o degradanti sono tre categorie distinte, appare complicato definire il contenuto dell'art. 613 bis cp alla luce del medesimo poiché da un lato il legislatore qualifica i trattamenti inumani e degradanti come modalità alternativa di esecuzione della tortura (sostanzialmente equiparandoli), dall'altro sembra non considerare neppure le differenze tra trattamento inumano e trattamento degradante (anche se non va dimenticato come, in *parte qua*, la stessa giurisprudenza europea in genere utilizzi i due termini come un'endiadi). Si delinea così la costituzione di un'unica macro-categoria dai contorni poco chiari.

Per giunta, prevedendo il medesimo elemento soggettivo per tortura e altri *mistreatment*, l'unico criterio distintivo che potrebbe essere usato per discernarli (rifacendosi alla giurisprudenza europea e internazionale) è quello rappresentato dalla soglia di sofferenza raggiunta. Come vedremo nel Cap. IV, la relatività dello stesso si pone tuttavia in netto contrasto con le esigenze di tassatività del disposto penale.

⁵⁵⁸ Ad esempio, non è chiaro da un lato se le tecniche di tortura più moderne, come quella di privazione del sonno, possano essere qualificate come violenze in senso stretto; dall'altro, se anche omissioni quali la mancata somministrazione di cibo e di acqua possano configurare una tortura ai sensi dell'art. 613 bis cp.

Il principio di tassatività avrebbe preteso un'indicazione esplicita delle condotte omissive. Cfr. in tal senso A.COLELLA, cit., pag. 35.

Inoltre, la qualificazione della gravità delle violenze risulta esorbitante rispetto al diritto convenzionale posto che l'aggettivo usualmente connota il solo evento (il dolore) non anche la condotta *ex se*.

Appare quanto meno infelice – sempre nell'ottica del diritto vivente europeo – la scelta normativa di inserire l' "azione con crudeltà" tra le modalità alternative in cui può concretarsi la condotta⁵⁵⁹: la Corte Edu usualmente tiene a conto della "particolare crudeltà" sia al fine di vagliare il superamento del livello minimo di severità sia con l'intento di differenziare il trattamento inumano dalla tortura, ma non si tratta certamente di una condizione in assenza del quale non si possa concretare una violazione dell'art. 3⁵⁶⁰.

Altresì la decisione di limitare la tortura psicologica ai casi in cui il trauma è "verificabile" è alquanto discutibile. Se con esso si vuole fare riferimento alla necessità di prova in sede processuale, allora la sua portata è pleonastica; viceversa, se tale requisito implicasse un riscontro medico del trauma, allora determinerebbe l'impunità per gli atti a cui non consegue l'insorgere di una patologia effettivamente riscontrabile.

Invero, il dolore psichico (in termini di terrore, paura, panico, etc.) è difficilmente attestabile, tant'è che i giudici di Strasburgo registrano il superamento della soglia minima di gravità attraverso gli elementi (oggettivi e soggettivi) in presenza dei quali si presume vi sia stato un forte patimento per il soggetto passivo, data l'impossibilità di misurazione della sofferenza interiore concretamente subita. A riguardo, è importante sottolineare come la Corte Edu non pretenda dalla vittima la prova del danno morale (proprio in virtù della sua complessa dimostrazione), ma si limiti a richiedere la dimostrazione del fatto⁵⁶¹.

Ad ogni modo, se si seguisse l'orientamento più rigoroso, resterebbero estranee dal raggio applicativo della norma le più moderne tecniche di tortura, in grado di ingenerare stati di ansia e disorientamento temporaneo non obiettivamente riscontrabili⁵⁶². In buona sostanza, la verificabilità

⁵⁵⁹ Sotto un profilo meramente interno al nostro ordinamento, la scelta parimenti non appare condivisibile in tanto perché implica un'indagine sull'elemento volitivo non di semplice attuazione, e poi perché finisce per sovrapporsi indebitamente all'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 cp. La crudeltà certamente incrementa il disvalore della condotta, tuttavia mal si attaglia ad essere qualificata come modalità (seppur alternativa) di esplicazione della medesima, in quanto i beni giuridici tutelati dalla norma (l'incolumità psico-fisica, la dignità e la libertà morale della vittima) possono essere lesi indipendentemente dalla maggiore o minore atrocità dell'azione.

⁵⁶⁰ *Cestaro c. Italia*, cit., § 173; *Gafgen c. Germania*, § 108. La stessa considerazione vale, più generalmente, per la giurisprudenza internazionale tanto delle Corti dei diritti umani quanto dei Tribunali penali internazionali.

⁵⁶¹ Cfr. *infra* Par. 6.2.

⁵⁶² Come evidenziato da Luigi Manconi in una recente intervista: "Il trauma psichico, secondo la letteratura scientifica internazionale, non è qualcosa che si rileva con una tac, tanto più realizzata dopo tre anni. I processi di tortura si fanno dopo dieci, venti anni, ma cosa si può rilevare? Ho fatto una piccola ricerca e ho scoperto che la roulette russa, forse la più famosa tortura sotto il profilo dell'immaginario e dell'iconografia, non è rilevabile clinicamente".

L'intervista al Presidente della Commissione straordinaria per i diritti umani è rinvenibile qui: <https://left.it/2017/06/14/reato-di-tortura-luigi-manconi-ecco-perche-questa-legge-non-va-bene/>.

Cfr. in tal senso anche I.MARCHI, cit., pag. 10. La consolidata giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali non richiede la verificabilità del trauma o che la prova delle violenze debba essere "visibile" (cfr. Cap. IV Par. 4.).

dell'evento potrebbe rappresentare un ulteriore ostacolo all'applicazione della norma in grado di minare quell'effettività della sanzione penale pretesa dal diritto convenzionale in materia.

Nella lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa è presente un altro rilievo al testo oggi vigente, relativo alla natura di reato comune della fattispecie base di tortura.

Se è vero infatti che i giudici di Strasburgo applicano in via orizzontale l'art. 3 CEDU estendendone il divieto anche ai rapporti interprivati, il Commissario nutre il timore che l'incriminazione anche di tali condotte si traduca in una minore efficacia della norma incriminatrice rispetto alla repressione di atti commessi da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

Per questi ultimi il co. 2 dell'art. 613 bis si limita, infatti, a prevedere un aggravamento di pena⁵⁶³.

Invero, questa preoccupazione risulterebbe fondata esclusivamente se si qualificasse tale fattispecie come circostanza aggravante: la mancata previsione di eccezioni al bilanciamento delle circostanze ai sensi dell'art. 69 cp potrebbe – in effetti – determinare un'indebita attenuazione della sanzione in concreto irrogabile. Viceversa, se come la più parte della dottrina⁵⁶⁴ ritiene, si trattasse di una fattispecie autonoma di reato, la pena risulterebbe adeguata al maggior disvalore della fattispecie e non correrebbe il rischio di essere attenuata in virtù dell'inapplicabilità dell'art. 69 cp.

Da ultimo, l'individuazione delle categorie di soggetti passivi (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) a cui il diritto europeo non fa riferimento, potrebbe determinare indebite zone di impunità: si pensi alle torture inflitte a manifestanti pacifici, oppure alle violenze subite la notte tra il 20 e il 21 luglio 2001 nella scuola Diaz da chi, in stato di libertà, si trovava nell'edificio.

Tali casi non sembrano rientrare tra le ipotesi previste dal legislatore⁵⁶⁵, a meno che non se ne dia un'interpretazione assai lata, con il rischio di eludere l'enunciato testuale e porre in essere (in realtà) un'estensione analogica *in malam partem* del disposto.

⁵⁶³ “Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni”.

⁵⁶⁴ Le espressioni di cui al co. 4 art. 613 bis cp (“le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate... sono aumentate di un terzo... sono aumentate della metà”) rendono applicabile l'aggravante in esame anche al comma 2 e rappresentano un chiaro argomento letterale a sostegno della natura di fattispecie autonoma. In questo senso, cfr. F.VIGANÒ, *Sui...*, cit., pag. 5.

⁵⁶⁵ A.COLELLA, cit., pag. 37. Nello stesso senso cfr. la lettera aperta indirizzata al Pres. della Camera da 11 magistrati del Tribunale di Genova che si sono occupati dei procedimenti per i fatti del G8.

Invero, sul punto, occorre ricordare come un elemento che attiene allo stato di limitazione della libertà personale dell'offeso è previsto sia dall'art. 7 (1) (f) § 2 degli *Elements of Crimes* relativi al *crime against humanity of torture*, ma è ritenuto anche immanente – secondo la dottrina più autorevole (Cfr. Cap. I Par. 4.1.2) – nel disposto dell'art. 1 CAT. Tuttavia la perifrasi adoperata dal legislatore italiano è più restrittiva rispetto alla condizione di cd *powerlessness* fatta propria a livello internazionale, che viceversa è comprensiva di qualsiasi tipologia di asservimento anche non “formalizzato” tra soggetto pubblico e vittima.

Riassumendo, la norma in esame prevedendo un reato abituale (salvo l'eccezione prima analizzata), a forma vincolata, integrabile solo attraverso violenze o minacce "gravi" oppure un'azione "crudele", pretendendo la verificabilità del trauma psichico nonché tipizzando specificamente i soggetti passivi del reato, rischia di creare effettivamente "*potential loopholes for impunity*" così come denunciato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa⁵⁶⁶.

Passando ora all'elemento soggettivo, pare sufficiente ricordare che la mancata previsione del dolo intenzionale anche se potrebbe determinare il rischio di criminalizzare condotte che non rispondono effettivamente al tipo legale tortura⁵⁶⁷, non si pone in contrasto né con la giurisprudenza delle Corti dei diritti umani né con quella dei Tribunali penali internazionali: la *mens rea* richiesta dalle nozioni di tortura loro proprie è infatti equiparabile al nostro dolo genericamente inteso.

Non è in disaccordo con l'orientamento della Corte Edu neppure il mancato ricorso al dolo specifico in chiave tipizzante⁵⁶⁸ né la precisazione di cui al co. 3 ("non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti") che si limita a riprendere la formula adoperata in chiusura dell'art. 1 CAT ("*does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions*")⁵⁶⁹.

Infine, come ricordato nella lettera più volte citata dallo stesso Commissario, il diritto di Strasburgo milita nel senso che in materia di tortura il reato non debba estinguersi per effetto della prescrizione, le cause di giustificazione debbano trovare un'applicazione limitata, così come non possano essere tollerate in questo ambito grazia, amnistia, indulto, sospensione condizionale, liberazione anticipata e qualsiasi altra causa di estinzione del reato o della pena cui consegua la non punibilità dei responsabili.

A riguardo, pare il caso di ricordare come nel testo di legge approvato dal Senato è venuta meno la modifica dell'art. 157, comma 6 c.p. che inseriva il reato di tortura tra quelli per i quali è previsto il raddoppio del termine di prescrizione. Dato che, frequentemente, tali episodi sono denunciati in

⁵⁶⁶ Cfr. nota 548.

⁵⁶⁷ Il dolo intenzionale consente di riconoscere un'autentica "tortura" solo nelle ipotesi in cui la condotta miri specificamente a cagionare una sofferenza acuta nella vittima (tale evento rappresenta lo scopo principale della condotta), escludendo conseguentemente la punizione a questo titolo di azioni consistenti, ad esempio, nella collocazione o mantenimento di un detenuto in una cella sovraffollata da parte dei funzionari penitenziari. In questo caso, infatti, l'agente in genere non vuole cagionare alcuna sofferenza. Si tratta di ipotesi che la giurisprudenza di Strasburgo qualifica come trattamento inumano (e/o degradante). Di contro, appare appena il caso di notare che qualora il legislatore avesse optato per il dolo intenzionale, sarebbe stato sufficiente che il soggetto avesse provocato dolore per raggiungere un altro obiettivo, magari lecito, per non incorrere nel reato.

Sotto il profilo interno, la scelta del dolo generico congiuntamente alla necessaria reiterazione della condotta rende tuttavia problematico il coordinamento con il reato di maltrattamenti.

⁵⁶⁸ Cfr. sul punto *supra* Par. 4 e Cap. IV Par. 3.1. Il dolo specifico, seppur descritto in termini non tassativi, è invece previsto dall'art. 1 CAT, dall'art. 2 IACPPT ed è richiesto dai Tribunali ad hoc nonché dagli *Elements of Crimes* con riguardo alla tortura come crimine di guerra. Abbiamo visto inoltre (cfr. nota 287) come, secondo un'autorevole lettura, sarebbe un requisito implicito anche del crimine contro l'umanità punito dall'art. 7 dello Statuto di Roma.

⁵⁶⁹ Cfr. sul punto *supra* Par. 3.1. Invero la cd *lawful sanction clause* pone non pochi problemi interpretativi sul piano interno. Cfr. a riguardo I.MARCHI, cit., pag. 5 ss.

seguito al passaggio di molto tempo dall'accaduto (si pensi ai casi dei maltrattamenti subiti dai detenuti) e possono essere accertati solo con attività d'indagine lunghe e complesse, la "fuga dalla sanzione" rappresentata dal passaggio del termine prescrizione è un rischio concreto.

Va senz'altro accolto positivamente, invece, il disposto dell'art. 4 della l. n. 110/2017⁵⁷⁰ nei limiti in cui esclude la possibilità di applicare, in relazione a tali fatti, l'immunità internazionale a favore degli organi dello Stato come causa di esclusione della punibilità.

Per le ragioni fin qui esposte, non si ritiene che la legge n. 110/2017 soddisfi appieno l'obbligo di incriminazione derivante dall'art. 3, così come configurato dalla giurisprudenza della Corte Edu: se è vero che la scelta di prevedere una fattispecie di reato e il contenuto della medesima è una decisione di politica criminale che rientra nella discrezionalità del legislatore⁵⁷¹, è altrettanto evidente che – nel momento in cui lo Stato si impegna ad ottemperare agli obblighi pattizi – sacrifici parte della propria libertà decisionale nell'ottica del perseguimento degli obiettivi comuni promossi dal Trattato, come sancito dall'art. 117 Cost.

L'adempimento formale dell'obbligo di incriminazione non ha determinato un sostanziale adeguamento ai vincoli imposti dal diritto di Strasburgo, mantenendo esposto lo Stato al rischio di un deferimento alla Corte, da parte del Comitato dei Ministri, per violazione dell'art. 46 CEDU nei limiti in cui non ha provveduto a una rapida, piena ed efficace esecuzione delle statuizioni contenute nella sentenza *Cestaro* (oggi ribadite nel caso *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*).

5.2.4. L'immunità dello Stato e dei suoi organi

Sebbene la Corte Edu non si occupi di accertare responsabilità penali, è implicito nell'obbligo di eseguire un'inchiesta effettiva, capace di individuare i responsabili dell'illecito e di sanzionarli, che non vi siano limitazioni indebite alla giurisdizione penale degli Stati: l'immunità per la responsabilità da reato eventualmente goduta dai funzionari statali non può trovare spazio con riguardo a una grave violazione di "*basic rights of human persons*", la cui tutela corrisponde a un interesse supremo della Comunità internazionale⁵⁷².

Difatti, si ricordi a titolo esemplificativo come la Corte abbia apprezzato l'attività giurisdizionale posta in essere dai magistrati italiani nel caso *Abu Omar* (§ 267): in questa complessa vicenda

⁵⁷⁰ Art. 4: "Non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale".

⁵⁷¹ Corte di Cassazione (imp. *Reverberi*), sentenza del 17 luglio 2014, n. 46634, § 5.5.

⁵⁷² Si ricordi come - secondo l'orientamento dottrinale maggioritario (cfr. *inter alia* B.R.ROTH, *Just short of Torture*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 215 ss) - anche la CAT (nello stabilire la giurisdizione dei giudici statali relativa agli atti rientranti nell'art. 1) eccettua implicitamente la possibilità di invocare lo schermo dell'immunità funzionale (perlomeno) rispetto alla responsabilità penale individuale.

Invero, la prassi statale in materia è tutt'altro che univoca, come sottolineato nel Cap. I Par. 9.4.

giudiziaria – tanto i giudici di merito, quanto i giudici di legittimità⁵⁷³ – esclusero la sussistenza dell'immunità funzionale di alcuni degli agenti stranieri in missione in Italia, giungendo alla condanna dei medesimi.

Analogamente, deve essere sottolineato come gli Statuti dei Tribunali penali internazionali⁵⁷⁴ non ammettano che immunità e condizioni di procedibilità rappresentino un limite all'esercizio dell'azione penale.

Sotto diverso profilo, a proposito dell'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato e dei suoi agenti⁵⁷⁵ è noto l'orientamento restrittivo sostenuto dalla Corte Edu.

I giudici di Strasburgo, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia⁵⁷⁶, hanno ritenuto *expressis verbis* tale prerogativa conforme al diritto consuetudinario vigente, non consentendo alle vittime di vedersi risarciti i danni derivanti da episodi di tortura.

In particolare, con la pronuncia nel caso *Jones e altri c. Regno Unito* si è precisato che l'immunità dalla giurisdizione civile riguarda non solo lo Stato ma anche il suo funzionario, sulla base della considerazione pragmatica secondo la quale una persona giuridica non può che agire attraverso i propri rappresentanti e, dunque, la negazione dell'immunità agli stessi eluderebbe le tutele riconosciute agli Stati⁵⁷⁷.

Nell'opinione dissenziente svolta a margine del processo dalla giudice Kalaydejiva viene messo in luce il paradosso a cui porta la decisione della Corte: nei confronti dei sospetti torturatori gli Stati hanno l'obbligo di porre in essere un'indagine effettiva, un processo equo e di approntare una sanzione adeguata alla condotta ai sensi degli artt. 4 ss. CAT, tuttavia non devono risarcire il danno alla vittima né questa può pretendere una riparazione diretta dai suoi organi.

⁵⁷³ Cass. pen, Sez. V, sent. 11 marzo 2014, n. 39788; Cass. pen, Sez. V., sent. 29 novembre 2012, n. 4634 (*contra* Cass. Sez. I, sent. 19 giugno 2008, n. 31171). La Corte ha condannato gli agenti ritenendo che l'immunità funzionale non è prevista da un principio consuetudinario di portata generale ma da norme specifiche applicabili "soltanto ad alcune categorie di organi". In dottrina, *ex multis*, cfr. P.PILLITU, *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di Stato nella sentenza del Tribunale di Milano sul caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, pag. 666 ss; P.GAETA, *Extraordinary renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel cd caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, pag. 530 ss.

⁵⁷⁴ Art. 7 TPJSt.; Art. 6 TPRSt.; Art. 27 CPISt. In questo senso milita anche la giurisprudenza maggioritaria della Corte di Cassazione fin dalla nota sentenza *Ferrini* (n. 5044/2004).

⁵⁷⁵ Corte Edu, sent. 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*; Corte Edu, sent. 14 gennaio 2014, *Jones e a. c. Regno Unito*. Cfr. sul punto G.CATALDI, cit., pag. 55 ss; B.FASSBENDER, *Can Victims Sue State Officials for Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 347 ss; S.PINTON, *La riparazione dovuta alle vittime di tortura*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L.ZAGATO, S.PINTON, Cedam, Padova, 2010, pag. 121; A.CASSESE, *L'esperienza...*, cit., pag. 96; P.PUSTORINO, *Immunità dello Stato, immunità degli organi e crimine di tortura: la sentenza della Corte edu nel caso Jones*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, pag. 493 ss; L.MCGREGOR, *Jones v. UK, a disappointing end*, in *Blog of the European Journal of International Law*; R.P.MAZZESCHI, *Le immunità degli stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di tortura: il caso Jones dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014, pag. 215 ss.

⁵⁷⁶ CIG, *Germania c. Italia*, cit.

⁵⁷⁷ *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., § 202.

In altri termini, se un sospetto torturatore si trovasse nel territorio di un altro Stato, quest'ultimo sarebbe tenuto ai sensi dell'art. 5 CAT a procedere penalmente nei suoi confronti senza che nessuna immunità possa essere riconosciuta all'imputato; ciononostante non si potrebbe richiedere il ristoro dei pregiudizi subiti né allo Stato né al suo agente.

Invero, la tortura in quanto *treaty crime* è condotta imputabile non solo al soggetto di diritto internazionale ma anche all'individuo: lo schermo protettivo rappresentato dalla regola sull'imputabilità all'ente delle condotte organiche poste in essere dai funzionari non dovrebbe trovare applicazione (perlomeno) nei loro confronti. Privare la vittima del risarcimento dei danni in queste ipotesi significa non apprestare alcun tipo di tutela riparatoria alla lesione di un diritto fondamentale della persona, escludendo la piena giustiziabilità della sfera giuridica del titolare della stessa⁵⁷⁸.

In quest'ottica il cd *core right* protetto dall'art. 3 corre il rischio di tramutarsi in una posizione soggettiva di vantaggio meramente ipotetica, configurando un *vulnus* difficilmente giustificabile ai sensi dello scopo della CEDU e dell'assolutezza del divieto⁵⁷⁹.

Per altro verso, così la Corte finisce per abdicare all'esercizio autonomo della propria funzione istituzionale: gli artt. 19 ss CEDU le impongono di effettuare un controllo pieno – non meramente formale – del rispetto del trattato.

Tutto questo precisato, va però sottolineato come la giurisprudenza di Strasburgo non si discosti dalle tendenze rinvenibili nel diritto internazionale odierno con riguardo alla immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione civile⁵⁸⁰.

Al momento, è quindi minoritaria (seppur meritoria) la posizione assunta dalla nostra giurisprudenza a riguardo, nei limiti in cui attraverso l'eccezione dei cd contro-limiti non consente l'ingresso all'interno del nostro ordinamento della consuetudine in parola.

È noto, infatti, come la Corte Costituzionale nella sentenza n. 238/2014 abbia accertato un contrasto tra la norma internazionale sull'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati stranieri (così come ricostruita dalla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso *Germania c. Italia*), e gli artt. 2 e 24 Cost. Secondo la Consulta, il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale per le vittime di crimini così gravi non può trovare alcun tipo di giustificazione: il rispetto degli obblighi internazionali derivanti dall'adesione alla Carta delle Nazioni Unite non legittima la “copertura” di

⁵⁷⁸ Cfr. *infra* Par. 6.1.

⁵⁷⁹ Difatti, chi in dottrina propende per l'estensione dell'immunità in questi casi, lega l'assolutezza del divieto al solo obbligo negativo, mentre considera le obbligazioni positive di natura relativa, essendo impiegate sul concetto di *due diligence* (“*duty to take reasonable steps*”), cfr. A.SACCUCCI, cit., pag. 28.

⁵⁸⁰ Invero anche in materia la prassi è in continua evoluzione. Cfr. *ex multis*, P.PUSTORINO, cit., pag. 496.

condotte di questo tipo⁵⁸¹. Di conseguenza, chi ha subito simili illeciti o i suoi familiari sono autorizzati a presentare di fronte alle Corti italiane richieste di risarcimento dei danni subiti, tanto nei riguardi del reo quanto nei confronti dello Stato che questi rappresentava all'epoca dei fatti.

5.2.5. L'importanza degli obblighi procedurali

Sul versante procedurale occorre rimuovere o, comunque, limitare tutti gli ostacoli normativi che in qualche modo ostino allo svolgimento di un'indagine penale effettiva: ad esempio, l'ingiustificato uso del segreto di stato e la conseguente inutilizzabilità del materiale probatorio relativo, è stata oggetto di critica puntuale da parte della Corte Edu nel caso *Abu Omar* (§ 268)⁵⁸².

In campo internazionale è in atto una progressiva affermazione del divieto di uno Stato di opporre il segreto (o adoperare strumenti analoghi) per impedire lo svolgimento di processi aventi per oggetto *gross violations* dei diritti umani⁵⁸³.

Al contempo, l'inchiesta deve portare alla identificazione degli individui responsabili: in disparte i casi in cui non risulti approfondita a causa di condotte negligenti o compiacenti dell'autorità inquirente⁵⁸⁴, è necessario che le leggi interne consentano di raggiungere tale fine.

È questa la ragione per cui nel caso *Cestaro* (§ 217) la Corte ha specificamente richiesto un segno distintivo (ad esempio, un numero di matricola) quando le operazioni di ordine pubblico siano eseguite da poliziotti con il viso coperto, non riconoscibili⁵⁸⁵.

Il contenuto di tali obblighi è soggetto ad un'opera di continua espansione da parte del diritto di Strasburgo: la specificazione dei principi sovra esposti consente alla Corte di approntare una tutela concreta dei beni giuridici di riferimento, tenuto a conto delle diverse circostanze proprie dei singoli casi concreti⁵⁸⁶.

A riguardo, occorre mettere in rilievo due tendenze giurisprudenziali.

In primo luogo, i giudici di Strasburgo spesso condannano lo Stato non già per la violazione sostanziale della norma, bensì per quella procedurale. Difatti, se l'investigazione non ha prodotto un accertamento completo dei fatti, lo standard dell' "oltre ragionevole dubbio" risulta difficilmente

⁵⁸¹ Nello stesso senso, di recente, la Corte di Cassazione, 14 settembre 2015, n. 43696 ha negato l'immunità alla Serbia per l'abbattimento di un elicottero di una missione europea di monitoraggio.

⁵⁸² Cfr. *ex multis*, A.LIGUORI, cit., pag. 792; T.SCOVAZZI, *Segreto...*, cit., pag. 168: secondo l'autore esiste un diritto alla verità delle vittime di gravi violazioni di diritti umani, implicito nell'obbligo dello Stato di svolgere un'indagine effettiva.

Tuttavia nella sentenza sul caso *Abu Omar* la Corte non enuncia *expressis verbis* il principio di inopponibilità del segreto in queste ipotesi, ma si limita ad analizzare l'incoerenza dell'azione governativa e il conseguente "abuso del diritto" che ne è derivato.

⁵⁸³ E.CARPANELLI, "Extraordinary renditions" e diritti umani: alcune riflessioni sul caso *Abu Omar*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 326.

⁵⁸⁴ *Nasr e Ghali*, cit., § 267.

⁵⁸⁵ Cfr. CPT Standard, Estratto del 14° Rapporto Generale, cit., § 34.

⁵⁸⁶ A.ESPOSITO, *Il diritto...*, cit., pag. 223 ss.

superabile per il ricorrente: pertanto, alla Corte non resta che verificare se sussistono delle inadempienze sotto i profili procedurali di cui si tratta.

In quest'ottica, le difficoltà probatorie che si incontrano nelle fattispecie di tortura vengono meno, consentendo alla vittima di ottenere un indennizzo che prescinde dall'assolvimento del gravoso *onus probandi*.

In altri termini, la mancanza di elementi che attestino il presunto maltrattamento subito non esenta – in ogni caso – la responsabilità dello Stato, che può vedersi comunque condannato dalla Corte Edu se l'indagine posta in essere non sia stata “idonea” ai sensi della giurisprudenza in materia⁵⁸⁷.

Il medesimo principio è valido con riguardo al caso in cui i responsabili restino ignoti, oppure non si pervenga ad una condanna penale nel giudizio interno: il collegio può in ogni caso ritenere non adempiuto l'obbligo positivo di cui si tratta.

In secondo luogo, appare appena il caso di evidenziare come, sotto un profilo politico, per i giudici di Strasburgo sia – senza dubbio – maggiormente “semplice” rilevare un vizio di procedura piuttosto che attribuire l'etichetta di “stato-torturatore” ad un membro del Consiglio d'Europa.

Una decisione di questo tipo consente, infatti, di attenuare lo stigma proprio di una sentenza di condanna per la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, non facendo tuttavia mancare una riparazione economica (e morale) del danno subito alle vittime di *mistreatment*⁵⁸⁸.

6. Il rapporto tra art. 3 e altre disposizioni sostanziali e procedurali

Per quanto concerne le norme sostanziali della Convenzione, occorre evidenziare il legame che spesso si instaura tra la violazione dell'art. 3 e altre disposizioni, tra le quali principalmente si ricordino gli artt. 2⁵⁸⁹, 5, 6 e 8 CEDU.

I casi giudiziari che hanno per oggetto torture frequentemente presentano privazioni della libertà o detenzioni al di fuori di qualsiasi ambito legale, nonché gravi lesioni della vita privata e familiare dei ricorrenti, che subiscono la scomparsa del proprio caro improvvisa e non riescono a ottenere alcuna informazione a riguardo da parte degli organi competenti⁵⁹⁰.

Inoltre, l'indagine e il processo che ne seguono sono, non di rado, frammentari e privi delle garanzie che il “*trial*” pretende per essere qualificato come “*fair*”.

⁵⁸⁷ Cfr. *ex multis* *Aksoy c. Turchia*, cit.; *Labita c. Italia*, cit.; da ultimo, Corte Edu, sent. 6 ottobre 2016, *Strogan c. Ucraina*, § 65.

⁵⁸⁸ Cfr. il caso *Labita c. Italia*, cit.

⁵⁸⁹ Con riguardo ai rapporti tra art. 2 e art. 3 la dottrina ha parlato di una vera e propria “simbiosi giuridica”: d'altronde si ricordi come gli obblighi positivi – prima di essere estesi all'art. 3 – sono stati individuati dalla Corte in relazione all'art. 2. Cfr. G.CATALDI, *Osservazioni...*, cit., pag. 62.

⁵⁹⁰ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 324.

In via esemplificativa, si può ricordare come in caso di sparizioni forzate di individui di cui venga accertata (o sia presunta) la morte, la Corte suole condannare lo Stato in relazione a tutte le disposizioni sopra citate in quanto o si è verificato un illecito di natura sostanziale (laddove sia provata la diretta responsabilità di funzionari pubblici in tali azioni), e/o vi è stato il mancato adempimento delle obbligazioni positive da esse scaturenti⁵⁹¹.

Allo stesso modo, l'espulsione o l'allontanamento dello straniero dal territorio statale in presenza di un "pericolo reale" di perdita della vita o di sottoposizione a torture nel luogo di destinazione, è un fattispecie che può richiamare simultaneamente gli articoli in questione⁵⁹².

Il mancato rispetto dell'art. 3 (soprattutto sotto il profilo procedurale) si accompagna talvolta anche alle discriminazioni vietate dall'art. 14 CEDU⁵⁹³: se alle aggressioni di questo tipo non segue un'inchiesta adeguata, sussisterà l'infrazione di entrambi i divieti.

Sotto altro profilo, la violazione di norme pattizie differenti rispetto al bando *de quo* può comunque essere ricondotta all'art. 3: si pensi alla perpetrazione di forme discriminatorie particolarmente pesanti oppure, con riguardo all'art. 6 CEDU, all'insussistenza di autonomia e indipendenza dell'organo giudicante o all'utilizzazione di prove acquisite per il tramite di tortura⁵⁹⁴. In questi casi, all'inadempimento di un altro obbligo convenzionale (rispettivamente gli artt. 14 e 6 CEDU), segue automaticamente la violazione dell'art. 3 CEDU.

6.1. Art. 3 e norme procedurali

Si aggiunga che, per quanto riguarda le norme procedurali della Convenzione, lo scrutinio da parte della Corte sull'effettività del ricorso di cui all'art. 13 CEDU risulta essere particolarmente rigoroso, vista l'appartenenza di questa disposizione al cd nocchio duro del Trattato: lo Stato non deve ostacolare ingiustificatamente l'esercizio del diritto del ricorrente ed è tenuto a garantire indagini approfondite, idonee all'accertamento del fatto e alla punizione dei suoi responsabili (cfr. *supra* Par. 5.2.).

Un ricorso "effettivo" deve essere, prima di tutto, praticamente e giuridicamente disponibile⁵⁹⁵ a beneficio di chi intenda avvalersene: in mancanza di cd accessibilità verrebbe meno lo scopo stesso della norma che lo contempla.

⁵⁹¹ Cfr. *ex multis* Corte Edu, sent. 12 maggio 2016, *Gaysanova c. Russia*, § 139. Sono molteplici le ipotesi di sparizioni forzate di soggetti residenti in Cecenia rispetto alle quali la Federazione Russa è stata condannata.

⁵⁹² *F.G. c. Svezia*, cit., § 158; *Al Nashiri c. Polonia*, cit., § 578.

⁵⁹³ Corte Edu, sent. 12 aprile 2016, *M.C e A.C. c. Romania*, § 119; Corte Edu, sent. 20 ottobre 2015, *Balazs c. Ungheria*, § 76.

⁵⁹⁴ Cfr. S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, pag. 67. Corte Edu, 1 settembre 2016, *Svitlana Atamanyuk e altri c. Ucraina*, § 165.

⁵⁹⁵ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 331; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 171.

In secondo luogo, l'azione deve essere adeguata, ossia è necessario soddisfi la posizione soggettiva di riferimento: d'altronde, in assenza di un tutela giurisdizionale concreta, idonea ad accertare la violazione e a porvi rimedio, i diritti fondamentali perderebbero la propria natura trasformandosi in vantaggi meramente eventuali⁵⁹⁶.

Inoltre, occorre sussista un esame indipendente e rigoroso di tutti i motivi dell'atto, operato da un'autorità dotata di reale autonomia.

La valutazione circa "adeguatezza" e "accessibilità" si basa sulle circostanze proprie della fattispecie: la Corte dovrà considerare, ad esempio, gli ostacoli linguistici, la possibilità di prendere visione delle informazioni necessarie, le condizioni materiali con le quali può scontrarsi l'interessato, nonché l'oggetto e la natura della doglianza⁵⁹⁷.

In questo modo, gli obblighi in tema di garanzie interne ex art. 13 si sovrappongono e finiscono per coincidere – in alcuni casi – con quelli positivi di tipo procedurale sopra esaminati scaturiti dall'art. 3.

Difatti, i giudici di Strasburgo usualmente effettuano un esame congiunto dei motivi di ricorso che può sfociare o in una generica condanna per la lesione di entrambe le norme oppure nell'accertamento di puntuali infrazioni ricondotte, di volta in volta, agli articoli rilevanti⁵⁹⁸.

L'obbligo di offrire nell'ordinamento interno azioni effettive non può tuttavia riferirsi a qualsiasi tipologia di pretesa, bensì riguarda solamente domande difendibili e non manifestamente infondate.

Per quanto concerne, invece, la nozione di "vittima" ex art. 34 CEDU, essa viene interpretata in modo estensivo: difatti, è riconosciuta tale condizione non solo quando l'individuo abbia ricevuto una riparazione inadeguata dal procedimento interno⁵⁹⁹, ma anche nel caso in cui questi non sia il destinatario principale del maltrattamento: si pensi ai parenti dell'offeso, cd vittime indirette, i quali subiscono un danno "riflesso" dal *misbehaviour*⁶⁰⁰, oppure all'ipotesi di morte del soggetto passivo⁶⁰¹, in cui è consentito ai familiari di porre in essere il ricorso in sua vece.

È possibile che si tratti di una vittima meramente "futura" di un sequestro di persona oppure di un provvedimento di estradizione/allontanamento⁶⁰². In presenza di un "rischio attuale" per il soggetto,

⁵⁹⁶ Grande Camera Corte Edu, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, § 199.

⁵⁹⁷ Corte Edu, sent. 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, § 168. Cfr. S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 496.

⁵⁹⁸ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 512. Si ricordi come, in via di principio, l'art. 13 preveda un diritto individuale, autonomo, strumentale e ausiliario rispetto a quelli dell'elenco che lo precede. Di conseguenza, esso può essere integrato anche in assenza di violazione di altro diritto convenzionale.

⁵⁹⁹ *Cestaro c. Italia*, cit., § 230; *Jeronovics c. Lituania*, cit., § 105.

⁶⁰⁰ *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit., § 74. Con riferimento ai casi di sparizioni forzate, la Corte ha riconosciuto che i prossimi congiunti possano dolersi tanto della violazione nei confronti del soggetto rapito, quanto del maltrattamento subito in proprio per effetto della sofferenza conseguente alla scomparsa.

⁶⁰¹ Corte Edu, sent. 12 gennaio 2016, *Boaca e altri c. Romania*, § 43.

⁶⁰² *Soering c. Regno Unito*, cit.; Corte Edu, sent. 23 ottobre 2014, *Mamazhonov c. Russia*, § 212.

lo Stato deve prevenire qualsiasi lesione della norma: tale *status* è quindi proprio di chi non ha (ancora) patito una lesione dell'integrità psico-fisica ma verosimilmente può subirla a breve termine.

Infine, occorre ricordare come altresì la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni ex art. 35 CEDU – condizione procedurale di ammissibilità dell'atto – venga applicata in maniera più flessibile e senza rigidi formalismi⁶⁰³.

Si tratta di un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto in ambito di gravi violazioni dei diritti umani⁶⁰⁴: mutuato dalla disciplina in materia di trattamento degli stranieri, esso impone di ritenere insussistente la violazione della norma protettiva finché esistano nell'ordinamento dello Stato offensori dei rimedi accessibili, tempestivi ed efficaci per eliminare l'azione illecita o per risarcire il soggetto passivo⁶⁰⁵.

D'altronde, la competenza della Corte ha carattere esclusivamente sussidiario: essa interviene solo nel caso in cui, nonostante l'intervento degli organi statali, non sia stato possibile garantire una protezione concreta ai diritti umani venuti in rilievo⁶⁰⁶.

Anche se i Governi chiamati in giudizio – in via di eccezione preliminare – lamentano nella più parte dei processi relativi all'art. 3 la violazione dell'art. 35 CEDU, la giurisprudenza di Strasburgo appare molto restrittiva sul punto.

In via preliminare, la contestazione riguardante il previo esaurimento delle vie di ricorso interne può avere ad oggetto il profilo cronologico (laddove non siano ancora stati esperiti dal ricorrente tutti i rimedi *ad hoc* apprestati dall'ordinamento) e/o il profilo sostanziale, ossia l'effettiva disponibilità e adeguatezza del meccanismo di difesa nazionale.

In particolare, i giudici ritengono ricevibile il ricorso pure quando, al momento della sua presentazione, non si sia ancora concluso il procedimento penale interno (deve essere terminato nell'istante in cui la Corte è chiamata a decidere)⁶⁰⁷, nonché nei casi in cui la vittima di torture

Per le nozioni di vittima "potenziale", "futura" e "indiretta" cfr. P.VANDIJK, G.J.H.VANHOOF, A.VANRIJN, L.ZWAAK, cit., pag. 55 ss; S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 635 ss.

⁶⁰³ *Cestaro c. Italia*, cit., § 151.

⁶⁰⁴ Cfr. anche art. 41 let c) CCPR. C.FOCARELLI, cit., pag. 137; B.CONFORTI, cit., pag. 215.

⁶⁰⁵ "Un ricorso è effettivo quando è disponibile sia in teoria che in pratica all'epoca dei fatti, ossia quando è accessibile, può offrire al ricorrente la riparazione delle violazioni da lui dedotte e presenta ragionevoli prospettive di successo". Cfr. Corte Edu, sent. 16 settembre 1996, *Akdivar e altri c. Turchia*, § 68.

Con riferimento alla effettività della tutela di posizione soggettive dei detenuti presidiate dall'art. 3 CEDU, è necessario che i rimedi interni siano tanto di natura preventiva quanto di tipo compensativo: qualora sia accertata l'effettiva lesione del diritto, la migliore riparazione possibile consiste nella rapida cessazione della detenzione inumana e degradante; inoltre, chiunque abbia subito una reclusione lesiva della propria dignità deve poter ottenere un'adeguata riparazione per la violazione subita. Per queste ragioni, al fine di conformarsi alla giurisprudenza europea, il legislatore italiano ha introdotto gli artt. 35 bis e ter nella legge sull'ordinamento penitenziario.

⁶⁰⁶ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 659.

⁶⁰⁷ *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 119: la Corte tollera che l'ultimo gradino dei ricorsi interni sia raggiunto poco dopo il deposito del ricorso alla medesima. Tuttavia essi devono essere esauriti prima che i giudici di Strasburgo siano chiamati a pronunciarsi sulla ricevibilità nel merito dello stesso.

abbia omesso di proporre azioni di tipo civilistico. Difatti, con riferimento a quest'ultima situazione, l'obbligo di riconoscere una riparazione a livello nazionale si aggiunge al dovere di condurre un'inchiesta approfondita ed effettiva volta ad identificare e sanzionare i responsabili, e non si sostituisce ad esso.

In altri termini, le vie di ricorso esclusivamente risarcitorie non possono essere considerate "effettive" ai sensi dell'art. 35 CEDU per le torture, e più nello specifico, per i cd *wilful ill-treatment*; viceversa, in questi casi bisogna instaurare un procedimento penale⁶⁰⁸.

Allo stesso modo, un'azione di questo tipo sarebbe inadeguata sia in caso di violazione continua dell'art. 3 dovuta alle condizioni di detenzione e, in particolare, all'aggravamento di salute del recluso, sia allorché il soggetto necessiti di un provvedimento sospensivo immediato in un procedimento di espulsione o allontanamento⁶⁰⁹.

In buona sostanza, il requisito dell'effettività di cui agli artt. 13 e 35 CEDU⁶¹⁰ pretende, a seconda delle peculiarità della fattispecie, l'interruzione del comportamento lesivo, il ritiro o l'annullamento di un determinato atto, la commisurazione di un risarcimento soddisfacente per equivalente o in forma specifica (se possibile) e sanzioni disciplinari, amministrative e penali a carico dei soggetti responsabili.

Peraltro, con riguardo alla reintegrazione civilistica, il processo *a quo* deve condurre a una totale riparazione della lesione subita: in caso contrario, la tutela giurisdizionale interna sarebbe carente e sussisterebbe un diniego sostanziale di giustizia.

I giudici applicano la regola tenendo in debito conto del contesto fattuale e politico⁶¹¹ in cui si inseriscono i ricorsi, nonché della situazione personale dei ricorrenti⁶¹². Al contempo, verificano che l'azione sia "accessibile", ossia non vi siano impedimenti di natura giuridica o pratica al suo

⁶⁰⁸ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 665. Cfr. *supra* Par. 5.2.2. La *restitutio in integrum* del ricorrente non può risolversi nella mera corresponsione di una somma di denaro a titolo di risarcimento in ipotesi dolose.

⁶⁰⁹ *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 167; Corte Edu, sent. 15 aprile 2014, *Asalya c. Turchia*, § 111.

Si ricordi che in questi casi la Convenzione (artt. 13 e 35) richiede allo Stato estradante da un lato la valutazione indipendente e rigorosa in merito all'esistenza del rischio di tortura nel Paese di destinazione, dall'altro che sussista all'interno del suo ordinamento un rimedio con effetti sospensivi automatici.

Alla stessa conclusione è giunta la Corte di Giustizia Ue, sent. 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida* ex art. 47 Carta UE, con riguardo al ricorso di cui all'art. 13 della direttiva 2008/115/CE.

⁶¹⁰ Il diritto di ricorso che gli Stati devono assicurare ex art. 13 CEDU ha la sua contropartita nell'obbligo di esaurire i medesimi. In altri termini, il sistema prevede due obblighi: l'istituzione di ricorsi interni efficaci da parte statale; l'esperimento degli stessi da parte dei ricorrenti. Cfr. V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 47.

⁶¹¹ In caso di prassi generalizzata di violazione della norma nello Stato convenuto, è stato ritenuto superfluo l'esaurimento di ricorsi astrattamente esperibili, cfr. *Aksoy c. Turchia*, cit., § 52.

⁶¹² Grande Camera Corte Edu, sent. 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, § 62.

esperimento, e “adeguata” nel senso sovra espresso⁶¹³. Da ultimo, accertano che sussista una ragionevole possibilità di successo, ossia non si tratti di un rimedio assolutamente aleatorio⁶¹⁴.

Per quanto concerne l'*onus probandi*, infine, va evidenziato come il ricorrente debba limitarsi a dimostrare di aver esaurito i rimedi previsti dall'ordinamento; spetterà allo Stato la prova dell'effettività e della disponibilità di tali azioni, nonché di un'eventuale negligenza dell'attore in merito⁶¹⁵.

In concreto, al fine di rispettare la norma, il nostro ordinamento richiede al ricorrente, in primo luogo, di portare le autorità a conoscenza dell'accaduto. In questo momento si apre un'alternativa: laddove le indagini non vengano neppure iniziate è esperibile immediatamente il ricorso alla Corte Edu; nel caso in cui, invece, sia l'esercizio dell'azione penale a difettare in quanto è disposta l'archiviazione, è necessario opporvisi ai sensi dell'art. 410 cpp.

Infine, se si è instaurato un giudizio penale, è doverosa la costituzione di parte civile: solo una volta divenuto definitivo un giudicato “sfavorevole”, non capace di porre rimedio alla lesione subita, potrà essere presentata la doglianza.

Infine, considerato quanto sin qui esposto, l'azione di responsabilità in sede civile o amministrativa risulta essere obbligatoria solo nel caso in cui sia idonea a sanare il mancato rispetto del divieto ai sensi degli standard precedentemente indicati⁶¹⁶.

6.2. La giustiziabilità degli obblighi: gli artt. 41 e 46 CEDU

L'art. 46 CEDU impone agli Stati di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie di cui sono parti”.

Si ricordi, a riguardo, come il XIV Protocollo addizionale abbia rafforzato questa norma introducendo una procedura di infrazione a carico dei Paesi inadempienti⁶¹⁷.

Ai sensi dell'art. 41 CEDU, e conformemente agli orientamenti espressi dalla Corte, le misure di esecuzione richieste allo Stato “condannato” possono essere sostanzialmente di tre tipi: provvedimenti individuali (di carattere amministrativo o giudiziario) che determinino la piena

⁶¹³ Sotto questo profilo la Corte ha evidenziato altresì che, qualora l'indagine su un atto di tortura non sia promossa in modo efficace, la corrispondente azione civile promossa per ottenere una compensazione pecuniaria non avrà alcuna possibilità di successo. Cfr. Corte Edu, sent. 28 aprile 2015, *I.P. c. Moldavia*, § 42.

⁶¹⁴ *Cestaro c. Italia*, cit., § 150.

⁶¹⁵ *Akdivar e altri c. Turchia*, cit., § 68. F.TRIONE, cit., pag. 72.

⁶¹⁶ S.BARTOLE, P.DESENA, V.ZAGREBELSKY, cit., pag. 665. Grande Camera Corte Edu, sent. 25 marzo 2014, *Vuckovic e altri c. Serbia*, § 69.

⁶¹⁷ V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 450. L'art. 46 co. 4 e 5 in seguito alle modifiche introdotte dal Protocollo XIV prevede: “Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, può, dopo aver ammonito detta Parte, deferire alla Corte, con decisione presa a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto di sedere nel Comitato, la questione del rispetto da parte di tale Stato membro dell'obbligo di cui al paragrafo 1. Se la Corte accerta una violazione del paragrafo 1, rinvia la causa al Comitato dei Ministri affinché esamini le misure da adottare. Se la Corte accerta che non vi è stata una violazione del paragrafo 1, rinvia la causa al Comitato dei Ministri, il quale dichiara concluso il suo esame”.

restitutio in integrum del ricorrente; il risarcimento economico per i danni subiti (la cd equa soddisfazione); atti – tendenzialmente di carattere legislativo – che lo Stato deve adottare per rimediare ai problemi di “natura sistemica” in caso di violazione “strutturale” del Trattato.

Dinnanzi al mancato rispetto dell’art. 3 CEDU i giudici di Strasburgo dispongono pressoché automaticamente l’equa soddisfazione della vittima: è infatti difficile che la sola riparazione in forma specifica – nei casi in cui sia possibile – elimini totalmente le conseguenze del maltrattamento⁶¹⁸.

L’indennizzo di natura economica nella pratica ha per oggetto due tipologie di danno: il pregiudizio patrimoniale e quello non patrimoniale⁶¹⁹. Quest’ultimo viene quantificato secondo equità, tenuto a conto del diritto che è stato violato e dell’intensità della limitazione subita dal ricorrente: data la natura e la gravità dei *mistreatment* ex art. 3 CEDU l’equa soddisfazione (in teoria) potrebbe raggiungere anche somme consistenti.

Peraltro, nelle ipotesi di tortura, non è necessario che la vittima fornisca la prova del danno essendo sufficiente l’attestazione delle condotte vietate: non bisogna presentare alcuna documentazione medica circa le lesioni fisico-psicologiche sofferte.

Per quanto concerne le misure di carattere generale, invece, va premesso che la Corte Edu non può interpretare, eliminare o tanto meno formulare norme interne, ma deve limitarsi ad accertare una violazione della Convenzione. Le sue sentenze, normalmente, presentano una mera natura dichiarativa e, in prima battuta, spetta sempre allo Stato la scelta circa gli strumenti da introdurre nella propria legislazione al fine di assicurare un’effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia è possibile – quando la condanna deriva dall’inadeguatezza della legislazione interna – che la Corte indichi le misure specifiche da attuare per porre rimedio all’individuato *deficit* sistemico⁶²⁰.

Schematicamente si può affermare che, nel momento in cui uno Stato viene condannato per la violazione strutturale della Convenzione è tenuto – dal punto di vista del diritto internazionale – a colmare la lacuna ordinamentale: *pacta sunt servanda*.

⁶¹⁸ Si pensi, ad esempio, al rilascio di individui illegalmente detenuti oppure al ripristino di condizioni detentive adeguate. Cfr. *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, cit., § 490.

⁶¹⁹ Cfr. V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 448 ss. Vedi anche *supra* Par. 3.

⁶²⁰ Si ricordi come nel caso *Cestaro c. Italia* la Corte si sia fermata ad un passo dall’imporre al Governo l’introduzione di una fattispecie di tortura quale modalità unica di adempimento della sentenza.

Nonostante i moniti in tal senso espressi dal Comitato dei diritti dell’uomo, dal Comitato contro la tortura delle NU e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, e l’accertamento di un difetto nel sistema, nondimeno ha riservato la scelta in ordine ai mezzi da adoperare alle stesse autorità statali auspicando, § 246 “che l’ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall’art. 3 e ad impedire che costoro possano usufruire di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte”.

Si è precedentemente evidenziato (Par. 5.2.2.), tuttavia, come di fatto non vi fosse un margine significativo per compiere scelte diverse.

Al contempo, la Corte può invitare espressamente il Governo a prendere i provvedimenti occorrenti a prevenire altre condanne analoghe e, se necessario, è possibile che precisi i mezzi utili a risolvere il problema.

Nel caso in cui il Paese si dimostri inottemperante e la Corte accerti l'infrazione dell'obbligo di esecuzione ex art. 46 co. 1, la questione è rinviata al Comitato dei Ministri affinché decida il tipo di sanzioni⁶²¹.

In materia di tortura è auspicabile che i giudici di Strasburgo non si dimostrino eccessivamente timorosi dinnanzi alla sovranità statale: vanno accolte, dunque, con favore tutte quelle sentenze in cui il collegio non si limita a imporre il pagamento di una somma alla vittima, ma precisa gli strumenti che lo Stato deve adoperare per evitare future violazioni o, almeno, ordina (genericamente) allo stesso di adottare mezzi idonei per raggiungere l'obiettivo, riservandogli la scelta in merito (come è accaduto nel caso *Cestaro c. Italia*)⁶²².

Va infatti evidenziato come, in tali ipotesi, i destinatari delle richieste abbiano generalmente conformato i rispettivi ordinamenti alle esigenze segnalate dalla Corte⁶²³.

A differenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, la Corte Edu ha fino ad oggi evitato di disporre riparazioni simboliche, quali ad esempio la presentazioni di scuse formali alla vittima da parte delle autorità statali.

Il dato normativo (ossia l'art. 41 CEDU) non risulta ostativo in tal senso: dinnanzi a lesioni della dignità umana di rilevante entità che vedono responsabili pubblici funzionari, sarebbe opportuno che il diritto di Strasburgo si facesse promotore anche di questa tipologia esemplare di "indennizzo"⁶²⁴.

Condivisibili sono le parole di Manfred Nowak in qualità di Relatore speciale sulla tortura: "*Victims of torture are not primarily interested in monetary compensation, but in the means of reparation that are best suited to restore their dignity and humanity. A full and impartial investigation of the*

⁶²¹ Per un approfondimento sul punto, si veda B.NASCIMBENE, cit., pag. 452 ss.

⁶²² A.CASSESE, *L'esperienza...*, cit., pag. 99.

⁶²³ A.L.SCIACOVELLI, cit., pag. 284 ss; G.CATALDI, *Osservazioni...*, cit., pag. 69. Invero, a riguardo occorre sottolineare come il nostro Paese guidi da diversi anni una classifica "poco edificante". L'Italia risulta, stabilmente, in testa agli Stati del Consiglio d'Europa che presentano il maggior numero di sentenze ineseguite (2350). La seguono: la Russia con 1.573 condanne non applicate, la Turchia con 1.440 e l'Ucraina con 1.147. Così risulta dal *Decimo rapporto annuale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dedicato all'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, reperibile in: <https://rm.coe.int/prems-021117-gbr-2001-10e-rapport-annuel-2016-web-16x24/168072800b>.

⁶²⁴ G.CITRONI, *Measures of reparation for victims of gross human rights violations: development and challenges in the jurisprudence of two regional human rights courts*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2012, pag. 49 ss. Cfr. Cap. III Par. 6.

*truth and the recognition of the facts, together with an apology by those individuals and authorities responsible, often provide more satisfaction to the victim than payment of money*⁶²⁵.

7. Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti

Il sistema di protezione dei diritti umani elaborato dal Consiglio d'Europa presenta come principale testo normativo di riferimento la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: firmata a Roma il 4 novembre 1950, è entrata in vigore il 3 settembre 1953 ed è stata ratificata dall'Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848.

Esso è caratterizzato – fin dall'origine e in via maggiore dopo i Protocolli emendativi al trattato originario – dall'istituzione di una Corte indipendente, in grado non solo di accertare le violazioni degli Stati membri, ma anche di porvi riparo attraverso sentenze vincolanti per le parti in giudizio e dotate di efficacia *erga omnes* (cfr. artt. 41 e 46 CEDU)⁶²⁶.

È l'istituzione internazionale più moderna, avanzata e incisiva in materia di protezione giudiziaria dei diritti umani: è competente in ordine a quarantasette stati europei e ha giurisdizione su più di ottocento milioni di persone.

I giudici di Strasburgo si pronunciano usualmente in seguito all'azione di una o più persone che ritengono di aver subito la lesione di un diritto convenzionalmente tutelato.

Pertanto, la decisione della Corte viene presa dopo che è trascorso un determinato lasso di tempo dal fatto e, come previsto dall'art. 35 CEDU, una volta esaurite le vie di ricorso interne.

La sussidiarietà e la distanza temporale che caratterizza il suo controllo giurisdizionale determinano fatalmente un *vulnus* afferente l'effettività della protezione fornita, soprattutto con riguardo alle ipotesi di maltrattamento e torture.

Sono sostanzialmente tre le ragioni per cui la tutela risulta dimezzata⁶²⁷.

In primo luogo, il sistema del ricorso individuale è scarsamente praticato dal soggetto privato della libertà personale, sia per il pericolo di ritorsioni scaturente dalla denuncia dei *mistreatment* subiti sia per la mancanza di un'adeguata assistenza legale che spesso si ravvisa in queste situazioni⁶²⁸.

⁶²⁵ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 15 gennaio 2007, § 64.

⁶²⁶ Per un approfondimento V.ZAGREBELSKY, R.CHENAL, L.TOMASI, cit., pag. 437 ss.

⁶²⁷ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della Convenzione, § 13. Reperibile in: <http://www.CPT.coe.int/lang/ita/ita-convention.pdf>. M.D.EVANS, *Getting to grips with torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, pag. 373 ss; M.FORNARI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, in L.PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, 2006, pag. 571 ss; M.PALMA, *Inquietudini del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L.ZAGATO, S.PINTON, Cedam, Padova, 2010, pag. 571 ss.

⁶²⁸ A.CASSESE, *Umano-disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Laterza, Roma, 1994, pag. 20.

In secondo luogo, la tempistica è di fondamentale importanza in tali circostanze: un intervento tardivo potrebbe compromettere la conservazione delle prove del fatto⁶²⁹ e non garantire l'interruzione immediata dell'illecito.

Infine, oltre a sanzionare infrazioni già accadute, è altresì necessario evitare la loro riproposizione: l'effetto deterrente delle sentenze della Corte Edu e l'obbligo di prevenzione che verte sullo Stato a garanzia della vita (e dell'integrità psico-fisica) della vittima, non sempre sono in grado di raggiungere questo obiettivo.

Per tutti questi motivi il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (in seguito, CEPT): aperta alla firma il 27 novembre 1987, entrata in vigore in Italia il 1 aprile 1989, è stata ratificata da tutti i quarantasette Stati che aderiscono attualmente all'organizzazione internazionale⁶³⁰.

Il sistema di protezione garantito dalla CEDU è stato così integrato attraverso la costituzione di un organismo di natura non giurisdizionale di carattere preventivo, finalizzato ad impedire l'insorgere stesso di *misbehaviour*: il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (in seguito, CPT) ex art. 1 CEPT⁶³¹.

È la prima volta che viene elaborato dai Governi un trattato internazionale che prevede un controllo di questo tipo a favore dei diritti fondamentali dell'uomo⁶³²: ciò che lo rende unico è, in particolare, il diritto di indagine negli Stati membri⁶³³.

Più precisamente, la Convenzione comporta la creazione di un corpo di ispettori internazionali⁶³⁴, incaricati di recarsi nel territorio dei Paesi europei per accertare se vengano praticate torture o altri

⁶²⁹ Si pensi ai segni di violenza sul corpo della vittima.

⁶³⁰ La Convenzione è stata integrata da due Protocolli, adottati entrambi il 4 novembre 1993: il Protocollo n 1 allarga agli Stati non membri del Consiglio d'Europa la possibilità di aderire alla Convenzione; il Protocollo n. 2 completa l'art. 5 CEPT. Cfr. A.SACCUCCI, *I protocolli n. 1 e n. 2 alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, pag. 412 ss.

⁶³¹ Cfr. il preambolo della CEPT. Per un'analisi delle ragioni storiche che portarono alla sua costituzione cfr. A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 8 ss.

A differenza di altri strumenti pattizi, la CEPT non crea nuove norme, ma contiene solamente norme procedurali per "rafforzare con un meccanismo non giudiziario a carattere preventivo" il divieto di cui all'art. 3 CEDU.

⁶³² A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 189; R.MORGAN, M.D.EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, Council of Europe Publishing, 2002, pag. 45.

Il Comitato di Strasburgo è molto simile al Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR): anche quest'ultimo ha un potere d'inchiesta in base alle Convenzioni di Ginevra o sulla base di accordi specifici con gli Stati. Tuttavia solo il CPT verifica le condizioni generali di detenzione e, oltre al carcere, può visitare altri centri di reclusione; viceversa, il CICR si limita a osservare singoli casi concreti afferenti per lo più a "detenuti politici" o comunque "persone a rischio" (in ragione di conflitti armati o disordini interni) ed ha accesso solo ai penitenziari o ai campi di internamento. Peraltro, in concreto, il suo aiuto umanitario consiste, di solito, nella fornitura di viveri e medicinali. Cfr. *How does the ICRC work in detention?*, 2015, reperibile in: <https://www.icrc.org/en/document/how-does-icrc-work-detention>.

⁶³³ Il suo lavoro non si basa su petizioni, racconti di seconda mano o rapporti di organizzazioni non governative, bensì su prove autonomamente raccolte che – per questa ragione – non possono essere tacciate di falsità da parte dei Governi interessati.

trattamenti vietati nelle prigioni, caserme, carceri di alta sicurezza e, in generale, in tutti i luoghi in cui è privata la libertà da parte di una pubblica autorità⁶³⁵.

Il CPT non condanna né tanto meno denuncia eventuali violazioni dell'art. 3 CEDU, bensì cerca di individuare le situazioni che possono dar luogo a tali infrazioni, instaurando un “dialogo costruttivo” con gli Stati al fine di eliminarle⁶³⁶.

La sua attività si articola in tre tipologie di sopralluoghi durante i quali ha illimitato accesso a persone e informazioni⁶³⁷: le visite periodiche (sono annualmente programmate ed effettuate a intervalli regolari e riguardano diversi luoghi di detenzione nella stessa nazione⁶³⁸), le visite *ad hoc* (vengono svolte se ritenute necessarie sulla base di circostanze contingenti o in seguito a segnalazioni di individui o ONG) e infine quelle *follow up* (attengono a centri già visitati nel contesto di una visita periodica o *ad hoc*⁶³⁹).

Il CPT non deve essere né invitato né autorizzato poiché agisce per propria decisione.

L'art. 8 CEPT prevede che il Comitato invii una notifica al Governo del luogo in cui intende recarsi: tuttavia non si tratta di una richiesta di *placet*, ma piuttosto di una misura che consente allo Stato di collaborare appieno con lo stesso⁶⁴⁰. La comunicazione non contiene momento e luogo della visita per salvaguardare l'effetto “a sorpresa” della stessa.

Al termine del sopralluogo, il CPT elabora un rapporto riservato (art. 10 CEPT) da inoltrare alle autorità nazionali, in cui specifica eventuali carenze e formula raccomandazioni: lo scopo

⁶³⁴ Il CPT è composto da esperti indipendenti, uno per ogni Stato, eletti dal Comitato dei ministri con un mandato quadriennale. Cfr. art. 4 CEPT.

⁶³⁵ Sono inclusi i centri per stranieri irregolarmente presenti sul territorio e le strutture psichiatriche chiuse.

Inoltre ne fanno parte anche i luoghi non istituzionali in cui si svolgono i cd *informative talks*, ossia interrogatori informali da parte dell'autorità. Cfr. *funditus* M.PALMA, *Inquietudini...*, cit., pag. 204 ss. Nell'ultimo report al Governo italiano sulla visita svolta dal 8 al 21 aprile 2016 gli ispettori hanno visitato, ad esempio, tre residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza.

⁶³⁶ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della Convenzione, § 33.

⁶³⁷ Durante i sopralluoghi gli Stati devono garantire al CPT (cfr. art. 8 CEPT): a) accesso al proprio territorio e facoltà di circolarvi senza limitazioni di sorta; b) tutte le informazioni relative ai luoghi in cui si trovano persone private di libertà; c) la possibilità di recarsi a suo piacimento in qualsiasi luogo in cui vi siano persone private di libertà, compreso il diritto di circolare senza intralci all'interno di detti luoghi; d) ogni altra informazione di cui la Parte dispone e che è necessaria al Comitato per l'adempimento del suo incarico. Nel ricercare tali informazioni, il Comitato tiene conto delle norme di diritto e di deontologia professionale applicabili a livello nazionale. Infine, il CPT può intrattenersi senza testimoni con le persone private della libertà e intervistare ogni altra persona qualora lo ritenga necessario.

⁶³⁸ Prima della fine dell'anno, il Comitato stila un programma di visite da svolgere in quello successivo: sono resi pubblici i nomi degli Stati di destinazione ma non è presente l'indicazione dei luoghi che saranno interessati (al fine di garantire un effetto “a sorpresa”).

⁶³⁹ Più precisamente, le visite *follow up* (cd visite di prosieguo) vengono effettuate per verificare se precedenti sopralluoghi hanno prodotto risultati soddisfacenti, quelle *ad hoc* per accertare la veridicità delle informazioni sulle condizioni di detenzione ricevute dal Comitato con riguardo a un dato posto. Cfr. Rapporto esplicativo al testo della Convenzione, § 48 e 49; C.ZANGHI, cit., pag. 43 ss; R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 39; A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 35 ss.

⁶⁴⁰ Cfr. anche art. 9 CEPT per il caso in cui le autorità presentino un'obiezione: quest'ultima non toglie comunque al Comitato la facoltà di effettuare la visita. Per questa ragione si è evidenziato come il CPT agisca *motu proprio*.

perseguito è quello di migliorare la protezione delle persone dei detenuti da tortura e altri trattamenti vietati.

Tali disposizioni hanno conciliato due esigenze contrapposte: da un lato quella di agire in modo efficace ottenendo l'aiuto statale, dall'altro quella di evitare di esporre le istituzioni responsabili a censure pubbliche⁶⁴¹.

In un secondo momento, vigila sull'attuazione di quanto disposto, per il tramite di continue consultazioni con le autorità. Solo se la parte non agisce di conseguenza o rifiuta di migliorare la situazione denunciata, è possibile che l'organo istituito dalla CEPT formuli una dichiarazione pubblica a questo proposito. Si tratta di una denuncia dell'inadempimento statale e rappresenta l'unica "sanzione" effettiva di cui questi dispone⁶⁴²: le pubbliche autorità saranno tenute a collaborare per non subire lo stigma derivante dal *public statement*⁶⁴³.

Il sistema di protezione, dunque, si fonda principalmente sul principio di cooperazione: CPT e autorità nazionali operano insieme in vista dell'applicazione della Convenzione ex art. 3 CEPT in tutte le fasi, a partire da quella preliminare attraverso la notifica ex art. 7 CEPT (che assolve proprio a questo scopo), passando attraverso le agevolazioni che lo Stato deve fornire ai sensi dell'art. 8 CEPT per consentire in concreto l'esecuzione dei sopralluoghi, e concludendo con il rispetto delle disposizioni oggetto del report.

Del resto, il CPT non è chiamato a punire (come la Corte Edu) o a denunciare (come le ONG) l'illecito, bensì a instaurare una collaborazione proficua con i Paesi del Consiglio d'Europa volta a creare o implementare misure di prevenzione adeguate⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Il rovescio della medaglia del principio di cooperazione è rappresentato da quello di riservatezza statuito dall'art. 11 CEPT. Si ricordi tuttavia come - oltre al caso di *public statement* - il vincolo di segretezza venga meno nel caso in cui lo Stato destinatario domandi la pubblicazione del report a suo carico (art. 11 co. 2): in tal caso, al rapporto sono allegate le considerazioni che questi desidera effettuare. Per ragioni di prestigio internazionale nella prassi gli Stati hanno di regola richiesto la pubblicazione. Cfr. R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 41 ss; A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 190.

⁶⁴² Il Comitato difatti - come si è appena precisato - non può rendere pubblico il rapporto, salvo sussista espressa richiesta statale in tal senso. Dato positivo del 2016 la scelta di alcuni Paesi (Austria, Finlandia, Principato di Monaco e Svezia) di unirsi agli altri Stati (Bulgaria, Lussemburgo, Moldavia e Ucraina) che hanno dato assenso alla pubblicazione automatica dei rapporti del Comitato. Mancano tutti gli altri.

⁶⁴³ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della Convenzione, § 33 e 74. A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 52 ss. Di recente, (13/07/2017) è stato formulato un *public statement* nei confronti del Belgio: cfr. <http://www.coe.int/en/web/CPT/-/council-of-europe-anti-torture-committee-issues-public-statement-on-belgium>.

⁶⁴⁴ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della Convenzione, § 20 e § 25.

Cfr. anche CPT Standard, Estratto del 14° Rapporto Generale, cit. § 25: "La ragion d'essere del CPT è la "prevenzione" della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti; i suoi sforzi sono rivolti al futuro, piuttosto che al passato. Costituisce tuttavia parte integrante del mandato del Comitato la valutazione dell'efficacia delle misure adottate nei casi di maltrattamenti, tenuto conto delle loro ripercussioni sui comportamenti futuri".

Al contempo, sono oltrepassati gli ostacoli che usualmente si frappongono all'opera di un'organizzazione non governativa, quale Amnesty International, nell'espletamento del proprio incarico: quest'ultima, infatti, si concentra sulla protezione dei singoli detenuti (non sulle condizioni generali di detenzione), può basarsi solo su informazioni ottenute dalle vittime (o dai loro familiari o da altre associazioni dei diritti umani) o da notizie avute in seguito a processi pubblici o contatti con le autorità, ma non ha alcun diritto di compiere ispezioni dirette. In compenso, può pubblicare le sue conclusioni liberamente: la denuncia all'opinione pubblica è la sua arma più efficace.

In questo modo sono superati i tre limiti proprio del sistema CEDU: il Comitato procede infatti d'ufficio, facendo emergere ipotesi di *ill-treatment* che in mancanza del suo intervento non sarebbero venute alla luce⁶⁴⁵, interviene *ex ante* rispetto alla violazione o, comunque, per il tramite delle sue raccomandazioni è in grado di interrompere la continuazione di condotte vietate dall'art. 3 CEDU⁶⁴⁶.

Problemi particolarmente complessi come quelli inerenti al trattamento delle persone detenute richiedono necessariamente un atteggiamento comprensivo e non censorio: per questa ragione il CPT in concreto decide – salvi casi eccezionali – di optare per una stretta collaborazione con gli Stati al fine di ottenere un graduale miglioramento delle loro strutture carcerarie, invece di “sanzionarli” ex art. 10 co. 2 CEPT⁶⁴⁷.

Per quanto sin qui esposto, il concetto fondamentale intorno al quale è costruito il sistema è che l'eventualità di maltrattamenti si possa ridurre esponendo i luoghi di reclusione all'esame di visite senza preannuncio di esperti internazionali, le cui scoperte e le cui raccomandazioni formeranno la base di una corrispondenza tra Stato e Comitato tesa ad approntare una migliore tutela delle persone recluse⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ G.PIGHI, *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, pag. 1645.

⁶⁴⁶ Le raccomandazioni del Comitato possono essere di varia natura: ad esempio, richiesta di modifiche della legislazione vigente, annullamento di provvedimenti amministrativi, attuazione concreta di quanto previsto dalla normativa interna, indagine con riguardo a determinati casi, sospensione all'utilizzazione dell'isolamento o al ricorso di mezzi coercitivi, miglioramento delle condizioni materiali di detenzione.

Ad esempio, nel report inviato al Governo italiano relativo alla visita *ad hoc* realizzata dal 16 al 18 dicembre 2015, avente ad oggetto un volo Roma-Lagos (Nigeria) volto all'espulsione di alcuni cittadini nigeriani, il CPT ha richiesto *in primis* di prevedere, nel caso di attuazione di accordi di riammissione nello Stato di provenienza del migrante, la possibilità di effettuare un'attività di monitoraggio dello spostamento del soggetto da affidare ad organismi internazionali (come lo stesso Comitato).

In secondo luogo, ha raccomandato: a) una corretta informazione alle persone trattenute (è stato ravvisato come alcuni dei soggetti erano stati informati il giorno prima, altri la mattina stessa); b) la garanzia di poter ottenere visite mediche; c) la sospensione dell'espulsione quando gli individui sono in attesa della decisione di appello sulla richiesta di asilo, o sono ancora in termini per presentarla; d) infine, sono formulati dubbi anche sul pieno rispetto delle regole in materia di accesso a un legale.

La mancanza di questi fattori, denuncia il Comitato, determina un rischio attuale di violazione del principio di *non refoulement*. L'Italia ha tre mesi di tempo per mettere in atto le raccomandazioni del Comitato e assicurare il rispetto della Convenzione.

⁶⁴⁷ Cfr. R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 44 ss; M.PALMA, *Inquietudini...*, cit., pag. 202. “La missione del CPT non è quella di criticare pubblicamente gli Stati, ma quella di assisterli nell'escogitare le soluzioni che rafforzano il cordone sanitario che separa un trattamento o un comportamento accettabile da uno inaccettabile” si legge nel 1° Rapporto Generale, § 3.

⁶⁴⁸ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 26 e pag. 41: “In sé, le visite difficilmente riescono a prevenire forme di tortura o di trattamenti disumani e degradanti, per quanto esercitano, indubbiamente, una certa funzione deterrente. L'obiettivo vero della visita è quello di spianare la strada al dialogo con lo Stato ospitante”.

Infine, occorre ricordare come l'organismo di cui si tratta, con scadenza annuale, rediga un rapporto generale⁶⁴⁹ che sottopone al Comitato dei Ministri e all'Assemblea del Consiglio d'Europa relativo alle sue attività e alla sua organizzazione (cfr. art. 12 CEPT).

Per rendere più agevole ai Paesi e all'opinione pubblica il compito di individuare le norme in materia, il CPT ha raccolto in un unico documento gli stralci più importanti di questi testi, fornendo indicazioni chiare sul proprio punto di vista rispetto al modo in cui le persone private della libertà dovrebbero essere trattate.

Più precisamente, il CPT ha elaborato dei veri e propri standard in materia, che si occupano in particolare delle seguenti fattispecie: la custodia presso le stazioni di polizia, gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari, i centri per immigrati, i minori e le donne private di libertà personale, i servizi di assistenza sanitaria in carcere, la lotta contro l'impunità⁶⁵⁰.

Non avendo il Comitato un mandato legislativo, queste linee guida non sono fonti vincolanti per gli Stati, tuttavia rappresentano uno strumento che generalmente viene tenuto in debita considerazione dagli stessi, vista l'autorevolezza dell'organo da cui promanano⁶⁵¹.

7.1. Corte Edu e CPT: una teorica divisione di competenze

La Corte Edu e il CPT svolgono, quindi, ruoli diversi ma complementari per quanto attiene ai diritti delle persone private della libertà: la prima accerta la violazione delle norme convenzionali che li tutelano⁶⁵²; il secondo cerca di prevenirle, verificando se nei luoghi di detenzione visitati vi siano condizioni tali da configurare un'infrazione presente (o futura) dell'art. 3⁶⁵³.

I rispettivi mandati sono rivolti a destinatari differenziati: la Corte condanna le autorità statali che non hanno adempiuto agli obblighi derivanti dal trattato; il Comitato cerca di migliorare la protezione dei reclusi instaurando un dialogo costruttivo con le stesse⁶⁵⁴.

Riassumendo, il CPT è un organismo che si differenzia fortemente dalla Corte (in quanto non ha natura giurisdizionale, agisce d'ufficio, *ex ante* e per il tramite di mere raccomandazioni), ma ne

⁶⁴⁹ Il rapporto generale annuale non va confuso con i rapporti redatti al termine di ogni visita (i cd rapporti riservati o periodici): solo questi ultimi necessitano dell'autorizzazione statale per la loro pubblicazione in quanto contengono "informazioni confidenziali".

⁶⁵⁰ I CPT Standard sono reperibili in: <http://www.CPT.coe.int/en/docsstandards.htm>. Essi sono sottoposti ad aggiornamento annuale.

⁶⁵¹ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 153 ss.

⁶⁵² Un'eccezione a questa regola è rappresentata dal caso dell'extradizione/allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, con riguardo alla quale anche la Corte Edu opera *ex ante*, in via preventiva rispetto ad un futuro ed eventuale maltrattamento.

⁶⁵³ C.DEFILIPPI, D.BOSI, *Il sistema europeo di tutela del detenuto*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 37 ss. Nel primo Rapporto Generale il Comitato si esprime in questi termini: mentre le funzioni della Corte Edu tendono alla soluzione del conflitto sul piano giudiziario, le sue attività sono volte a evitarlo sul piano pratico.

⁶⁵⁴ Come già evidenziato, il CPT non si occupa di proteggere singoli detenuti, bensì indaga le condizioni generali di detenzione nell'ottica di prevenire gli abusi. A.CASSESE, *Umano-disumano...*, pag. 16 e 115.

integra l'operato favorendo il contrasto delle pratiche di tortura negli Stati parte del Consiglio d'Europa. Per questa ragione, non a torto, è stato definito "il braccio operativo" della CEDU⁶⁵⁵.

Il Rapporto esplicativo della CEPT dispone: § 25 "(...) il Comitato non deve esprimere opinioni sull'interpretazione dei termini giuridici. Svolge un compito puramente preventivo. Deve effettuare le sue visite per constatare dei fatti, e, qualora si riveli necessario, in base alle informazioni raccolte, deve formulare delle raccomandazioni al fine di rafforzare la protezione delle persone private di libertà contro la tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti".

E ancora: § 27 "La casistica della Corte e della Commissione dei diritti dell'uomo riguardo all'Articolo 3 fornisce delle linee guida per il Comitato. Le attività del Comitato mirano però alla prevenzione futura, piuttosto che all'applicazione di disposizioni legali riguardo a condizioni esistenti. Il Comitato non deve cercare di interferire nell'interpretazione e nell'applicazione dell'Articolo 3".

Da ultimo, § 91: "(...) Di conseguenza, nel rispettare le competenze già stabilite di tali organi, il Comitato istituito dalla presente Convenzione non si occuperà di questioni sollevate in casi portati dinanzi a tali organi né darà interpretazioni delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo".

In buona sostanza, la CEPT non persegue lo scopo di esplicitare i contenuti e le conseguenze del divieto di tortura (compito assolto dalla CEDU), ma si configura come uno strumento settoriale volto a costituire un organo con compiti di prevenzione e vigilanza.

Tuttavia questa teorica divisione di competenze che dovrebbe portare CPT e Corte Edu a muoversi su due binari paralleli è difficilmente rinvenibile nella prassi.

In via preliminare occorre evidenziare come, al fine di vagliare la sussistenza di un *mistreatment*, il Comitato necessita di un'apposita terminologia giuridica: in altri termini, nell'individuare casi di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, deve avere contezza del loro significato⁶⁵⁶.

Dal momento che la CEPT non pone limiti qualificatori cogenti⁶⁵⁷, il sistema di protezione ha come punto di riferimento l'art. 3 CEDU e, conseguentemente, la giurisprudenza di Strasburgo: godendo quest'ultima del monopolio circa l'interpretazione della norma, spetta infatti alla stessa la definizione delle fattispecie astratte che il CPT deve cercare di prevenire in concreto.

Tuttavia tale riferimento non è esclusivo: il rapporto esplicativo alla CEPT (§ 26) sottolinea infatti come l'Art. 3 CEDU rifletta meramente il divieto di tortura come norma consuetudinaria e,

⁶⁵⁵ M.FORNARI, cit., pag. 575.

⁶⁵⁶ Ibidem, pag. 583.

⁶⁵⁷ La CEPT non contiene un'autonoma nozione di tortura ma rinvia all'art. 3 CEDU. Anche il concetto di "privazione della libertà", menzionato nell'art. 2 CEPT, non viene ivi definito: esso va interpretato sulla base dell'art. 5 CEDU.

conseguentemente, impone al CPT di volgere lo sguardo anche ai vari strumenti internazionali che lo contemplano.

Peraltro il § 27 specifica come la giurisprudenza di Strasburgo offra una “fonte di orientamento per il Comitato”, non certo un confine invalicabile.

Il CPT, quindi, può spingersi oltre le formulazioni della Corte Edu in un duplice senso: da un lato è libero di usare i termini di cui all’art. 3 in maniera diversa rispetto a quella elaborata dalla Corte; dall’altro, potendo far riferimento a tutti i trattati esistenti e alla giurisprudenza internazionale in genere, può adottare nozioni autonome (a patto che ciò non determini una paradossale violazione dello stesso art. 3 CEDU)⁶⁵⁸.

A ben vedere, questa facoltà deriva dalla natura stessa del Comitato: non essendo un organo giurisdizionale chiamato all’applicazione di norme *ad hoc*, questi gode di un’ampia discrezionalità che, addirittura, può sfociare in una mancanza di qualificazione specifica delle pratiche riscontrate: l’opera di sussunzione dei casi nelle categorie di cui all’art 3 CEDU non è obbligatoria.

In quest’ottica la divisione di competenze tra Corte e Comitato risulta essere meramente teorica e non priva di punti di raccordo nella prassi: le due “giurisprudenze” possono oltrepassarsi vicendevolmente, ma non sono del tutto separate.

Del resto, il CPT è necessariamente guidato nell’espletamento del suo incarico dalle decisioni dei giudici di Strasburgo: attraverso la sua casistica, di fatto la Corte suggerisce (indirettamente) al Comitato i luoghi in cui eseguire le visite, le modalità da adottare e i rimedi più efficaci da suggerire agli Stati nei report⁶⁵⁹. Allo stesso tempo, le scoperte del CPT possono stimolare denunce e influenzare direttamente l’applicazione dell’art. 3 CEDU: sono infatti numerosi i riferimenti che la giurisprudenza europea opera agli standard elaborati dal Comitato⁶⁶⁰.

7.2. Tortura e trattamenti inumani o degradanti nei report del CPT

Si è precedentemente evidenziato come la funzione del CPT non sia di tipo giurisdizionale.

Di conseguenza, si potrebbe frettolosamente concludere nel senso che la specifica qualificazione della fattispecie in termini di tortura o di maltrattamenti di altro tipo non sia rilevante.

Tuttavia, agli Stati destinatari e ai potenziali ricorrenti interessa comprendere dai rapporti redatti dal Comitato se vi sia stata o vi possa essere in futuro una violazione dell’art. 3 CEDU: è questa la

⁶⁵⁸ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 47.

Cfr. CPT, 1° Rapporto Generale, § 5: “*In carrying out its functions the CPT has the right to avail itself of legal standards contained in not only the European Convention on Human Rights but also in a number of other relevant human rights instruments (and the interpretation of them by the human rights organs concerned). At the same time, it is not bound by the case-law of judicial or quasi-judicial bodies acting in the same field, but may use it as a point of departure or reference when assessing the treatment of persons deprived of their liberty in individual countries*”.

⁶⁵⁹ A.SACCUCCI, cit., pag. 416; G.PIGHI, cit., pag. 1647.

⁶⁶⁰ Cfr. *infra* Par. 7.2.1.

ragione per cui le definizioni autonome adottate dallo stesso in materia assumono importanza e il loro contenuto deve essere analizzato.

In primo luogo, il CPT non adopera la nozione di tortura elaborata dalla Corte Edu in base al disposto dell'art. 3 CEDU⁶⁶¹, bensì ne utilizza una – se possibile – ancor più ampia, dinamica ed elastica.

Ciò può essere, innanzitutto, conseguenza del dato letterale: se la giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 3 si riferisce a “tortura o trattamenti (o pene) inumani o degradanti”, viceversa nell'art. 1 CEPT si legge “tortura e trattamenti (o pene) inumani o degradanti”.

La presenza della congiunzione “e” potrebbe portare a ritenere che il CPT, invero, debba avere un'unica macro-categoria di riferimento al netto di strette differenze qualificatorie tra diverse tipologie di maltrattamenti⁶⁶². Sul punto, la CEPT – come la CEDU – non presenta alcuna definizione puntuale di tali concetti⁶⁶³.

In secondo luogo, lo scopo istituzionale di tipo non giurisdizionale sicuramente milita nel senso di un utilizzo più sfumato e meno rigido del linguaggio: la sua missione è quella di prevenire *misbehaviour* tramite il dialogo, e ciò comporta l'adozione di un cd *carrot and stick approach*⁶⁶⁴. È dunque possibile che il Comitato, dinnanzi alla medesimo caso, adoperi nozioni divergenti a seconda del comportamento più o meno collaborativo dello Stato parte⁶⁶⁵: l'uso di una data categoria può essere dovuto a ragioni diplomatiche⁶⁶⁶.

Allo stesso modo, la storia nazionale e le condizioni del singolo Paese vengono prese in debita considerazione nell'applicazione degli standard del CPT⁶⁶⁷.

Sempre con riferimento alle sue finalità, si ricordi come questi non debba limitarsi a verificare se siano stati commessi abusi, bensì abbia il compito di prestare attenzione anche ai “segnali indicatori” di violazioni future: la terminologia adottata potrebbe, quindi, mutare di conseguenza.

In terzo luogo, non dovendo accertare illeciti internazionali, le sue parole possono essere legate al grado di definizione delle condotte: ad esempio, se sussistono solo sospetti e gli indizi risultano

⁶⁶¹ Cfr. *supra* Par. 3.1; R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 225 e 228.

⁶⁶² *Ibidem*, cit., pag. 78.

⁶⁶³ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 53 ss. Qui è riportata la massima del giurista romano Giavoleno secondo cui ogni definizione è pericolosa, perché non è difficile che venga poi sovvertita.

⁶⁶⁴ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 87.

⁶⁶⁵ Argomentando altrimenti, non si spiegherebbe come, dinnanzi a condotte analoghe (pestaggi, colpi sulla punta dei piedi cd *falaka*, soffocamenti e scariche elettriche), il CPT abbia raggiunto diverse conclusioni. Cfr. ad es. i casi descritti nei seguenti report: al Governo azero sulla visita svolta dal 8 al 12 dicembre 2008, § 12; al Governo ungherese sulla visita svolta dal 3 al 12 aprile 2013, § 12; al Governo ucraino sulla visita svolta dal 9 al 21 ottobre 2013, § 105, 110, 113; al Governo albanese sulla visita svolta dal 4 al 14 febbraio 2014, § 13.

⁶⁶⁶ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 221; M.FORNARI, cit., pag. 585; J.MURDOCH, cit., pag. 122 ss.

⁶⁶⁷ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 32.

pochi, difficilmente il Comitato concluderà per la sussistenza di “*severe ill-treatment*” ma potrebbe ritenere presenti *misbehaviour* meno gravi⁶⁶⁸.

Non va infine dimenticato come il principio della relatività temporale elaborato dalla Corte Edu nel caso *Selmouni c. Francia* trovi, *a fortiori*, applicazione nei report del CPT: il trattamento dei detenuti oggi ritenuto legittimo o, comunque, non qualificabile in termini di tortura, potrà essere vietato in futuro con il progressivo avanzamento della protezione dei diritti umani.

Tutto ciò precisato, dai rapporti del Comitato emerge che tortura e maltrattamenti possano essere di tipo fisico o psicologico, e che anche mere minacce siano in grado di integrarli⁶⁶⁹.

In particolare, “tortura” sono ritenuti tutti i maltrattamenti fisici intenzionali che provocano un intenso dolore, con lo scopo di estorcere informazioni o confessioni o per intimidire o umiliare la vittima⁶⁷⁰. Solitamente si tratta di condotte tenute dalle forze dell’ordine implicanti l’utilizzo di tecniche speciali (si pensi al *waterboarding*) o strumenti *ad hoc* (come ad esempio l’elettroshock)⁶⁷¹.

Nei rapporti ai Governi nazionali la nozione è stata (quasi sempre) affiancata a quella di “*severe ill-treatment*”. Non è chiaro se quest’ultima sia una perifrasi che presenti un identico significato rispetto al termine “*torture*”, oppure sia un *genus* che contenga anche i trattamenti inumani e degradanti, o infine si tratti di una terza categoria speciale che si pone tra le torture e i *mistreatment* di altro tipo⁶⁷².

Nonostante l’incertezza che la caratterizza, è stata definita come trattamenti meno gravi, che tuttavia condividono con la tortura la medesima intenzionalità nella condotta (*intent*): a ben vedere, sono approssimativamente i maltrattamenti (dolosì) che la Corte Edu descriverebbe come “inumani o degradanti”.

È altresì evidente che – anche nei report del CPT – non sussista un *level of severity* oggettivo superato il quale vi sia tortura, bensì tale valutazione dipende dalle circostanze del caso: il contesto in cui la violenza è stata esercitata, l’eventuale presenza di cause di giustificazione⁶⁷³, il grado di sofferenza inflitta, le tecniche o gli strumenti adoperati dall’agente, l’*intent* e il *purpose* integranti

⁶⁶⁸ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 85; A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 86. Per quanto concerne le prove il Comitato principalmente trae informazioni da: testimonianze delle vittime, esami dei medici del CPT stesso, certificati redatti dai medici nazionali, accertamenti nei luoghi di tortura e reazioni dei poliziotti alle domande in proposito. Per ultimo ma non da ultimo si ricordino anche i rapporti delle varie ONG come fonti utili in tal senso.

⁶⁶⁹ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 79.

⁶⁷⁰ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 55.

⁶⁷¹ *Ibidem*, pag. 80 e 93. Il CPT ha usato quasi esclusivamente il termine tortura con riferimento ai maltrattamenti fisici inferti dalla polizia. Cfr. *ex multis* report al Governo russo sulla visita svolta dal 21 maggio al 14 giugno 2012, § 27.

⁶⁷² Così prediligono R.MORGAN, M.D.EVANS. Secondo la tesi di J.MURDOCH (cit., pag. 123), invece, le categorie da prendere in considerazione sarebbero due: da un lato “tortura e gravi maltrattamenti”, dall’altro “trattamenti inumani e degradanti”.

⁶⁷³ Si pensi a ferite occorse durante l’arresto, oppure a violenze derivanti da un impulso incontrollato d’ira.

l'elemento soggettivo, le risultanze probatorie e, per ultimo ma non da ultimo, la risposta di ciascuno Stato alle scoperte del CPT.

Nei report fino ad oggi pubblicati non è, inoltre, ravvisabile l'impiego di un modello "a scatole cinesi" simile a quello adottato dalla Corte Edu: il concetto di "tortura" non contiene necessariamente quello di trattamenti inumani o degradanti.

Viceversa il Comitato adopera tali aggettivi con riguardo a fattispecie diverse: più precisamente, si riferisce a casi in cui la sofferenza del recluso dipende da negligenze o disorganizzazioni pratiche del regime detentivo. Sono generalmente delle condotte (non premeditate) caratterizzate da una colpa d'organizzazione avente ad oggetto la gestione delle condizioni di vita carcerarie⁶⁷⁴.

Non ci troviamo, quindi, dinnanzi a maltrattamenti fisici o psicologici – rispetto ai quali il CPT tendenzialmente adopera le nozioni di tortura e/o di "gravi maltrattamenti" – ma alle circostanze concrete in cui si svolge la reclusione, che (quasi sempre) sono prive della volontà di umiliare, offendere, avvilitare⁶⁷⁵.

Pertanto l'elemento soggettivo e (soprattutto) le fattispecie richiamate, rappresentano i tratti distintivi tra "torture" e "severe ill-treatment" da un lato, e "inhuman and degrading treatment" dall'altro.

Sebbene il CPT sia solito accertare congiuntamente la presenza contestuale di un "trattamento inumano e degradante", talvolta utilizza i due concetti singolarmente.

Essi si distinguono non tanto per la gravità della sofferenza inflitta, bensì "inumani" vengono usualmente etichettati i cd disagi ambientali⁶⁷⁶ mentre "degradanti" sono tutte le situazioni umilianti a cui è in genere sottoposta la vittima⁶⁷⁷.

Il Comitato formula un giudizio complessivo: condizioni che *ex se* potrebbero non determinare la sussistenza di *ill-treatment* (es. assenza di esercizio fisico all'esterno) sono ritenute tali nel caso in cui si sommino ad altre mancanze (es. sovraffollamento).

Da ultimo, il CPT nelle ipotesi di carenze ambientali o circostanze avvilenti non sufficientemente gravi da essere ricondotte tra i trattamenti inumani o degradanti e che, ad ogni modo, sono contrarie alla dignità umana, conclude nel senso della loro "inaccettabilità" o "inammissibilità".

⁶⁷⁴ CPT Standard, Estratto del 2° Rapporto Generale, cit., § 46. Cfr. ad es. i report: al Governo serbo sulla visita svolta dal 26 maggio al 5 giugno 2015, § 199; al Governo bosniaco sulla visita svolta dal 29 settembre al 9 ottobre 2015, § 111.

⁶⁷⁵ Esse sono contrarie in termini oggettivi al senso di umanità, senza che si possa individuare un'intenzione malvagia. Cfr. A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 56.

⁶⁷⁶ Si pensi ad ipotesi di sovraffollamento, l'assenza di assistenza sanitaria ottimale, l'isolamento in celle inospitali. Cfr. i report: al Governo bulgaro sulla visita svolta dal 24 marzo al 3 aprile 2014, § 66; al Governo georgiano sulla visita svolta dal 1 al 14 dicembre 2014, § 137.

⁶⁷⁷ Si pensi ad ipotesi di servizi igienici inagibili. Cfr. i report: al Governo spagnolo sulla visita svolta dal 31 maggio al 13 giugno 2011, § 129; al Governo armeno sulla visita svolta dal 5 al 15 ottobre 2015, § 121.

Sussistono, altresì, dei casi dubbi in cui il Comitato si riferisce a condotte che “potrebbero integrare un trattamento inumano o degradante” e che, tuttavia, non vengono qualificate in questi termini perché singolarmente considerate non superano il *minimum level of severity*, oppure perché non è presente una piena prova della loro esistenza⁶⁷⁸.

7.2.1. Una questione annosa: la dimensione delle celle

In via preliminare, occorre sottolineare come gli spazi richiesti dal CPT dipendano dal luogo preso in considerazione: i valori disposti per una cella di polizia destinata ad una custodia di poche ore⁶⁷⁹ sono, ad esempio, diversi rispetto a quelli pretesi per una camera di un istituto psichiatrico.

Al contempo, nella definizione della metratura necessaria viene tenuto a conto del numero di reclusi.

Per quanto riguarda i comuni penitenziari, il CPT oggi indica una superficie maggiore ai 4 mq in caso di contemporanea presenza di più detenuti, ai 6 mq per un singolo occupante⁶⁸⁰ (non comprensiva dei servizi igienici); inoltre è necessario vi siano 2 metri o più tra le pareti e 2 metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto. Al contempo, ha sancito una serie di “*desirable*” standard con riguardo alle celle con più persone⁶⁸¹.

Si ricordi, tuttavia, come le linee-guida di cui si tratta non sono “assolute”, ossia è lo stesso CPT a sottolineare come una minima variazione delle stesse possa non implicare di per sé un *ill-treatment* considerate tutte le circostanze del caso: seppur sia un elemento decisivo, lo spazio garantito resta, quindi, uno solo dei fattori che devono essere valutati al fine di accertare un’eventuale infrazione.

Per quanto riguarda il diritto di Strasburgo, si registrano tre orientamenti della Corte Edu.

In passato, l’ eseguibilità dello spazio personale a disposizione del detenuto non era ritenuta di per sé sufficiente a oltrepassare il *minimum level of severity*, dovendo essere valutata insieme ad altri fattori (si pensi alle condizioni igieniche oppure al rischio di diffusione di malattie)⁶⁸².

A partire da alcune importanti pronunce del 2009, la Corte ha concluso nel senso che sotto i 3 mq sussiste un trattamento inumano e degradante⁶⁸³. La linea interpretativa oggi maggioritaria ha

⁶⁷⁸ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 93. Cfr. *ex multis* report al Governo italiano sulla visita svolta dal 8 al 21 aprile 2016, § 101 e 116.

⁶⁷⁹ CPT Standard, Estratto del 2° Rapporto Generale, cit., § 43.

⁶⁸⁰ Cfr. *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*, 15 dicembre 2015; 25° Rapporto Generale (1 gennaio - 31 dicembre 2015), § 83 ss. A.ALBANO, F.PICOZZI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Archivio penale*, 2015, pag. 3.

⁶⁸¹ 25° Rapporto Generale, cit., § 85.

⁶⁸² Corte Edu, 9 ottobre 2008, *Moisseiv c. Russia*, § 121.

⁶⁸³ Nel senso che si tratti di una presunzione assoluta cfr. Corte edu *Sulejmanovic c. Italia*, cit; *Torreggiani c. Italia*, cit. Cfr. anche la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque alla decisione della Grande Camera, sent. 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*. Secondo il magistrato non è condivisibile sostenere che, attraverso l’approccio multifattoriale, l’assenza di un adeguato spazio personale possa essere compensata dalle altre condizioni materiali in cui si svolge la

precisato, invece, come il superamento di tale limite rappresenti solamente una “*strong presumption*” di violazione del parametro normativo⁶⁸⁴.

La più elevata metratura raccomandata dal CPT ha comunque un suo rilievo. Infatti, quando la superficie detentiva per persona sia pari o superiore al limite dei 3 mq ma inferiore a quello di 4 mq, può configurarsi un trattamento inumano e degradante a condizione che, oltre all'esiguità dello spazio, siano riscontrabili anche altre significative carenze (ad es. l'insufficiente aerazione o illuminazione della cella, i tempi di permanenza all'aperto eccessivamente limitati oppure il difetto dei generali requisiti igienico-sanitari).

Infine, nei casi in cui l'individuo disponga di più di 4 mq, non si pongono problemi per quanto riguarda la mancanza di area vitale soggettiva, tuttavia possono essere valutate le altre condizioni di detenzione al fine di verificare la conformità all'art. 3 CEDU⁶⁸⁵.

Questa fattispecie consente di operare le seguenti considerazioni in merito alle nozioni in analisi.

Appare evidente come gli ispettori internazionali che compongono il Comitato procedano in maniera del tutto pragmatica, ricercando caso per caso i parametri di giudizio sotto la cui lente inserire le varie fattispecie. Di conseguenza, la nozione di *mistreatment* prende forma proprio in virtù delle peculiarità delle situazioni analizzate: le modalità di esecuzione della reclusione sono inammissibili ogniqualvolta finiscano per ledere la dignità individuale tenuto a conto di tutte le circostanze presenti⁶⁸⁶.

Peraltro, anche in presenza di linee-guida generalmente valide, le stesse – lungi dal tracciare confini cogenti – tendenzialmente possono essere derogate *in peius* a seconda delle fattispecie.

È doveroso, ancora una volta, il riferimento alla funzione del Comitato: l'elasticità degli standard consente al medesimo di tenere a conto tanto dei comportamenti degli Stati membri, quanto del momento storico/politico presente, al fine di raggiungere realisticamente la migliore prevenzione da

detenzione. Difatti, gli elementi in genere presi in considerazione (cfr. nota successiva) dovrebbero già essere parte delle normali prerogative di un carcere e, in quanto tali, non possono giustificare alcuna deroga al limite di 3 mq.

Tale soglia, conclude il giudice, non può essere superata senza violare l'art. 3 CEDU, a meno che sussistano delle circostanze straordinarie della detenzione (§ 51 ss).

⁶⁸⁴ Corte Edu, sent. 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria; Mursic c. Croazia*, cit., § 110 e 114; Corte Edu, *Khlaifia e altri c. Italia*, § 166. Secondo questo orientamento spetta al Governo l'onere di confutare la presunzione (relativa), dimostrando l'esistenza di fattori che siano in grado di “compensare” la mancanza di spazio vitale, quali ad esempio, la brevità del tempo di detenzione in quelle condizioni, lo svolgimento di attività all'esterno, l'adeguatezza complessiva della struttura.

⁶⁸⁵ È lo stesso CPT (*Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*, cit., § 24) a chiarire che : “ (...) it is for the courts to decide whether a particular person has experienced suffering that has reached the threshold of inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 3 of the ECHR, taking into account all kinds of factors, including the individual's personal constitution. The number of square metres available per person is but one factor, albeit often a very significant or even decisive one”. E aggiunge § 20: “The role of the CPT, as a preventive monitoring body, is different. Its responsibility does not entail pronouncing on whether a certain situation amounts to inhuman or degrading treatment or punishment within the meaning of Article 3 of the ECHR”.

⁶⁸⁶ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 53 ss.

ogni forma di tortura. E così una libertà di manovra maggiore è concessa, ad esempio, ai Paesi le cui condizioni di vita all'interno delle carceri siano scarse per ragioni finanziarie.

In relazione a un “nocciolo duro” di diritti, però, la giurisprudenza del Comitato si contraddistingue per un'applicazione maggiormente rigida: si pensi alla possibilità di informare un terzo dello Stato di detenzione, dell'accesso a un avvocato e della disponibilità di cure mediche⁶⁸⁷. Si tratta di posizioni soggettive che devono essere sempre garantite, indipendentemente dalle risposte e dalla situazione politica/economica dello Stato.

7.2.2. L'influenza del CPT sulla giurisprudenza della Corte Edu

Come analizzato in precedenza in materia di spazi detentivi, la Corte Edu ha risentito delle indicazioni del Comitato ma non fino al punto di farle proprie completamente: si è visto infatti come la soglia minima adottata in presenza di più reclusi (3 mq) sia differente da quella ritenuta auspicabile dal CPT (4 mq). Allo stesso tempo, talvolta si è trovata in totale dissenso rispetto ai report da questi prodotti, giungendo a conclusioni antitetiche⁶⁸⁸.

Ad ogni modo, in linea generale, sembra sussistere un'accettazione universale dell'operato del Comitato con riguardo alle condizioni di detenzione, come dimostrano i numerosi richiami alle linee guida e ai rapporti che si ritrovano nelle sue sentenze.

Nonostante la natura non cogente, i giudici ne evidenziano spesso la “*considerable importance*” o il “*great weight*”: questi strumenti di *soft law* sono regolarmente presi in considerazione nei casi di *ill-treatment* afferenti i luoghi di reclusione⁶⁸⁹.

Si ricordi, tuttavia, che i rapporti del CPT non hanno per oggetto situazioni personali: spetta comunque alla Corte – in via autonoma – verificare se il *minimum level of severity* sia stato superato tenuto a conto delle circostanze soggettive e oggettive del caso di specie. In questo senso, quanto verificato dal CPT può avere un impatto meramente “indiretto” sulle sue pronunce.

Come esempio della rilevanza delle statuizioni del CPT relativamente al nostro ordinamento, è doveroso richiamare nuovamente il caso *Cestaro*. Tra i riferimenti di diritto internazionale generale viene, infatti, riportato il monito presente nel rapporto relativo alla visita del 13 e 25 maggio 2012⁶⁹⁰: “(...) Il CPT constata con preoccupazione che dopo più di vent'anni di discussione in

⁶⁸⁷ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 220 e 228 ss.

⁶⁸⁸ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 218. Cfr. *funditus* J.MURDOCH, cit., pag. 46 ss. Si veda, ad esempio, report al Governo turco sulla visita svolta dal 7 al 15 settembre 2003, §10 comparata con Corte Edu, sent. 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, § 86 ss.

⁶⁸⁹ Un'analisi dettagliata con riguardo ai CPT Standard e, più in generale, all'influsso della *soft law* nella giurisprudenza della Corte Edu viene svolta nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *Mursic c. Croazia*, cit.

⁶⁹⁰ Report al Governo italiano sulla visita svolta dal 13 al 25 maggio 2012, § 6. Si ricordi anche come il CPT nelle sue linee guida richieda la riconoscibilità di chi svolge compiti di ordine pubblico. CPT Standard, Estratto del 14° Rapporto

Parlamento e l'elaborazione di nove progetti di legge, il codice penale italiano non contiene ancora disposizioni che sanzionino espressamente il reato di tortura (...). Inoltre, al fine di accrescere la forza di dissuasione relativamente a tali atti, dovrebbero essere prese le misure necessarie per garantire che il delitto di tortura non sia mai oggetto di prescrizione”.

È prassi costante della Corte Edu riportare la “giurisprudenza” del CPT, a riprova del ruolo complementare che questi svolge in seno al Consiglio d'Europa e della stretta cooperazione che esiste tra i due organi⁶⁹¹.

Sotto questo profilo, risulta notevole il rilievo del penultimo Rapporto Generale in merito ai condannati all'ergastolo⁶⁹².

Viene infatti ivi esplicitato il cd diritto alla speranza dell'individuo e che “la detenzione a vita senza una reale possibilità di rilascio è inumana” perché preclude una delle funzioni essenziali del carcere, quella riabilitativa. “Questo non significa che tutti gli ergastolani prima o poi debbano essere liberati” – precisa il CPT – che tuttavia si spinge a chiedere che la pena possa essere “sottoposta ad un riesame serio in un momento certo”. *In parte qua*, è piena la sintonia del Comitato con la giurisprudenza della Corte Edu che, a sua volta, impone agli Stati membri di predisporre una fase procedimentale in cui sia possibile giudicare nuovamente la sanzione e, conseguentemente, essere scarcerati⁶⁹³.

Il duplice sistema di controllo con cui l'Europa affronta le sfide attuali è, quindi, incentrato su una stretta collaborazione tra i suoi organi che, nell'ambito delle rispettive competenze, creano un argine effettivo alle condotte vietate: le informazioni, le prove, i dati tecnici⁶⁹⁴, i principi, le linee-

Generale, cit., § 34: “Il CPT ribadisce le proprie serie riserve relative ad una pratica seguita in numerosi Paesi da agenti delle forze dell'ordine o dagli agenti penitenziari che si presentano a viso coperto, e portano maschere o cappucci al momento dell'arresto, degli interrogatori o di interventi in caso di disordini in una prigione; tale pratica ostacola evidentemente l'identificazione dei sospetti potenziali, nel caso in cui si affermi di essere stati vittime di maltrattamenti. Si tratta di una pratica che dovrebbe essere attentamente controllata, il cui uso dovrebbe essere autorizzato unicamente in casi eccezionali, debitamente giustificati, e che può essere raramente giustificata (per non dire mai), nel contesto di un carcere”.

⁶⁹¹ Cfr. in tal senso anche il 25° Rapporto Generale, cit., § 24 ss.

⁶⁹² 25° Rapporto Generale, cit., § 67 ss. In specie cfr. § 73.

Nel 26° Rapporto Generale, (1 gennaio – 31 dicembre 2016), § 52 ss, i commissari invitano gli Stati membri ad adoperare la custodia cautelare in carcere come *extrema ratio* e nel rispetto degli standard internazionali a tutela dei diritti umani. Emerge con evidenza come una delle principali cause del sovraffollamento carcerario e, di conseguenza, delle condizioni disumane per i detenuti, sia l'uso eccessivo di tale provvedimento cautelare. Di qui la richiesta di un ricorso a misure alternative tra le quali arresti domiciliari, controllo con braccialetto elettronico, sequestro del passaporto e sorveglianza giudiziaria.

⁶⁹³ Cfr. nota 386.

⁶⁹⁴ Si ricordi la peculiare competenza tecnica che caratterizza i membri del Comitato ex art. 4 CEPT in materia: si tratta di avvocati, medici, psicologi, psichiatri, esperti di esecuzione e di diritto penale, ex Ministri della Giustizia, ex Parlamentari. La prevalenza numerica di componenti specializzati in discipline diverse da quella giuridica dovrebbe facilitare il dialogo tra il Comitato e gli Stati in cui vengono effettuate le visite. Va tuttavia evidenziato come oggi i “giuristi” siano la maggioranza, nonostante le diverse richieste del Comitato volte a bilanciare il numero delle differenti tipologie di esperti. L'attuale composizione è visionabile in: <http://www.CPT.coe.int/en/members.htm>.

guida desumibili dai report del CPT, rappresentano una risorsa (seppur non cogente⁶⁹⁵) di cui la Corte Edu si serve abbondantemente per ottemperare al proprio ruolo istituzionale e implementare la tutela dei diritti dei reclusi.

Allo stesso modo, ben conscio del fatto di non operare da solo, il Comitato fa ampio uso delle decisioni dei giudici di Strasburgo come fonte principale (ma non esclusiva⁶⁹⁶) di orientamento della sua azione, potendosi spingere (a sua volta) oltre i confini tracciati dalle medesime al fine di svolgere al meglio il mandato preventivo che lo contraddistingue.

Al centro del quadro così raffigurato resta il bene giuridico tutelato, la dignità umana, il cui spettro di tutela si amplia in modo direttamente proporzionale all'estensione delle geometrie variabili che caratterizzano le nozioni di "tortura", "grave maltrattamento", trattamento "inumano", "degradante", "inammissibile" o "inaccettabile" adottate di volta in volta dai due organismi.

8. Conclusioni

Prevenzione e protezione sono termini sinergici, funzionano insieme: la prevenzione è una sorta di protezione anticipata; la protezione, al contempo, impedisce la consumazione di un nuovo illecito.

Del resto, si previene solo ciò che si vuole proteggere per davvero⁶⁹⁷.

Su queste considerazioni basilari si articola il sistema del Consiglio d'Europa descritto in questo capitolo: da un lato è presente il Comitato, la cui attività predisposta al "prevenire" si muove sullo stretto crinale tracciato dal principio di collaborazione e dal dovere di segretezza; dall'altro vi sono le decisioni della Corte Edu, la cui giurisprudenza è volta ad accertare eventuali responsabilità statali nell'ottica di bandire concretamente la tortura sul territorio di competenza.

I due organi – lungi dal muoversi su strade autonome – incrociano più volte il rispettivo cammino, in tanto perché l'opera preventiva non è di pertinenza esclusiva del Comitato, bensì è anche oggetto degli obblighi positivi che il diritto consuetudinario e lo stesso art. 3 CEDU impongono agli Stati.

E poi la ragione fondativa del CPT fu proprio quella di implementare la tutela fornita dalla Corte Edu, attraverso un'attività *ex officio*, non giurisdizionale, immediata anche se priva di effettivi poteri coercitivi. Del resto, le raccomandazioni non sono passibili di misure esecutive e il biasimo conseguente ad un *public statement* da parte dell'opinione pubblica e della Comunità internazionale ha un effetto di deterrenza relativo.

⁶⁹⁵ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della Convenzione, § 25 e § 27.

⁶⁹⁶ Vengono spesso citate nei report del Comitato le decisioni del Comitato dei diritti dell'uomo, del Comitato contro la tortura, della Corte e della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo. Al contempo, sono numerosi i testi normativi presi a riferimento: data la materia di competenza si ricordino, *inter alia*, le Regole penitenziarie europee (2007) e le recentemente rivisitate Regole minime per il trattamento dei detenuti (cd *Nelson Mandela Rules*).

⁶⁹⁷ P.GONNELLA, cit., pag. 126.

Ciò tuttavia non deve portare a ritenere l'operato del Comitato come inutile e privo di conseguenze pratiche: l'intelligente "dialogo costruttivo" instaurato con i destinatari delle visite ha invece fatto conseguire notevoli passi in avanti nella protezione dei reclusi da ogni forma di *mistreatment*, determinando altresì un tangibile miglioramento generale delle condizioni di carcerazione in Europa⁶⁹⁸.

Si tratta, a conti fatti, di una funzione prettamente politica volta al progressivo sviluppo della salvaguardia dei diritti fondamentali nei luoghi di detenzione, una "ingerenza umanitaria"⁶⁹⁹ in posti in cui nessun altro Stato, e tanto meno un organo internazionale indipendente, si era mai permesso di penetrare fino ad allora⁷⁰⁰.

E se è vera l'affermazione con cui Winston Churchill si rivolse, nel 1910, alla Camera dei Comuni secondo cui "il più infallibile test del livello di civiltà di un Paese consiste nel vedere come il pubblico e l'autorità statali trattano i detenuti", allora appare evidente quanto l'azione del CPT sia un tassello indispensabile per costruire quel "regime politico veramente democratico" a cui fa riferimento il Preambolo della CEDU.

Non deve sorprendere, pertanto, l'utilizzo di nozioni eterogenee (tortura, *severe ill-treatment*, trattamento inumano, degradante, condotta inammissibile, inaccettabile), del modo verbale condizionale ("potrebbe integrare un maltrattamento"), nonché le cd geometrie variabili che caratterizzano le varie definizioni.

È lo scopo che è chiamato a perseguire il Comitato a imporre un linguaggio di questo tipo: in tal modo si vuole incentivare lo Stato a seguire le proprie raccomandazioni.

La flessibilità dei concetti e il loro dinamismo consentono, d'altro canto, non solo di mantenere il passo coi tempi, ma anche di dare una risposta a circostanze di fatto mai analizzate in precedenza⁷⁰¹: *mutatis mutandis*, anche quella del Comitato è una *case law* che norma le fattispecie da cui, al contempo, scaturisce.

Ciò consente agli ispettori da un lato di precisare le linee-guida esistenti, dall'altro di crearne di nuove, favorendo il progressivo sviluppo delle condizioni di vita dei reclusi.

Il rovescio della medaglia è rappresentato da un certo grado di incertezza che emerge dalle risposte che gli Stati forniscono allo stesso Comitato: talvolta non è chiaro come ci si debba muovere per evitare un successivo rimprovero, né di che tipologia di "imputazione" si rischi di rispondere.

Si pensi, ad esempio, al caso delle condotte che "potrebbero integrare" un maltrattamento in presenza di certi fattori, ma che momentaneamente non lo sono.

⁶⁹⁸ Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'importanza che i suoi standard hanno assunto con riguardo al fenomeno del cd sovraffollamento carcerario (anche per la giurisprudenza della Corte Edu).

⁶⁹⁹ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 153.

⁷⁰⁰ Si vedano le considerazioni ancora attualissime svolte a riguardo da M.FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit.

⁷⁰¹ Si pensi, ad esempio, agli innovativi standard elaborati con riguardo alle "*electrical discharge weapons*".

Allo stesso tempo, gli interpreti non sempre riescono a comprendere agevolmente se ciò che il Comitato qualifica come “maltrattamento” in quella data ipotesi determini o meno una violazione dell’art. 3 CEDU.

Solo attraverso una maggiore omogeneità delle nozioni adoperate da Comitato e Corte Edu si riuscirebbe a superare questa problematica: così facendo, ne trarrebbero beneficio tanto gli Stati destinatari dei report – che saprebbero in anticipo come comportarsi anche in vista di una successiva (eventuale) condanna della Corte Edu – quanto le vittime di tortura nell’esercizio della propria tutela giurisdizionale⁷⁰².

A ben vedere, aumenterebbe la stessa funzione di deterrenza delle sue raccomandazioni e, più in generale, verrebbe a configurarsi una migliore assistenza agli Stati nella prevenzione delle violazioni dell’art. 3 CEDU.

Sotto altro profilo è indubitabile come tale disposizione rappresenti il “centro di rotazione tolemaico” dell’intero sistema creato dal Consiglio d’Europa: sebbene il CPT possa spingersi oltre le frontiere definitorie formulate dalla Corte Edu, tuttavia le due giurisprudenze non devono essere separate⁷⁰³: del resto, la CEPT è stata elaborata per completare la tutela apportata dalla CEDU⁷⁰⁴, non agisce in un vuoto normativo.

Difatti, se è vero che l’interpretazione e l’applicazione dell’articolo in parola sono riservate al giudice di Strasburgo⁷⁰⁵, i contributi che il Comitato ha dato all’elaborazione del diritto vivente europeo in materia sono dimostrati dai numerosi richiami svolti dalla stessa giurisprudenza ai suoi report e ai suoi standard.

Ciò non toglie che le nozioni usate restino distanti e siano differenziate.

La ragione principale di tale divaricazione deve essere trovata, ancora una volta, nella funzione istituzionale svolta dalla Corte Edu: l’accertamento degli inadempimenti statali con riguardo agli obblighi negativi e positivi derivanti dall’art. 3.

E se anche nelle sue decisioni vengono utilizzati concetti cd a geometrie variabili, relativi nel tempo, sottoposti a una continua interpretazione dinamica ed evolutiva, va tuttavia evidenziato come il *minimum level of severity* e (soprattutto) le cd scatole cinesi in cui sono racchiusi, consentono di avere un quadro dai contorni più netti.

D’altronde la Corte svolge un’attività giurisdizionale, e non sempre ha interesse a instaurare un dialogo proficuo con gli Stati destinatari delle condanne: nelle sue pronunce sono presenti solo le

⁷⁰² Si ricordi come nel Preambolo della CEPT venga precisato che “le persone che si ritengono vittime di violazioni dell’art. 3 possono valersi del meccanismo previsto da questa Convenzione”.

⁷⁰³ R.MORGAN, M.D.EVANS, cit., pag. 43.

⁷⁰⁴ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della CEPT, § 13.

⁷⁰⁵ Cfr. Rapporto esplicativo al testo della CEPT, § 27.

fattispecie previste dallo stesso art. 3 (torture, trattamenti inumani o degradanti) ed è la soglia minima di gravità a delineare i rispettivi confini interni (ed esterni).

Al contempo, non dovendo verificare la sussistenza di crimini e, conseguentemente, non essendo chiamata a irrogare sanzioni penali, la determinatezza di queste categorie risulta comunque precaria. Del resto, anche il ruolo della Corte Edu – applicando una definizione coniata da autorevole dottrina con riguardo alle Corti costituzionali – attiene alla politica, e potrebbe essere qualificato come “in-politico”⁷⁰⁶: a ben vedere, solo per il tramite di nozioni flessibili i giudici potevano essere in grado di garantire il “comune rispetto dei diritti dell’uomo”⁷⁰⁷ su cui si fonda il cd ordine pubblico europeo.

L’ “unione più stretta tra gli Stati”⁷⁰⁸ e la progressiva estensione degli spettri di tutela della dignità umana, viene così perseguita in concreto attraverso l’individuazione di principi sempre più specifici capaci di rispondere alle nuove domande che la realtà attuale impone alla sua giurisprudenza.

L’evoluzione che ha contraddistinto l’art. 3 è fortemente indicativa in tal senso: la mancanza di definizioni precise all’interno del testo convenzionale ha consentito di preservare effettivamente l’ “essenza stessa della Convenzione”, modellando il divieto di tortura a seconda delle peculiarità della fattispecie e del trascorre del tempo.

La logica sfumata (cd *fuzzy*) delle sue decisioni era e resta la sola strada percorribile al fine di apprestare una salvaguardia pratica ed effettiva di tutti gli individui da ogni sorta di tortura, e per consolidare il ruolo di “sentinella avanzata a tutela dei diritti umani”⁷⁰⁹ che la Corte ha assunto (soprattutto) in questi ultimi anni.

⁷⁰⁶ G.ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, pag. 39. È la tesi secondo cui la Corte Costituzionale è dentro la politica se per politica si intende l’attività finalizzata alla convivenza; viceversa, è non-politica se essa viene intesa come competizione tra parti per l’assunzione e la gestione del potere.

⁷⁰⁷ Cfr. Preambolo della CEDU.

J.S.MARTINEZ (*Towards an International judicial System*, in *Stanford Law Review*, 2003, pag. 429 ss) nota come anche la Corte Edu preferisca conversare piuttosto che ordinare di modo che i Governi nazionali divengano autori e, al contempo, destinatari delle sue prescrizioni.

⁷⁰⁸ Cfr. Preambolo della CEDU.

⁷⁰⁹ A.CASSESE, *Umano-disumano...*, cit., pag. 16.

CAPITOLO III

Gli altri sistemi di controllo.

1. Introduzione

Etimologicamente, l'interprete è colui che consegna, trasmettendo qualcosa ad un altro.

La sua attività non è mai meramente riproduttiva ma è anche produttiva: l'operazione ermeneutica infatti non lascia la lettera immutata, ma le conferisce nuovi significati, diverse prospettive. È questa la funzione dell'interpretazione: prendere dal passato, porre nel presente e proporre per il futuro⁷¹⁰.

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, il divieto di tortura è “fecondo” esclusivamente se si mette in rapporto con le condizioni della società a cui è applicato e dalle cui peculiarità è a sua volta plasmato. Al contempo, gli stretti dettami del positivismo giuridico che rappresentavano il giudice come “*être inanimé*”, mera bocca della legge, e portarono il giurista Jean-Joseph Bugnet (1794-1866) ad essere ricordato nei libri di storia per una frase probabilmente mai pronunciata (“Io non conosco il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone”), appaiono sempre meno conformi alla realtà giuridica contemporanea.

Corti, Autorità di garanzia, Commissioni, Comitati, Sotto-Comitati, Relatori speciali etc. lungi dall'essere passivi esecutori di una volontà fittiziamente ricondotta ad un essere inanimato – il legislatore, la Comunità internazionale – sono fonti di produzione del diritto in senso proprio⁷¹¹.

Del resto, l'ordinamento sovrastatale ne ha da sempre fotografato il ruolo: basti pensare alla rilevanza della giurisprudenza nell'accertamento e nella definizione di una norma consuetudinaria e al disposto dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

Per questa ragione un'analisi delle decisioni degli organi universali e regionali competenti in materia di tortura appare indispensabile al fine di individuare la natura e l'*ubi consistam* del divieto in analisi: è solo attraverso le stesse, in altre parole, che è possibile rintracciare il diritto al di là dell'enunciato testuale, ossia stabilire fino a che punto la sovranità statale è stata erosa e quali siano i confini dell'illecito sul piano internazionale e personale.

In questo capitolo vedremo come l'attuazione concreta della norma operata dai suoi interpreti oltre la “legge” modelli la nozione di tortura e ne trasformi il contenuto a seconda dello scenario considerato⁷¹².

⁷¹⁰ G.ZAGREBELSKY, M.BRUNELLO, *Interpretare*, Il Mulino, Bologna, 2016, pag. 37 ss.

⁷¹¹ La categoria del diritto vivente è stata ricostruita, tra gli altri, da E.RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma, 2008.

⁷¹² Fondamentali per la panoramica delle interpretazioni fornite dagli organi dei trattati e dai Tribunali che si propone in questo Capitolo sono stati, *inter alia*, Association for the Prevention of Torture Centre for Justice and International

2. I *mistreatment* nella giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo

Come anticipato nel Cap. I Par. 3.7.1, il Comitato dei diritti dell'uomo (di seguito, CDU) esercita il controllo sulla corretta applicazione del CCPR in tre differenti modalità: esaminando i rapporti periodici inviati dagli Stati membri sullo stato di attuazione degli obblighi; analizzando le comunicazioni interstatali; ricevendo i ricorsi individuali, sempre che lo Stato convenuto sia firmatario del Protocollo facoltativo al Patto.

Dalla analisi della sua più recente giurisprudenza⁷¹³ e dal General Comment n. 20⁷¹⁴ emerge chiaramente che il divieto di tortura così come previsto dall'art. 7 CCPR trovi un completamento nell'art. 10, nei limiti in cui appresta una tutela specifica verso i soggetti privati della propria libertà. Più precisamente, tale norma non prevede solamente garanzie *ad hoc* per i reclusi, ma amplia i confini del divieto di tortura a condotte "meno gravi" che non rientrerebbero nell'alveo dell'art. 7⁷¹⁵.

Mentre proibisce la tortura in termini assoluti, l'art. 7 non contiene una definizione degli atti oggetto del divieto e lo stesso CDU di sovente non specifica quale sotto-categoria rilevi nella fattispecie, ma accerta genericamente la violazione della norma convenzionale⁷¹⁶.

Del resto, non sono presenti differenze sanzionatorie a seconda della tipologia di maltrattamento: la condanna del Comitato ha solamente carattere "satisfattorio", nel senso che incide sulla riparazione

Law, *Torture in international law*, 2008, reperibile in: http://www.apt.ch/content/files_res/jurisprudenceguide.pdf; Office of the United Nation High Commissioner for Human Rights, *Interpretation of torture in the light of the practice and jurisprudence of international bodies*, 2011; S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, *Seeking remedies for torture victims a Handbook on the individual complaints procedures of the un treaty bodies*, World Organization Against Torture, Ginevra, 2014.

⁷¹³ La recente giurisprudenza del Comitato è reperibile in:

<http://juris.ohchr.org/en/search/results/2?sortOrder=Date&typeOfDecisionFilter=0&countryFilter=0&treatyFilter=0>; D.McGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pag. 369 ss; M.NOWAK, *CCPR Commentary*, cit., pag. 161 ss; S.JOSEPH, M.CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, Croydon, 2013, pag. 215 ss; S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 163 ss.

⁷¹⁴ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 2. Ad oggi il Comitato ha prodotto 35 General Comment: si tratta di atti rivolti a tutti gli Stati contenenti chiarimenti dettagliati sugli obblighi derivanti dal CCPR. In quanto tali, sono strumenti cui l'interprete del Patto non può fare a meno.

⁷¹⁵ Invero l'art. 10 in larga parte precisa una serie di obblighi che la giurisprudenza dei diritti umani (cfr. ad es. per la giurisprudenza CEDU, il Cap. II Par. 3.1.) usualmente fa discendere *ex se* dal divieto di tortura (sul punto, cfr. CDU, General Comment n. 21, 1992, § 3). Il Comitato di norma lo applica con riguardo alle condizioni generali di detenzione, mentre quando l'individuo è soggetto ad attacchi personali utilizza l'art. 7 (cfr. *ex multis* per l'indirizzo maggioritario CDU, *Kennedy c. Trinidad e Tobago*, Com. n. 845/98, § 7.7; *contra* – anche se minoritario – CDU, *Mukong c. Cameroon*, Com. n. 458/91). Si può sostenere che la violazione dell'art. 7 nei riguardi di una persona privata della propria libertà integri, di conseguenza, anche una violazione dell'art. 10 (cfr. CDU, *Linton c. Giamaica*, Com. n. 255/87, § 8.5), ma non il contrario. Difatti, le condotte che il Comitato qualifica come "non umane e rispettose" nei confronti dei soggetti *in vinculis* determinano una violazione del solo art. 10, non integrando *mistreatment* ai sensi dell'art. 7.

Infine, sebbene non sia incluso nella lista dei diritti inderogabili predisposta dall'art. 4 CCPR, secondo il CDU General Comment n. 29, § 13 anche l'art. 10 non può subire eccezioni in caso di emergenza.

⁷¹⁶ Vedi *inter alia* CDU, *Vicente e al. c. Colombia*, Com. n. 612/95.

che le autorità interne dovranno riconoscere alla vittima⁷¹⁷, e “simbolico”, dal momento che è in grado di compromettere la reputazione dello Stato agli occhi della Comunità internazionale.

L'accertamento di atti di tortura, dunque, porta con sé esclusivamente un marchio di speciale infamia per il cd Stato aguzzino, in modo non diverso da quanto registrato nell'ambito del Consiglio d'Europa⁷¹⁸.

La protezione dell'integrità psico-fisica e della dignità di ogni individuo, a cui è finalizzato l'art. 7, non è apprestata per il tramite di un elenco di condotte vietate né attraverso distinzioni nette tra tipologie di trattamenti (o pene), bensì “*the distinctions depend on the nature, the purpose and severity of the treatment applied*”⁷¹⁹.

Gli elementi che vengono presi in considerazione al fine di verificare la sussistenza di *mistreatment* sono – similmente al diritto di Strasburgo – di natura oggettiva e soggettiva: da un lato la durata, l'*ubi consistam* della violenza e le sue conseguenze fisiche e/o psichiche; dall'altro il sesso, l'età, lo stato di salute o di particolare vulnerabilità della vittima⁷²⁰.

Le condizioni personali del soggetto passivo risultano, quindi, determinanti per qualificare il comportamento proibito: ad esempio, è ben possibile che la stessa condotta sia sussunta in sottocategorie diverse oppure (addirittura) non rappresenti una violazione del Patto, a seconda che sia rivolta nei confronti di un adulto o di un minore. Anche l'evoluzione della sensibilità internazionale in materia concorre ad estendere la portata del divieto.

L'elasticità del criterio adoperato viene – in parte – attenuata dall'onere probatorio richiesto: non è sufficiente che il trattamento sia idoneo a produrre un deterioramento fisico/psichico, bensì deve essere provato che il soggetto abbia patito un dolore o una sofferenza acuta⁷²¹.

⁷¹⁷ Il Comitato non ha il potere, tipico della Corte Edu, di pronunciarsi su un'equa riparazione della lesione subita, anche se in taluni casi ha eccezionalmente provveduto a quantificare il danno (cfr. C.ZANGHÌ, cit., pag. 130). Solitamente si riferisce genericamente ad una “compensazione adeguata”. Cfr. ad esempio CDU, *Dmitry Tyan c. Kazakistan*, Com. n. 2125/11.

⁷¹⁸ Cap. II Par. 3.

⁷¹⁹ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 4; N.S.RODLEY, cit., pag. 7.

Le condotte vietate, come nel caso dell'art. 3 CEDU, sono sostanzialmente di due tipologie: le punizioni e i trattamenti. Quanto alle prime il CDU vieta assolutamente determinate tipologie di sanzioni, come quelle corporali ad esempio (General Comment n. 20, 1992, § 5), e al contempo impone che siano eseguite con modalità tali da non violare la dignità individuale (CDU, *Vuolanne c. Finlandia*, Com. n. 265/87, § 9.2.). A questo proposito, si pensi ai casi di sovraffollamento carcerario e inadeguatezza delle condizioni ambientali e sanitarie (cfr. sul punto le Osservazioni conclusive sull'Italia, 24 aprile 2006, § 16). Molta parte della giurisprudenza del CDU è relativa all'isolamento in carcere, il quale può determinare una violazione del Patto “a seconda delle circostanze” (General Comment n. 20, 1992, § 6).

⁷²⁰ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 11.

⁷²¹ Invero, non è richiesta al privato la prova oltre ogni ragionevole dubbio della condotta e, a fronte di una denuncia dettagliata di maltrattamenti, spetta in genere allo Stato dimostrare che non siano avvenuti. Del resto, quest'ultimo è normalmente “parte forte” nel procedimento e l'individuo, nella maggior parte dei casi, non ha un eguale accesso alla prova (si pensi alle violenze accadute all'interno di un carcere). Cfr. CDU, *Singh c. New Zealand*, Com. n. 791/97; CDU, *Kouidis c. Greece*, Com. n. 1070/02, § 7.3; CDU, *Tatiana Shikhmuradova c. Turkmenistan*, Com. n. 2069/11, § 6.2.

L'alto tasso di relatività dell'accertamento, la mancanza di conseguenze sanzionatorie di rilievo, la genericità delle condanne e l'insussistenza di un orientamento consolidato dello stesso CDU, non consentono di definire in termini tassativi le nozioni di cui all'art. 7.

Si può tuttavia convenire che trattamenti (o pene) degradanti, trattamenti (o pene) inumani, trattamenti (o pene) crudeli e torture si pongono su una scala di gravità crescente e, sebbene non esistano criteri identificativi stabili, è possibile individuare alcune caratteristiche proprie delle diverse specie.

In particolare, le torture sono condotte attive o omissive intenzionali che ingenerano acute sofferenze di tipo fisico o mentale⁷²² generalmente rivolte ad uno scopo ulteriore. L'*intent* è essenziale perché una violazione dell'art. 7 venga qualificata in questo modo: in difetto dell'elemento soggettivo, è possibile che l'azione appartenga ad una diversa (e meno grave) sottocategoria⁷²³. Anche il dolo specifico è sicuramente rilevante nella definizione del maltrattamento anche se non si può dire con certezza se ne rappresenti una condizione di esistenza⁷²⁴.

Pur non essendo molte le pronunce in cui viene attestato un *misbehaviour* di questa gravità, occorre ricordare come la giurisprudenza del Comitato, con particolare riguardo alle violenze sistematiche perpetrate in Uruguay dalla dittatura militare, abbia ricondotto a tale fattispecie i seguenti atti: pestaggi, elettroshock, bruciature di sigarette, ustioni, sospensioni prolungate con mani e piedi legati, immersioni ripetute in sangue e altre sostanze (cd *submarino*), frattura della mascella, perforazione dei timpani, *waterboarding*⁷²⁵. Anche le simulazioni di esecuzioni o amputazioni e le minacce di violenze (eventualmente nei confronti dei familiari) sono idonee a integrare vere e proprie "torture" ex art. 7.

La causazione di danni permanenti alla vittima può essere un ulteriore fattore rilevante al fine di "elevare" un determinato comportamento alla più grave delle infrazioni previste dalla norma⁷²⁶.

La condotta può essere di tipo attivo o omissivo e, a differenza dell'art. 1 CAT, l'art. 7 CCPR trova un'applicazione orizzontale⁷²⁷: lo Stato ha l'obbligo di prevenire e reprimere altresì le torture poste in essere da agenti privati, non pubblici.

⁷²² Il CDU ha più volte accertato la violazione dell'art. 7 ogniqualvolta sussista (anche solo) una cd tortura psicologica (cfr. CDU, *Quinteros c. Uruguay*, Com. n. 107/81) in capo ai parenti dei detenuti politici o comunque di persone che scompaiono nelle carceri, quando non è dato sapere dove questi si trovino. Si tratta di cd vittime indirette che sono comunque legittimate al ricorso.

⁷²³ CDU, *Rojas Garcia c. Colombia*, Com. n. 687/96.

⁷²⁴ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 4.

⁷²⁵ CDU, *Grille Motta c. Uruguay*, Com. n. 11/77; CDU, *Bleier c. Uruguay*, Com. n. 30/78; CDU, *Lopez Burgos c. Uruguay*, Com. n. 52/79; CDU, *Sendic c. Uruguay*, Com. n. 63/79; CDU, *Angel Estrella c. Uruguay*, Com. n. 74/80; CDU, *Rodriguez c. Uruguay*, Com. n. 322/1988. Per un approfondimento della giurisprudenza relativa anche ad altri Stati cfr. M.NOWAK, *CCPR Commentary*, cit., pag. 163.

⁷²⁶ CDU, *Massera c. Uruguay*, Com. n. 5/77.

⁷²⁷ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 2; General Comment n. 30, § 8.

La CAT, per la giurisprudenza del Comitato, è una delle principali fonti di ispirazione, non solo perché ha sancito per la prima volta la nozione di tortura all'interno di un atto vincolante, ma anche perché è nata in seno alla medesima organizzazione internazionale (le Nazioni Unite).

Per questo motivo autorevole dottrina evidenzia come il CDU finisca per distinguere la tortura dai trattamenti crudeli, inumani o degradanti in base alla mancanza (o alla presenza) degli elementi di cui all'art. 1 CAT, oltre ad usare il criterio del *minimum level of severity* elaborato dalla Corte Edu⁷²⁸.

Con maggiore precisione, in via preliminare emerge come il Comitato non sembri operare una distinzione tra condotte crudeli e inumane: gli aggettivi paiono descrivere le medesime azioni e vengono quasi sempre utilizzati congiuntamente. *A contrario*, una sottile linea di demarcazione è ravvisabile tra torture da un lato, e trattamenti inumani e crudeli dall'altro: questi ultimi possono essere il frutto di mere negligenze statali (quali ad esempio il mantenimento di luoghi di detenzione in condizioni non consone⁷²⁹) e non devono comportare l'inflizione di sofferenze particolarmente gravi. Ugualmente alla tortura invece, possono essere compiuti anche da privati e possono consistere in omissioni (si pensi alla privazione del cibo⁷³⁰). Sono stati ritenuti "crudeli e disumani", *inter alia*: la carenza di assistenza medica, minacce di morte, le percosse subite ad opera di guardie carcerarie, l'isolamento ingiustificato, la costrizione a stare in piedi per ore oppure seduti per giorni senza possibilità di movimento, e iniezioni ed esperimenti psichiatrici forzati⁷³¹.

Da ultimo, per trattamenti "degradanti" si intende quelli che determinano una speciale umiliazione agli occhi degli altri o della stessa vittima. Sono i comportamenti meno gravi proibiti dall'art. 7 e, come i precedenti, dipendono direttamente dalle circostanze oggettive e soggettive della fattispecie. Un abuso di lieve entità, come potrebbe essere uno schiaffo oppure l'utilizzazione di manette in caso di arresto, può essere considerato "degradante" se ritenuto inidoneo o non necessario. Con riferimento alle pene, il CDU ha statuito esplicitamente che è tale ciò che calpesta la dignità del soggetto ingenerando una sofferenza morale che va al di là del normale livello di afflittività che caratterizza una sanzione legittima⁷³².

Dalla giurisprudenza del Comitato risultano degradanti le condotte di: bendaggio degli occhi, esposizione al freddo o al pubblico del detenuto dentro una gabbia, imposizione della nudità,

⁷²⁸ M.NOWAK, *CCPR Commentary*, cit., pag. 161. La CAT rappresenta un "*interpretational aid*" per il Comitato, e la stessa giurisprudenza del CCT viene di sovente richiamata.

⁷²⁹ *Massera c. Uruguay*, cit.

⁷³⁰ CDU, *Deidrick c. Jamaica*, Com. n. 619/95.

⁷³¹ *Linton c. Giamaica*, cit.; *Viana Acosta c. Uruguay*, cit.; CDU, *Soriano c. Uruguay*, Com. n. 37/78; CDU, *Hylton c. Jamaica*, Com. n. 407/90.

⁷³² *Voulanne c. Finlandia*, cit., §9.2; CDU, *Conteris c. Uruguay*, Com. n. 139/83.

sequestro illegittimo e non necessario degli oggetti personali, minacce e insulti⁷³³. Se l'umiliazione non supera la soglia minima richiesta per la violazione dell'art. 7, tuttavia è possibile che il trattamento rivolto ad un soggetto in privazione di libertà sia considerato "non umano e dignitoso" ai sensi dell'art. 10 CCPR⁷³⁴, oppure lesivo del diritto alla privacy o un'offesa al suo onore ex art. 17 CCPR⁷³⁵.

Ci troviamo, dunque, di fronte a nozioni particolarmente sfumate su cui è evidente l'influsso della giurisprudenza della Corte Edu e della CAT: la nozione cd a scatole cinesi e il criterio del *minimum level of severity* elaborate dal diritto di Strasburgo, insieme agli elementi di cui all'art. 1 CAT così come definiti dal CCT contribuiscono a delineare le geometrie variabili del bando di cui all'art. 7 CCPR.

Viene in questo modo a formarsi una scala mobile a disvalore crescente che da un lato, similmente alla CAT, prevede altresì trattamenti (o pene) "crudeli" e si serve dei caratteri di cui all'art. 1 (in particolare, "*severe pain or suffering*", "*intent*" e "*purpose*") come principale criterio distintivo della tortura rispetto agli altri *mistreatment*; dall'altro, ugualmente al diritto di Strasburgo, verifica il superamento del livello minimo di gravità attraverso il cd *severity test*.

La giurisprudenza che ne deriva, descritta da parte di alcuni autori come astratta, contraddittoria, a tratti confusa e lacunosa⁷³⁶, è il risultato del tentativo di conciliare le due fonti e di svolgere al meglio il proprio ruolo istituzionale: le osservazioni più o meno critiche del Comitato nei confronti dello Stato "chiamato in causa" hanno, infatti, una portata etico-politica considerevole e sono state, per questa ragione, foriere di risultati pratici non indifferenti⁷³⁷.

La mancanza di una forza giuridica vincolante delle sue decisioni, per altro verso, gli impone di non adoperare strette sussunzioni normative per instaurare un dialogo proficuo con lo Stato interessato: in quest'ottica, si spiega come dinnanzi a condotte particolarmente gravi il Comitato talvolta si sia limitato ad accertare la violazione dell'art. 10 oppure a qualificarle semplicemente come degradanti⁷³⁸.

⁷³³ CDU, *Francis c. Jamaica*, Com n. 320/88; CDU, *Thomas c. Jamaica*, Com n. 321/88; CDU, *Polay Campos c. Peru*, Com n. 577/94; CDU, *Young c. Jamaica*, Com n. 615/95; CDU, *Williams c. Jamaica*, Com. n. 609/95.

⁷³⁴ Tali trattamenti sono equiparabili a quelli che la giurisprudenza del CPT qualifica come "inaccettabili" o "inammissibili".

⁷³⁵ Nel caso in cui il soggetto passivo sia un bambino è possibile che sia violato anche l'art. 24 CCPR.

⁷³⁶ D.MCGOLDRICK, cit., pag. 379; N.S.RODLEY, cit., pag. 473, 480 e 489. In tal senso, con riguardo ai casi di sparizioni forzate, si veda ad esempio la recente *Individual opinion of Committee member Fabián Omar Salvioli (concurring)* espressa a margine del caso *Tatiana Shikhmuradova c. Turkmenistan*, cit.

⁷³⁷ A.CASSESE, *I diritti umani...*, cit., pag. 101.

⁷³⁸ CDU, *Solorzano c. Venezuela*, Com n. 156/83; CDU, *Bailey c. Jamaica*, Com. n. 334/88; CDU, *Hylton c. Jamaica*, cit.

2.1. Gli obblighi derivanti dall'art. 7 CCPR

L'interpretazione fornita dal CDU⁷³⁹ e la lettera dell'art. 4 sanciscono chiaramente l'assolutezza e l'inderogabilità del divieto di tortura di cui all'art. 7, riconducendolo tra i *core rights* convenzionali. L'applicazione della norma anche alle condotte interpretate e la possibilità di ricorrere da parte delle cd vittime indirette⁷⁴⁰ ne contribuiscono ad estendere la portata, congiuntamente alla relatività dei criteri adoperati al fine di accertarne la violazione.

L'ampio spettro normativo si riverbera anche sugli obblighi derivanti dal disposto.

Tra quelli di carattere negativo, oltre al generico dovere di non maltrattare nessuno⁷⁴¹, appare il caso di ricordare come lo Stato sia tenuto a non estradare o espellere chi corre l'effettivo pericolo di essere sottoposto alle condotte di cui all'art. 7 in altro Stato⁷⁴². Di conseguenza, lo Stato parte non solo deve astenersi da tali prassi, ma anche fare in modo che Paesi terzi non attuino queste azioni nei confronti del soggetto allontanato (cd violazione indiretta del divieto di tortura)⁷⁴³.

Peculiare e commendevole – soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte Edu sul punto – risulta essere la precisazione dell'obbligo di garantire l'inutilizzabilità delle prove estorte per il tramite di tortura e altri trattamenti proibiti (cd *exclusionary rule*)⁷⁴⁴: si tratta di un argine preventivo fondamentale ad abusi di questo tipo, dello stesso tenore di quello previsto dall'art. 15 CAT.

Sul versante degli obblighi positivi, lo Stato è tenuto a comunicare al Comitato le misure legislative, amministrative e giudiziarie adottate per prevenire e reprimere i *mistreatment*.

⁷³⁹ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 3.

⁷⁴⁰ C.ZANGHÌ, cit., pag. 120.

⁷⁴¹ A riguardo, particolarmente significative appaiono le osservazioni del Comitato con riferimento alle cd *police brutality* poste in essere dagli agenti americani di cui al CDU, Osservazioni conclusive sugli USA, 22 aprile 2014, § 11.

⁷⁴² La giurisprudenza del CCT, del CDU e degli altri *human rights body* ha riconosciuto la regola del *non-refoulement* come inerente e conseguente rispetto al carattere generale e assoluto del divieto di *ill-treatment*. Quanto al CDU si veda *Chitat Ng c. Canada*, Com. n. 469/91, § 16.4; CDU, *Kesmatulla Khakdar c. Russia*, Com. n. 2126/11, §11.2; Osservazioni conclusive sull'Italia, 24 aprile 2006, § 15.

Lo *Special rapporteur on torture* (Interim Report all'Assemblea Generale, 2004, § 28) e parte della dottrina (tra gli altri, E.LAUTERPACHT, D.BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, 2001, reperibile in: <http://www.unhcr.org/419c75ce4.pdf>; J.ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2002, pag. 533 ss; A.FARMER, *Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection*, 2008, reperibile in: works.bepress.com/alice_farmer/1/) non solo ha registrato la natura consuetudinaria del principio ma lo ha altresì ricondotto tra le norme di *ius cogens* produttive di obblighi *erga omnes*.

⁷⁴³ CDU, General Comment n. 31, 26 maggio 2004, § 12; A.L.SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale (parte II)*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, pag. 471 ss.

⁷⁴⁴ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 12.

Come precedentemente ribadito, la salvaguardia è estesa anche alla sfera interprivata (si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza del Comitato relativa alle violenze tra carcerati) ed inoltre l'obbligo di protezione aumenta nei confronti dei soggetti particolarmente vulnerabili⁷⁴⁵.

Nel caso in cui il *misbehaviour* si sia verificato, sussiste poi un conseguente obbligo di effettuare un'inchiesta celere, efficace e imparziale da parte di un organismo indipendente, e deve essere garantito il diritto della vittima di ottenere una riparazione integrale⁷⁴⁶.

In particolare, lo Stato deve fornire al Comitato le informazioni circa i rimedi interni azionabili dalla stessa e le statistiche in merito a come questi ultimi si siano conclusi.

Dai report degli Sati (*rectius*, dalle osservazioni conclusive ai medesimi⁷⁴⁷) emerge altresì l'obbligo di incriminazione: del resto, abbiamo già visto come la sanzione penale rappresenti il solo mezzo adeguato per reprimere e riparare effettivamente la lesione subita.

Peraltro il Comitato non si limita a richiedere che le condotte di cui all'art. 7 siano perseguite penalmente, ma altresì pretende pene proporzionate alla gravità della condotta e che venga esclusa l'applicazione di cause di giustificazione e non punibilità⁷⁴⁸. Il monitoraggio dell'organismo di vigilanza a riguardo è particolarmente attento e approfondito.

Non è invece esplicitata né all'interno del Patto né nella giurisprudenza del Comitato⁷⁴⁹ la sussistenza di una giurisdizione universale: si ritiene quindi che il CCPR, a differenza della CAT e della Convenzione interamericana del 1985, non la contempli in merito ai presunti casi di tortura.

⁷⁴⁵ Cfr. General Comment n. 28, 2000 per le misure specifiche che lo Stato deve adottare per prevenire violenze contro le donne. Determinano una violazione dell'art. 7 gli abusi sessuali, il mancato accesso all'aborto in seguito a violenza sessuale, l'aborto forzato, la sterilizzazione forzata e la mutilazione degli organi genitali femminili.

⁷⁴⁶ “*To sue for damages for offenses as serious as those alleged (...) cannot be considered a substitute for the charges that should be brought by the authorities against the alleged perpetrators*”: CDU, *Maharjan c. Nepal*, Com. n. 1863/09, § 7.6. Oltre alla riparazione pecuniaria integrale, se la violazione persiste è possibile che il Comitato pretenda la cessazione della reclusione arbitraria, la conduzione di un nuovo processo garantito a norma del Patto nonché la protezione della vittima e dei suoi familiari da ritorsioni di qualunque genere (cfr. *ex multis* CDU, *Israël c. Kazakistan*, Com. n. 2024/11, § 11). È possibile – tanto per il CDU quanto per il CCT – prendere anche cd misure provvisorie/precauzionali (cd. *interim measures*) aventi ad oggetto, ad esempio, la sospensione di una procedura di allontanamento oppure di una esecuzione capitale. A riguardo, S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 101 ss.

⁷⁴⁷ Osservazioni conclusive sull'Italia, 1 maggio 2017, § 19 ss.: in cui il Comitato – due mesi prima dell'introduzione dell'art. 613 bis – richiedeva al nostro Paese non solo l'introduzione di un reato *ad hoc* di tortura, ma anche di perseguire gli altri *ill-treatment* con pene proporzionate alla gravità della condotta suggerendo anche una modifica dell'art. 582 cp, non ritenuto idoneo a prevenire e reprimere efficacemente l'uso eccessivo della forza da parte degli agenti di polizia. Nel documento viene esplicitamente richiesto, *inter alia*, l'adozione di codici identificativi per le forze dell'ordine. Tale specifico provvedimento era stato già espressamente indicato da CCT, Osservazioni conclusive sull'Italia, 16 luglio 2007, § 18.

⁷⁴⁸ CDU, General Comment n. 20, 1992, § 15; Osservazioni conclusive sul Sudan, 2014, § 15. Per un approfondimento sul punto cfr. D.O'DONNELL, *The obligation to establish sentences for torture that are commensurate with the gravity of the offense*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, 2015, pag. 6 ss.

Riguardo all'incompatibilità tra amnistia e condotte di cui all'art. 7 cfr. le Osservazioni conclusive su El Salvador 1994, § 7; Bolivia 1997, § 15; Libano 1997 § 12; Cile 2007, § 5; Croazia 2009, § 10; Yemen 2012, § 6; Honduras, 2017, § 8.

È da ultimo domandata un'adeguata informazione e istruzione in materia degli agenti, dei sanitari e di tutto il personale che opera con individui sottoposti a limitazioni di libertà e la predisposizione di procedure – come ad esempio l'annotazione in apposito registro delle persone che vengono in contatto con il detenuto oppure il libero accesso dell'avvocato e di medici nel luogo di reclusione – volte a minimizzare il rischio che si verifichino i comportamenti vietati dalla norma.

3. I *mistreatment* nella giurisprudenza del Comitato contro la tortura

Come anticipato nel Cap. I Par. 4.3, il Comitato contro la tortura (di seguito, CCT) vigila sul rispetto degli obblighi derivanti dalla CAT in tre differenti modalità: esaminando i rapporti presentati dagli Stati membri e, se le sue competenze sono state riconosciute dai soggetti interessati, disponendo in merito alle comunicazioni interstatali (procedura mai utilizzata) o individuali ricevute. Anche il CCT ha poi la possibilità di redigere commenti generali volti a chiarire l'interpretazione e la portata applicativa della Convenzione⁷⁵⁰.

Il CCT così come il CDU⁷⁵¹ non è un organo delle NU in senso stretto, bensì è un (relativamente) autonomo *treaty based organ* costituito dagli Stati parte della Convenzione.

Dal momento che entrambe le istituzioni sono composte da esperti indipendenti rispetto alle NU e agli stessi Stati membri di provenienza, e tenendo a conto del potere decisionale loro proprio sulle comunicazioni interstatali e individuali, parte della dottrina li descrive come organismi “quasi-giudiziari”⁷⁵². Il difetto di vincolatività delle loro statuizioni, il breve termine di durata dell'incarico (4 anni), la composizione mista non riservata a soli giuristi, invero, militano nel senso che non sussista un mandato giurisdicente in senso stretto.

Del resto, non è un caso se le convenzioni di riferimento li abbiano definiti “comitati” e non “corti” o “tribunali”: nonostante le loro pronunce cerchino di conformarsi a modelli giudiziari e siano volte ad accertare la lesione o meno di una posizione soggettiva, la mancanza di obbligatorietà dei pareri risulta, in ultima analisi, determinante al fine di riconoscerne la natura non giurisdizionale⁷⁵³.

⁷⁵⁰ Al momento in cui si scrive ne sono stati prodotti tre (General Comment n. 1 on the implementation of Article 3 of CAT in the context of Article 22; General Comment n. 2 on the implementation of Article 2; General Comment n. 3 on the implementation of Article 14).

⁷⁵¹ M.NOWAK, *CCPR Commentary*, cit., pag. 669; M.NOWAK, E.MCARTHUR, *CAT Commentary*, cit., pag. 581.

⁷⁵² L'art. 17 co. 2 CAT stabilisce che gli Stati parte debbano “tenere a conto dell'interesse a che siano designati candidati che siano anche membri del Comitato dei diritti dell'uomo”. Si ricordi come nell'originaria proposta svedese si prevedeva che fosse proprio il CDU a dover controllare il rispetto della CAT. Tale disegno non fu mai attuato anche se è rimasto questo (eventuale) collegamento tra i due organismi. Nel momento in cui si scrive nessun membro siede in entrambi i Comitati.

⁷⁵³ C.ZANGHÌ, cit., pag. 129.

Non mancano le differenze tra i due *treaty body*, a partire dal potere – attribuito al solo CCT – di effettuare visite *in loco* al fine di verificare l’attendibilità della denunce di prassi sistematiche⁷⁵⁴ di tortura nel territorio di uno Stato parte della CAT.

Più in generale, quest’ultimo ha una competenza maggiormente settoriale occupandosi esclusivamente di tortura e non di tutti i diritti fondamentali previsti dal CCPR, e ha la funzione di vigilare su un testo che espressamente ne prevede una nozione e dispone specificamente gli obblighi positivi e negativi ad essa relativi.

I caratteri della CAT hanno conferito un’importanza notevole alla giurisprudenza del Comitato⁷⁵⁵ che oggi rappresenta un punto di riferimento imprescindibile per tutti gli organi e i Tribunali internazionali competenti in materia.

Invero occorre ribadire che la Convenzione prevede solo la definizione di tortura – che il Comitato si limita a richiamare – e non quella di trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti.

Come precisato nel Cap. I Par. 4.1.2, dall’analisi di una parte della giurisprudenza⁷⁵⁶ e dei lavori preparatori al trattato si conviene che i criteri decisivi al fine di discernere la tortura dagli altri *mistreatment* siano l’intenzione, lo scopo della condotta e la situazione di *powerlessness* della vittima, piuttosto che l’intensità del dolore sofferto⁷⁵⁷.

In alcune decisioni, tuttavia, il CCT sembra appropriarsi del metodo formulato dalla Corte Edu soffermandosi sul livello di patimento e non sugli elementi sovra esposti⁷⁵⁸.

È lo stesso CCT a riconoscere nel General Comment n. 2, § 3 che: “*in practice, the definitional threshold between ill-treatment and torture is often not clear*”. Non emerge una chiara distinzione neppure con riguardo alle tre sotto-categorie di trattamenti “crudeli”, “inumani” o “degradanti”,

⁷⁵⁴ Cfr. per la nozione di “tortura sistematicamente praticata” CCT, *Summary account of the results of the proceedings concerning the inquiry on Turkey*, 1993, (Inquiry under Article 20), § 39. E. TRAMONTANA, *Meriti e demeriti del Comitato Onu contro la tortura alla luce dell’inchiesta sul Brasile*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2010, pag. 214 ss.

⁷⁵⁵ La recente giurisprudenza del Comitato è reperibile in:

<http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=1&sortOrder=Date>.

Cfr. anche A. BOULESBAA, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1999; C. INGELSE, *The UN Committee against Torture: An Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2001; S. DEWULF, *The signature...*, cit., pag. 72 ss; C. GROSSMAN, *La contribución del comité contra la tortura de naciones unidas en la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, in *Fortalecimiento de la Prevención y Prohibición de la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*, pubblicazione a cura dell’Alto commissariato per i diritti umani N.U., 2012; JOSEPH, K. MITCHELL, L. GYORKI, C. BUDEL, cit., pag. 219 ss.

⁷⁵⁶ CCT, *Dragan Dimitrijevic c. Serbia e Montenegro*, Com. n. 207/02; *Martínez e al. c. Messico*, Com. n. 500/12, § 17.

⁷⁵⁷ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 23 dicembre 2005, § 39.

⁷⁵⁸ CCT, *Dzemajl e al. c. Jugoslavia*, Com. n. 161/00; *Keremedchiev c. Bulgaria*, Com. n. 257/04, § 9.3; *Osmani c. Serbia*, Com. n. 261/05, § 10.4; *Sonko c. Spagna*, Com. n. 368/2008, § 10.4; *Kirsanov c. Russia*, Com. n. 478/11, § 11.2. Del resto, lo stesso General Comment n. 2, § 10 evidenzia come gli *ill-treatment* possano differire dalla tortura per intensità delle sofferenze patite e perché non richiedono la prova di scopi illeciti.

limitandosi il CCT, di sovente, ad accertate genericamente una violazione dell'art. 16, senza operare una specifica qualificazione della condotta.

È stato, ad esempio, ritenuto violato l'art. 16 in fattispecie concrete in cui erano presenti tutti gli elementi di cui all'art. 1: le contusioni subite da un soggetto colpito più volte con uno sfollagente e minacciato di morte dalle forze dell'ordine; l'incendio e la distruzione di case e possedimenti nei quali erano presenti alcuni dei ricorrenti; l'allontanamento e la conseguente distruzione di un campo Rom congiuntamente ad aggressioni fisiche e insulti razziali da parte dei funzionari statali⁷⁵⁹.

Anche le sue osservazioni conclusive non consentono di tracciare con maggiore precisione i confini delle le nozioni in parola: spesso il Comitato ritiene sussistente un *ill-treatment* senza affermare se si tratti di tortura o di altra specie⁷⁶⁰.

Da queste ultime risulta che comportano una violazione – perlomeno – dell'art. 16, ad esempio, le seguenti condotte: l'uso inadeguato di sostanze chimiche, irritanti, inabilitanti e altre armi da parte delle autorità contro una folla; l'utilizzo ingiustificato di armi che provocano scariche elettriche come il Taser; l'abbandono di migranti nel deserto in assenza di acqua e cibo; la costrizione al lavoro forzato; la detenzione di richiedenti asilo in luoghi privi di luce solare⁷⁶¹.

In conclusione, dal quadro presentato emerge come la vaghezza del concetto di trattamento (o pena) crudele, inumano o degradante – che aveva portato alcuni delegati in sede di redazione della CAT a chiederne l'espunzione *tout court* dal testo⁷⁶² – non trovi un chiarimento nella giurisprudenza del Comitato e renda particolarmente difficile capire quale sia la disciplina normativa delle condotte di volta in volta prese in considerazione.

Si ricordi, infatti, come la qualificazione porti con sé precipitati applicativi di notevole rilievo visto che non tutti gli obblighi del trattato sono applicabili a questi ultimi: l'art. 16 richiama gli artt.10, 11, 12 e 13 della CAT, non escludendo però la vigenza di altre disposizioni: si tratta invero di un rinvio aperto, non di una lista chiusa, come suggerisce l'espressione letterale utilizzata dalla norma (“in particolare”).

Sul punto occorre registrare due differenti linee ermeneutiche.

Secondo un primo orientamento, una lettura sistematica della Convenzione alla luce dei lavori preparatori impone di verificare se le singole obbligazioni abbiano uno scopo preventivo (e allora saranno estendibili ai trattamenti meno gravi) oppure repressivo, ossia presentino una

⁷⁵⁹ CCT, *Dzemažl et al. c. Jugoslavia*, cit. (vedi anche Osservazioni conclusive su Israele, 2002, § 50); *Keremdzhev v. Bulgaria*, Com. n. 257/04, § 9.3; *Osmani c. Serbia*, cit.; *Sonko c. Spagna*, cit.

⁷⁶⁰ Ad esempio, sono descritti come *ill-treatment* che sono idonei a essere qualificati come torture se da essi in concreto consegue un dolore o una sofferenza acuta le cd “tecniche di interrogatorio” che comportano l'uso combinato di umiliazioni sessuali, *stress-position*, *waterboarding*, e l'uso di cani per provocare paura. Cfr. Osservazioni conclusive sugli USA, 2006, § 24.

⁷⁶¹ JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 232.

⁷⁶² J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 47.

configurazione penalistica (e in tal caso non lo saranno)⁷⁶³. Tale interpretazione, più vicina alla lettera della Convenzione e all'effettiva volontà dei redattori, porta ad esempio a sostenere che gli obblighi di cui agli artt. 4 a 9 valgono solo per le ipotesi di tortura: l'esercizio dell'azione penale, l'obbligo di incriminazione e il principio di giurisdizione universale, atterrebbero esclusivamente al più grave tra i *mistreatment*.

A parere di un secondo orientamento – che sembra corroborato dal General Comment n. 2 nei limiti in cui afferma che “*Articles 3 to 15 are likewise obligatory as applied to both torture and ill-treatment*” – viceversa la prevenzione che la CAT richiede verso i *misbehaviour* di qualsiasi tipo deve considerare le evoluzioni dello *human rights law* recenti e non può fermarsi alla lettera della norma.

Del resto, l'esperienza dimostra che le condizioni agevolanti gli *ill-treatment* frequentemente sono le stesse che facilitano la tortura, e conseguentemente le misure volte ad evitare queste ultime sono le medesime che devono essere applicate per i maltrattamenti meno gravi.

In quest'ottica l'obbligo di incriminazione verrebbe esteso fino a ricomprendere i trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁷⁶⁴. Tale lettura renderebbe conforme l'obbligo derivante dalla CAT a quello corrispettivo individuato dagli artt. 2 e 7 CCPR così come interpretati dal CDU⁷⁶⁵, nonché a quanto statuito – anche di recente – dal Relatore speciale⁷⁶⁶.

In materia, appare il caso di sottolineare come non siano i testi delle Convenzioni (CAT e CCPR) a richiedere espressamente l'adozione di un reato di tortura *ad hoc*⁷⁶⁷, bensì sia stata la giurisprudenza dei rispettivi *treaty body* a raggiungere tale conclusione⁷⁶⁸.

⁷⁶³ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 2; M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 572.

⁷⁶⁴ D.O'DONNELL, cit., pag. 7; M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 247. In tal senso sembra esprimersi anche il CCT nel contesto dei report statali, cfr. ad esempio Osservazioni conclusive su Albania, 2012, § 8; Belgio, 2014, § 13; Israele, 2016, § 31. Anche il SPT segue la stessa linea: cfr. ad esempio report sull'Ucraina, maggio 2017, § 25; Però, agosto 2017, § 107 ss. Invero il CCT, pur sottolineando che gli *ill-treatment* sono una grave offesa e in quanto tali devono essere disciplinati, non ha mai specificato quale tipologia di pena sia proporzionata al disvalore del fatto. Sembra tuttavia improbabile, in base ad un'analisi sistematica delle sue Osservazioni conclusive, che una previsione che richieda meno di un anno di carcere possa essere conforme alla CAT.

⁷⁶⁵ Si è infatti visto come anche il CDU (Osservazioni conclusive sull'Italia, 2017, cit.) richieda un reato *ad hoc* per il crimine di tortura ed esiga la perseguibilità penale degli altri *ill-treatment* (che devono essere puniti in conformità al principio di proporzionalità). Leggermente difforme è la giurisprudenza della CEDU, in quanto se da un lato (come CDU e CCT) pretende la punibilità di tortura e altri *ill-treatment*, dall'altro tuttavia non impone espressamente l'adozione di un reato *ad hoc* per la tortura (a differenza di CDU e CCT). Cfr. nota 526.

⁷⁶⁶ *Interim report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 16 luglio 2015, pag. 44: “*All States have a customary international law obligation to investigate, prosecute and punish all acts of torture and other ill-treatment as codified, inter alia, in the Convention*”.

⁷⁶⁷ A.MARCHESE, *L'attuazione in Italia...*, cit., pag. 7; G.LANZA, *Obblighi internazionali...*, cit., pag. 742.

⁷⁶⁸ Cfr. ad esempio Osservazioni conclusive sull'Italia, cit. Appare superata *in parte qua* la tesi di H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 129. Descrive l'evoluzione dell'orientamento del CCT circa la necessità di introdurre nell'ordinamento interno un reato autonomo di tortura C.INGELSE, *The UN Committee...*, cit., pag. 218 ss.

Da un'analisi della giurisprudenza del Comitato (D.O'DONNELL, cit., pag. 23) emerge che la sanzione penale è proporzionata alla gravità della condotta (di tortura) se il minimo edittole non risulta inferiore a tre anni; il massimo – in assenza di aggravanti – deve essere non inferiore a dieci anni; il massimo – in presenza di gravi lesioni oppure se la tortura cagiona la morte della vittima – deve essere superiore a dieci anni. Oltre alla pena, devono essere garantiti idonei

Molto importante, dato che più del 80% delle comunicazioni individuali hanno questo oggetto, è poi il principio di *non refoulement*: a differenza delle pronunce della Corte Edu e del CDU, le decisioni del CCT sul punto paiono restringere il suo ambito di applicazione ai soli casi di tortura anche se, invero, nelle osservazioni conclusive il Comitato ne amplia il raggio d'azione⁷⁶⁹.

Un'interpretazione restrittiva della norma non appare giustificata non solo alla luce del principio espresso dal General Comment n. 2 § 3 sopra citato, ma anche in virtù del fatto che l'art. 3 presenta una natura preventiva e non ha nulla a che vedere con i procedimenti penali.

Di conseguenza, altresì il criterio adoperato dal primo orientamento sopra esposto farebbe propendere per un'estensione del bando agli altri *ill-treatment*, così come è accaduto con riguardo all'art. 14 CAT. Il CCT ha infatti garantito il diritto di ottenere riparazione ed un equo indennizzo nei confronti di questi ultimi⁷⁷⁰.

3.1. Gli obblighi derivanti dalla CAT

Come abbiamo visto nel Cap. I Par. 4.2, la CAT – a differenza del CCPR e della stessa CEDU – esplicita gli obblighi da essa derivanti e precisa gli elementi costitutivi della “tortura”. Di conseguenza, la “giurisprudenza” del CCT è vincolata dal testo normativo più di quanto non lo siano gli altri *treaty body* presenti nel panorama internazionale. Ciò tuttavia non gli ha impedito da un lato di chiarire il contenuto di alcuni elementi dell'art. 1, dall'altro di definire in maniera più compiuta quale sia il comportamento imposto agli Stati.

procedimenti disciplinari nei riguardi dei pubblici funzionari coinvolti (cfr. *ex multis Guridi c. Spain*, Com. n. 212/02, § 6.8).

Il CCT nel General Comment n. 2 § 8 evidenzia altresì come l'art. 1 non sia un limite alla legislazione penale nel senso che le definizioni di portata più vasta proprie delle leggi nazionali sono comunque in grado di servire all'oggetto e allo scopo della Convenzione. Cfr. ad esempio Osservazione conclusiva sulla legislazione spagnola, § 124 (per un approfondimento a riguardo cfr. G.SERGES, cit., pag. 12) che punisce anche torture interpretate e trattamenti degradanti. Dalla giurisprudenza del CCT si può, sul punto, inferire che né l'incriminazione (anche) dei privati né la punizione dei *mistreatment* meno gravi contrasti con la Convenzione (cfr. Osservazioni conclusive sulla Slovenia, 2011, § 7).

Da ultimo, più controversa appare la necessità o meno della previsione di “*severe pain or suffering*” nella disposizione nazionale (in senso positivo Osservazioni conclusive sul Tagikistan, 2013 in cui il Comitato ritiene che la norma incriminatrice che non prevede questo elemento sia comunque conforme alla CAT; *contra*, Osservazioni conclusive sulla Repubblica Ceca, 2012).

⁷⁶⁹ CCT, *B.S. c. Canada*, Com. n. 166/00, § 7.4; *Tebourski c. France*, Com. n. 300/06, § 8.2; *Abdussamatov et al. c. Kazakistan*, cit., § 13.7; *N.K. c. Paesi Bassi*, Com. n. 623/14 § 10.3; *R.R.L. et al. c. Canada*, Com. n. 659/15, § 10.3; *M.F. c. Svizzera*, Com. 658/15, § 7.7. Vedi anche General Comment n. 2, § 6. A.BYRNES, *The Committee against torture*, in *The United Nations and Human Rights: a critical appraisal* (P.ALSTON a cura di), Clarendon press, Oxford, 1992 pag. 511 ss; S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 234 ss.

In merito alle Osservazioni conclusive in cui è presente un esplicito riferimento anche ai *mistreatment* di altro tipo cfr. quelle sull'Italia, 2007, § 11; Paesi Bassi, 2013, § 19; Regno Unito, 2013, § 18.

⁷⁷⁰ General Comment n. 2, § 3; *Dzemajl c. Jugoslavia*, cit., § 9.6. Interessante, in tal senso, il riferimento fatto dal CCT nelle Osservazioni conclusive sull'Italia, cit., § 20 all'offerta di un programma specifico di assistenza medica a favore delle vittime di tortura.

Sul punto, cfr. *funditus* General Comment n. 3, 2012 in cui il CCT descrive le cinque forme di riparazione a cui gli Stati si devono attenere così come derivanti dall'art. 14 (“*restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and the right to truth, e guarantees of non-repetition*”).

Difatti, si ricordi come se è vero che il CCT non abbia mai richiesto un'applicazione in via orizzontale del divieto, tuttavia ha interpretato in modo assai lato il requisito del coinvolgimento statale, in particolare soffermandosi sul gradino più basso del livello di compartecipazione richiesta dalla norma, la cd acquiescenza tacita. Ogniquale volta sussista un'effettiva inerzia intenzionale della forza pubblica che non impedisca, interrompa, investighi, persegua o punisca torture inflitte da privati, sussiste la responsabilità statale⁷⁷¹. Di conseguenza, le torture interprivate non rientrano nel divieto convenzionale solo se lo Stato adempie correttamente a tali obblighi preventivi e repressivi derivanti dal trattato⁷⁷².

In secundis, il CCT sembra propendere per un'interpretazione restrittiva della cd *lawful sanction clause*, nel senso che: “*torture does not include mental anguish resulting from the fact of incarceration*”⁷⁷³. In particolare, ha infatti escluso che pene previste dal diritto islamico quali sanzioni corporali e fustigazioni siano compatibili con la CAT⁷⁷⁴.

Molto netta la posizione del CCT sull'inderogabilità del bando stabilita dall'art. 2.

Il Comitato ha avuto modo di precisare che l'impiego di tecniche di interrogatorio che consistano in “moderata pressione fisica e psicologica” sia vietato anche allorché sia volto a “proteggere” la popolazione da gravi attentati terroristici⁷⁷⁵, nonché il principio di *non refoulement* non subisca un'eccezione in caso di espulsione di un individuo ritenuto pericoloso⁷⁷⁶.

Con riferimento all'art. 3, ha poi chiarito come il ricorrente debba provare un “rischio reale” di essere sottoposto a tortura nel Paese di destinazione, ossia un pericolo che non sia meramente teorico e che presenti le caratteristiche dell'attualità e della personalità, anche se non si deve arrivare fino alla dimostrazione del fatto che i maltrattamenti siano “altamente probabili”⁷⁷⁷.

L'espulsione del soggetto non può avvenire pure in presenza di assicurazioni diplomatiche disposte dallo Stato di destinazione: la giurisprudenza del CCT è orientata a distinguere tra garanzie che – nel caso concreto – siano in grado di eliminare ogni rischio di tortura al rientro, da quelle inidonee a tale scopo⁷⁷⁸, anche se oggi, da alcune raccomandazioni agli Stati, sembra emergere

⁷⁷¹ In questo senso General Comment n. 2, § 18; CCT, *Dzemajl c. Jugoslavia*, cit.

⁷⁷² Peraltro in *Elmi c. Australia*, Com. n. 120/08, il CCT ha esteso il divieto di allontanamento dello straniero ogniqualvolta rischi di essere sottoposto a torture da parte di privati che esercitino di fatto prerogative che normalmente appartengono agli organi governativi. Cfr. S.SIVAKUMARAN, cit., pag. 551.

⁷⁷³ M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 84.

⁷⁷⁴ Osservazioni conclusive sull'Arabia Saudita, 2002, § 4 e 8, e 2016, § 10.

⁷⁷⁵ Osservazioni conclusive su Israele, 2009, § 14. Osservazioni conclusive sugli USA, cit., § 14. Gli Stati Uniti tentarono di sostenere che la Convenzione non si applicasse in caso di conflitto armato, essendo quest'ultimo normato – a loro dire – esclusivamente dall'*international humanitarian law*. Cfr. anche Osservazioni conclusive sullo Yemen, 2004, § 5.

⁷⁷⁶ CCT, *Teboursky c. Francia*, Com. n. 300/06, § 8.2.

⁷⁷⁷ CCT, *A.S. c. Svezia*, Com. n. 149/99, § 8.3; CCT, *Agiza c. Svezia*, Com. n. 233/03, § 13.4. Cfr. *funditus* General Comment n. 1, § 6. Lo scrutinio particolarmente rigoroso del Comitato in materia si giustifica in base all'elevato numero di comunicazioni individuali che interessano l'art. 3.

⁷⁷⁸ CCT, *Boily c. Canada*, Com. n. 327/07, § 14.4; CCT, *Abdussamatov e al. c. Kazakistan*, Com. n. 444/10, § 8.6.

un'interpretazione maggiormente restrittiva volta ad escludere *tout court* l'utilizzazione di tali strumenti, la cui effettività e realizzabilità appare naturalmente precaria⁷⁷⁹. Questa linea ermeneutica, si pone in continuità con le statuizioni dei Relatori Speciali sulla tortura che si sono succeduti nel tempo, secondo i quali la prassi delle assicurazioni diplomatiche è in grado di compromettere l'assolutezza del divieto, dato che la loro efficacia dipende sempre e comunque dagli stessi Stati aguzzini⁷⁸⁰.

Il Comitato, inoltre, ha avuto modo di condannare esplicitamente provvedimenti di amnistia⁷⁸¹ e altre misure che impediscano di perseguire e punire i sospetti torturatori⁷⁸².

Da ultimo, ha esteso il divieto di utilizzare le informazioni ottenute per il tramite di tortura previsto dall'art. 15 alle ipotesi in cui l'interrogatorio integri altre tipologie di *ill-treatment*.

Contrariamente ad autorevole dottrina⁷⁸³, il CCT sembra orientato ad estendere la cd *exclusionary rule* anche alle condotte di cui all'art. 16 intanto perché – in base allo stesso art. 14, applicabile a queste ultime – il processo deve essere conforme a standard minimi di giustizia (cd *fair trial*) che verrebbero fatalmente violati nel momento in cui si consentisse l'ingresso di prove estorte per il tramite di maltrattamenti, e poi perché in ottica preventiva (art. 2), al fine di scongiurare qualsiasi forma di *mistreatment*, rendere inutilizzabili le risultanze probatorie rappresenta un forte deterrente alla loro esecuzione⁷⁸⁴. Si noti anche come nessuno Stato parte abbia apposto riserve in merito all'art. 15, il che potrebbe essere significativo dell'applicazione universale del disposto e del suo *status* di diritto consuetudinario⁷⁸⁵.

Di certo, dalla giurisprudenza del CCT e del CDU viene esplicitato come questo principio derivi e, al contempo, sia una componente essenziale della generalità e dell'assolutezza del divieto di tortura.

In materia, anche il CDU, *Alzery c. Svezia*, Com. n. 1416/05, § 13.5., ritiene rilevanti le assicurazioni diplomatiche in ordine all'accertamento della violazione del Patto.

⁷⁷⁹ Osservazioni conclusive su Repubblica Ceca, 2012, § 8; Regno Unito, 2013, § 18. Cfr. S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 247 ss.

⁷⁸⁰ Cfr. *inter alia* Report by the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 2011, § 62. Le assicurazioni diplomatiche, di fatto, vengono richieste a Stati che notoriamente ledono i diritti umani, conseguentemente è difficile aspettarsi un mutamento di condotta per il singolo caso considerato.

⁷⁸¹ Osservazioni conclusive su Cile, 2009, § 12; Guatemala, 2013, § 10; Libano, 2017, § 46.

⁷⁸² General Comment n. 2, § 5. In particolare, sulla prescrizione vedi Osservazioni conclusive sull'Italia, cit.

⁷⁸³ J.H.BURGERS, H.DANELIUS, cit., pag. 147 ss; C.INGELSE, pag. 366.

⁷⁸⁴ CCT, *P.E. c. Francia*, Com. n. 193/01, § 6.3; *G.K. c. Svizzera*, Com. n. 219/02, § 6.10. In quest'ultima comunicazione viene altresì specificato che, qualora vi siano delle ragioni per ritenere che siano stati compiuti degli atti di tortura, ricade sullo Stato l'onere di dimostrare che l'elemento non sia stato ottenuto per questa via.

Cfr. anche *Report of the Special Rapporteur on Torture*, 2006, pag. 10. M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 535 ss.

⁷⁸⁵ Dai lavori preparatori emerge come molti Stati avrebbero voluto esplicitamente estendere l'art. 15 alle altre forme di *ill-treatment*, come del resto specificava l'art. 12 della Dichiarazione del 1975, ma non si riuscì a raggiungere un consenso generale su quali articoli della Convenzione dovessero riguardare anche i maltrattamenti meno gravi, compreso quest'ultimo. La lista non esaustiva di cui all'art. 16 rappresentò il compromesso che consentì l'adozione dell'accordo.

3.2. Il ruolo dei due Comitati nel contrasto ad ogni forma di tortura

CDU e CCT hanno, quindi, un ruolo politico fondamentale in ordine all'implementazione e alla coerenza dei trattati di riferimento. Entrambi possono individuare una violazione statale attraverso una comunicazione individuale, oppure possono condannare talune prassi nelle osservazioni conclusive ai rapporti ricevuti⁷⁸⁶. Ad ogni modo, tutte le loro decisioni devono essere assunte con estrema cautela, al fine di incentivare e non eliminare le chances di collaborazione con lo Stato.

Il dialogo è, infatti, l'unica strada percorribile per portare a compimento le rispettive "vedute".

Quest'ultimo inizia con la sottoposizione del report statale, può essere successivamente arricchito da informazioni provenienti da terzi (quali, le ONG), viene scandito da un'ulteriore richiesta di informazioni e chiarimenti da parte del *treaty body*, e non trova una conclusione nella predisposizione delle osservazioni conclusive ma è anzi "rilanciato" dai controlli *follow up* che ne seguono⁷⁸⁷. In base al suo esito, occorre decidere se convenga adottare una decisione critica o meno, a seconda delle circostanze del caso.

D'altronde, si è già evidenziato come i Comitati non siano Tribunali: le rispettive prese di posizione non sono quindi giuridicamente vincolanti per i loro destinatari. Tuttavia le norme delle convenzioni di riferimento (CCPR e CAT) lo sono per gli Stati parte e, nei limiti in cui sono rappresentative di obblighi consuetudinari, lo sono anche per tutti quelli che non hanno ratificato l'accordo. Da qui deriva l'importanza della loro "giurisprudenza" e delle "linee-guida" così come espresse nei commenti generali.

Le decisioni di questi autorevoli interpreti del diritto convenzionale, sebbene non siano coattivamente eseguibili, assumono un peso politico che non deve essere sottovalutato: il mancato adempimento delle loro raccomandazioni incide significativamente sulla reputazione statale dal momento che l'etichettatura di "stato torturatore" è vista con sguardo particolarmente critico dalla Comunità internazionale e dall'opinione pubblica. La loro "pressione" nei riguardi degli Stati recalcitranti, che si ostinano a violare sistematicamente il bando o gli obblighi da esso derivanti, è l'unico strumento su cui i Comitati possono far leva per raggiungere gli obiettivi pattizi⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Si ricordi come osservazioni conclusive, report statali e comunicazioni individuali sono soggetti a pubblicità e sono reperibili sul sito del *treaty body* di riferimento.

Si evidenzia altresì come potenzialmente vi possa essere un conflitto di giurisdizioni tra i due Comitati: cfr. Rule 96 let. e) del Regolamento di procedura del CDU e art. 113 let. d) del Regolamento di procedura del CCT. Per un approfondimento sul punto cfr. M.NOWAK, E.MCARTHUR, *CAT Commentary*, cit., pag. 751 ss; M.NOWAK, *CCPR Commentary*, cit., pag. 876 ss.

⁷⁸⁷ Solitamente un membro del Comitato (cd *follow up rapporteur*) è incaricato di verificare come e se siano rispettate le raccomandazioni. I controlli *follow up* possano seguire anche a comunicazioni individuali. Le cd *follow up information* sono pubbliche.

⁷⁸⁸ *In parte qua*, è doveroso sottolineare l'importante ruolo svolto dalle ONG nella pubblicizzazione delle conclusioni dei Comitati al fine di alimentare la pressione dell'opinione pubblica internazionale sugli Stati coinvolti.

In quest'ottica si spiega la contraddittorietà di certa giurisprudenza e l'utilizzazione di categorie aperte e termini "diplomatici": strette sussunzioni normative non avrebbero consentito di assolvere nel migliore dei modi il rispettivo mandato e di raggiungere i risultati positivi registrati nel corso del tempo.

Sebbene in negativo si continui a denunciare l'inottemperanza di alcuni Stati alle decisioni e la mancata presentazione dei report⁷⁸⁹ e delle risposte alle procedure di *follow up* da parte di altri, appare comunque evidente come molti Paesi abbiano cambiato la propria condotta in seguito alla ricezione delle osservazioni e si siano viste lente ma effettive modifiche delle legislazioni interne.

Inoltre, i due Comitati hanno talvolta rappresentato un sostegno alle opposizioni avverso un governo dittatoriale, in altri casi hanno concentrato l'attenzione internazionale su situazioni specifiche meritevoli di interesse, sono un punto di riferimento per la giurisprudenza nazionale e internazionale e hanno contribuito a portare al centro del dibattito politico la lotta contro la tortura, tracciando il percorso da intraprendere per le future riforme.

Da ultimo, non è secondario il fatto che abbiano incarnato uno (e di sovente l'unico) strumento di riparazione per le vittime: il riconoscimento dell'accadimento è, difatti, la *condicio sine qua* di un equo ristoro.

4. Gli *ill-treatment* nei report del Sotto-Comitato per la prevenzione della tortura

Come evidenziato nel Cap. I Par. 4.4, il Sotto-Comitato (di seguito, SPT) è un organo sussidiario al CCT volto a rinforzare la protezione delle persone private della libertà contro gli *ill-treatment* e, di conseguenza, a facilitare il raggiungimento degli obiettivi propri della CAT⁷⁹⁰. Ciononostante, si tratta di un'istituzione indipendente rispetto al Comitato: i suoi membri sono nominati dai Paesi membri e non dal CCT, ed esercita le sue funzioni (consistenti, principalmente, in condurre visite nei luoghi di detenzione, disporre raccomandazioni nei riguardi degli Stati e assistere questi ultimi nello sviluppo e nell'attuazione della normativa interna) in modo autonomo. L'unico collegamento che sussiste tra i due organi è sancito dall'art. 16: da un lato il SPT deve annualmente presentare al CCT un rapporto sulla sua attività, dall'altro il CCT – in via sanzionatoria – può decidere di rendere

⁷⁸⁹ A riguardo, si evidenzia un ulteriore problema: l'alto numero di report rispetto alle poche sedute di cui i Comitati dispongono per portare avanti la propria attività. Ciò determina il passaggio di un considerevole lasso di tempo tra la presentazione del report e il loro esame. Dagli ultimi resoconti sull'attività dei due organi emerge, tuttavia, come le nuove procedure adottate in materia (da entrambi i Comitati) stiano ottenendo buoni risultati sia nel senso di favorire l'adempimento degli Stati che sono in ritardo nella presentazione del report sia sotto il profilo temporale, assicurando una più veloce e specifica individuazione delle informazioni rilevanti. Cfr. C.D.CREAMER, B.A.SIMMONS, *Ratification, Reporting and Rights: Quality of Participation in the Convention against Torture*, in *Human Rights Quarterly*, 2015, pag. 579 ss.

⁷⁹⁰ Cfr. Preambolo del Protocollo facoltativo alla CAT (2002).

una cd dichiarazione pubblica oppure render noto un report del SPT se lo Stato si rifiuta di cooperare con il Sotto-Comitato.

Dalla “giurisprudenza” del Sotto-Comitato e da quanto statuito dallo stesso in merito al contenuto dell’obbligo di prevenzione⁷⁹¹, non emergono puntuali definizioni di tortura e trattamenti (o pene) crudeli, inumani, o degradanti. Si può in questo ambito mutuare quanto sancito dal CCT nel General Comment n. 2, nel senso che non è chiaro quali siano gli elementi che contraddistinguono le quattro sotto-categorie.

Peraltro, se sempre di quattro *species* di *mistreatment* sembra corretto parlare visto il riferimento esplicito che viene fatto nel Preambolo del Protocollo facoltativo alla distinzione di cui all’art. 16 CAT e anche solo considerando il nome “per esteso” dello stesso SPT, tuttavia dalle sue decisioni emerge genericamente la presenza di due sole nozioni: la tortura da un lato, e tutti gli altri *ill-treatment* dall’altro.

Similmente alla giurisprudenza delle Corti internazionali e dei principali *treaty body*, anche il SPT segue un approccio in concreto⁷⁹² – *case by case* – che da un lato rifugge rigide elencazioni di condotte vietate, e dall’altro tiene a conto delle evoluzioni sociali al fine di designare l’ambito applicativo del divieto e, conseguentemente, indicare fino a dove deve spingersi la prevenzione statale.

Più precisamente, il concetto di tortura a cui si riferiscono i dieci membri che lo compongono è sempre quello di cui all’art. 1 CAT con riguardo all’obbligo di incriminazione dei comportamenti nei Paesi visitati⁷⁹³, ma da un’analisi complessiva del suo lavoro emerge come il SPT di fatto si serva di diversi strumenti internazionali – e delle relative qualificazioni – per attuare appieno il proprio mandato. Tra questi non risultano solo trattati come il CCPR, ma anche (come previsto dall’art. 2 co. 2 OPCAT) dichiarazioni non vincolanti, principi e linee guida per la protezione dei detenuti disposte dall’ONU (cfr. Cap. I Par. 6 per una loro disamina). Al contempo, restano fermi gli obblighi statali che discendono dagli accordi regionali e quelli derivanti dalle Convenzioni di Ginevra (cfr. artt. 31 e 32 OPCAT).

Da questo quadro emerge la possibilità del Sotto-Comitato di agire con grande discrezionalità, avendo come punto di riferimento il divieto consuetudinario di tortura e altri *ill-treatment* più che una sola e specifica convenzione di riferimento.

⁷⁹¹ Cfr. *The approach of the Subcommittee on Prevention of Torture to the concept of prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment under the Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, novembre 2010.

⁷⁹² *Ibidem*, § 3.

⁷⁹³ Cfr. *ex multis* report sull’Italia, 22 settembre 2016, § 33.

Del resto, non va dimenticato come il SPT, al pari del CPT a livello europeo, sia un organo non giudiziario con funzioni preventive⁷⁹⁴: la genericità delle nozioni adoperate è quindi funzionale al miglior perseguimento del suo scopo che non è limitato all'interruzione di un maltrattamento in essere, bensì si spinge a impedirne di futuri.

Peraltro l'ampia discrezione nel dare contenuto ai concetti in parola è giustificata anche dal fatto che, a differenza della CEDU, la CAT non è un trattato sui diritti umani presieduto da un Tribunale internazionale in grado di condannare lo Stato che dovesse violarla, ma è un accordo che impone l'incriminazione di episodi di tortura con l'intento di scongiurarla. Di conseguenza, se al CPT – come abbiamo visto nel Cap. II – è richiesta una certa consonanza di vedute con la Corte Edu, in questo caso invece non è necessaria una stretta correlazione tra SPT e CCT, non essendo quest'ultimo un'autorità giudiziaria con poteri coercitivi.

Con ciò non si intende deprecare la corretta (e, anzi, doverosa⁷⁹⁵) utilizzazione da parte del SPT della definizione di cui all'art. 1 CAT per designare *l'ubi consistam* dell'obbligo di incriminazione né un eventuale avvicinamento della terminologia adoperata dai due organi, che anzi sarebbe auspicabile per rendere maggiormente tassativo il divieto di tortura a livello internazionale. Invero, si vuole solamente evidenziare come il rafforzamento della protezione dei reclusi operato da un *treaty body* non dotato di poteri coercitivi passi anche (e soprattutto) attraverso l'utilizzazione di nozioni a geometrie variabili, in grado di tenere il passo delle risposte e degli interventi effettivamente presi dagli Stati visitati.

Si aggiunga che, a differenza del CPT, il SPT ha un mandato potenzialmente “globale” e, di conseguenza, si deve confrontare con ordinamenti e sistemi di governo assai eterogenei.

Se il ruolo e la funzione politica *lato sensu* di *treaty body* quali il SPT e CPT rifugge un lessico rigido che fatalmente finirebbe per irrigidire il dialogo con gli Stati e non consentirebbe di raggiungere i risultati sperati, sarebbe comunque auspicabile la creazione di un *framework* normativo di riferimento per la cooperazione interistituzionale, sempre nell'ottica di una miglior tutela della dignità dei reclusi⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ Evidenti in materia appaiono le affinità istituzionali e funzionali tra SPT e CPT: entrambi hanno il potere di visitare i luoghi di detenzione, i loro rapporti sono confidenziali ed è sostanzialmente uguale anche la disciplina “sanzionatoria” prevista dai rispettivi trattati nei riguardi degli Stati inadempienti.

Si ricordi, tuttavia, come il SPT non ha il potere di effettuare visite *ad hoc* e, a differenza di quanto accade in ambito europeo, non è ancora diffusa la (buona) prassi di consentire la pubblicazione dei rapporti del Sotto-Comitato (dall'ultimo *Annual Report* risulta come la metà degli Stati si sia rifiutata, § 20).

Per un approfondimento, cfr. G.DEBECO, *The OPCAT*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, pag. 260 ss; R.MURRAY, E.STEINERTE, M.D.EVANS, A.H.DEWOLF, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture*, Oxford University Press, Oxford, 2011. I report del Sotto-Comitato sono reperibili in: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/OPCATIndex.aspx>.

⁷⁹⁵ Difatti, se i due organi adoperassero sul punto nozioni antitetiche gli Stati non saprebbero come conformarsi all'art. 4 CAT.

⁷⁹⁶ Per un approfondimento M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 1155 ss.

A questo riguardo, è rimarchevole la prima dichiarazione congiunta svolta dai Presidenti dei due organi lo scorso giugno, nonché le consultazioni e lo scambio di informazioni che il SPT ha intrapreso con i principali Tribunali e organi di controllo competenti in materia, così come registrato anche nell'ultimo Annual Report⁷⁹⁷.

Posto che in alcuni Stati del Consiglio d'Europa sussiste la contemporanea presenza di tre organi con funzioni similari, quali il CPT, il SPT e i vari meccanismi di controllo nazionale, è stato suggerito in dottrina come il compito del Sotto-Comitato in tali ipotesi dovrebbe essere limitato a supportare e sviluppare questi ultimi, senza perdere tempo e risorse nell'effettuare sopralluoghi⁷⁹⁸.

Il Sotto-Comitato ad oggi ne ha svolti cinque in Paesi membri del Consiglio d'Europa e, in ogni caso, si è assistito ad una stretta collaborazione con il CPT.

Manca ancora, sotto altro profilo, una pianificazione programmatica comune delle visite che consenta di evitare inutili sovrapposizioni tra i diversi organi, nonché la definizione di standard condivisi: al fine di impedire la creazione di regimi differenziati di applicazione del divieto di tortura non sembra, infatti, sufficiente che il Sotto-Comitato e il CCT si limitino ad ispirarsi alla giurisprudenza della CEDU e alle linee-guida del CPT.

5. I *mistreatment* nei report del Relatore speciale sulla tortura

L'importanza del lavoro del Relatore speciale sulla tortura nella prevenzione e nel contrasto dei *mistreatment* è tangibile dal contributo dato in ordine alla precisazione degli obblighi che impone il diritto internazionale e all'elaborazione di nozioni di *ill-treatment* generalmente valide.

Sotto il primo profilo, si ricordi ad esempio come Nigel Rodley, nel 1999 – con anni di anticipo rispetto al CDU e al CCT– statuì il principio secondo cui la pena deve essere proporzionata alla gravità del fatto, oltre al tradizionale obbligo per le autorità statali, in caso di denuncia di atti di tortura o maltrattamenti, di svolgere un'inchiesta adeguata ed eventualmente promuovere un processo penale o disciplinare⁷⁹⁹. Allo stesso tempo, i sei Relatori speciali che fino ad oggi si sono succeduti nell'incarico hanno avuto modo di raccomandare *inter alia* il divieto di *incommunicado detention*, il divieto di utilizzo di prove estorte per il tramite di torture o altri maltrattamenti, il divieto di amnistia o altre cause di esclusione della pena irrogata ai torturatori, la necessità di corsi di formazione per il personale di polizia e chiunque operi in un luogo di

⁷⁹⁷ Tenth annual report of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, aprile 2017, § 34 ss.

⁷⁹⁸ G.BORGNA, cit., pag. 718.

⁷⁹⁹ Report on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1 ottobre 1999, § 47.

reclusione, il principio di *non refoulement*, nonché il diritto della vittima di ricevere una forma di riparazione, anche di natura economica⁸⁰⁰.

Sotto il secondo versante, è imprescindibile invece il rapporto redatto da Manfred Nowak nel 2005⁸⁰¹ a cui più volte si è fatto riferimento nel corso del lavoro, secondo il quale la differenza tra tortura e altri *misbehaviour* non deve essere ravvisata tanto nell'intensità del dolore provocato, quanto piuttosto nello scopo della condotta, nell'intenzione dell'agente e nella condizione di impotenza della vittima.

Nel report del febbraio 2017⁸⁰² sottoposto all'attenzione del Consiglio per i diritti umani, l'attuale Relatore speciale, Nils Melzer, si è proposto di chiarire quanto affermato dal suo predecessore al fine di implementare la coerenza del divieto in analisi e conformare la statuizione alle evoluzioni che nel frattempo si sono verificate nel panorama internazionale.

A questo proposito ha dato seguito con un report di qualche mese successivo⁸⁰³ in cui, dopo aver specificato le nozioni presenti nei trattati internazionali, ha disposto alcune “*generic observation*” valide comunemente.

In apertura ha ribadito l'assolutezza e l'inderogabilità del bando estendendolo anche ai trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti. Ha poi ricordato come i termini “*pain or suffering*” includano il dolore fisico e mentale, comprendendo umiliazioni e angosce.

Inoltre, ha registrato una sintonia di vedute sul fatto che la tortura sia una forma più grave di trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti, anche se ciò non deve essere inteso nel senso che implichi in ogni caso una sofferenza più acuta. Si tratta, più semplicemente, di una condotta con un disvalore maggiore: “*aggravated wrong, which does not necessarily require aggravated pain and suffering*”⁸⁰⁴.

Sotto altro profilo, ha sottolineato che i maltrattamenti *minoris generis* rappresentano un insieme ricomprensivo un'ampia galassia di azioni consistenti nell'inflizione illecita di dolore e sofferenze, mentre per individuare cosa sia o meno tortura occorre inevitabilmente fare riferimento ai trattati applicabili di volta in volta. Come abbiamo visto nel corso del lavoro, infatti, i caratteri suoi propri cambiano a seconda degli accordi internazionali e delle giurisprudenze che si prendono in considerazione.

⁸⁰⁰ Cfr. *General Recommendations of the Special Rapporteur on torture*, 2003, reperibili in: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>.

⁸⁰¹ *Report of the Special Rapporteur on the question of torture*, 23 dicembre 2005, § 34 ss.

⁸⁰² *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 14 febbraio 2017, § 20.

⁸⁰³ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 20 luglio 2017, § 25 ss.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, § 28.

Da ultimo, ha ribadito gli elementi tipici della tortura così come descritti da Nowak (*intent, purpose and powerlessness*) ma con una serie di precisazioni. Posto che il *proprium* della fattispecie è la strumentalizzazione del dolore e della sofferenza di un uomo al fine di raggiungere un qualche obiettivo, secondo Melzer non si vede perché non debba essere ritenuta tale anche la condotta posta in essere per puro sadismo, dunque funzionale ad una soddisfazione di carattere personale.

È qui seguita quella dottrina che non solo evidenzia la mancanza di una lista chiusa di finalità nell'art. 1 CAT, ma ritiene anche che l'indicazione degli scopi ivi svolta sia così ampia da farvi rientrare qualsiasi tipologia di condotta intenzionale correlata ad una situazione di impotenza della vittima⁸⁰⁵.

Importante anche il tentativo di individuazione del significato di “*powerlessness*” che sussiste quando: “ (...) *someone is overpowered, in other words, has come under the direct physical or equivalent control of the perpetrator and has lost the capacity to resist or escape the infliction of pain or suffering*”.

Tutto questo precisato, il Relatore speciale conclude ritenendo che: “*As a matter of generic concept, therefore, the definition of torture does not necessarily depend on the precise purpose or intensity of the inflicted pain or suffering, but on the intentionality and purposefulness of that infliction in conjunction with the powerlessness of the victim*”. Viceversa, i trattamenti crudeli, inumani o degradanti, possono anche solo consistere nell'infliczione non deliberata di dolore o sofferenza (ad esempio, se questi rappresentino una conseguenza imprevista), non richiedono la strumentalizzazione in vista di un qualche scopo, e possono includere l'esercizio non proporzionato o comunque illegale della forza contro persone che non necessariamente si devono trovare in condizione di *powerlessness* (come ad esempio accade prima di un fermo o in situazioni di legittima difesa).

Riassumendo, il Relatore speciale – nel suo ultimo rapporto – pur ribadendo che la nozione di tortura varia al cambiare del sistema di riferimento, evidenzia come non sia un carattere imprescindibile della stessa la particolare acutezza del dolore e della sofferenza procurata: d'altronde, questa considerazione è inevitabile tenuto a conto che la soglia di gravità sua propria è destinata ad abbassarsi in seguito all'evoluzione della sensibilità internazionale in materia.

A contrario, la sua essenza va ravvisata nella strumentalizzazione dell'individuo da fine a mezzo: di conseguenza, essa può essere attuata per molteplici obiettivi e anche solo per una forma di compiacimento sadistico.

⁸⁰⁵ Cfr. *ex multis* G.WERLE, F.JESSBERGER *Principles...*, cit., pag. 366; S.DEWULF, *Torture: in search ...*, cit., pag. 7.

Non trattandosi di un organo istituito in base a un trattato⁸⁰⁶, le affermazioni del Relatore hanno carattere generale, proprio perché non sono “vincolate” da alcun testo normativo.

Questa posizione *super partes* gli consente di essere anello di congiunzione tra tutti i Tribunali e gli istituti di controllo previsti a livello internazionale in materia: il ruolo svolto in tal senso – così come richiesto dal Consiglio per i diritti umani⁸⁰⁷ – appare fondamentale al fine di inaugurare la costruzione di un vero e proprio *legal framework* sul punto⁸⁰⁸.

Sotto diverso profilo, talvolta è l’unico riferimento per le vittime di torture avvenute al di fuori delle fattispecie di competenza dei vari *human rights body*. È possibile, ad esempio, che lo Stato non sia parte della CAT o di altra convenzione: in questo caso, è solo il Relatore speciale che può rispondere alla contestazione e, per giunta, è in grado di farlo con una certa celerità⁸⁰⁹ non essendo sottoposto ad alcuna procedura pattizia in particolare (cfr. ad esempio gli artt. 20 ss. CAT). Come ricordato nel Cap. I Par. 3.7.1, infatti, a differenza dei tradizionali cd *individual complaint mechanism*, questi può intervenire anche se i ricorsi interni non sono stati esauriti.

6. I *mistreatment* nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo e della Commissione interamericana dei diritti dell’uomo

Gli organi di controllo previsti dal sistema interamericano, la Commissione avente natura quasi-giurisdizionale (di seguito, CI), e la Corte (di seguito, CIDU) avente natura giudiziale, hanno sviluppato nel corso degli anni un’abbondante giurisprudenza in relazione alla protezione della dignità umana attraverso report⁸¹⁰, opinioni consultive e decisioni, aventi ad oggetto sia le tipologie di condotte vietate sia le obbligazioni a cui gli Stati si devono attenere.

Le fonti da prendere in considerazione in materia di tortura sono tre, così come ricordato nel Cap. I⁸¹¹.

⁸⁰⁶ Cfr. Cap. I Par. 3.7.1., lo *Special rapporteur* è stato istituito nel quadro delle competenze in materia di diritti umani dell’Assemblea Generale.

⁸⁰⁷ *Resolution adopted by the Human Right Council*, 24 marzo 2017, let. f). I report indirizzati al Consiglio si aprono con le collaborazioni instaurate dal Relatore speciale con gli altri organismi internazionali interessati durante il periodo preso in considerazione.

⁸⁰⁸ In questo senso si veda, ad esempio, il report del luglio 2017, § 71 ss, che si conclude suggerendo agli Stati, da un lato, di prevedere – tra le competenze dei meccanismi di prevenzione nazionale di cui all’OPCAT – anche i casi di utilizzo della forza pubblica al di fuori dei luoghi di detenzione, dall’altro di indicare nei report al CDU e al CCT un capitolo dedicato a questa tematica.

⁸⁰⁹ La procedura di cd *urgent appeal*, consente ad esempio di prevenire fattispecie di tortura attraverso una segnalazione al Ministro di competenza. Per un approfondimento in ordine ai poteri del Relatore speciale cfr. S.JOSEPH, K.MITCHELL, L.GYORKI, C.BUDEL, cit., pag. 143 ss.

⁸¹⁰ Data la rilevanza politica e morale che riveste nell’ambito dell’Organizzazione, è importante ricordare in materia il rapporto generale sulla situazione dei diritti umani in uno Stato di cui all’art. 60 del Regolamento della Commissione, passibile di pubblicazione.

⁸¹¹ Per un approfondimento dottrinale cfr. tra gli altri D.R.PINZÒN, C.MARTIN, cit., pag. 100 ss; C.N.ROJAS, *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crudele, inhumanos y degradantes*, in *Anuario de derecho constitucional*

In primo luogo la Dichiarazione americana del 1948, che ha uno *status* normativo in quanto fonte di interpretazione dello Statuto dell'OSA e, di conseguenza, è in grado di vincolare anche gli Stati dell'Organizzazione che non hanno ratificato la Convenzione americana⁸¹². La sua violazione determina non solo la responsabilità internazionale dello Stato ma può essere accompagnata anche dalla richiesta di un risarcimento del danno causato in favore della vittima o dei suoi eredi, e dalla raccomandazione di rispettare le obbligazioni pattizie al fine di evitare l'illecito in futuro.

In secondo luogo la Convenzione del 1969 (di seguito, ACHR), l'unico atto su cui la CIDU detiene "giurisdizione contenziosa". Più precisamente, se la Corte ha un ruolo consultivo anche con riguardo alla Dichiarazione, tuttavia ha il potere di accertare le responsabilità statali in ordine alla violazione dei diritti sanciti dalla sola Convenzione, sempre che la sua competenza sia stata accettata dai Paesi membri. La CIDU – che può essere adita esclusivamente dagli Stati o dalla Commissione – ha la facoltà di ordinare la cessazione dell'inadempimento, eventualmente richiedendo di adattare la legislazione nazionale alla Convenzione⁸¹³, e può disporre una riparazione del danno in conformità all'art. 63 ACHR. Dato che il rimedio della *cd restitutio in integrum* difficilmente è attuabile nei casi di tortura, viene solitamente previsto un indennizzo pecuniario che tuttavia può essere accompagnato (o del tutto sostituito⁸¹⁴) dal riconoscimento pubblico della responsabilità e dalle relative scuse, da specifiche misure mediche e psicologiche o da altre soluzioni ritenute idonee a seconda delle circostanze del caso⁸¹⁵.

Ultima ma non da ultima (per rilievo) deve essere menzionata la Convenzione *ad hoc* del 1985 (di seguito, IACPPT), la cui supervisione è affidata alla Commissione, anche se la Corte interpreta

latinoamericano, 2009, pag. 585 ss; M.BLENGIOVALDES, *La prevención y prohibición de la tortura ante los desafíos de la seguridad pública. Algunos aspectos de la realidad latinoamericana*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di L.ZAGATO, S.PINTON, Cedam, Padova, 2010, pag. 277 ss; *Atti del Convegno svoltosi 6-7 giugno 2013 "Argentina a 200 años de su prohibición Congreso Internacional sobre Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes"*, reperibili sul sito della CIDU, in particolare pag. 73 ss; E.F.MACGREGOR *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*, in *Revista Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, 2014, pag. 29 ss; C.STEINER, P.URIBE, *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, pag. 133 ss. (in particolare, cfr. commento dell'art. 5 a cura di C.NASH); C.PAIVA, T.A.HEEMAN, *Jurisprudencia internacional de derechos humanos*, CEI, Belo Horizonte, 2017. La giurisprudenza della Corte è reperibile in: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en>. Per la Commissione cfr: <http://www.oas.org/en/iachr/>.

⁸¹² Cfr. art. 20 dello Statuto e artt. 51, 52 del Regolamento della Commissione per la procedura speciale relativa alle petizioni concernenti i diritti contenuti nella Dichiarazione.

⁸¹³ Con riferimento alla modifica di normative interne che prevedevano pene corporali crudeli, inumane e degradanti cfr. ad esempio CIDU, *Caesar c. Trinidad e Tobago*, sent. 11 marzo 2005.

⁸¹⁴ CIDU, *Cantos c. Argentina*, sent. 28 novembre 2002, § 71.

⁸¹⁵ Cfr. art. 68 della Convenzione in ordine all'obbligatorietà delle sentenze della Corte per gli Stati membri.

Con riguardo alle tipologie di misure riparatorie cfr. CIDU, *Trujillo Oroza c. Bolivia*, sent. 27 febbraio 2002, § 77; *Mack-Chang c. Guatemala*, sent. 25 novembre 2003, § 236; *Masacre Plan de Sanchez c. Guatemala*, sent. 19 novembre 2004, § 93 ss; *Gomez-Paquiyaury c. Perù*, sent. 8 luglio 2004, § 189; *Gomez Lund e al. c. Brasile*, sent. 24 novembre 2010. Nel caso *Vargas Areco c. Paraguay*, sent. 26 settembre 2006, § 136, fu imposto allo Stato di intitolare una strada alla vittima e di produrre un documentario sul caso da diffondere nelle scuole del Paese; nel caso *Gudiel Alvarez e al. c. Guatemala*, sent. 20 novembre 2012, fu imposta la costruzione di un Parco in memoria dei *desaparecidos*.

estensivamente le sue competenze, accertando la sussistenza di azioni statali poste in essere in violazione non solo dell'accordo del 1969, ma anche del trattato in questione⁸¹⁶.

Entrando nel merito delle nozioni in uso nel sistema interamericano, occorre evidenziare come il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza di cui all'art. 1 della Dichiarazione del 1948 ha trovato attuazione nell'art. 5 co. 2 ACHR, il quale, pur riferendosi alla tortura e agli altri *mistreatment*, non ne contiene alcuna definizione esplicita⁸¹⁷. È l'art. 2 IACPPT a statuirlo, divenendo punto di riferimento per entrambi gli organi di controllo: per la Commissione in quanto *treaty body* individuato dalla stessa IACPPT, per la Corte in quanto la IACPPT è parte del *corpus iuris* interamericano e, di conseguenza, può essere utilizzata per chiarire il contenuto dell'art. 5 ACHR⁸¹⁸.

Perché un atto configuri tortura ai sensi dell'art. 5 ACHR sono necessari tre elementi secondo la Corte: una condotta (attiva o omissiva) di carattere doloso, ossia non è sufficiente un'azione imprudente, negligente o fortuita; una grave sofferenza fisica o un acuto dolore psichico patito dalla vittima, derivante anche solo dalla minaccia di essere maltrattati⁸¹⁹; un fine a cui mira l'agente⁸²⁰.

Appare fin da subito il caso di sottolineare come, sebbene l'art. 2 non richieda il “*severe pain*”, la Corte abbia più volte ribadito che, per considerare un atto come “tortura”, il patimento debba essere grave o intenso⁸²¹. Tale statuizione è in qualche modo “attenuata” dal disposto del secondo periodo dell'art. 2 co. 1, secondo cui l'utilizzazione di metodi volti ad annullare la personalità della vittima o diminuire le sue capacità fisiche o mentali, anche senza la causazione di sofferenze psico-fisiche, può integrare la fattispecie.

Dalle pronunce della Corte e della Commissione emerge, poi, chiaramente l'influenza della giurisprudenza della Corte Edu: infatti, da un lato la formula adottata è dinamica in quanto soggetta a una continua evoluzione alla luce delle condizioni attuali e dei valori mutevoli delle società

⁸¹⁶ Per un approfondimento, cfr. C.ZANGHÌ, cit., pag. 423. *Inter alia*, cfr. CIDU, *Vélez Loor c. Panama*, sent. 23 novembre 2010, § 32 ss.

⁸¹⁷ La Commissione interamericana ha deliberato che il diritto alla sicurezza personale implica quello a un trattamento umano e al rispetto dell'integrità personale (CI, *Ovelario Tames c. Brasil*, Rep. n. 60/99).

⁸¹⁸ In tal senso vedi CIDU, *Tibi c. Ecuador*, sent. 7 settembre 2004, § 145; CIDU, *La Cantuta c. Perù*, sent. 29 novembre 2006; CIDU, *Ortega e al. c. Messico*, 30 agosto 2010. Invero, la CIDU talvolta si riferisce anche all'art. 1 CAT per qualificare le condotte vietate dall'art. 5 ACHR: cfr. *Maritza Urrutia c. Guatemala*, sent. 27 novembre 2003, § 48; *Gomez-Paquiayauri c. Perù*, cit., § 41. Le differenze tra art. 1 CAT e art. 2 IACPPT sono state delineate del Cap. I Par. 5.

⁸¹⁹ CIDU *Maritza Urrutia c. Guatemala*, cit., § 92; CIDU, *Tibi c. Ecuador*, cit., § 149; CIDU, *Servellon-Garcia c. Honduras*, sent. 21 settembre 2006, § 99.

⁸²⁰ CIDU, *Gomez-Paquiayauri c. Perù*, cit., § 115; CIDU, *Velasquez c. Guatemala*, sent. 25 novembre 2000, § 156; CIDU, *Bueno Alves c. Argentina*, sent. 11 maggio 2007, § 79; CIDU, *Fleury e al. c. Haiti*, 23 novembre 2011, § 73; CIDU, *Ruano torres e al. c. El Salvador*, sent. 5 ottobre 2015, § 121. Si ricordi come l'art. 2 IACPPT contenga la perifrasi per “qualunque altro fine” che consente di prendere in considerazione qualsiasi tipologia di scopo. Cfr. C.N.ROJAS, cit., pag. 599.

⁸²¹ CIDU, *Caesar c. Trinidad e Tobago*, cit., § 50; CI, *Lizardo Cabrera c. Repubblica Dominicana*, Rep. n. 35/96. Il requisito dell'intensità non appare invece in tutte le decisioni della Commissione.

democratiche⁸²², dall'altro adopera l'intensità del patimento al fine di discernere la tortura dagli altri *mistreatment* e i trattamenti vietati da quelli ammissibili.

Il criterio del *level of severity* è – anche in questo caso – relativo, dal momento che esige un'analisi caso per caso che abbracci tutte le peculiarità della situazione specifica, di ordine oggettivo (la durata del maltrattamento, i metodi utilizzati e il contesto nel quale è accaduto) e soggettivo (l'età⁸²³, il sesso e condizioni di particolare vulnerabilità della vittima)⁸²⁴: in quest'ottica, la tortura rappresenta una forma più grave di trattamento crudele, inumano o degradante⁸²⁵.

In base a tale criterio, sono state qualificate in questi termini dalla giurisprudenza interamericana le seguenti condotte: la “tortura psicologica” a cui è sottoposto un soggetto con lo scopo di farlo confessare per un crimine non commesso⁸²⁶; la violenza sessuale (che può essere integrata anche per il tramite di una sola azione)⁸²⁷; la fustigazione come pena corporale⁸²⁸; la detenzione in isolamento accompagnata dalla privazione di cibo nei confronti di un detenuto già debilitato⁸²⁹; i soprusi della polizia nei confronti di soggetti fermati, una volta posta sotto controllo la situazione, che hanno portato alla morte di diversi civili⁸³⁰; l'arresto illegittimo di sospetti criminali a cui sono seguite percosse, mantenimento in *stress position*, incappucciamento, minacce di uccisione al fine di estorcere una confessione⁸³¹.

Quanto alle peculiarità dei comportamenti degradanti, il grado di umiliazione agli occhi degli altri oppure la costrizione ad agire contro i propri desideri e la propria coscienza sono i caratteri che li contraddistinguono dalle altre sotto-categorie⁸³². Ad ogni modo, dall'analisi delle decisioni degli organi di controllo emerge come spesso lo Stato venga condannato per azioni che sono al contempo degradanti e inumane, così come – sotto profilo contiguo – non risulta sussistere una distinzione di fondo tra crudeltà e inumanità, tanto da far credere che compongano un'endiadi.

Oltre all'intensità del patimento, un'ulteriore differenza rispetto alla tortura può essere rintracciata nell'elemento soggettivo: i trattamenti crudeli, inumani o degradanti, non derivano necessariamente

⁸²² CIDU, *Cantoral-Benavides c. Perù*, sent. 18 agosto 2000, § 99.

⁸²³ Anche la CIDU ha ritenuto, ad esempio, che la condotta che configura un maltrattamento nei riguardi di un bambino può non esserlo se rivolta ad un adulto (*Instituto de Reeducacion del Menor c. Paraguay*, sent. 2 settembre 2004, § 162).

⁸²⁴ CIDU, *Gomez-Paquiyaury c. Perù*, cit., § 113; CIDU, *Ximenes-Lopez c. Brasile*, sent. 4 luglio 2006, § 127; *Fleury c. Haiti*, cit., § 73.

⁸²⁵ CI, *Michael Gayle c. Jamaica*, Rep. n. 92/05, § 62; *Lizardo Cabrera c. Repubblica Dominicana*, cit., § 80.

⁸²⁶ *Maritza Urrutia c. Guatemala*, cit., § 364; *Cantoral-Benavides c. Perù*, cit., § 104.

⁸²⁷ CI, *Martí de Meija c. Perù*, Rep. n. 5/96; CIDU, *Ortega e al. c. Messico*, cit.; CIDU, *Tamayo c. Perù*, sent. 17 settembre 1997, § 58.

⁸²⁸ *Caesar c. Trinidad e Tobago*, cit.

⁸²⁹ *Lizardo Cabrera c. Repubblica Dominicana*, cit. Normalmente l'isolamento illegittimo è considerato trattamento inumano e degradante.

⁸³⁰ CI, *Corumbiara c. Brasile*, Rep. n. 32/04, § 226.

⁸³¹ CIDU, *Herrera Espinoza e al. c. Ecuador*, sent. 1 settembre 2016, § 109.

⁸³² CIDU, *Tamayo c. Perù*, cit., § 57; CI, *Cabrera c. Repubblica Dominicana*, cit., § 77.

da un'azione deliberata né devono essere diretti ad un fine peculiare, come dimostrano alcuni tra i casi di seguito riportati.

Sono esempi di *ill-treatment* di questa specie: minacce serie di uccisione o sottoposizione a violenze⁸³³; mancata esposizione della verità in ordine alla scomparsa di un proprio parente stretto⁸³⁴; impossibilità prolungata di comunicazioni con l'esterno e, in particolare, con i propri familiari⁸³⁵; la detenzione in condizioni di sovraffollamento, in assenza di ventilazione e luce naturale, di un letto su cui dormire, di standard minimi di igiene, di un supporto medico e psicologico, di una congrua alimentazione e della possibilità di effettuare attività ricreative⁸³⁶; la sentenza alla pena capitale comminata obbligatoriamente, senza possibilità di riforma a seconda delle circostanze, oppure lo stato di ansia cagionato dall'attesa dell'esecuzione stessa⁸³⁷; l'isolamento prolungato indebitamente e la detenzione *cd incommunicado* non giustificata o comunque posta in essere in violazione di legge⁸³⁸; l'uso della forza eccessivo, non necessario, sproporzionato rispetto alle circostanze, eseguito dagli agenti nei riguardi di reclusi o soggetti in libertà⁸³⁹.

Peraltro appare il caso di precisare, in ordine all'accertamento del corretto adempimento dell'art. 5 ACHR, come la Corte non si soffermi in modo particolare sul dolo o sulla motivazione della condotta: difatti, è integrabile una violazione del disposto addirittura nel caso in cui non sia stato

⁸³³ CIDU, *Caso de las Masacres de Ituango*, sent. 1 luglio 2006, § 256.

⁸³⁴ CIDU, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena c. Bolivia*, sent. 1 settembre 2010, § 130; CIDU, *Chitay Nech e al. Guatemala*, sent. 25 maggio 2010, § 221.

⁸³⁵ CIDU, *Suárez Rosero c. Ecuador*, sent. 12 novembre 1997, § 91.

⁸³⁶ *Instituto de Reeducacion del Menor c. Paraguay*, cit., § 166; *Tibi c. Ecuador*, cit., § 152; CIDU, *Fermir Ramirez c. Guatemala*, sent. 20 giugno 2005, § 118; CIDU, *Espinoza Gonzáles c. Perú*, sent. 20 novembre 2014, § 208. La Corte spesso in materia richiama le Regole minime per il trattamento dei detenuti delle NU e, similmente alla giurisprudenza CEDU, suole statuire che le modalità di esecuzione della pena – per essere compatibili con l'art. 5 ACHR – non devono comportare una sofferenza o una situazione di stress superiore a quella inevitabile. Nell'ultimo report annuale sulla sua attività svolta nel 2016, la Commissione ha accertato: “ (...) *las condiciones de detención en las cárceles en la región, además del hacinamiento, se caracterizan por la negligente atención médica; inadecuadas condiciones de higiene y salubridad; alimentación inadecuada; actos de corrupción; incomunicación y negación de visitas; comisión de actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, y utilización de regímenes de aislamiento en contraposición a estándares internacionales. En particular, la Commissione manifiesta su especial preocupación por la información que indica que los centros de detención policiales son utilizados como centros de privación permanente de la libertad en países como Argentina, Nicaragua y Venezuela, a pesar que los mismos son concebidos para detenciones transitorias, y que se caracterizan por su situación de hacinamiento y por no contar con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar condiciones dignas de detención*”.

⁸³⁷ CI, *Donnason Knights c. Grenada*, Rep. n. 47/01, § 82; CIDU, *Hilaire e al. c. Trinidad e Tobago*, sent. 21 giugno 2002, § 167. Di recente sul *cd death row phenomenon* vedi CI, *Saldano c. USA*, Rep. 24/17, § 252. L'art. 4 ACHR non vieta la pena di morte, ma le condizioni secondo cui può essere irrogata sono interpretate dalla Corte restrittivamente.

⁸³⁸ CIDU, *Suarez Rosero c. Ecuador*, cit., § 51; CI, *Rosario Congo c. Ecuador*, Rep. n. 63/99; *Maritza Urrutia c. Guatemala*, cit., § 87; *Castro Prison c. Perú*, sent. 25 novembre 2006, § 323.

La detenzione senza la possibilità di comunicare con l'esterno è spesso il risultato di una sparizione forzata. Quest'ultima oltre a determinare una violazione dell'art. 5, comporta altresì il mancato rispetto degli artt. 4, 7, 8 ACHR (cfr. *ex multis* CIDU, *Godinez-Cruz c. Honduras*, 20 gennaio 1989, § 127). Cfr. anche Cap. II Par. 6.

⁸³⁹ CIDU, *Castillo-Petruzzi e al. c. Perú*, sent. 30 maggio 1999, § 90; CI, *Corumbiara c. Brasile*, cit., § 174; CI, *Finca “La Exacta” c. Guatemala*, Rep. n. 57/02, § 35.

individuato l'agente⁸⁴⁰. Ciò che viene richiesto è il supporto o comunque l'acquiescenza statale oppure la mancanza di misure atte a prevenire e reprimere l'illecito.

Addirittura, è stato precisato come talvolta non sia neppure necessario provare che un individuo sia stato sottoposto a tortura: è sufficiente accertare che sia stato lasciato nelle mani di organi ufficiali soliti praticare tale crimine impunemente⁸⁴¹.

Inoltre bisogna considerare come – similmente alla giurisprudenza della CEDU – la Corte interamericana inverte l'*onus probandi* nei riguardi dei soggetti sottoposti a custodia statale: ogni ferita posteriore alla privazione della libertà è imputabile allo Stato, a meno che non provi il contrario.

In parte qua, le decisioni della Corte e della Commissione dimostrano una grande flessibilità nell'adottare una nozione estesa di tortura e una responsabilità statale allargata, basata sulla necessità di proteggere ad ogni costo l'integrità fisica, psichica e morale della persona e dei suoi congiunti. Questi ultimi non solo possono essere destinatari del risarcimento del danno, ma anche essere vittime dirette di maltrattamento: si pensi, ad esempio, al caso in cui lo Stato neghi di fornire informazioni o di indagare su una sparizione forzata di un parente stretto, oppure si imponga all'individuo di assistere all'uccisione di un proprio caro⁸⁴².

Valgono in questa sede le affermazioni svolte nel Cap. II Par. 4: la Corte non è istituzionalmente chiamata ad accertare un crimine, bensì a verificare se i contraenti sono venuti meno agli obblighi positivi e negativi previsti dal trattato: il suo interesse è che gli Stati parte non consentano la perpetrazione di maltrattamenti ex art. 5 ACHR, non certo quello di sanzionare penalmente gli autori dei medesimi. Allo stesso modo, anche la giurisdizione della Commissione ha per oggetto gli Stati e non gli individui⁸⁴³: il mandato di entrambi gli organi è rivolto alla protezione delle vittime, a determinare se i loro diritti siano stati violati e a stabilire una riparazione adeguata al danno cagionato dall'inadempimento convenzionale. In quest'ottica si spiegano i continui richiami al

⁸⁴⁰ CIDU, *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, sent. 29 luglio 1988, § 173: “*Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente*”. Cfr. anche CIDU, *Godinez-Cruz c. Honduras*, cit., § 183; *Servellon-Garcia c. Honduras*, cit., § 107. F.BESTAGNO, *Diritti umani e impunità...*, cit., 61 ss; C.N.ROJAS, cit., pag. 598.

⁸⁴¹ *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit.; *Godinez-Cruz c. Honduras*, cit. Si trattava in entrambi i casi di persone vittime di sparizioni forzate. Per un approfondimento, D.R.PINZÒN, C.MARTIN, cit., pag. 113.

⁸⁴² *Gomez-Paquiayauri c. Perù*, cit., § 118; *Humberto Sanchez c. Honduras*, cit., § 101; *La Cantuta c. Perù*, cit., § 128; *Instituto de Reeduccion del Menor c. Paraguay*, cit., § 191; *Mack-Chang c. Guatemala*, cit., § 232; CIDU, *Rodríguez Vera e al. c. Colombia*, sent. 14 novembre 2014, § 532. Vedi anche CI, *Porfirio Rondin c. Messico*, Rep. n. 49/97, § 76; *La Cruz Gomez c. Guatemala*, Rep. n. 11/98, § 47.

⁸⁴³ CIDU, *Parere Consultivo*, 9 dicembre 1994, § 45 ss; *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit., § 134; *Castillo-Petruzzi e al. c. Perù*, cit., § 90. E.F.MACGREGOR, cit., pag. 117.

diritto di Strasburgo e alle pronunce dei principali *treaty body* esistenti, l'elasticità delle definizioni elaborate e l'importanza secondaria della *mens rea*.

6.1. Gli obblighi derivanti dalle Convenzioni

Gli obblighi degli Stati ai sensi dell'art. 1 di rispettare i diritti e le libertà riconosciuti dalla Convenzione del 1969 rappresentano un limite all'esercizio della pubblica autorità e, al contempo, presuppongono sfere dell'esistenza umana che lo Stato non può infrangere⁸⁴⁴. Sono gli artt. 1 e 6 della Convenzione del 1985 a precisare come siano necessarie misure atte a prevenire e reprimere la tortura, anche se è impossibile secondo la Corte fornirne un'elencazione tassativa.

Ad ogni modo, dall'analisi della sua giurisprudenza è consentito individuare una serie di obblighi negativi e positivi in materia di *mistreatment* analoghi a quelli esistenti nei sistemi di controllo istituiti dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa.

In primo luogo, l'assolutezza e l'inderogabilità del divieto valgono tanto per la tortura quanto per le altre tipologie di *mistreatment*: se è vero infatti che l'art. 5 IACPPT si riferisce esclusivamente alla tortura, tuttavia l'art. 27 ACHR non consente eccezioni al diritto di avere un trattamento umano in ogni circostanza⁸⁴⁵. Sotto questo profilo, si ricordi anche che la CIDU ha qualificato il divieto di *ill-treatment* come norma consuetudinaria di *ius cogens*⁸⁴⁶ che impone un dovere di cooperazione tra tutti i componenti della Comunità internazionale al fine di “*erradicar l'impunidad*”⁸⁴⁷.

Passando agli obblighi negativi, lo Stato non solo è tenuto ad astenersi dal maltrattare (direttamente) gli individui per il tramite dei suoi rappresentanti⁸⁴⁸, ma non deve neppure supportare o tollerare azioni poste in essere da privati (cd applicazione orizzontale della norma): il soggetto di diritto internazionale è infatti obbligato a prevenire, reprimere e porre rimedio ai *mistreatment* da chiunque eseguiti⁸⁴⁹.

Diversa, *in parte qua*, è l'incriminazione delle condotte di cui all'art. 2 IACPPT: ai sensi dell'art. 3 della stessa Convenzione, infatti, è sempre necessario “il contributo” di un funzionario pubblico, similmente a quanto richiesto dall'art. 1 CAT.

⁸⁴⁴ *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit., § 165.

⁸⁴⁵ *Castillo-Petruzzi e al c. Perù*, cit., § 197; CIDU, *Las Palmeras c. Colombia*, sent. 6 dicembre 2001, § 58; CIDU, *Berenson-Mejia c. Perù*, sent. 25 novembre 2004, § 100.

⁸⁴⁶ *Caesar c. Trinidad e Tobago*, cit., § 100.

⁸⁴⁷ CIDU, *Goiburù e al. c. Paraguay*, 22 settembre 2006, § 131.

⁸⁴⁸ CIDU, *Pueblo Bello Massacre c. Colombia*, sent. 31 gennaio 2006, § 112.

⁸⁴⁹ *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit., § 172; CIDU, *Humberto Sanchez c. Honduras*, sent. 7 giugno 2003, § 109 ss; CI, *Maria da Penha c. Brasile*, Rel. n. 54/01, § 43 ss. Con riferimento alle cd violenze interprivate nei confronti delle donne vedi anche artt. 1 e 7 della Convenzione inter-americana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne (1994). Talvolta lo Stato ha dimostrato di appoggiare o comunque tollerare violenze poste in essere da gruppi di privati: cfr. CIDU, *Panel Blanca c. Guatemala*, sent. 8 marzo 1998, § 91.

Tornando agli obblighi negativi, l'art. 13 IACPPT presenta un ambito applicativo più esteso dell'art. 22 ACHR non specificando i rischi che il soggetto espulso deve trovare nel Paese di destinazione perché possa operare il divieto. La regola del *non-refoulement*, su cui non sussiste ampia giurisprudenza⁸⁵⁰, si estende altresì al rischio concreto di maltrattamenti *minoris generis* che deve essere comprovato per il tramite di allegazioni specifiche: la ACHR (come la CEDU) può dunque sortire effetti al di fuori del continente americano e si assiste al fenomeno della cd protezione indiretta dei diritti umani. Con riferimento alla *exclusionary rule*, è viceversa l'art. 8 ACHR a presentare un ambito più esteso dell'art. 10 IACPPT, non riferendosi esclusivamente all'ipotesi di tortura ma specificando al co. 3 "qualunque forma di coercizione": di conseguenza, l'impossibilità di utilizzazione delle prove in giudizio si ritiene debba essere applicata anche a quelle estorte attraverso maltrattamenti meno gravi⁸⁵¹.

Quanto agli obblighi positivi, lo Stato deve prevenire, indagare e punire tali condotte, nonché garantire una riparazione adeguata alle vittime della violazione. Si tratta di un'obbligazione di mezzi, dal momento che questi non sarà responsabile ogniqualvolta dimostri di avervi adempiuto diligentemente, anche in assenza di un risultato raggiunto (consistente, ad esempio, nell'individuazione del colpevole).

In particolare, è tenuto ad apprestare ogni misura giuridica, politica, amministrativa e culturale volta a scongiurare queste pratiche⁸⁵², ad esempio garantendo condizioni minime di detenzione dignitose⁸⁵³ oppure stabilendo un sistema *ad hoc* per affrontare situazioni di emergenza negli stabilimenti carcerari⁸⁵⁴. Al contempo, deve approntare un'inchiesta *ex officio*, immediata, effettiva e seria, posta in essere da autorità diverse e autonome rispetto a quelle accusate di aver eseguito il *misbehaviour*⁸⁵⁵, idonea ad accertare lo svolgimento dei fatti e, se del caso, a dare inizio ad un corrispondente procedimento penale nei confronti degli autori materiali o intellettuali del crimine (cfr. art. 8 IACPPT)⁸⁵⁶.

⁸⁵⁰ CIDU, *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, sent. 25 novembre 2013, § 151, è il primo caso in cui il principio è stato applicato. Cfr. anche CIDU, *Wong Ho Wing c. Perù*, sent. 22 maggio 2016. Cfr. Cap. II Par. 5.1.

⁸⁵¹ D.R.PINZÒN, C.MARTIN, cit., pag. 136. Invero la Corte non ha ancora avallato questa interpretazione estensiva del disposto (cfr. CIDU, *Tibi c. Ecuador*, cit., § 149).

⁸⁵² *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit., § 175.

⁸⁵³ *Instituto de Reeducacion del Menor c. Paraguay*, cit., § 170.

⁸⁵⁴ CI, *Carandiru c. Brasile*, Rep. n. 34/00, § 91.

⁸⁵⁵ *La Cantuta c. Perù*, cit., § 111.

⁸⁵⁶ Cfr. *ex multis* *Humberto Sanchez c. Honduras*, cit., § 127; *Servellon-Garcia c. Honduras*, cit., § 119; CIDU, *Gudiel Alvarez e al. c. Guatemala*, cit., § 326 ss; CIDU, *Comunidades vecinas del municipio de Rabinal c. Guatemala*, sent. 30 novembre 2016, § 264. Spesso la CIDU si riferisce nelle sue sentenze al cd Protocollo di Istanbul al fine di verificare se l'inchiesta sia o meno effettiva (Cfr. Cap. I Par. 6). Senza il rispetto di tale obbligo non si potrebbero garantire neppure il diritto di accesso alla giustizia (ex art. 8 ACHR) e di effettiva riparazione (ex art. 25 ACHR).

Secondo la più parte degli interpreti, l'obbligo di inchiesta ex art. 8 IACPPT ha per oggetto anche *mistreatment* diversi dalla tortura: argomentando altrimenti, si rischierebbe di non indagare su casi che solo in un secondo momento si rivelano integrare vere e proprie torture. La giurisprudenza sul punto si riferisce genericamente alle "gravi violazioni dei diritti umani" rispetto alle quali sorgerebbe tale dovere congiuntamente a quello repressivo. Se la tortura rientra

L'obbligo procedurale *de quo* è funzionale non solo a garantire l'eventuale punizione dei colpevoli e, conseguentemente, la riparazione del danno inferto, ma anche ad assicurare il diritto di conoscere la verità circa quanto accaduto, che è una posizione soggettiva di cui è portatrice l'intera società⁸⁵⁷.

Nella previsione di un reato *ad hoc* di tortura⁸⁵⁸ gli Stati sono poi tenuti a conformarsi alla definizione dell'art. 2 IACPPT, ha statuito la Corte nel caso *Goiburù*: tale nozione rappresenta uno standard minimo che deve essere rispettato nella tipizzazione normativa interna⁸⁵⁹.

La IACPPT prevede, inoltre, la giurisdizione penale universale condizionata ai sensi dell'art. 12 e impone allo Stato l'obbligo di giudicare o estradare, similmente alla CAT. È tuttavia degna di menzione la giurisprudenza della CIDU nei limiti in cui afferma che l'art. 1 ACHR impone ad ogni Stato di “*adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan*”⁸⁶⁰.

Le misure sanzionatorie, sotto altro profilo, non devono essere in qualche modo eluse o rese inefficaci per il tramite di amnistie, prescrizioni o altri mezzi volti ad attenuare la responsabilità degli autori delle “gravi violazioni dei diritti umani”⁸⁶¹.

Da ultimo, non va dimenticato il dovere di riparazione che ex art. 63 ACHR viene esteso anche ai casi di *ill-treatment* diversi dalla tortura (a cui invece si rifà l'art. 9 IACPPT): nel caso di compensazione pecuniaria la quantificazione del danno terrà a conto del dolore patito e, di conseguenza, nelle ipotesi di tortura potrà essere maggiore⁸⁶². Quest'ultima considerazione consente di riepilogare i precipitati applicati che possono derivare dalla qualificazione della condotta come “tortura” nel sistema interamericano: oltre ad un risarcimento del danno superiore e al maggior stigma internazionale che inevitabilmente porta con sé lo Stato che si macchi di tale illecito, anche

indubbiamente tra questi ultimi, nel *Caso Goiburù* si è chiarito come ne facciano parte anche gli altri *ill-treatment* in quanto il loro divieto sarebbe di “diritto cogente”. Per un approfondimento cfr. E.F.MACGREGOR, cit., pag. 38; C.STEINER, P.URIBE, cit., pag. 150.

⁸⁵⁷ CIDU, *Vargas Areco c. Paraguay*, cit., § 81.

⁸⁵⁸ Tale previsione non deve coprire necessariamente anche *ill-treatment* di diversa natura.

⁸⁵⁹ *Goiburù e al. c. Paraguay*, cit., § 92: “*Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar*”. Cfr. anche le raccomandazioni e le conclusioni della Commissione nel Rapporto sullo stato dei diritti umani in Messico, 2016, pag. 233 ss.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, § 130.

⁸⁶¹ *Barrios Altos c. Perú*, cit., § 41 ss. (in cui la CIDU riconosce, per la prima volta, un effetto diretto delle sue sentenze nell'ordinamento dello Stato aderente, dichiarando “prive di effetto giuridico” le leggi di amnistia peruviane aventi ad oggetto i reati di lesa umanità compiute tra il 1980 e il 1995); CIDU, *Caso Del Caracazo c. Venezuela*, sent. 29 agosto 2002, § 119; CIDU, *Bulacio c. Argentina*, sent. 18 settembre 2003, § 117. Per un approfondimento, cfr. C.PAIVA, T.A.HEEMAN, cit., pag. 194 ss. F.BESTAGNO, *Diritti umani e impunità...*, cit., pag. 52 ss.

⁸⁶² Invero gli elementi che la Corte prende in considerazione per la determinazione del danno sono molteplici (inclusi la perdita di capacità lavorativa della vittima e le sue condizioni economiche), pertanto non necessariamente il *quantum* pecuniario disposto in caso di tortura è maggiore rispetto alle altre fattispecie (D.R.PINZÒN, C.MARTIN, cit., pag. 146; C.STEINER, P.URIBE, cit., pag. 140). Cfr. *Trujillo Oroza c. Bolivia*, cit., § 77.

l'obbligo di incriminazione è relativo esclusivamente al più grave dei *mistreatment* mentre l'obbligo di investigazione imparziale del fatto, in concreto, è stato esteso a tutte le categorie di maltrattamenti.

7. I *mistreatment* nella giurisprudenza della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli

Gli organi di controllo del sistema africano – la Corte (di seguito, CADU) avente natura giurisdizionale e la Commissione (di seguito, CA) avente natura quasi-giurisdizionale – hanno fornito un contributo sostanziale alla definizione dei diritti (e dei doveri) così come previsti dalla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981) e, per quanto di nostro interesse, alla formulazione dei *mistreatment* ex art. 5⁸⁶³.

Come si è visto nel Cap. I Par. 3.10, infatti, la Carta – similmente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che è richiamata nel suo Preambolo, al CCPR e alle due Convenzioni regionali che la hanno preceduta (la CEDU e la ACHR) – non contiene nozioni esplicite di tortura e trattamenti (o pene), crudeli, inumani o degradanti.

A questo scopo, occorre fin da subito evidenziare come un'ulteriore fonte (seppur di *soft law*) da considerare in materia sia rappresentata dalle cd *Robben Island Guidelines*, adottate dalla Commissione nel 2002, la cui applicazione, interpretazione e implementazione, è assegnata ad un *follow up Committee*, il Comitato per la prevenzione della tortura in Africa.

In modo analogo a quanto ricostruito nel corso del presente capitolo, la Commissione anche nel sistema africano è priva di potere sanzionatorio e le sue decisioni non sono giuridicamente coercibili: in caso di mancato adempimento delle stesse al più i commissari possono rimettere la questione alla CIDU, ma il loro principale alleato resta il dialogo e la *moral suasion* che esercitano sugli Stati.

⁸⁶³ In particolare, è la Commissione ad aver assolto un ruolo determinante in tal senso; nella recente giurisprudenza della Corte (che ha cominciato ad essere effettivamente operativa dal 2012) sull'art. 5 non si registrano elaborazioni particolari.

I giudici africani, difatti, si limitano a fare rinvio alla giurisprudenza internazionale (cfr. ad es. a proposito di *incommunicado detention* CADU, *The African Commission on Human and Peoples' Rights c. Libia*, sent. 3 giugno 2016, § 84; CADU, *Kennedy Owino Onyachi e al c. Tanzania*, sent. 28 settembre 2017, § 142; sull'art. 7 CADU, *Wilfred Onyango Nganyi e al. c. Tanzania*, sent. 18 marzo 2016, § 177 ss.).

Per un approfondimento, M.SSENYONJO, *The African Regional Human Rights System: 30 Years After the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011; M.D.EVANS, R.MURRAY, *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986–2006*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

La giurisprudenza della CADU è reperibile in: <http://www.african-court.org>; per la CA cfr: <http://www.achpr.org>.

Le sentenze della Corte sono, *a contrario*, dotate di vincolatività: con l'accertamento della violazione i giudici hanno la facoltà di ordinare misure idonee a rimediare all'illecito, comprensive di un indennizzo, sulla cui esecuzione vigila il Comitato esecutivo dell'UA.

In parte qua, si segnala il General Comment n. 4 predisposto dal Comitato e adottato dalla Commissione nel marzo 2017 che (sulla falsariga di quanto previsto dal CCT, General Comment n. 3) designa le forme di riparazione più adeguate per le vittime di tortura. Da ultimo, è importante ricordare come la Corte ex art. 7 del Protocollo del 1998 possa applicare qualsiasi trattato ratificato dallo Stato parte, mentre la Commissione ex art. 60 della Carta possa trarre ispirazione da ogni strumento di diritto internazionale dei diritti umani per lo svolgimento del suo mandato.

Le pronunce dei due organi, infatti, sono ricche di rinvii specifici alla giurisprudenza dei Tribunali internazionali e dei *treaty body* di carattere regionale e universale.

Non sono un'eccezione in tal senso le decisioni della Commissione sulle comunicazioni in materia di tortura: queste ultime tendenzialmente si limitano a richiamare la nozione di cui all'art. 1 CAT e, in particolare, gli elementi dell'acuto dolore fisico o psichico, dell'intenzionalità e dello scopo a cui deve essere diretta la condotta⁸⁶⁴.

Quanto al soggetto attivo, la violazione dell'art. 5 della Carta può essere integrata tanto da un agente statale quanto da soggetti privati, nelle cui mani la vittima è impotente⁸⁶⁵. Lo Stato, in quest'ultimo caso, sarà responsabile esclusivamente se è venuto meno ad un obbligo derivante dalla Carta (cfr. art. 1), ossia non ha efficacemente adottato misure preventive al fine di evitare tali azioni, non è stato in grado di proteggere le vittime e i loro familiari⁸⁶⁶ oppure, una volta accaduto il fatto, non ha iniziato un'investigazione adeguata.

Pure nel sistema di controllo africano non vi è una netta linea di demarcazione tra tortura e maltrattamenti di diverso tipo. La Commissione suole dapprima verificare che non ci si trovi dinanzi ad un'ipotesi di schiavitù o di tratta (come previsto dall'art. 5); è solo in un secondo momento che controlla la presenza di torture, la forma più grave di *ill-treatment*.

⁸⁶⁴ CA, Com. n. 245/02, *Zimbabwe Human rights Ngo Forum c. Zimbabwe*, § 180; Com. n. 368/09, *Abdel Hadi, Ali Radi e al. c. Sudan*, § 67 ss.

⁸⁶⁵ CA, Com. n. 74/92, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertes c. Ciad*, § 20; *Zimbabwe Human rights Ngo Forum c. Zimbabwe*, cit., § 143; CA, Com. n. 296/05, *Sudan Human Rights Organization and Center for Housing Rights and Evictions c. Sudan*, § 255 e 156.

Tanto con riguardo all'insorgere degli obblighi statali quanto con riferimento alla nozione di tortura, talvolta la Commissione fa riferimento alla perpetrazione di violenze "sistematiche". Se in quest'ultimo caso, tale ulteriore caratteristica sembra più legata alle fattispecie concrete oggetto di giudizio che ai caratteri della definizione di tortura *ex se*, viceversa la Commissione sembra rilevare un inadempimento statale solo in caso di falle sistematiche nel sistema di protezione, non già in ipotesi di situazioni isolate o casuali (cfr. ad es. *Zimbabwe Human rights Ngo Forum c. Zimbabwe*, cit., § 159).

⁸⁶⁶ Anche nel sistema africano i familiari possono subire direttamente una violazione dell'art. 5, cfr. CA, Com. n. 89/93, *Amnesty International e al. c. Sudan*, § 54; *Robben Island Guidelines*, § 50.

I trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti possono essere definiti come tutte quelle modalità di svilimento dell'uomo che, pur superando un *minimum level of severity*, non raggiungano la soglia di sofferenza che implica la tortura.

Viene, dunque, adottato il criterio definito dalla giurisprudenza della Corte Edu al fine di accertare quale sotto-categoria sussista: sono infatti le circostanze oggettive e soggettive della fattispecie a determinare se vi sia stata una lesione della dignità personale e di che grado si tratti⁸⁶⁷.

Peraltro, la Commissione suole ribadire che questi ultimi debbano essere interpretati “*as to extend the widest possible protection against abuse, whether physical or mental*”⁸⁶⁸, includendovi “*not only actions which cause serious physical or psychological suffering, but which humiliate the individual or force him or her to act against his will or conscience*”⁸⁶⁹.

Riassumendo, i concetti adoperati dalla Commissione appaiono sostanzialmente uguali a quelli operanti nel sistema interamericano: agli elementi indefettibili della nozione di tortura di cui all'art. 1 CAT si affianca il criterio del *minimum level of severity* per designare i confini del divieto e differenziare le tre sottocategorie. Al contempo, anche gli obblighi negativi e positivi che limitano la discrezionalità statale sono sovrapponibili. In particolare, la Commissione ha avuto modo di ribadire: l'assolutezza e l'inderogabilità del bando, pur in assenza di una norma *ad hoc* all'interno della Carta⁸⁷⁰; il principio di *non refoulement* con riguardo a casi di tortura⁸⁷¹; l'*exclusionary rule*, ricomprendendovi anche le prove estorte attraverso trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁸⁷²; l'obbligo di approntare un'inchiesta immediata, imparziale ed effettiva conformemente al Protocollo di Istanbul, esteso a tutti i *misbehaviour*⁸⁷³; la necessaria incriminazione della tortura⁸⁷⁴ e l'esclusione di immunità o altre cause di non punibilità degli autori del reato⁸⁷⁵; la previsione di una pena che rispecchi la gravità del fatto⁸⁷⁶; un trattamento dignitoso delle persone detenute che non

⁸⁶⁷ CA, Com. n. 225/98, *Huri-Laws c. Nigeria*, § 41; Com. n. 236/00, *Curtis Francis Doebbler c. Sudan*, § 37. Cfr. in particolare CA, Com. n. 323/06, *Egyptian initiative for personal rights e Interights c. Egitto*, § 193 ss. nei limiti in cui richiama espressamente la giurisprudenza della Corte Edu in materia.

⁸⁶⁸ CA, Com. n. 224/98, *Media Rights Agenda c. Nigeria*, § 71; CA, Com. 241/01, *Purohit and Moore c. Gambia*, § 58.

⁸⁶⁹ CA, Com. n. 137/94, *International Pen e al. c. Nigeria*, § 79; CA, Com. n. 277/03, *Spilg and Mack (on behalf of Lehlohonolo Bernard Kobedi) c. Botswana*, § 163.

⁸⁷⁰ *Sudan Human Rights Organization and Center for Housing Rights and Evictions c. Sudan*, cit., § 162. Similmente alla Corte Edu, la CA (*Abdel Hadi, Ali Radi & Others c. Sudan*, cit., § 69) ha statuito che: “*Torture is considered as one of the most egregious and morally reprehensible human rights abuses and its prohibition is one of the most fundamental values of democratic societies. The prohibition is absolute and non-derogable and applies even in the most difficult of circumstances including public emergencies*”.

⁸⁷¹ *Robben Island Guidelines*, § 15; CA, Com. n. 97/93, *Modise c. Botswana*, § 91; CA, Com. n. 383/10, *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad c. The republic of Djibouti*, § 179.

⁸⁷² *Ibidem*, § 29.

⁸⁷³ *Ibidem*, § 19; *Abdel Hadi, Ali Radi & Others c. Sudan*, cit., § 76.

⁸⁷⁴ La Corte in più occasioni ha specificato il dovere statale di prevenire e “punire” ogni tipologia di *ill-treatment* (*Zimbabwe Human rights Ngo Forum c. Zimbabwe*, cit., § 159). Da ciò si potrebbe inferire un dovere di incriminazione anche per i maltrattamenti meno gravi.

⁸⁷⁵ *Robben Island Guidelines*, § 4 e 16. *Zimbabwe Human rights Ngo Forum c. Zimbabwe*, cit., § 211 ss.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, § 12; *Amnesty International e al. c. Sudan*, cit., § 56.

violò gli standard minimi sanciti dalle NU in materia⁸⁷⁷; la proibizione di *incommunicado detention*, isolamento prolungato e sanzioni corporali⁸⁷⁸; la possibilità che l'esecuzione della pena capitale contrasti con l'art. 5 nei limiti in cui non sono state correttamente considerate le circostanze oggettive e soggettive del caso, nonché il metodo adoperato risulti di per sé crudele, inumano o degradante, ingenerando un dolore o una sofferenza non necessaria per cagionare la morte⁸⁷⁹.

8. Conclusioni

Dall'analisi della giurisprudenza effettuata in queste pagine emerge a prima vista l'influsso del diritto di Strasburgo sia nei riguardi delle altre Corti dei diritti umani sia nei confronti degli organi dei trattati. Il criterio del *minimum level of severity* è il principale metro di differenziazione, sotto il profilo interno, tra tortura e maltrattamenti meno gravi, sotto il profilo esterno, tra condotte vietate e ammissibili: del resto, l'elasticità che riesce a garantire e l'adattabilità alle diverse fattispecie concrete si presta bene ad un utilizzo plurale.

Difatti, è adoperato in modo indifferenziato dalle istituzioni che presiedono gli accordi volti a salvaguardare il godimento dei diritti fondamentali, di carattere giurisdizionale e non.

A proposito dei trattamenti (o pene) crudeli, inumani o degradanti non stupisce neppure il riferimento generico che viene fatto dal SPT agli *ill-treatment* né le condanne altrettanto onnicomprensive che provengono dal CCT.

Nel primo caso valgono, cambiando le cose che occorre cambiare, le considerazioni svolte in ordine al CPT: la sua funzione preventiva non necessita di qualificazioni specifiche bensì di categorie adattabili alle condizioni generali di detenzione del Paese visitato ed eventualmente interscambiabili in ottica diplomatica. Quanto al secondo, bisogna ricordare come alle tre sotto-categorie non conseguano obblighi differenziati: l'art. 16 si rinvolge, invero, indistintamente ad ognuna di esse.

Maggiormente determinate appaiono le nozioni adoperate dalle Corti e in talune pronunce del CDU anche se, a onor del vero, non si intravedono grosse divergenze rispetto alle definizioni costruite dai giudici europei fin dagli anni sessanta. Più importanti sono i contributi dati dalla giurisprudenza interamericana circa le innovative modalità di compensazione delle vittime, la qualificazione della

⁸⁷⁷ Ibidem, § 20 ss. CA, Com. n. 210/98, *Malawi African Association e al. c. Mauritania*, § 12.

⁸⁷⁸ Ibidem, § 24; CA, Com. n. 222/98, *Law Office of Ghazi Suleiman c. Sudan*, § 43; CA, *Curtis Francis Doebbler c. Sudan*, cit.; CA, Com. n. 250/02, *Liesbeth Zegveld c. Eritrea*, § 55.

⁸⁷⁹ Cfr. *Spilg and Mack (on behalf of Lehlohonolo Bernard Kobedi) c. Botswana*, cit., § 167 ss. in cui la Commissione pur considerando che "*hanging can result either in slow and painful strangulation, because the neck is not immediately broken by the drop, or, at the other extreme, in the separation of the head from the body*", tuttavia non ha ritenuto che il ricorrente fosse riuscito a provare in concreto che l'esecuzione capitale nei suoi confronti sarebbe stata tale (*sic!*). L'art. 5 è stato, invece, ritenuto violato poiché nessuna notizia alla vittima e ai suoi familiari fu data circa il giorno dell'esecuzione. Interessante anche il rinvio effettuato dalla pronuncia in questione alle decisioni del CDU in materia di *death row phenomenon*.

violenza sessuale come forma di tortura⁸⁸⁰ e l'allargamento della responsabilità statale ad ipotesi in cui difetti l'accertamento della *mens rea*.

Interessante, in quest'ottica, è anche l'interpretazione dell'art. 5 della Carta formulata dalla Commissione africana al fine di estendere “il più ampiamente possibile” la protezione offerta dalla norma; meno lodevoli risultano, invece, le decisioni in cui fa esplicito riferimento al requisito della “sistematicità” nella nozione di tortura o per verificare l'inadempimento dell'obbligo statale, e il controllo stringente che talvolta opera sull'*onus probandi* del ricorrente.

È necessario però sottolineare come tale organo, a differenza della Corte Edu, della Corte interamericana e della stessa Corte africana – la quale invero non ha ancora prodotto una giurisprudenza degna di nota in materia – non presenta natura giudiziaria e, di conseguenza, è tenuto a mantenere un approccio conciliante con gli Stati.

Il quadro così raffigurato, in un certo senso, conferma l'ammonimento di T.Hobbes “occorre fare attenzione alle parole che, oltre il significato di quanto immaginiamo sulla loro natura, ne possiedono anche un altro che dipende dalla natura, dalla disposizione e dall'interesse di chi parla”⁸⁸¹. Se il filosofo inglese metteva in guardia dalle ambiguità del linguaggio politico, sembra il caso di tenerne a conto altresì con riguardo a quello giuridico: occorre, infatti, considerare gli scopi istituzionali delle diverse autorità prima di recepirne le definizioni acriticamente.

Più precisamente, la logica cd sfumata (*fuzzy*) delle pronunce che è costante sfondo dei capitoli che precedono è indispensabile per garantire quel “*I know it when I see it approach*” che – nel bene e nel male – caratterizza tutti i *treaty body* non aventi natura giurisdizionale analizzati: il dialogo con lo Stato interessato, ossia l'unica strada per ottenere l'esecuzione dell'obbligo convenzionale, non può essere ostacolato da concetti sempre uguali, categorie chiuse, ma richiede nozioni a geometrie variabili in grado di restringersi al momento giusto. Solo in questo modo la stigmatizzazione derivante dalla etichetta di “Stato aguzzino” può divenire una minaccia efficiente, che porta a risultati concreti⁸⁸².

Tale orientamento non può, tuttavia, essere foriero di un'indeterminatezza assoluta delle condotte vietate: se i confini possono (e devono) essere modificabili ciò non significa che non vi debbano essere. In quest'ottica vanno accolti con favore le linee-guida, i commenti generali e le raccomandazioni puntuali adottate da taluni organi, nonché i richiami che i Tribunali internazionali effettuano alle reciproche pronunce.

⁸⁸⁰ Fu infatti la Corte interamericana il primo Tribunale internazionale a ricondurre la violenza sessuale alla fattispecie di tortura negli anni ottanta, cfr. CIDU, *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit.

⁸⁸¹ T.HOBBS, *Il Leviatano (1651)*, Armando Editore, Roma, 2008, Cap. IV, *Il discorso*.

⁸⁸² Sempre attuali le considerazioni svolte a riguardo da A.CASSESE nel Cap. VI, *I meccanismi di garanzia a livello universale*, nell'opera *I diritti umani oggi*, cit.

A questi ultimi, d'altro canto, la grammatica giuridica richiede uno sforzo di tassatività superiore: se liste chiuse e categorie eccessivamente ristrette comporterebbero l'impossibilità di stare al passo coi tempi e non consentirebbero di adattarsi alle nuove forme di svilimento dell'essere umano, al contempo l'accertamento della responsabilità internazionale non può dipendere esclusivamente dalla discrezione della Corte. Perlomeno ciò che è condotta vietata a livello più basso della scala, il trattamento "degradante", deve trovare una sua specifica definizione.

In parte qua, non sembra il caso di escludere del tutto l'utilizzo della soglia minima di gravità così come elaborata dalla giurisprudenza CEDU, che di fatto si è dimostrata capace di assicurare una tutela "pratica ed effettiva" dei diritti umani sanciti dai trattati, ma probabilmente dovrebbe essere dato maggiore rilievo alla verifica delle circostanze oggettive della fattispecie, e in particolare, alla tipologia di condotta più che al grado di sofferenza patita dalla vittima, dal momento che " (...) *feeling degraded is neither necessary nor sufficient for being degraded*"⁸⁸³.

In altri termini, è il comportamento che umilia – piuttosto che il dolore o l'abiezione sofferta – che dovrebbe essere assunto come indice primario da considerarsi per ritenere violato il diritto umano: del resto, ci può essere lesione della dignità, annichilimento, in difetto di patimento.

Se quest'ultimo non è condizione di esistenza per l'azione degradante, sembra opportuno non sancirne l'imprescindibilità anche per le altre tipologie di *mistreatment* sulla scorta di quanto previsto dall'art. 2 della Convenzione interamericana del 1985: la tortura può anche essere costituita "dall'uso su un individuo di metodi volti ad annullare la personalità della vittima o diminuire le capacità fisiche o mentali, senza provocare dolore fisico o angoscia psichica" in senso stretto.

Differente, ad ogni modo, deve essere la caratterizzazione del secondo gradino della scala, il trattamento crudele e inumano: chiarito che si tratta di un'endiadi, è assolutamente condivisibile, *in parte qua*, il cd "modello orizzontale del dolore" ribadito di recente da N.Melzer in qualità di *Special rapporteur*⁸⁸⁴. Data l'impossibilità di misurare in concreto la sofferenza, gli elementi che aggravano il disvalore della fattispecie non possono che rimanere i restanti: il dolo, le finalità e la situazione di impotenza in cui si trova la vittima. Questi devono essere i fattori-spia che contraddistinguono l'azione del torturatore. È tuttavia necessaria la seguente precisazione.

Se il cd "*intent*" è un elemento costitutivo indispensabile per l'integrazione di una responsabilità individuale, sotto il profilo internazionale a rilevare non può che essere l'inadempimento dell'obbligo pattizio che – come sancito dalla Corte interamericana e dalla Corte europea – può

⁸⁸³ R.A.DUFF, *Punishment, Dignity and Degradation*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, pag. 793.

⁸⁸⁴ Tale orientamento, con alcune variazioni, è conforme a quanto sostenuto *inter alia* da N.S.RODLEY, M.POLLARD, *The treatment...*, cit., pag. 99; M.D.EVANS, *Getting...*, cit., pag. 382; E.MCARTHUR, M.NOWAK, *CAT Commentary*, cit., pag. 558; N.S.RODLEY, *The definitions of torture...*, cit., pag. 487 ss; D.SUSSMAN, cit., pag. 227; M.SAIF-ALDENWATTAD, cit., pag. 15. Sull'inafferrabilità del dolore cfr. D.DICESARE, cit., pag. 144.

prescindere dalla prova dell'elemento soggettivo in capo all'agente: l'etichetta di "Stato aguzzino" è applicabile anche in assenza del concreto accertamento della *mens rea*.

Allo stesso tempo, se è giustificabile la discussione in ordine alla previsione di un crimine a dolo specifico o a dolo generico, meno ragionevole appare ritenere sussistente la violazione del diritto umano esclusivamente per certi fini. Risulta dunque importante – sempre nell'ottica di una piena tutela della dignità umana – la sussunzione nella fattispecie di tortura anche delle condotte mosse da sadismo o da ragioni personali, così come suggerito dal Relatore speciale.

Da ultimo, è doveroso ritornare all'in sé della nozione, al suo etimo e alla sua storia, che porta tragicamente in dote la reificazione individuale. È la riduzione della persona da fine a mezzo – piuttosto che l'intensità del dolore procurato – a rendere il *mistreatment* il più ripugnante di quelli eseguibili e, conseguentemente, a giustificare la maggiore stigmatizzazione internazionale di tali azioni. Ciò non esclude che la presenza di una sofferenza particolarmente acuta rilevi nell'opera di qualificazione, tuttavia implica che tale fattore non continui ad essere considerato condizione di esistenza per il più grave tra i maltrattamenti. Sarà la sussistenza di un controllo fisico o psichico che non lascia via di fuga o possibilità di resistenza alla vittima a dover, invece, essere tenuto a conto nell'attestazione del fatto. La natura oggettiva dell'azione lesiva dell'integrità psico-fisica potrebbe, così, contribuire significativamente a chiarire il tipo normativo ed evitare i rischi di relativizzazione che la soglia minima fatalmente porta con sé⁸⁸⁵.

Tutto ciò che non è riduzione dell'uomo a *res*, ossia le sofferenze derivanti da condotte attive o omissive (anche colpose) non dirette a tale fine e a cui non consegua una posizione di impotenza totale del soggetto passivo, andranno allora ricondotte alla categoria residuale intermedia dei trattamenti inumani (e crudeli). Sarà il caso di ipotesi ricorrenti come l'uso eccessivo, non proporzionato, non necessario o altrimenti illegale della forza da parte della polizia o la mancata garanzia di condizioni di detenzione conformi agli standard richiesti.

Se queste nozioni si consolidassero nella prassi giurisprudenziale – anche grazie all'impulso del Relatore speciale – si ridurrebbe l' "orizzonte delle attese" statali assicurando, al contempo, la piena tutela del bene giuridico protetto dal divieto.

A riguardo, basti ricordare in via esemplificativa i *memorandum* redatti da John Yoo in merito alla CAT⁸⁸⁶: furono proprio la vaghezza della soglia del dolore e una lettura restrittiva del dolo specifico i pretesti usati per non chiamare con il proprio nome – quello di torture – le "tecniche sofisticate di interrogatorio" autorizzate dal Pentagono dopo l'undici settembre. Adottando le nozioni qui prospettate e, in specie, allontanando la tortura dal grado di sofferenze procurate e da scopi

⁸⁸⁵ Cfr. Cap. II Par. 3.2.

⁸⁸⁶ Cfr. Cap. I Par. 2.1.

particolari, è indubitabile che violenze quali il *waterboarding* e l'utilizzazione di *stress position* ricadrebbero nella qualificazione che più pertiene loro.

E nessuno potrebbe tentare nuovamente di metterle in discussione.

In questa ricostruzione non si deve nascondere, però, come risulti labile il confine che separa le azioni degradanti da quelle inumane⁸⁸⁷. In realtà, gli obblighi che si correlano a queste due (tre, se si considerano anche i trattamenti crudeli) sotto-categorie sono gli stessi, tanto dal punto di vista pattizio quanto nelle elaborazioni giurisprudenziali. Ciò che conta è che siano ben definiti – per quanto possibile – i limiti esterni del divieto e le peculiarità che contraddistinguono la tortura dai *mistreatment* di altro tipo.

Si ricordino, infatti, i notevoli precipitati che derivano da tale differenziazione: lo stigma internazionale, la quantificazione del danno e le sue tecniche riparatorie, l'attuazione di speciali procedure internazionali⁸⁸⁸ e, infine, i molteplici obblighi di diritto internazionale particolare e generale che non sempre vengono estesi alle fattispecie diverse dalla tortura.

Su quest'ultimo punto la mancanza di orientamenti costanti da parte degli organi di controllo e il difetto di determinatezza della Convenzione contro la tortura non aiutano a ricostruire in modo preciso la disciplina. Sarebbe pertanto auspicabile diversificare – in modo netto – i doveri in base alla loro natura e trarne le dovute conseguenze: ogni imposizione a fini puramente preventivi deve necessariamente riguardare anche i maltrattamenti meno gravi, viceversa la natura “criminale”, penalistica del disposto dovrebbe far propendere per un'applicazione alla sola tortura⁸⁸⁹.

In quest'ottica, l'obbligo di incriminazione, la giurisdizione universale e il divieto di amnistia o altre “vie di fuga” dalla sanzione penale andrebbero ricondotte esclusivamente a quest'ultima; tutti gli altri obblighi, compresi quelli investigativi, il principio di *non refoulement*, la cd *exclusionary rule* e il dovere sanzionatorio sarebbero estendibili anche agli altri *misbehaviour*⁸⁹⁰.

Resta infatti sullo sfondo la molteplicità di volti del divieto in analisi: da un lato diritto umano, dall'altro crimine internazionale (e statale).

⁸⁸⁷ In merito W.A.SHABAS (*The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture*, Northeastern University Press, Boston, 1996, pag. 47) ha notato che “tentare di distinguere tra tortura e altri ill-treatment, per difficile che possa essere, non è niente comparato al tentativo di identificare gli elementi specifici delle nozioni di trattamenti (o pene) crudeli, inumane o degradanti”. Del resto, furono gli stessi redattori della CAT a rendersi conto che – nonostante l'impegno definitorio – non si riusciva a garantire un risultato accettabile in relazione ai trattamenti inumani o degradanti, lasciati fuori non casualmente dall'orbita dell'art. 1 CAT proprio perché giudicati inadeguati ad essere descritti in maniera sufficientemente precisa, specialmente in vista degli obblighi di tutela penale imposti dal trattato (J.H.BURGERS, H. DANIELIUS, cit., pag. 149; Cap. I Par. 3.9).

⁸⁸⁸ Si pensi all'inchiesta confidenziale che il CCT ex art. 20 CAT può effettuare solo in ipotesi di tortura sistematicamente praticata.

⁸⁸⁹ E.MCARTHUR, M.NOWAK, *CAT Commentary*, cit., pag. 571 ss.

⁸⁹⁰ Del resto, più si estende la categoria degli altri *ill-treatment* – ricomprendendovi ad esempio condotte umilianti non necessariamente foriere di una sofferenza in senso stretto – più occorre ridurre l'ambito del penalmente rilevante, conformemente ai principi di offensività e sussidiarietà propri della disciplina.

È solo se si considera questo secondo risvolto che le costanti della nozione di tortura valide per il diritto internazionale dei diritti umani si trasformano in elementi costitutivi della fattispecie penale: la costrizione della vittima, il danno-evento, la *mens rea* richiedono una lettura differente, che tenga a conto della diversa natura dell'illecito, così come l'*onus probandi* in capo all'accusa dovrà consistere nella conferma oltre ogni ragionevole dubbio⁸⁹¹.

Se i caratteri propri del delitto e i rischi che porta con sé la cd *cross-fertilization* tra organi dei trattati, Corti dei diritti umani e Tribunali penali saranno oggetto di trattazione nel prossimo capitolo, in questo conclusivamente occorre soffermarsi sull'artefice dell'azione, il torturatore.

La tortura è un crimine che appartiene sia sotto il profilo semantico sia sotto il profilo storico all'esercizio del potere punitivo statale⁸⁹²: già Montesquieu e Voltaire nel settecento avevano evidenziato come tale prassi suole accompagnarsi al dispotismo, e le torture sistematiche poste in essere ancora oggi in molti Paesi del mondo non fanno che confermarne l'origine⁸⁹³.

Di conseguenza, l'incriminazione a livello statale – in virtù della sua storia, per ragioni di differenziazione della fattispecie rispetto alle altre e al fine di non perdere lo stigma che la caratterizza – dovrebbe limitarsi a punire questa forma di annientamento della dignità operata dal potere pubblico. *A contrario*, vedremo nel Cap. IV Par. 5.1 come le logiche protettive dei crimini di guerra e contro l'umanità ne richiedano l'estensione agli agenti privati.

Anche alla luce della giurisprudenza interamericana in questa sede appare appena il caso di ribadire come – per lo *human rights law* – il divieto di tortura invece non può che avere un'applicazione orizzontale: non ha differenza se l'inadempimento dell'obbligo positivo statale (di investigazione, interruzione, riparazione etc.) abbia avuto per oggetto la violenza pubblica o meno: il diritto umano è stato comunque violato e non avrebbe senso – nell'ottica della responsabilità internazionale – una regolazione difforme.

È probabilmente nell'individuazione del soggetto attivo che la nozione svela, in modo più chiaro, le sue distinte angolature, che mutano a seconda dello scenario che viene in rilievo.

⁸⁹¹ Appare il caso di ricordare sul punto le parole della CIDU, *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit., § 134: “(...) *la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones*”.

⁸⁹² Cfr. *ex multis* P.GONNELLA, cit., pag. 74; A.CASSESE, *I diritti umani...*, cit., pag. 174.

⁸⁹³ Cfr. ad es. nota 201 con riferimento all'attuale situazione egiziana.

CAPITOLO IV

La tortura tra *international criminal law* e *human rights law*: il delicato dialogo tra Corti.

1. Introduzione

Ripercorse le definizioni di *ill-treatment* elaborate dalla giurisprudenza nel campo dello *human rights law*, occorre ora soffermarsi sui crimini di tortura e sugli elementi costitutivi che li contraddistinguono⁸⁹⁴.

Il diritto internazionale cerca di contenere il fenomeno non solo con il divieto imperativo e assoluto di ogni forma di *mistreatment*, ma anche con il contrasto all'impunità di tali atti: assolvono a questo scopo l'obbligo di incriminazione sul piano interno e la previsione di cd *core crime* universalmente perseguibili.

La natura penale delle norme che abbiamo incontrato al termine del primo capitolo e che riprenderemo nelle pagine seguenti, necessita tuttavia un'esegesi differenziata, che consideri le peculiarità strutturali e funzionali dell'*international criminal law*.

Il dialogo tra interpreti appartenenti alle diverse branche del diritto internazionale non è precluso, tuttavia perché sia foriero di un'effettiva fertilizzazione-incrociata – ossia per determinare una reale evoluzione delle nozioni di tortura esistenti – non può prescindere delle differenze ontologiche che riguardano i due poli. Più precisamente i concetti flessibili, dai contorni a geometrie variabili, che abbiamo visto caratterizzare il diritto internazionale dei diritti umani, devono lasciare il passo in ambito criminale a enunciati puntuali e precisi che consentano all'individuo di prevedere le

⁸⁹⁴ Le fonti principali di questo ultimo capitolo sono gli atti del simposio “*The influence of the European Court of Human Rights case law on international criminal law*”, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pag. 571 ss: F.TULKENS, *The paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*; E.DECAUX, *The place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System*; W.A.SHABAS, *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*; O.DEFROUVILLE, *The influence of the ECHR on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment*. E gli atti del convegno “*The Cross-fertilization Rhetoric in Question: Use and Abuse of the European Court's Jurisprudence by International Criminal Tribunals*”, in *Nordic Journal of International Law*, 2015, pag. 456 ss: *inter alia*, E.MACULAN, *Judicial Definition on Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion*; M.FARRELL, *Just How...*, cit.

Vedi anche S.SIVAKUMARAN, cit., pag. 541 ss; D.ROBINSON, cit., pag. 925 ss; F.LATTANZI, *L'applicazione dei diritti dell'uomo ad opera dei tribunali penali internazionali*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, (A.DISTEFANO, R.SAPIENZA, a cura di), XVI Convegno Sidi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pag. 529 ss.

Tra i commentari allo Statuto di Roma: O.TRIFFTERER, K.AMBOS *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden Baden, 2008; W.A.SHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M.KLAMBERG, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruxelles, 2017.

Si segnala, infine, la recentissima monografia di P.LOBBA, T.MARINIELLO (a cura di), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Brill, Leiden, 2017 (che tuttavia non è stata consultata per la redazione di questo capitolo poiché la pubblicazione dell'opera è avvenuta a lavoro ultimato).

conseguenze sanzionatorie a cui potrebbe andare in contro se decidesse di seguire la condotta proibita. Allo stesso tempo, le interpretazioni teleologiche e dinamico-evolutive proprie delle Corti dei diritti umani non possono essere adottate dai Tribunali penali, chiamati a rispettare il divieto di analogia in *malam partem*, a fornire letture restrittive della fattispecie e a non punire azioni che al momento della consumazione non costituivano reato.

I presidi fondamentali che il diritto penale interno e internazionale dispone a favore dell'accusato e, in particolare, i principi di responsabilità personale colpevole e quello di legalità congiuntamente ai suoi corollari, devono allora indirizzare il dialogo tra giurisprudenze, di modo che alla tutela dei diritti umani perseguita con l'illecito non consegua una (paradossale) lesione di altrettanto rilevanti posizioni soggettive.

A riguardo, pare condivisibile l'orientamento dottrinale secondo il quale la moltiplicazioni delle Corti rappresenta un'occasione unica per il progresso del diritto internazionale⁸⁹⁵, tuttavia è necessario che le interazioni giudiziali tra le stesse siano effettuate con la dovuta cautela.

Se nei capitoli precedenti si è evidenziato come le nozioni dello *human rights law* cambino in ragione della natura dell'organo che le utilizza, dei fini istituzionali a cui è preordinato e possano dipendere dalla tipologia di atto in cui sono espresse, nei prossimi paragrafi si vuole sottolineare l'importanza di soppesare altresì la branca del diritto in cui la parola viene collocata.

È unicamente la valutazione di questi dati che permette alla cd *transjudicial communication* di produrre un'autentica *cross-fertilization* in materia.

2. Il “lato oscuro” dei diritti umani

La tortura lede l'integrità morale, fisica e la dignità individuale.

In quanto offensiva di beni giuridici così importanti, è vietata dallo *human rights law* (di seguito, HRL) in termini assoluti. Al fine di garantire una tutela “pratica ed effettiva” del diritto a non essere sottoposti ad alcuna forma di *ill-treatment*, lo HRL erode la sovranità statale creando sfere di intangibilità personali che devono essere rispettate e protette in ogni circostanza.

In questo campo a rilevare sono le condotte dello Stato che, in caso di inadempimento degli obblighi consuetudinari e pattizi, rischia di andare in contro alla condanna di un organismo di controllo e alla reazione della Comunità internazionale, come abbiamo visto al termine del Cap. I.

⁸⁹⁵ T.TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 59 ss; B.CONFORTI, *Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, reperibile in: <http://www.ejls.eu/2/20IT.pdf>. Del resto, se l'attività delle Corti è “rilevare, interpretare e fare evolvere il diritto” allora l'aumento delle stesse non può che rafforzare tale funzione.

Allo stesso tempo, la tortura è fattispecie proibita dal diritto umanitario⁸⁹⁶ (di seguito, HL), in grado di integrare un crimine penale internazionale. Sempre nel Cap. I si è ricostruito come il bando, previsto originariamente tra le regole volte ad “umanizzare” i conflitti armati, sia fuoriuscito dalla cornice bellica per approdare in un secondo momento al diritto internazionale penale *tout court* (di seguito, ICL). In questo ambito, la sanzione ha invece come destinatario l’individuo: lo scopo dell’ICL è infatti quello di punire gli autori di crimini che ripugnano all’intera collettività.

Il quadro è ricondotto ad unità ogniqualvolta l’illecito sia perpetrato non a titolo personale ma in qualità di organo o comunque di agente che eserciti prerogative dell’autorità di governo: in questa ipotesi a rispondere saranno sia l’individuo sia lo Stato, sussistendo un concorso tra la responsabilità soggettiva e quella internazionale⁸⁹⁷.

Pur avendo una natura e una struttura⁸⁹⁸ differente, l’ICL affonda le proprie radici nei divieti previsti dallo HRL e dallo HL, e ha come fine ultimo la tutela delle medesime posizioni soggettive⁸⁹⁹: a tal proposito si ricordi che la funzione degli *International criminal tribunals* (di seguito, ICT) è la promozione dei diritti umani attraverso l’irrogazione di sanzioni penali.

Con riguardo alla nozione di tortura, le differenti prospettive adottate dalla Comunità internazionale per arginare il fenomeno – la difesa del diritto umano da un lato, la punizione del delitto dall’altro – si riflettono sulla stessa modificandone di volta in volta gli elementi costitutivi.

Se la parola è condivisa dalle distinte branche del diritto internazionale, il contenuto che assume è in realtà diverso a seconda del *framework* normativo considerato.

Del resto, le due anime del concetto – pur vivendo di contaminazioni reciproche – richiedono una lettura separata: in particolare, i diritti fondamentali non rappresentano solo la ragione

⁸⁹⁶ Se è pacifico il rapporto che lega ICL e HL – essendo il primo nato allo scopo di punire i colpevoli delle gravi violazioni del diritto umanitario di guerra – meno evidente è il legame che sussiste tra HL e HRL. Entrambi sono fondamentalmente volti alla protezione della persona umana e si rivolgono inizialmente agli Stati (anche se possono avere per oggetto rapporti interindividuali, cfr. C.ZANGHÌ, cit., pag. 60 ss), tuttavia: sono stati principalmente sviluppati da organizzazioni diverse (Onu e Croce Rossa Internazionale); i diritti umani, salvo eccezioni, sono derogabili in caso di emergenza o di guerra; l’ambito applicativo dello HL è confinato alle ipotesi di conflitto (situazione in cui oggi pacificamente si ritiene applicabile, seppur in parte, anche lo HRL); se alla violazione dello HRL possono seguire sanzioni approssimativamente equiparabili a quelle proprie del diritto civile (scuse formali, risarcimento danni o altre forme di compensazione, *restitutio in integrum* etc.) che vedono come destinatario lo Stato, all’infrazione dello HL possono derivare altresì sanzioni individuali di carattere penale attraverso l’ICL.

⁸⁹⁷ Di seguito alcune pronunce di Tribunali internazionali (già incontrate nel corso del lavoro) che descrivono la diversa struttura delle branche del diritto internazionale ed i conseguenti precipitati applicativi: CIDU, *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit., § 173; TPJ, *Kunarac et al.*, TC, cit., § 489; Grande Camera Corte Edu, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 182. Per un approfondimento, S.DEWULF, *The signature...*, cit., pag. 39 ss.

⁸⁹⁸ Il TPJ nel *caso Kunarac*, cit., sintetizza in questi termini le rispettive differenze: in primo luogo, il ruolo centrale dello Stato nello HRL a cui fa da contraltare la centralità dell’azione individuale dell’ICL; in secondo luogo, la lista di diritti propria dello HRL a cui si contrappone l’elencazione di crimini tipica dell’ICL.

⁸⁹⁹ Si ricordi, infatti, come nello sviluppo dell’ICL col tempo si siano aggiunti ai crimini di guerra altri delitti desunti dal *corpus* dei diritti umani. Cfr. Cap. I Par. 9.

dell'incriminazione⁹⁰⁰, ma sono anche un limite da rispettare nell'individuazione del presunto autore del fatto⁹⁰¹.

Non deve infatti essere dimenticato che “*the aim of criminal law may be to protect society from individuals, but the pursuit of that goal is qualified by principled restraints to protect the individual from society*”⁹⁰².

Gli *human rights standard*, in altri termini, sono una condizione di legittimità delle decisioni degli ICT: per non intaccare ciò che lo stesso ICL intende salvaguardare, la punizione deve seguire i principi garantistici che gli ordinamenti nazionali, i Tribunali dei diritti umani e le stesse Corti penali internazionali hanno sancito in materia criminale e, in special modo, il principio di responsabilità personale colpevole, quello di legalità ed i suoi corollari (riserva di legge, tassatività e irretroattività).

D'altronde, se lo HRL non è chiamato a sanzionare né tanto meno a identificare specifici individui, viceversa l'ICL è tenuto a farlo, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Le più approfondite analisi dottrinali degli ultimi anni hanno evidenziato il carattere ambiguo, per certi versi contraddittorio, di questi due poli: alcuni autori descrivono i diritti umani come fondamento e confine dello *ius criminale*, non solo un diritto che protegge ma dal quale occorre essere protetti, altri preferiscono definire il rapporto che mantengono con l'ICL metaforicamente, indicandoli come “*faux frères*”⁹⁰³. A ben vedere, il loro ruolo ambivalente – *magna charta* del delinquente e base razionale della repressione – è iscritto nella natura stessa del diritto penale, che arriva a sacrificare il bene giuridico per eccellenza, la libertà personale, per proteggerne altri⁹⁰⁴. Tale privazione deve tuttavia scontare i limiti formali (la legalità) e sostanziali (la colpevolezza) che

⁹⁰⁰ TPJ, *Furundžija*, TC, cit., § 183: “*The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very raison d'être of international humanitarian law and human rights law (...)*”.

⁹⁰¹ D.PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, pag. 547 ss: “I diritti fondamentali, sorti come strumenti liberali di garanzia dalla coercizione statale, vengono reinterpretati come fondamento della potestà punitiva; che significa, insieme, rafforzamento e capovolgimento del significato di tutela originario, in un intreccio a prima vista insolubile”.

⁹⁰² H.L.HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pag. 81.

⁹⁰³ M.DELMAS-MARTY, *La paradoxe penal*, in *Libertes et droits fondamentaux* (M.D.MARTY, C.LUCAS a cura di), Seuil, Parigi, 1996, pag. 368 ss; A.CASSESE, *L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux Pénaux, Internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (A.CASSESE, M.DELMAS-MARTY, a cura di), Presses Universitaires de France, Parigi, 2002; W.A.SHABAS, *ICL et HRL, “faux frères”?* in *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation* (M.HENZELIN, R.ROTH a cura di), L.G.D.J., Parigi, 2002; L.PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, in *Indice Penale*, 2003, pag. 259 ss; F.TULKENS, cit., pag. 577 ss; S.MANACORDA, cit., pag. 1364 ss; R.BARTOLI, *Chiaro e oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pag. 794 ss; L.VANDENHERIK, C.STAHN (a cura di), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012; E.VANSLIEDREGT, S.VASILIEV (a cura di), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Vedi anche i contributi dell'incontro di Studio tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata (26 e 27 maggio 2011) “*Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*” (inter alia, il contributo di D.PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*).

⁹⁰⁴ V.LISZT (in *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 46) definiva il diritto penale come “arma a doppio taglio”, che tutela beni giuridici attraverso la lesione di altri beni giuridici.

un ordinamento laico e democratico impone per non cadere in contraddizione: la piena protezione della dignità umana passa anche da questa via.

3. I principi generali di diritto internazionale penale

Prima di analizzare le tensioni che possono sussistere tra questi ultimi e la nozione di tortura così come elaborata in seno allo HRL, occorre premettere che l'ICL ha ancora una natura "rudimentale"⁹⁰⁵: le sue imposizioni, difatti, non configurano tutte quelle implicazioni proprie di sistemi più "raffinati", quali sono gli ordinamenti nazionali. Del resto, si tratta ancora in larga parte di un diritto composto da norme consuetudinarie, ricostruite e precisate dalla giurisprudenza.

Di conseguenza, i principi che lo regolano si conformano ai suoi caratteri e non presentano l'intera portata applicativa dei corrispettivi esistenti a livello statale.

3.1. La responsabilità penale individuale

In primo luogo, anche nell'ICL trova applicazione il principio della responsabilità personale (cfr. art. 25 CPISt). È noto come lo stesso implichi non solo il divieto di essere accusato per fatti compiuti da altri⁹⁰⁶, ma anche la necessaria presenza dell'elemento soggettivo in capo al reo: si tratta infatti di una "responsabilità per fatto proprio colpevole".

È sempre richiesta, in altre parole, l'esistenza di un nesso psichico – traducibile a seconda delle fattispecie in termini di dolo o di colpa – tra l'agente e il reato, non essendo ammissibile irrogare una sanzione di questa natura in seguito all'imputazione oggettiva di una condotta. A ben vedere, il principio di colpevolezza – più che completare – dà contenuto a quello di legalità: se il soggetto potesse essere punito per un fatto fortuito, a nulla varrebbe tutelare con la riserva di legge, l'irretroattività sfavorevole e la tassatività, la sua libertà personale, *rectius* le "libere scelte d'azione del privato". Tale garanzia non è dunque negoziabile, e protegge il "non colpevole" anche se obiettivamente è stato autore materiale dell'illecito⁹⁰⁷.

Per quanto riguarda la tortura, "*the act or omission must be intentional*": il comportamento negligente non può integrare il crimine.

⁹⁰⁵ A.CASSESE, *Lineamenti...*, cit., pag. 179.

⁹⁰⁶ TPJ, *Tadić*, IT-94-1-A, AC, 15 luglio 1999, § 186: nessuno può essere ritenuto penalmente responsabile per atti o omissioni alla commissione dei quali non abbia personalmente preso parte o in qualche modo partecipato.

⁹⁰⁷ In dottrina, non si dubita che oggi abbia acquisito il rango di vero e proprio diritto umano. Cfr. D.PULITANÒ, *Diritti umani...*, cit., pag. 1625.

Più precisamente, come si trae dalle decisioni del TPJ e dallo Statuto della CPI (artt. 7, 30)⁹⁰⁸, soddisfano questo requisito i casi in cui il reo ha inteso compiere o omettere l'azione (ad es. colpire, violentare, soffocare etc.) presa in considerazione.

Secondo gli ICT⁹⁰⁹ occorre dimostrare, oltre al fatto che l'agente abbia deliberatamente agito, anche che abbia voluto il dolore cagionato (cd *direct intent*) o fosse comunque consapevole che, secondo ciò che normalmente accade, la condotta potesse essere foriera di conseguenze del genere (cd *indirect intent*).

La giurisprudenza non ritiene sufficiente per l'integrazione dell'elemento soggettivo la colpa cosciente e la colpa generica, ma al contempo non pretende la presenza di un dolo intenzionale in senso stretto⁹¹⁰.

La *mens rea* si compone, inoltre, di un secondo frammento, relativo allo scopo preso di mira dal torturatore. Se non vi è dubbio sul fatto che il fine non debba necessariamente essere raggiunto, né essere il solo che ha mosso il reo o la ragione predominante dell'azione⁹¹¹, si registrano due orientamenti dei Tribunali ad hoc circa la tassatività o meno dei *purpose*.

Secondo una prima linea ermeneutica⁹¹², bisognerebbe ritenere la lista di cui all'art. 1 CAT come "chiusa"; secondo un'altra⁹¹³, invece, la medesima deve essere interpretata estensivamente ricomprendendovi altre finalità, conformemente al diritto consuetudinario.

Segue quest'ultimo corso anche la *Trial Chamber* nel caso *Furundžija* nei limiti in cui, tra i possibili obiettivi, ha incluso altresì l'intento umiliante⁹¹⁴. I giudici, al fine di giustificare

⁹⁰⁸ L'art. 7 costituisce una deviazione rispetto alla *default rule* sulla *mens rea* stabilita all'art. 30 dello Statuto, pertanto non è necessario dimostrare che l'agente volesse anche le gravi sofferenze causate.

⁹⁰⁹ TPJ, *Limaj et al.*, IT-03-66-T, TC, sent. 30 novembre 2005, § 238 (cd *direct intent*); TPJ, *Kunarac et al.*, IT-96-23e23/1-A, AC, sent. 20 giugno 2002, § 153; TPJ, *Martić*, IT-95-11-T, TC, sent. 12 giugno 2007, § 77 (cd *indirect intent*). Invero, in CPI, *Gombo*, cit., PTC, § 194 la Corte sembra escludere del tutto che l'intensità delle sofferenze inferte rientri nell'oggetto del dolo, considerando sufficiente la volontà del soggetto agente di porre in essere la condotta.

Per un approfondimento cfr. S.MANCINI, *I crimini contro l'Umanità*, in *Diritto Penale Internazionale*, Studi II, E.MEZZETTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2010, pag. 359; D.K.PIRAGOFF, D.ROBINSON, *Article 30: mental element*, in O.TRIFFTERER, K.AMBOS, cit., pag. 1117.

⁹¹⁰ A.CASSESE, *Lineamenti...*, cit., pag. 162; S.DEWULF, *Torture: in search of a definition...*, cit., pag. 6; M.NOWAK, *What practice...*, cit., pag. 830; K.MESKELE, cit., pag. 52. Come precisato nel Cap. II Par. 4, i termini "intentionally" e "intentional" usati rispettivamente nella CAT e nello CPISt non vanno sovrapposti alla nozione di dolo intenzionale presente nel nostro ordinamento, ma si limitano a indicare la natura necessariamente dolosa del crimine in esame: tutti gli organi internazionali competenti lo hanno interpretato in un senso corrispondente a quello comunemente attribuito al nostro "dolo generico", limitandone la funzione a quella di negare la rilevanza della colpa e, secondo i più, del dolo eventuale.

⁹¹¹ TPJ, *Delalić*, TC, cit., § 470; TPJ, *Kunarac et al.*, AC, cit., § 155; TPJ, *Karadžić*, IT-95-5/18-T, TC, sent. 24 Marzo 2016, § 504 e 508.

⁹¹² TPJ, *Simić et al.*, IT-95-9-T, TC, sent. 17 ottobre 2003, § 79; TPR, *Akayesu*, TC, cit.

⁹¹³ TPJ, *Limaj et al*, TC, cit., § 235; *Martić*, TC, cit., § 77.

Cfr. TPJ, *Delalić*, TC, cit., §470, in cui viene specificato che: "the various listed purposes do not constitute an exhaustive list, and should be regarded as merely representative".

⁹¹⁴ *Contra*, TPJ, *Krnjelac*, IT-97-25, TC, sent. 15 marzo 2002, § 186. A riguardo si potrebbe inferire che la mancanza di uniformità della giurisprudenza sul punto e la previsione di una lista "aperta" di finalità possa in qualche modo ostacolare la prevedibilità delle conseguenze penali della condotta. *A fortiori*, è in astratto ipotizzabile la violazione del

l'ampliamento, si sono rifatti al “*general spirit of international humanitarian law*”⁹¹⁵ non richiamando specificamente la giurisprudenza della Corte Edu o in genere lo HRL sul punto.

Da ultimo, si ricordi che gli *Elements of Crimes* usano il dolo specifico per differenziare la tortura come crimine di guerra – cfr. Art. 8 (2) (a) (ii)-1 – dal trattamento inumano come crimine di guerra – cfr. Art. 8 (2) (a) (ii)-2 – adottando una lista “aperta” di scopi, come si desume dalla perifrasi utilizzata: “*for such purposes as*”⁹¹⁶.

Per la tortura come crimine contro l'umanità – cfr. art. 7 (1) (f) – richiedono, invece, la presenza del solo dolo generico⁹¹⁷.

La *mens rea* – collocata in secondo piano nelle decisioni delle Corti dei diritti umani – assume quindi una rilevanza fondamentale per il diritto internazionale penale, chiamato a giudicare gli individui e i loro propositi: l'imputazione in termini soggettivi della condotta conforma la fattispecie al principio di responsabilità penale colpevole.

In questo ambito, se la nozione di tortura non si arricchisce di elementi nuovi rispetto alle definizioni ricorrenti nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, comunque assume un contenuto più analitico e preciso⁹¹⁸.

3.2. Il principio di legalità e i suoi corollari

Il principio di legalità nasce con l'affermazione dello stato di diritto: le scelte di politica criminale – in base alla teoria della separazione dei poteri – sono affidate alla sola istituzione espressione della volontà popolare per tutelare i cittadini da potenziali arbitri degli organi esecutivi e giudiziari. La sua *ratio* va ravvisata nel *favor libertatis*: l'anticipata conoscenza delle astratte fattispecie di reato

principio di irretroattività sfavorevole se, al momento del fatto, il soggetto non era in grado di conoscere i confini del divieto. Con le parole della *Trial Chamber* § 186: “*There may be a tendency, particularly in the field of human rights, towards the enlargement of the list of prohibited purposes, but the Trial Chamber must apply customary international humanitarian law as it finds it to have been at the time when the crimes charged were alleged to have been committed. In light of the principle of legality, the proposition that the primary purpose of humanitarian law is to safeguard human dignity is not sufficient to permit the court to introduce, as part of the mens rea, a new and additional prohibited purpose, which would in effect enlarge the scope of the criminal prohibition against torture beyond what it was at the time relevant to the indictment under consideration*”.

⁹¹⁵ TPJ, *Furundžija*, TC, cit. § 162.

⁹¹⁶ Del resto, in dottrina (G.WERLE, F.JESSBERGER *Principles...*, cit., pag. 366) si è evidenziato che se anche gli scopi previsti dalla CAT fossero stati recepiti come un *numerus clausus*, la loro capacità inclusiva risulta talmente elevata che non avrebbe determinato importanti limitazioni.

⁹¹⁷ Si tenga conto tuttavia della lettura fornita da Nigel Rodley così come riportata in nota 287: l'autore non trova importanti differenze tra la figura delineata dalla CAT e la struttura del reato accolta dallo Statuto di Roma perché il requisito della custodia/controllo implicherebbe un ruolo ufficiale dell'aggressore e, di conseguenza, finalità simili a quelle prese di mira dagli agenti pubblici quali sono gli scopi di cui all'art. 1 CAT.

⁹¹⁸ Le Corti dei diritti umani, infatti, non si soffermano sull'elemento soggettivo in modo così puntuale: alla richiesta di un'azione deliberata tendenzialmente non segue uno scrutinio sul *direct or indirect intent* che ha mosso l'agente e non sempre vengono considerati gli scopi presi di mira dall'autore del fatto. Come abbiamo visto nei capitoli precedenti (Cap. II Par. 4, Cap. III Par. 6), ciò dipende dal differente fine istituzionale loro proprio: l'accertamento della responsabilità statale, indipendentemente da quella individuale.

non garantisce solo l'attitudine deterrente della pena, ma assicura anche la possibilità di autodeterminazione individuale.

Sebbene nel diritto internazionale penale abbia trovato per molto tempo applicazione il principio di legalità inteso in termini sostanziali⁹¹⁹, secondo cui è reato ciò che è considerato offensivo di certi valori ancorché lo stesso non sia previsto come tale dalla "legge"⁹²⁰, non si dubita che oggi il *nullum crimen, nulla poena*⁹²¹ *sine lege* vada inteso – così come accade negli ordinamenti nazionali – in senso formale, implicando la presenza di un'espressa norma incriminatrice al momento del fatto.

Questa accezione di legalità – che ha trovato affermazione implicita negli Statuti dei Tribunali ad hoc ed è stata da ultimo specificata nell'art. 22 CPISt – in ambito internazionale assume tuttavia una serie di connotati che la differenziano dalla corrispondente garanzia propria delle costituzioni statali⁹²².

È noto infatti come l'ICL sia frutto, in larga parte, di un procedimento normativo consuetudinario che si avvicina maggiormente alla tradizione giuridica di *common law*, piuttosto che a quella di *civil law*. Si tratta di un *corpus* giuridico formato da fattispecie individuate e ricostruite in via giurisprudenziale che affondano le proprie radici storicamente nei *core crime* di diritto internazionale generale. È la sua dimensione "aperta" – registrata dallo Statuto CPI nei limiti in cui all'art. 21, tra le fonti secondarie, rinvia alla consuetudine con la perifrasi "i principi e le norme di diritto internazionale" – che impone di conformare tale presidio alle sue peculiarità.

Di conseguenza, la prima articolazione della legalità – la riserva di legge – invero deve essere intesa estensivamente: tanto le consuetudini quanto le decisioni del giudice possono rappresentare la "legge" del caso. Tuttavia, il ricorso a tali fonti – anche prima del trattato di Roma – ha come limite

⁹¹⁹ Per un approfondimento A.CASSESE, *Lineamenti...*, cit., pag. 185 ss; W.A.SHABAS, *Synergy...*, cit., pag. 615 ss; M.C.BASSIOUNI, *Crimes...*, cit., pag. 297 ss; E.FRONZA, *Le fonti*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, E.AMATI, V.CACCAMO, M.COSTI, E.FRONZA, A.VALLINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pag. 57 ss.

Nella dottrina italiana, *inter alia*, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, G.VASSALLI (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pag. 49 ss.

Cfr. art. 11 co. 2 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e art. 15 CCPR.

⁹²⁰ Tale accezione pone un problema di coerenza con la *ratio* garantista del principio di legalità perché consente di punire per un fatto che al momento della commissione non era previsto come reato e, conseguentemente, determina l'impossibilità di calcolare le conseguenze penali della propria condotta.

⁹²¹ È noto come in diritto internazionale penale non esistano cornici edittali definite e i giudici, in fase di commisurazione della pena, godano di ampi margini di discrezionalità. La normativa internazionale, dunque, è sostanzialmente priva del principio di legalità della pena così come conosciuto in ambito nazionale.

⁹²² Invero il concetto di *nullum crimen sine lege* è oggetto di una sostanziale trasformazione anche negli ordinamenti interni, in ragione dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte Edu in materia (cfr. *ex multis* F.VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016). Basti pensare che alcuni autori (S.RIONDATO, *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, pag. 1541 ss.) oggi ritengono di definire il principio di legalità come *nullum crimen sine iure*.

la conoscibilità del precetto penale da parte dell'imputato, come chiarito dal TPJ⁹²³: da un lato, il Tribunale ha giurisdizione esclusivamente sui crimini individuati dallo Statuto se gli stessi erano riconosciuti come tali dalla consuetudine esistente al tempo della commissione del fatto, dall'altro il *nullum crimen* non impedisce al giudice di interpretare e chiarire gli elementi del delitto, bensì gli preclude di creare nuovi reati o di interpretarli al di là di quanto sia necessario per la loro precisazione.

Invero, oggi la Corte penale internazionale tende a limitare l'uso del diritto internazionale generale a casi eccezionali e ad ipotesi in cui manchi del tutto una disposizione statutaria: la CPI deve infatti cercare la norma applicabile – in primo luogo – nello Statuto⁹²⁴.

Ad ogni modo, la mancanza a livello “legislativo” – prima del trattato di Roma⁹²⁵ – di definizioni statutarie di tortura e altri *mistreatment*, ha richiesto ai Tribunali ad hoc di individuare il contenuto e specificare gli elementi costitutivi di tali illeciti (cfr. *infra*).

Al fine di limitare i rischi di arbitrio del potere giudiziario e di salvaguardare i diritti dell'accusato, anche l'ICL tuttavia conosce il divieto di analogia *in malam partem* e il principio interpretativo del *favor rei*.

La tassatività⁹²⁶ è funzionale a garantire la libertà di autodeterminazione e la calcolabilità delle conseguenze della propria condotta: se le norme incriminatrici di diritto consuetudinario e pattizio fossero estendibili a fattispecie non previste, il soggetto non saprebbe come orientare i propri comportamenti e potrebbe essere punito per un atto che, all'epoca della sua commissione, non costituiva reato.

Per questa ragione l'art. 22 CPISt. codifica espressamente la garanzia e la correla al divieto di interpretazione estensiva: il contenuto dei delitti non può essere dilatato in senso peggiorativo per il

⁹²³ TPJ, *Milutinović*, IT-99-37-AR72, *Decision on Ojdanović's Motion Challenging Jurisdiction*, AC, 21 maggio 2003: “ (...) in order to come within the Tribunal's jurisdiction *ratione personae*, any form of liability must satisfy four pre-conditions: (i) it must be provided for in the Statute, explicitly or implicitly; (ii) it must have existed under customary international law at the relevant time; (iii) the law providing for that form of liability must have been sufficiently foreseeable at the relevant time to anyone who acted in such a way; and (iv) such person must have been able to foresee that he could be held criminally liable for his actions if apprehended”.

Cfr. anche TPJ, *Aleksovski*, IT-95-14/1, AC, sent. 24 marzo 2000, § 127.

⁹²⁴ CPI, *Katanga e Ngudjolo Chui*, cit., § 507.

⁹²⁵ R.CRYER in *Prosecuting international crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, ha dimostrato come gli Stati tendano ad ampliare la definizione dei crimini e dei principi quando li impongono ad altri, mentre quando sono i loro rappresentanti ad essere imputati ne pretendono una lettura restrittiva. Del resto, le Carte di Norimberga e Tokyo, nonché gli Statuti del TPJ e del TPR contengono definizioni dei crimini molto estese e clausole di apertura quali “*shall include but not be limited to*” che consentono al giudice di estendere l'ambito applicativo della norma, mentre lo Statuto di Roma – la cui applicazione non è stata imposta dalle cd potenze vincitrici e non è confinata ai fatti accaduti in un dato conflitto bellico – opta per una lista chiusa di crimini.

⁹²⁶ Le nozioni qui utilizzate seguono la tripartizione elaborata da G.MARINUCCI, E.DOLCINI (*Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017) secondo cui: per tassatività si intende il divieto di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi in esse espressamente previsti (divieto di analogia); per determinatezza la verificabilità/riscontrabilità empirica e processuale dei fatti perseguibili penalmente; per precisione, la puntualità nella descrizione della fattispecie.

presunto colpevole, ed è esclusa la creazione per via giurisprudenziale di nuove incriminazioni *tout court*, bensì è consentita un'interpretazione volta a specificare il contenuto degli elementi costitutivi di una fattispecie (già esistente). Infine, nel dubbio la norma deve essere letta in senso favorevole all'indagato⁹²⁷.

In ogni caso, la “legge” deve essere “prevedibile” e “accessibile”, come sancito dal diritto di Strasburgo in merito all'art. 7 CEDU⁹²⁸: senza un dato normativo di questo tipo il soggetto non è infatti in grado di conoscere le conseguenze penali del proprio comportamento e non può essere promosso nei suoi confronti alcun rimprovero per colpa.

Da ultimo, le considerazioni svolte in questo paragrafo perderebbero di valore se anche l'ICL non contemplasse il divieto di retroazione sfavorevole del disposto penale. Come oggi specificato dall'art. 22 CPISt., i giudici internazionali sono tenuti ad applicare soltanto i crimini esistenti al momento del fatto.

4. La tortura nelle decisioni dei Tribunali ad hoc

A differenza dell'art. 1 CAT, dell'art. 2 IACPPT e dell'art. 7 dello Statuto di Roma, gli Statuti del TPJ e del TPR non contengono alcuna definizione espressa di tortura.

La mancanza di una normativa in materia ha imposto ai Tribunali ad hoc di definire gli elementi costitutivi del crimine, chiarendo l'*ubi consistam* della “grave violazione del diritto internazionale umanitario” in questione.

Inizialmente, al fine di colmare la lacuna, i giudici hanno fatto rinvio all'art. 1 CAT, senza discostarsi dalla previsione convenzionale⁹²⁹.

In un secondo momento, tuttavia, la *Trial Chamber* ha interpretato estensivamente la definizione ivi contenuta, in conformità al “*general spirit of international humanitarian law*”⁹³⁰. È la sentenza nel caso *Kunarac*, in particolare, a determinare un nuovo approccio al crimine così come descritto nell'art. 1 CAT.

Partendo dalla premessa secondo cui “le nozioni sviluppate nel campo dello *human rights law* possono essere trasposte in quello dello *humanitarian law* [*rectius*, del diritto internazionale penale] solo se si prendono in considerazione le sue proprie peculiarità”⁹³¹, la *Trial Chamber* ha posto le basi per superare definitivamente gli elementi costitutivi dell'illecito indicati dal trattato del 1984.

⁹²⁷ CPI, *Germain Katanga*, 01/04-01/07-3436, TC, 7 marzo 2014, § 50 ss.

⁹²⁸ Cfr. *ex multis* Corte Edu, *K-H.W. c. Germania*, sent. 22 marzo 2001, § 58.

⁹²⁹ TPR, *Akayesu*, TC, cit., § 681; TPJ, *Delalić*, TC, cit., § 459.

⁹³⁰ TPJ, *Furundžija*, TC, cit. § 162.

⁹³¹ TPJ, *Kunarac et al.*, TC, cit., § 471.

La giurisprudenza successiva⁹³², difatti, seguirà il percorso interpretativo tracciato in questa decisione chiarendo che la CAT riflette il diritto consuetudinario nei limiti in cui si riferisce agli obblighi statali, ma non con riguardo al contenuto del delitto di tortura in termini generali⁹³³.

Il fatto che la sua nozione debba in qualche modo assolvere alle esigenze proprie dell'ICL, era d'altronde stato ribadito – già prima del caso *Kunarac* – nello Statuto di Roma: basti pensare alle differenze sostanziali che sussistono tra i due accordi in ordine alla scelta di un reato eseguibile anche da privati e al difetto del dolo specifico nell'ipotesi del crimine contro l'umanità.

Ciò non toglie che la definizione di cui all'art. 1 CAT resti un riferimento rilevante per gli ICT, seppur con gli adattamenti richiesti dalla natura istituzionale loro propria.

Difatti, similmente all'art. 1 CAT, i Tribunali ad hoc e lo CPISt.⁹³⁴ qualificano la tortura come un'azione o un'omissione con il quale un dolore o una sofferenza acuta, fisica o mentale, è inflitta ad una persona⁹³⁵. Al fine di chiarire il contenuto della nozione, però, TPJ e TPR da un lato hanno individuato una serie di condotte che di per sé integrano torture (essenzialmente, le mutilazioni e la violenza sessuale), dall'altro hanno definito alcuni comportamenti che possono determinarne la consumazione dell'illecito se forieri del richiesto livello di gravità (quali ad esempio il prolungato diniego di sonno, cibo e assistenza medica, oppure le minacce di violenze)⁹³⁶.

Più precisamente, nel caso *Delalic*⁹³⁷ i giudici hanno descritto la tortura come una forma aggravata di trattamento, inumano o degradante in quanto foriera di maggiori sofferenze, ritenendo che tale assunto fosse da considerarsi implicito nel livello di intensità del dolore richiesto dall'art. 1 CAT.

Come notato in dottrina⁹³⁸, in realtà, il punto non è confermato dai lavori preparatori alla Convenzione dai quali risulta esclusivamente che il dettato della Dichiarazione del 1975 – secondo cui la tortura rappresenta una forma aggravata di trattamento (o pena) crudele, inumano o degradante – non fu inserito nell'accordo del 1984 in quanto considerato troppo vago e impreciso e,

⁹³² TPJ, *Limaj et al.*, TC, cit., § 240; TPR, *Semanza*, 97-20, AC, sent. 20 maggio 2005, § 248.

⁹³³ TPJ, *Kunarac et al.*, AC, cit., § 147. Invero, la fattispecie di cui all'art. 1 CAT non si presta (e nemmeno era mai stata concepita) per un diretto trapianto nel diritto penale internazionale (o interno): in tal senso cfr. C.INGELSE, *The UN Committee...*, cit., pag. 206; O.DEFROUVILLE, *The Influence...*, cit., pag. 642. Quest'ultimo specifica che taluni giudici penali internazionali hanno riconosciuto la vaghezza delle nozioni elaborate nel ramo dei diritti umani, come tali inadatte a fornire le basi per fattispecie penali.

⁹³⁴ Occorre precisare che, se nella giurisprudenza del TPJ e del TPR non si ravvisi una discrasia tra gli elementi costitutivi della tortura come crimine di guerra e della tortura come crimine contro l'umanità – al netto dei distinti elementi di contesto – viceversa lo Statuto di Roma (e gli *Elements of Crimes*) li differenzia richiedendo il solo dolo intenzionale e la sottoposizione a custodia o controllo esclusivamente per il crimine contro l'umanità.

⁹³⁵ Cfr. *inter alia* TPJ, *Brđanin*, IT-99-36, AC, sent. 3 aprile 2007, § 242. A riguardo, appare il caso di ricordare come i Tribunali penali internazionali abbiano sempre negato che la prova delle violenze subite debba essere "visibile" (TPJ, *Kunarac*, AC, cit., § 150; TPJ, *Kvočka*, TC, cit., § 148).

⁹³⁶ C.BURCHARD, cit., pag. 164. Cfr. anche *Karadžić*, TC, cit., § 509 ss.

⁹³⁷ TPJ, *Delalić*, TC, cit., § 457.

⁹³⁸ M.FARRELL, *Just How...*, cit., pag. 495.

inoltre, non è presente alcun indizio del fatto che la perifrasi “forma aggravata” andasse intesa nel senso di “condotta ingenerante sofferenze maggiori”.

Ad ogni modo, al netto delle critiche che possono essere mosse all’interpretazione svolta dal TPJ in questa decisione, il risultato a cui perviene è che l’accertamento del crimine passa anche attraverso il criterio del *minimum level of severity* così come elaborato dalla Corte Edu a partire dal noto precedente *Irlanda c. Regno Unito*: tutti i *mistreatment* che non superano tale soglia “*may constitute another offence*”⁹³⁹.

Un piena adesione a tale criterio distintivo tra tortura ed altri illeciti viene raggiunta nel caso *Krnjelac*⁹⁴⁰, in cui il Tribunale quantifica la gravità della sofferenza subita dalle vittime adoperando gli elementi oggettivi e soggettivi tipici del diritto di Strasburgo, e verrà ribadita nella giurisprudenza successiva⁹⁴¹.

Invero il cd *severity test* – che impone una distinzione gerarchica tra tortura e altri *ill-treatment* in base al male sofferto dalla vittima – non è la sola linea di demarcazione tra i differenti crimini adoperata dal TPR e dal TPJ: come accennato nel Par. 3.1. *supra*, è in tal senso determinante anche lo scopo perseguito: solo la tortura è infatti ritenuta un cd *specific purpose crime*⁹⁴².

Tale ricostruzione ha consentito ai giudici di rispondere altresì alla questione circa la facoltà di porre in essere *cumulative charge* con riferimento alla stessa condotta. Nei casi *Kupreskic* e *Blagojevic*⁹⁴³ i Tribunali ad hoc hanno concluso per l’inapplicabilità dell’istituto in base al principio di consunzione: dal momento che le offese sono previste a difesa del medesimo bene giuridico e la tortura non solo implica una sofferenza superiore ma presenta anche un elemento di specialità rispetto agli altri *ill-treatment*, rappresentato dal dolo specifico, la condanna per fatti di tortura assorbe quella per trattamenti inumani o degradanti.

⁹³⁹ TPJ, *Delalić*, TC, cit., § 468 e 542: “ (...) *inhuman treatment is treatment which deliberately causes serious mental and physical suffering that falls short of the severe mental and physical suffering required for the offence of torture. Furthermore, the offence need not have a prohibited purpose or be committed under official sanction as required by torture*”. Il concetto di trattamento degradante è inteso allo stesso modo di trattamento inumano, con la differenza che il primo ricade nell’art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, il secondo ne rappresenta “una grave violazione” (§ 532 ss.).

⁹⁴⁰ TPJ, *Krnjelac*, TC, cit., § 224. Prima di questa sentenza cfr. anche *Furundžija*, TC, cit., § 160 ss; TPJ, *Kvočka*, TC, cit., § 161). W.A.SHABAS, *The crime of...*, cit., pag. 362

⁹⁴¹ TPJ, *Brđanin*, TC, cit., § 483; TPJ, *Martić*, TC, cit., §80; TPJ, *Brđanin*, AC, cit., § 250; TPJ, *Naletilić e Martinović*, IT-98-34-A, AC, sent. 3 maggio 2006, § 299; TPJ, *Karadžić*, TC, cit., § 505. Più precisamente, i giudici dell’Aia hanno valorizzato, in primo luogo, criteri di tipo oggettivo (natura, scopo, durata e sistematicità degli atti), mentre quelli di ordine soggettivo (età, sesso, stato di salute etc.) sono stati adoperati in via sussidiaria.

⁹⁴² *In parte qua*, la giurisprudenza dei Tribunali ad hoc non si discosta dalla distinzione comunemente accolta a livello internazionale tra tortura e trattamenti inumani: sono infatti la gravità dell’evento-sofferenza e la finalità degli atti i criteri distintivi maggiormente utilizzati nel panorama internazionale.

⁹⁴³ TPJ, *Kupreskić*, IT-95-16, TC, sent. 14 gennaio 2000, § 688 ss; TPJ, *Blagojević & Jokić*, IT-02-60, TC, sent. 17 gennaio 2005, § 717 ss. Il TPJ richiama espressamente la giurisprudenza CEDU, *Aksoy c. Turchia*, cit. In dottrina cfr. E.MACULAN, cit., pag. 466.

4.1. La pericolosa influenza dello *human rights law*

Il divieto di tortura previsto dall'art. 3 CEDU (così come da numerosi altri trattati dei diritti umani) è assolutamente privo di determinatezza: si tratta di una perifrasi in negativo che si limita a contenere un'asserzione⁹⁴⁴, senza prevedere in positivo alcun diritto.

Peraltro, l'enunciato non si rivolge ad un soggetto determinato ma ad un generico nessuno.

Come abbiamo visto nel Cap. II Par. 2, nei redattori della Convenzione prevalse la volontà di non tipizzare le condotte vietate, al fine di consentire alla giurisprudenza di seguire l'evoluzione della sensibilità internazionale in materia ed estendere i confini applicativi del disposto.

È così che la cd logica sfumata delle decisioni della Corte ha preso piede, frutto dell'interpretazione sistematica, teleologica e dinamico-evolutiva imposta dai giudici di Strasburgo: l'obiettivo è la migliore tutela del diritto a non essere maltratti.

La lettura vittimo-centrica deriva, per l'appunto, dallo scopo del divieto: la protezione della dignità individuale. Lo *human rights law*, in quest'ottica, si disinteressa dell'autore del fatto per concentrarsi sul soggetto passivo: la misura del dolore diviene, così, limite oltre il quale la condotta statale non deve spingersi e strumento di qualificazione per l'*ill-treatment* integrato.

Più ampia è la sofferenza, superiore la lesione del diritto, maggiore il disvalore del fatto, massimo dovrà essere lo stigma che ne deriva. A ben vedere, anche le conseguenze dell'inadempimento portano al patimento: la condizione personale non può essere riportata all'istante prima dell'accadimento, al più si può indennizzare, dando compensazione pecuniaria al non oggettivamente reintegrabile: il male sentito.

Opposta è la prospettiva del diritto penale, incentrata sul fatto, sull'autore del reato e sugli scopi che lo hanno mosso: al centro del quadro si trova il maltrattamento, non già i suoi effetti; fanno da cornice una lista di crimini, non di diritti⁹⁴⁵. E le conseguenze dell'illecito sono tutte personali: si tratta di sanzioni penali, non di eque riparazioni.

In comune, resta però l'obiettivo: la tutela della dignità. Con le parole del TPJ, "*It is difficult to conceive of a more important value than that of respect for the human personality. It can be said that the entire edifice of international human rights law, and of the evolution of international humanitarian law, rests on this founding principle*"⁹⁴⁶. Non stupisce allora come le Corti penali richiamino la giurisprudenza dei Tribunali dei diritti umani e viceversa: la finalità, il piano sovranazionale in cui operano e la terminologia che utilizzano è la stessa⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ A.S.KRISHNAKUMAR, *Passive Voice References in Statutory Interpretation*, in *Brooklyn Law Review*, 2011, pag. 943.

⁹⁴⁵ TPJ, *Kunarac*, TC, cit., § 470.

⁹⁴⁶ TPJ, *Aleksovski*, IT-95-14/1, TC, sent. 25 giugno 1999, § 54.

⁹⁴⁷ TPJ, *Kunarac*, TC, cit., § 467. In via riassuntiva, sono tre i principali effetti avuti dallo HRL (e in particolare dal diritto di Strasburgo) sull'ICL: l'adozione del criterio del cd *minimum level of severity*; l'eliminazione della necessaria

Come è stato sottolineato in dottrina⁹⁴⁸, in fondo, l'ICL è comunque una branca del diritto internazionale formato dalla sommatoria di HL, HRL, principi generali comuni ad alcuni sistemi giuridici del mondo e norme sue proprie.

In mancanza di un'indicazione esplicita da parte dello Statuto⁹⁴⁹, è parso dunque naturale ai Tribunali ad hoc rivolgersi – in particolare nella prima fase della loro attività – all'unica definizione di tortura universalmente vincolante in materia (l'art. 1 CAT) e alla giurisprudenza maggiormente consolidata sul punto, ovverosia quella di Strasburgo.

Se il ricorso alla nozione contenuta in un trattato dalla natura ibrida⁹⁵⁰ quale la CAT deve essere effettuato con attenzione – come evidenziato dal TPJ nel caso *Kunarac* – a maggior ragione deve esserlo il rinvio alle elaborazioni di un Tribunale dei diritti umani, quale la Corte Edu.

Invero, l'indeterminatezza dell'enunciato testuale dell'art. 3 congiuntamente all'utilizzazione dei criteri interpretativi propri degli accordi di questa specie (cfr. Cap. I Par. 2.3) si pone su un piano antitetico rispetto all'esigenze di prevedibilità e certezza del disposto penale.

Del resto, è lo stesso TPJ a sottolineare, con riguardo alle pronunce della Corte Edu e del CDU, che “*it is difficult to obtain a precise picture of the material elements of torture from the decisions of the bodies (...)*”⁹⁵¹. E non potrebbe essere altrimenti dati i fini istituzionali di questi ultimi.

L'approccio *case by case* e l'elasticità delle formulazioni dello HRL non consentono di operare una piena trasposizione in campo criminale delle sue fattispecie.

In special modo, la lettura vittimo-centrica operata dai giudici di Strasburgo e dagli organi di controllo che ne hanno seguito l'alveo, appare assolutamente incompatibile con il principio di colpevolezza e il principio di legalità⁹⁵². Far dipendere la sanzione dal dolore patito dal soggetto passivo determina, infatti, l'impossibilità di rappresentarsi le conseguenze della propria condotta. Inoltre, la difficoltà nel misurare in concreto la sofferenza percepita e di stabilire un livello oggettivo oltre al quale la stessa deve ritenersi conseguenza di un atto di tortura, potrebbe comportare un difetto di riscontrabilità empirica e processuale dei fatti penalmente rilevanti.

La mancanza di precisione propria di questo sistema – non essendo in grado di arginare la discrezionalità giudiziale – rischia, inoltre, di implicare l'adozione di imputazioni più gravi e

partecipazione dell'agente pubblico; l'estensione del dolo specifico di cui all'art. 1 CAT ad ipotesi non specificamente previste.

⁹⁴⁸ F.LATTANZI, cit., pag. 557.

⁹⁴⁹ A differenza della CPI i Tribunali ad hoc hanno infatti dovuto riempire una lacuna normativa.

⁹⁵⁰ Lo si qualifica in questi termini perché, pur prevedendo l'obbligo di incriminazione e la definizione degli elementi costitutivi di un crimine, resta pur sempre un trattato volto a proteggere diritti umani attraverso l'imposizione di obblighi positivi e negativi in capo agli Stati.

⁹⁵¹ *Delalić*, cit., § 462.

⁹⁵² M.STRAUSS, cit., pag. 211 ss; D.SUSSMAN, cit., pag. 227 ss; M.SAIF-ALDENWATTAD, cit., pag. 14 ss; D.ROBINSON, cit., pag. 926; M.FARRELL, *How...*, cit., pag. 509 ss; E.MACULAN, cit., pag. 474.

favorire l'applicazione di pene superiori sproporzionate rispetto al disvalore effettivo dell'accadimento⁹⁵³.

La relatività del “piano mobile” che sia alza e si abbassa a seconda delle circostanze della fattispecie, in questo modo, lascia *de facto* al giudice il potere di incriminazione. D'altronde, la cd logica *fuzzy* connaturata allo HRL – di cui il cd *severity test* è espressione – si oppone fatalmente al divieto di analogia *in malam partem* e alla necessità di un'interpretazione restrittiva del crimine, capisaldi del diritto penale *magna charta* del reo. Ne consegue, da ultimo, la possibilità di essere condannati per un'azione che al momento della commissione non era prevista come reato: l'interpretazione evolutiva dello stesso potrebbe infatti comportare la violazione del principio di irretroattività.

La tortura intesa in termini di sofferenza della vittima e non come fatto in sé rischia dunque di non rispettare le condizioni di legittimità delle decisioni penali: se la vaghezza delle nozioni non è stata letale per lo HRL ma, anzi, ne ha comportato un elevato grado di efficienza, potrebbe viceversa esserlo per l'ICL.

Occorre quindi che la sempre maggiore autonomia che stanno assumendo gli ICT, di cui è spia la diminuzione di richiami alle decisioni dei Tribunali e degli organi che si occupano di diritti umani e l'aumento dei rinvii alle sentenze loro proprie⁹⁵⁴, si spinga fino a recidere l'assunzione di criteri, quale il *minimum level of severity* così come elaborato dai giudici di Strasburgo, che contrastano con i principi fondamentali del diritto penale.

Ciò non implica che la legalità ed i suoi corollari impongano l'utopica individuazione di ogni fattispecie concreta rientrante nel disposto e non siano compatibili con un certo grado di flessibilità, tuttavia pretendono una descrizione del reato accessibile e prevedibile. E una costruzione precisa, passibile di un'esegesi in termini restrittivi, non può prescindere dalla specificazione delle circostanze oggettive in quanto tali, congiuntamente all'*intent* e al *purpose* che le connota: questi, e non altri, devono essere i capisaldi della tortura come crimine penale internazionale.

4.2. L'intensità del dolore

Sono sostanzialmente due i problemi che l'accertamento del dolore implica: l'individuazione del livello oltre il quale può dirsi integrato un *mistreatment* e la relatività della valutazione, dovuta da

⁹⁵³ J.CHALMERS, F.LEVERICKN, *Fair Labelling in Criminal Law*, in *The modern law review*, 2008, pag. 217 ss.

⁹⁵⁴ Per un approfondimento, cfr. O.DEFROUVILLE, cit., pag. 635.

un lato alle evoluzioni che la soglia minima subisce nel corso del tempo, dall'altro alle peculiarità del caso concreto sottoposto a scrutinio⁹⁵⁵.

A riguardo, possono essere registrati almeno tre diversi orientamenti dottrinali⁹⁵⁶.

Il primo è quello tracciato dagli USA e dal Regno Unito in fase di redazione della CAT: la sofferenza che richiede la tortura deve essere “*extremely severe*”, non già semplicemente “*severe*”.

Questa strada è stata (di fatto) seguita dalla Corte Edu nel caso *Irlanda c. Regno Unito* e, più recentemente, da John Yoo e Jay Bybee nei *Torture Memos*⁹⁵⁷: occorre un patimento particolarmente acuto, pari a quello conseguente a gravi ferite fisiche, perché un atto possa essere definito come il peggiore tra i *mistreatment*.

Tuttavia tale interpretazione non è stata fatta propria né dalla CAT né dal diritto internazionale generale, come anche di recente ribadito dall'*Appeal Chamber TPJ*⁹⁵⁸. Si tratta di una visione eccessivamente restrittiva non suffragata dai trattati in materia e tanto meno dalla giurisprudenza, in quanto restringe oltre modo tale requisito della fattispecie.

La seconda linea ermeneutica – seguita dai Tribunali ad hoc, dall'enunciato dell'art. 1 CAT, dal diritto di Strasburgo e dalla Corte interamericana – considera imprescindibile il “*severe pain or suffering*”. Questo elemento – in quanto caratteristica propria della sola tortura – rappresenterebbe un fattore distintivo tra la stessa e gli altri *ill-treatment*.

Invero, appare appena il caso di notare come tale assunto derivi da un'interpretazione apodittica svolta dalla Corte Edu del rapporto della Commissione sul caso *Greco*⁹⁵⁹. In questa circostanza, pur richiedendo un “*severe pain*” per integrare l'illecito, i commissari non avevano infatti specificato che la tortura fosse una forma più grave di *ill-treatment* in quanto foriera di maggiori sofferenze. Ciononostante, la giurisprudenza europea successiva ha fatto leva principalmente su questo dato per differenziare le condotte vietate dall'art. 3 CEDU⁹⁶⁰.

Ad ogni modo, tralasciando come si sia arrivati a considerare la tortura una forma aggravata di maltrattamento in ragione dell'acutezza del dolore, restano i pericoli evidenziati nel paragrafo precedente circa la trasposizione di questo parametro in ambito penale.

⁹⁵⁵ Ad esempio, la stessa condotta posta in essere nei confronti di un giovane o di un anziano può determinare sofferenze diverse e, conseguentemente, diverse tipizzazioni. Al contempo, la medesima azione eseguita in periodi differenti può essere sussunta in fattispecie più o meno gravi.

⁹⁵⁶ N.S.RODLEY, M.POLLARD, *The treatment...*, cit., pag. 98 ss.

Un quarto orientamento, derivante della combinazione delle tre linee ermeneutiche qui elencate, è quello proposto da S.DEWULF, *Signature...*, cit., pag. 506 ss.

⁹⁵⁷ Cfr. nota 31.

⁹⁵⁸ TPJ, *Brđanin*, AC, cit., § 244 ss.

⁹⁵⁹ Cfr. nota 357.

⁹⁶⁰ *Mutatis mutandis*, con riferimento alla CAT, la dottrina ha concluso che non si possa ritenere la “*severity of pain or suffering*” un criterio distintivo tra le condotte di cui all'art. 1 e quelle di cui all'art. 16, anche perché i redattori della Convenzione si sono basati sulla nozione di tortura così come formulata nel caso *Greco* dalla Commissione, che per l'appunto non sanciva espressamente l'adozione di tale parametro.

Cfr. anche le critiche mosse all'interpretazione del TPJ nel caso *Delalić*, Par. 4. *supra*.

Per questa ragione va accolta con favore la tipizzazione effettuata dallo CPISt. e le indicazioni contenute negli *Elements of Crimes*⁹⁶¹ con riferimento al *war crime of torture* e al *crime against humanity of torture*, nonché la scelta di introdurre l'art. 21 CPISt. a consacrazione dell'autonomia del nuovo sistema punitivo.

Durante la redazione dello Statuto si discusse circa il criterio da adoperare al fine di discernere la tortura dal trattamento inumano come crimine di guerra, e si predilesse l'utilizzo del dolo specifico al posto del livello di patimento.

Nella definizione contenuta negli *Elements of Crimes*, difatti, l'inflizione di “*severe physical or mental pain or suffering*” è una costante tanto per la tortura come crimine di guerra (e contro l'umanità), quanto per il trattamento inumano quale crimine di guerra (e contro l'umanità⁹⁶²).

Sebbene la giurisprudenza della CPI sul punto non sia ancora tale da rappresentare uno strumento interpretativo su cui poter fare pieno affidamento data l'esiguità dei precedenti, si ricordi come nel caso *Bemba*⁹⁶³ la *Pre-Trial Chamber* non abbia confermato l'accusa di tortura come crimine di guerra proprio per il difetto dell'elemento soggettivo, prescindendo dall'intensità del dolore.

Con riferimento alla tortura come crimine contro l'umanità ha invece statuito che: “*it is constantly accepted in applicable treaties and jurisprudence that an important degree of pain and suffering has to be reached*”⁹⁶⁴. Nonostante la nota a piè di pagina del paragrafo interessato rinvii genericamente alla giurisprudenza della Corte Edu e interamericana, non vi è alcun cenno su quale debba essere il metodo da usare per valutare il superamento della soglia: invero, manca l'indicazione espressa del cd *severity test*. Si auspica dunque che lo Statuto sia stato in grado effettivamente di costruire un regime chiaro e integrale in materia, e che la Corte si discosti dall'utilizzo di strumenti che non pertengono al diritto internazionale penale, ponendo un freno al cd *judicial law making* che ha in parte caratterizzato l'azione dei Tribunali ad hoc⁹⁶⁵.

Non differenziando la tortura dagli altri *ill-treatment* in base al male avvertito, gli *Elements of Crimes* non seguono il secondo orientamento sopra esposto e delineano una terza via.

⁹⁶¹ Si ricordi come questi ultimi siano enunciati non vincolanti pensati per guidare il giudice nell'interpretazione della norma statutaria. Essi contribuiscono, conseguentemente, alla certezza e conoscibilità del reato applicabile.

⁹⁶² Anche se in questo caso la perifrasi utilizzata dall'art. 7 (1) (k) è diversa (“*great suffering*”) la dottrina (cfr. N.S.RODLEY, *The definition...*, cit.; C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence...*, cit., pag. 167) non ritiene vi siano differenze sotto il profilo contenutistico: in *parte qua*, lo CPISt. sembra non definire la tortura come forma aggravata di *inhuman treatment*.

⁹⁶³ CPI, *Bemba Gongo*, PTC, cit., § 290 ss; CPI, *Mbarushimana*, *Decision on the Confirmation of Charges*, PTC, 16 dicembre 2011, § 169. Cfr. M.C.BASSIOUNI, cit., pag. 418.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, § 193.

⁹⁶⁵ In questi termini M.FARRELL, *How...*, cit., pag. 491.

Si tratta del cd “modello orizzontale in ordine al dolore” recepito, *inter alia*, nell’ultimo report del Relatore speciale⁹⁶⁶, secondo il quale la soglia della sofferenza, nella sua vaghezza, non può essere un criterio distintivo certo tra *mistreatment* meno gravi e tortura. Bisognerebbe, invece, rifarsi ad altri elementi, quali le finalità della condotta⁹⁶⁷, il dolo e la posizione di impotenza della vittima⁹⁶⁸. Resta tuttavia immutata l’esigenza di ingenerare un *severe pain or suffering* perlomeno per le condotte (o pene) inumane, crudeli e per la tortura⁹⁶⁹.

A riguardo, la soluzione maggiormente confacente al principio di legalità ed ai suoi corollari probabilmente è quella proposta dalla Convenzione interamericana del 1985 nei limiti in cui si spinge a richiedere esclusivamente la presenza di *pain or suffering*, indipendentemente dal loro grado⁹⁷⁰: in questo modo sono superati i problemi di effettiva misurazione del patimento, l’*ubi consistam* dell’*onus probandi* e viene assicurata la calcolabilità delle conseguenze penali dell’azione⁹⁷¹.

Al contempo, l’estensione effettuata dall’art. 2 del trattato ai “metodi volti ad annullare la personalità della vittima o diminuire le sue capacità fisiche o mentali”, non lascia adito a dubbi circa la sussumibilità nel disposto delle nuove e più sofisticate forme di tortura, non sempre implicanti la causazione di una sofferenza in senso stretto (si pensi ai metodi di cd tortura bianca⁹⁷²).

In quest’ottica un certo livello di dolore non risulta né necessario né sufficiente per la consumazione del delitto⁹⁷³.

Conclusivamente, si ritiene che la definizione dell’illecito nell’ambito dell’ICL non possa prescindere dalla precisazione dell’elemento oggettivo (ad esempio attraverso l’aggiunta di un requisito di fattispecie similmente a quello di cui all’art. 7 (1) (f) § 2 degli *Elements of Crimes*⁹⁷⁴) e dal chiarimento della *mens rea* rilevante, mentre per le ragioni sovraesposte sarebbe il caso di abbandonare il *level of severity* come fattore incidente sull’area del penalmente rilevante.

⁹⁶⁶ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 20 luglio 2017.

⁹⁶⁷ È questa la tesi di M.D.EVANS, *Getting...*, cit., pag. 382; N.S.RODLEY, M.POLLARD, *The treatment...*, cit., pag. 99.

⁹⁶⁸ È questa la tesi di M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 839.

⁹⁶⁹ Più precisamente, Evans qualificando i trattamenti degradanti e la tortura come *species* di trattamenti inumani sembra implicitamente pretendere il dolore per tutte e tre le tipologie di *mistreatment*; Nowak, Rodley e Pollard, invece, non richiedono questo elemento per i trattamenti degradanti.

⁹⁷⁰ Di una proposta simile si fece promotore il Governo russo in fase di redazione della CAT (M.NOWAK, E.MCARTHUR, cit., pag. 69).

⁹⁷¹ Tali questioni continuano a sussistere anche con riguardo alle nozioni di cui allo CPIS. visto il permanere del riferimento all’acutezza del dolore o della sofferenza. Tuttavia abbiamo visto come – rispetto alle nozioni dei Tribunali ad hoc – il *level of severity* come parametro di distinzione tra tortura e trattamenti inumani sia venuto meno in relazione ai rispettivi crimini di guerra e contro l’umanità.

⁹⁷² Cfr. nota 218.

⁹⁷³ M.FARRELL, cit., pag. 512.

⁹⁷⁴ Art. 7 (1) (f) § 2 § 2: “Such person or persons were in the custody or under the control of the perpetrator”.

5. La *cross-fertilization* e l'inevitabilità del dialogo tra Corti

Anne-Marie Slaughter in uno dei primi studi in materia⁹⁷⁵ di “dialogo” tra Corti nazionali e internazionali colloca la *cross-fertilization* tra le finalità della *transjudicial communication*. In particolare, la descrive come: “(...) *the simple dissemination of ideas from one national legal system to another, from one regional legal system to another, or from the international legal system or a particular regional legal system to national legal systems*”⁹⁷⁶.

La metafora della cd fertilizzazione-incrociata richiama la diffusione di principi, valori e regole tra ordinamenti in modo libero, in assenza di una procedura codificata: come “semi trasportati dal vento” – scriveva l’autrice – le elaborazioni giuridiche possono varcare i confini nazionali per produrre frutti ovunque “atterrino”.

Presupposto del fenomeno è la sussistenza di un dialogo attivo tra gli interpreti: il recepimento passivo di elaborazioni altrove effettuate non è foriero di alcuna *cross-pollination*⁹⁷⁷. Viceversa, allo scambio di pratiche interpretative e argomentative può conseguire l’ibridazione di istituti giuridici e l’adozione di inedite soluzioni a comuni interrogativi.

La fertilizzazione-incrociata, in questi termini, non solo può essere funzionale alla disamina di singoli casi concreti, eventualmente non ancora oggetto di specifica disciplina o giurisprudenza nel Paese che accoglie l’ “idea”, ma anche allo sviluppo di una rete di principi universalmente validi.

Del resto, è il pluralismo degli ordinamenti contemporanei ad esigere “interazioni giudiziali”, siano esse facoltative (tra Corti pari ordinate) o necessitate (tra Corti gerarchicamente disposte)⁹⁷⁸: il cd processo di “destatizzazione del diritto” (ossia lo spostamento della “legge” fuori dallo Stato) – di cui sono emblema (ed artefici) i più di cento Tribunali aventi natura giurisdizionale che esistono nello spazio ultra-statale e gli organismi quasi-giudiziari previsti dai vari sistemi regolatori globali – impone un raccordo, un “dialogo” tra i soggetti interessati⁹⁷⁹. In sua assenza, si correrebbe il cd

⁹⁷⁵ A.M.SLAUGHTER, *A typology of transjudicial communication*, in *University of Richmond Law Review*, 1994, pag. 102 ss; della stessa autrice *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Review*, 2003, pag. 191 ss; W.W.BURKE-WHITE, *A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement*, in *Michigan Journal of International Law*, 2002, pag. 63 ss; J.S.MARTINEZ, cit., pag. 429 ss; C.P.R.ROMANO, *Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue*, in *Journal of International Law and Politics*, 2009, pag. 779 ss; S.CASSESE, *I tribunali di babele*, Donzelli editore, Roma, 2009; G.DEVERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra corti*, il Mulino, Bologna, 2010; P.SANDS, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, in *Yale Human Rights and Development Journal*, 2014, pag. 85 ss.

⁹⁷⁶ A.M.SLAUGHTER, *A typology...*, cit., pag. 117. La *cross-fertilization*, invero, è solo uno degli scopi delle comunicazioni tra Corti: l’aumento dell’effettività del rispettivo diritto, la promozione dell’accettazione delle reciproche obbligazioni internazionali, il rafforzamento della persuasività, dell’autorevolezza e della legittimità delle decisioni giudiziali e il raggiungimento di deliberazioni collettive su tematiche comuni, sono gli ulteriori effetti di questa interazione.

⁹⁷⁷ In questi termini si esprime C.L’HEUREUX-DUBE, *The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Review*, 1998, pag. 17.

⁹⁷⁸ De Vergottini preferisce utilizzare la perifrasi “interazione giudiziale” rispetto al termine “dialogo” data la potenziale ambiguità della parola in questione, cfr. op. cit., pag. 29 ss.

⁹⁷⁹ S.CASSESE, cit., pag. 4 e 42.

rischio di frammentazione del diritto: senza un collaborazione tendente a ricercare un'armonia complessiva, o quanto meno una convivenza possibile, il sistema – scandito da decisioni indipendenti e autonome l'una dall'altra – finirebbe per perdere di autorevolezza ed efficacia cogente.

In un contesto in cui esistono molteplici “ordini giuridici non ordinati”, il ruolo dell'interprete diviene dunque quello del “tessitore di una rete normativa fatta di più strati ed elementi”⁹⁸⁰ e, al contempo, del “costruttore di passerelle che collegano ordini nazionali, sopranazionali e globali”⁹⁸¹: in buona sostanza, un “giurista *bricoleur*” – utilizzando altra metafora coniata da autorevole dottrina⁹⁸² – artefice se non di “un nuovo ordine mondiale” o di una vera e propria “*global community of courts*” perlomeno di un pluralismo assestato, in grado di individuare la regola del caso facendo corretto uso della pluralità di fonti di *hard* e *soft law* che caratterizzano il diritto interno e il diritto internazionale contemporanei⁹⁸³.

È in questo contesto che nasce una situazione di vicendevole fecondazione (cd *cross-fertilization*), in cui la ricezione passiva delle regole altrui è sostituita da un *active dialogue* che richiede ad ogni interlocutore di dire la sua.

Come si è visto nel corso del lavoro, la nozione di tortura rappresenta un'ipotesi paradigmatica del fenomeno e interessa tutte le forme di dialogo immaginabili: basti pensare ai richiami plurimi e vicendevoli che Tribunali di pari *status* (quali la Corte europea, interamericana e africana) svolgono alle rispettive giurisprudenze e alle pronunce di organismi non-giurisdizionali; all'importanza che ha rivestito il diritto di Strasburgo per i Tribunali ad hoc e all'influenza che i medesimi oggi stanno avendo sullo stesso⁹⁸⁴; alle cd interazioni necessitate che si realizzano tra Corti internazionali e Stati obbligati ad eseguirne le decisioni, nonché tra Stati e organi dei trattati nell'espletamento delle rispettive funzioni; al lavoro preventivo dei Comitati e dei Sotto-Comitati, che non può prescindere dallo scambio di considerazioni con gli Stati scrutinati, e alle comunicazioni e direttive che intercorrono tra i medesimi e i sistemi di controllo nazionale.

A questo proposito, il network che nel tempo si sta sempre più strutturando – anche grazie all'operato del Relatore speciale – tra Tribunali internazionali, organi dei trattati, Stati e rispettive

⁹⁸⁰ E.SCODITTI, *Il dialogo tra Corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, pag. 129.

⁹⁸¹ S.CASSESE, cit., pag. 93.

⁹⁸² V.MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pag. 839 ss.

⁹⁸³ F.VIOLA, *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pag. 27.

Romano, cit., pag. 757 scrive: “*In sum, international courts are no longer self-contained systems. They are gradually evolving, spontaneously and organically, if not into a judicial system, at least into a specific type of social network, a judicial network, where each international court is a node*”.

⁹⁸⁴ O.DEFROUVILLE, cit., pag. 635.

Corti, risulta fondamentale per l'implementazione del divieto di tortura e per l'armonizzazione della tutela internazionale in materia.

Allo stesso tempo perché sussista un'effettiva *cross-fertilization*, ossia la nozione formulata all'interno di un dato sistema di controllo venga utilmente adottata (in tutto o in parte) e riprodotta da un altro, appare imprescindibile considerare una serie di fattori a cui più volte si è fatto rinvio nel corso del lavoro e che, in questa sede, pare il caso di riepilogare.

In buona sostanza, chi recepisce la definizione deve seguire un metodo di selezione delle fonti che impone, dapprima, la constatazione della tipologia di autorità da cui proviene l'elaborazione: l'interprete dovrà domandarsi se questa abbia natura giudiziaria o meno, e quale sia il fine istituzionale a cui è preordinata. Risulta poi indispensabile che attesti quale sia l'atto in cui è contenuta: se una decisione giudiziale, semi-giudiziale, un report statale oppure un documento a fini interpretativi. Da ultimo, dovrà prestare attenzione alla branca del diritto internazionale in cui si opera e ai principi su cui si informa.

5.1. Una nozione dai molti volti

Nel corso del lavoro abbiamo visto come la nozione di tortura cambi a seconda del contesto che di volta in volta viene in rilievo.

È tuttavia individuabile un “nocciolo duro” del concetto, rappresentato dalla strumentalizzazione dell'individuo da fine a mezzo attraverso una condotta (attiva o omissiva) deliberata che ingenera dolore di tipo fisico o psichico. La presenza di altri fattori quali le finalità, un dato livello di sofferenza e la qualifica di funzionario pubblico, varia a seconda delle interpretazioni della normativa presa in considerazione.

A ben vedere, anche l'*ubi consistam* dei suoi elementi fondamentali può mutare.

Partendo da quest'ultima considerazione, si è ad esempio registrato come le Corti dei diritti umani tendano a dare un'importanza secondaria all'*intent*: del resto, indipendentemente dall'individuazione di un'azione “intenzionale”, lo Stato può essere considerato inadempiente rispetto agli obblighi convenzionali preventivi e repressivi che derivano dal divieto.

In questo senso, adottare le specifiche valutazioni sulla *mens rea* proprie dei Tribunali penali internazionali non sarebbe di alcuna utilità, ma anzi finirebbe per limitare oltre modo i contorni dell'illecito internazionale: i diversi scopi istituzionali impongono di attribuire un valore differente all'intenzionalità della condotta e non ammettono alcuna fertilizzazione-incrociata tra ICT e organi appartenenti allo HRL sul punto.

Allo stesso tempo, non sembra il caso che questi ultimi facciano proprie forme vincolate di condotta, seguendo il paradigma di molteplici legislazioni penali nazionali, o ulteriori requisiti di

fattispecie similmente all'art. 7 (1) (f) § 2 degli *Elements of Crimes*: è il principio di legalità ed i suoi corollari che possono giustificare una descrizione restrittiva dell'elemento materiale e puntualizzazioni in merito ai soggetti destinatari della violenza.

Si tratta di esigenze che lo HRL evidentemente non incontra, anche se – come precisato al termine del terzo capitolo – sarebbe auspicabile una nozione di tortura maggiormente ancorata alle circostanze oggettive del caso anche in questa branca del diritto internazionale, da un lato per consentire agli Stati di meglio orientare le proprie azioni, dall'altro per evitare i rischi che un'eccessiva relativizzazione della soglia minima di gravità porta con sé.

D'altronde, è la logica di protezione “pratica ed effettiva” dei diritti umani che impone di qualificare la fattispecie come “a forma libera” e, al allo stesso tempo, richiede di non individuare alcuna vittima in particolare: qualsiasi comportamento capace di ledere in concreto la dignità umana può portare alla violazione della posizione soggettiva comunque si manifesti e chiunque ne sia il destinatario. Restringere per questa via, o prevedendo liste chiuse di comportamenti vietati, le cd geometrie variabili del bando, impedirebbe di dispiegare quell'interpretazione dinamico-evolutiva che ha consentito ai diversi sistemi di controllo internazionali di condannare le nuove modalità di svilimento della persona sottoposte al loro scrutinio.

Importante e funzionale ad una migliore definizione del concetto è risultato, invece, il recepimento da parte dei Tribunali ad hoc di alcune statuizioni della giurisprudenza dei diritti umani. In particolare, la valutazione della violenza sessuale come atto che di per sé integra tortura⁹⁸⁵, la possibilità che anche solo la lesione dell'integrità mentale configuri l'evento del reato così come oggi ribadito negli *Elements of Crimes* e nell'art. 7, § 2, let e) CPISt., nonché lo sviluppo di criteri distintivi tra *torture* e *inhuman treatment* e, di conseguenza, l'inapplicabilità di cd *cumulative charge* per la stessa condotta⁹⁸⁶.

In parte qua, pare il caso di ribadire come la lettura vittimo-centrica della fattispecie, incentrata sul dolore patito piuttosto che sul maltrattamento perpetrato, dovrebbe invece essere abbandonata dagli ICT nel discernere la più grave forma di *mistreatment* da quelle deteriori: presupposti della condotta e dolo specifico andrebbero prediletti a questo scopo in omaggio alle garanzie fondamentali proprie della materia penale⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ C.BURCHARD, cit., pag. 166. Si ricordi come tale qualificazione sia stata per la prima volta effettuata dalla Corte interamericana *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, cit.

⁹⁸⁶ E.MACULAN, cit., pag. 466 ss.: invero, talvolta il TPJ raggiunge conclusioni che non sono espressamente indicate nella giurisprudenza dei diritti umani richiamata a supporto. Ad ogni modo il rinvio è funzionale a riempire – anche in modo inedito – la lacuna normativa ed a legittimare la nuova soluzione adottata, conferendole di autorevolezza.

Del resto, come evidenziato da A.M.SLAUGHTER, *A typology...*, cit., pag. 118: “(...) it is up to the listeners to determine which parts of that monologue they choose to take away, build upon, and communicate to someone else”.

⁹⁸⁷ Cfr. Par. 4.1. *supra*.

A loro volta, è opportuno che le Corti dei diritti umani inizino a seguire il cd “modello orizzontale del dolore” così come prospettato, *inter alia*, dall’attuale Relatore speciale sulla tortura e fatto proprio dagli *Elements of Crimes* in relazione ai rispettivi crimini di guerra e contro l’umanità di tortura e trattamenti inumani: smettere di considerare la tortura come forma aggravata di *mistreatment* in ragione del grado di sofferenza consentirebbe di rendere maggiormente determinato il divieto e, conseguentemente, aiuterebbe lo Stato nell’individuazione delle obbligazioni che deve scontare. Ancora una volta sono le circostanze oggettive del caso, la situazione di cd *powerlessness* in cui si trova la vittima, il dolo ed eventualmente i *purpose* perseguiti, gli indici che verrebbero a contraddistinguere la tortura secondo questa ricostruzione.

Passando all’elemento soggettivo, se le diverse finalità possono rappresentare un segno distintivo tra i diversi *misbehaviour*, ciò non significa che in ogni caso debbano ritenersi condizioni di esistenza della violazione del diritto umano: nel campo dello HRL si ritiene maggiormente confacente l’ampia formula usata nell’art. 2 IACPPT e quanto sostenuto dall’orientamento maggioritario della Corte Edu (di cui al Cap. II Par. 4). Come evidenziato dallo stesso Relatore speciale, la posizione soggettiva può infatti essere lesa anche da atti mossi da puro sadismo o comunque per motivazioni personali che sfuggono ad una lettura restrittiva dell’elencazione contenuta nell’art. 1 CAT. In altri termini, un’azione particolarmente grave può determinare l’illecito internazionale anche in assenza di un proposito tipico.

Tornando all’ambito dell’ICL, la previsione di una lista aperta di obiettivi – fatta propria dagli *Elements of Crimes* in materia di tortura come crimine di guerra e da alcune pronunce dei Tribunali ad hoc – non pare, invece, priva di rischi come sottolineato dal TPJ nel caso *Krnjelac*⁹⁸⁸: il principio di tassatività e la prevedibilità delle conseguenze penali della condotta potrebbero infatti essere irrimediabilmente compromessi se si adottasse una simile linea ermeneutica.

Un ulteriore problema che si potrebbe presentare agli interpreti in questo caso concerne la distinzione tra trattamenti inumani e tortura come crimini di guerra: l’allargamento degli scopi perseguibili sulla scorta dell’influenza dello HRL potrebbe rendere complessa la differenza tra i due delitti⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ TPJ, *Krnjelac*, TC, cit., § 186; TPJ, *Brdanin*, TC, cit., § 481

⁹⁸⁹ Del resto, se si amplia eccessivamente la lista delle condotte vietate il dolo specifico rischia di trasformarsi in un dolo generico.

Tale problematica, viceversa, non sembra porsi per la tortura come crimine contro l’umanità vista l’eliminazione del dolo specifico e la definizione puntuale del soggetto passivo effettuata dall’art. 7 (1) (f) § 2 degli *Elements of Crimes*.

Un discorso a se stante merita invece la scelta di introdurre il dolo specifico o generico all’interno dell’ordinamento penale nazionale: se da un lato l’individuazione di determinati scopi può contribuire a differenziare la tortura da altri reati e marcare il disvalore, dall’altro rischia di garantire l’impunità per tutte quelle ipotesi di tortura senza un obiettivo apparente, particolarmente frequenti nella prassi: si pensi ad azioni per vendetta, ritorsione o puro sadismo.

Invero, quest’ultima considerazione è estendibile anche al campo dell’ICL: non va nascosto che una lista chiusa di finalità rappresenterebbe un limite importante all’ambito applicativo dei crimini internazionali.

Restano da considerare i pericoli della *cross-fertilization* con riferimento a un fattore costante della nozione di tortura, la lesione dell'integrità psico-fisica della vittima, e ad una circostanza eventuale, la qualifica di funzionario pubblico del soggetto attivo.

Riguardo al dolore, è già stato espresso l'augurio che ICL⁹⁹⁰ e HRL⁹⁹¹ prendano la direzione tracciata dalla Convenzione interamericana del 1985. Secondo il trattato in questione la fattispecie richiede “*physical or mental pain or suffering*”, oppure che siano utilizzati metodi volti ad annullare la personalità della vittima o diminuire le capacità fisiche o mentali, anche senza provocare un “*pain or anguish*” in senso stretto.

Il superamento dell'aggettivo “*severe*” – così come, *a contrario*, richiesto dalla CAT, dagli *Elements of Crimes* e fatto proprio dalla più parte dei Tribunali e organi di controllo internazionali (compresa la Corte interamericana) – assolverebbe ad un'esigenza di tassatività del disposto penale e, al contempo, delinerebbe in modo più marcato i contorni del divieto di *mistreatment* sul piano dello HRL.

Da ultimo, occorre soffermarsi sulla previsione di un reato proprio o comune.

Tanto la giurisprudenza dei Tribunali ad hoc⁹⁹² quanto l'art. 7 § 2 let. e) CPISt. e gli *Elements of Crimes*⁹⁹³ pertinenti non ritengono necessaria l'azione (o comunque il coinvolgimento) dell'agente pubblico per la consumazione della tortura come crimine di guerra o contro l'umanità.

Tale requisito – così come previsto dall'art. 1 CAT e dall'art. 3 IACPPT – comporterebbe un ulteriore limite all'esercizio dell'azione penale che non si giustifica alla luce dello scopo dell'*international criminal law*, ossia quello di perseguire i maggiori responsabili dei *core crime*.

⁹⁹⁰ Par. 4.2. *supra*.

⁹⁹¹ Cap. III Par. 8.

⁹⁹² TPJ, *Kunarac et al*, TC, cit., § 459. Sono tre gli argomenti esposti dalla *Trial Chamber* sul punto.

In primo luogo, i giudici evidenziano che – in assenza di una nozione di tortura negli Statuti e in generale nell'ambito dello HL – non è ammesso mutuare la medesima definizione dello HRL (e in particolare quella di cui all'art. 1 CAT) senza tenere a conto delle peculiarità proprie dello HL. In secondo luogo, sottolineano come l'art. 1 CAT si apra con la perifrasi “ai fini della presente Convenzione”, di conseguenza ben può non essere ritenuto cogente per altri scopi. Inoltre, il co. 2 dello stesso articolo specifica che la normativa non pregiudica l'applicazione di strumenti internazionali o nazionali di portata più ampia. In terzo luogo, richiamano la cd applicazione orizzontale del divieto di tortura svolta dalla Corte Edu e dal CDU a dimostrazione dell'esistenza, sul piano internazionale, di nozioni differenti (e più ampie) rispetto a quella di cui all'art. 1 CAT.

Concludono statuendo che il requisito della presenza o del coinvolgimento di un agente pubblico sia un elemento della definizione di tortura per il solo HRL e non anche per l'ICL.

In parte qua, la dottrina (P.GAETA, *When is...*, cit., pag. 188; ma anche F.LATTANZI, cit., pag. 552) ha avvertito un paradosso nell'argomentazione della Corte: se da un lato la *Trial Chamber* rimarca la distinzione tra HRL e HL al fine di giustificare la mancata applicazione del requisito del funzionario pubblico ex art. 1 CAT in ambito penale internazionale, dell'altro adopera proprio la giurisprudenza di Tribunali dei diritti umani e *treaty body* per dimostrare come la nozione di tortura possa fare a meno di tale elemento.

⁹⁹³ Quanto alla definizione adottata dallo Statuto di Roma, autorevole dottrina (N.S. RODLEY, *The Definitions...*, cit.) ha tuttavia evidenziato come il requisito della custodia o controllo sortisca, in ultima analisi, l'effetto di restringere il raggio d'applicazione del reato alle condotte commesse da chi agisce (o mira ad agire) a titolo ufficiale.

Impedire, ad esempio, l'accertamento delle colpe di un comandante di un gruppo armato irregolare per il sol fatto che non abbia alcuna qualifica formale, finirebbe per garantire l'impunità degli autori di atrocità capaci di ledere i valori fondanti dell'intera Comunità internazionale.

In altri termini, così gravi violazioni dei diritti umani richiedono una sanzione indipendente dal ruolo dell'agente, al fine di apprestare una tutela effettiva dei beni giuridici che di volta in volta vengono in gioco. Come evidenziato in dottrina, se la caratterizzazione del reato come proprio svolta dalla CAT ha senso nei limiti in cui si intende elevare un "crimine comune" in "crimine rilevante internazionalmente", viceversa con riferimento ai *core crime* non avrebbe alcun significato, posto che la loro "rilevanza internazionale" è conferita dagli elementi di contesto, indipendentemente dalla presenza o meno di un funzionario pubblico⁹⁹⁴. Peraltro, nella prassi il problema tendenzialmente non si pone poiché, nella maggior parte dei casi, i responsabili di questi crimini sono i vertici politici/militari degli Stati, gli unici in grado di porre in essere illeciti di questo tipo e rispetto ai quali i Tribunali hanno interesse a portare avanti l'azione penale⁹⁹⁵.

L'estensione soggettiva dell'incriminazione, inoltre, non rischia di determinare la sovrapposizione tra reati diversi e la conseguente difficoltà di sussunzione delle fattispecie che, viceversa, si può verificare nel diritto penale interno.

Sotto questo profilo, la *cross-fertilization* avvenuta tra Corti dei diritti umani e ICT ha portato un contributo decisivo alla lotta all'impunità senza violare alcun principio proprio della materia⁹⁹⁶ né facendo venir meno l' "*heightened quality of wrong*" che deve caratterizzare i crimini penali internazionali: si è infatti visto come gli elementi di contesto compensino a sufficienza alla diminuzione di disvalore conseguente alla repressione delle condotte private.

Tali considerazioni non sembrano, invero, trasferibili al diritto penale interno data la mancanza di *contextual element* in questo campo: la configurazione del delitto di tortura come reato comune nei codici penali nazionali svilirebbe l'essenza del crimine, facendo venir meno lo stigma proprio di questa azione. Più precisamente, da un lato sarebbe difficile discernere la tortura da altri illeciti comuni (quali lesioni, maltrattamenti e violenze private), dall'altro elidere "ciò che lo rende più ripugnante"⁹⁹⁷ ne comprometterebbe irrimediabilmente la gravità.

⁹⁹⁴ P.GAETA, *When is...*, pag. 190.

⁹⁹⁵ C.BURCHARD, cit., pag. 181.

⁹⁹⁶ Questa considerazione presume che l'irrogazione della condanna sia subordinata al rilievo penale della condotta del privato al momento del fatto, in conformità al principio di irretroattività. Tale problema si pone, ad esempio, con riferimento a quelle condotte poste in essere (da privati) prima della sentenza del TPJ nel caso *Kunarac*.

⁹⁹⁷ A.CASSESE, *I diritti...*, pag. 171. Per un approfondimento sulle diverse interpretazioni della dottrina italiana a riguardo si rinvia alla nota 538. A.MARCHESI, *Implementing...*, cit., pag. 213 con riferimento all'estensione della tortura anche alle condotte private a livello nazionale specifica che: "*This position, although apparently aimed at the adoption of a liberal interpretation of torture, may have the side-effect of watering down the notion of torture to the point of rendering it similar to generic offences under current Italian law – which do not catch the essence of torture or take its grave nature sufficiently into account*".

Infine, è la storia della tortura come deliberata violenza statale posta in essere nei riguardi di un individuo nelle mani della pubblica autorità che giustifica tale limitazione sul piano interno: solo la “faccia perversa e crudele dell’autoritarismo”⁹⁹⁸ è in grado di ingenerare una lesione della dignità di questa specie e, proprio in ragione di questo carattere, merita di essere perseguita.

Conclusioni

La nozione giuridica di tortura è stata equiparata ad un “camaleonte” che muta il colore della pelle al variare dell’ambiente in cui si trova⁹⁹⁹: infatti, se da un lato si caratterizza costantemente per l’inflizione deliberata di dolore fisico o mentale attraverso una condotta attiva o omissiva, dall’altro aggiunge, toglie o ridimensiona i suoi elementi a seconda del contesto di riferimento.

Sebbene la parola sia la stessa, come rilevato dal TPJ nel caso *Kunarac*¹⁰⁰⁰ è necessario che il suo contenuto asseconi le peculiarità del diritto che di volta in volta assume rilievo.

Partendo dal campo dello *human rights law*, il divieto di *mistreatment* richiede definizioni elastiche, dai contenuti a geometrie variabili, in grado di far fronte ai nuovi mezzi di annichilimento della persona che la realtà presenta. La cd logica sfumata che caratterizza le pronunce dei Tribunali dei diritti umani e dei *treaty body*, frutto di interpretazioni sistematiche, teleologiche e dinamico-evolutive delle convenzioni, è l’unico modo per garantire effettivamente il diritto a non essere sottoposti ad alcuna forma di *ill-treatment*.

Inoltre, l’uso di un lessico di questo tipo permette alla giurisprudenza di registrare i progressi della sensibilità internazionale sul tema, innalzando il livello di tutela della posizione soggettiva con il passare del tempo.

Funzionale all’instaurazione di un dialogo proficuo con gli Stati, si è dimostrata anche l’adozione di una terminologia non specificamente prevista dagli accordi internazionali, come quella fatta propria dal CPT: le condotte “inammissibili”, “inaccettabili” o che solo “eventualmente comportano una violazione”, possono essere utili qualificazioni per attuare quel *carrot and stick approach* che contraddistingue l’azione degli organi dei trattati e, in particolare, di quelli chiamati a prevenire l’illecito.

Del resto, il raggiungimento dei fini istituzionali di Comitati, Sotto-Comitati e Commissioni incontrati nel corso del lavoro richiede la collaborazione degli Stati, non essendo le rispettive

⁹⁹⁸ A.CASSESE, *I diritti...*, cit., pag. 174.

⁹⁹⁹ P.GAETA, *When is...*, cit., pag. 193.

¹⁰⁰⁰ TPJ, *Kunarac et al.*, TC, cit., § 471.

pronunce passibili di misure esecutive. Le parole, in quest'ottica, servono alla diplomazia: un atteggiamento conciliante è l'unico modo per raggiungere risultati concreti nella tutela dei diritti.

A questo scopo è impiegato un frasario differenziato, non rigido, pronto a rispondere alle evoluzioni del comportamento statale controllato.

Occorre allora ribadire l'importanza di soppesare le espressioni utilizzate a seconda del tipo di documento in cui sono inserite: un conto sono le osservazioni conclusive ai report statali, i rapporti concernenti la situazione dei diritti umani in un dato Paese (o le condizioni di detenzione riscontrate in seguito ad una visita) e le raccomandazioni comunque rivolte ai governi nazionali, altro le decisioni relative a comunicazioni individuali.

Se queste ultime cercano di conformarsi ad un modello "giudiziario" e hanno per oggetto l'accertamento della violazione dei diritti pattizi, bisogna invece tenere a conto della natura più "politicamente orientata" delle prime. Le statuizioni ivi effettuate possono infatti dipendere da considerazioni di ordine extra-giuridico e, in quanto tali, devono essere valutate.

Commenti generali e raccolte di standard rappresentano, invece, un aiuto fondamentale per l'interpretazione degli accordi: anche se difettano di vincolatività giuridica, chiariscono l'*ubi consistam* del divieto specificando i contorni della posizione soggettiva interessata e le obbligazioni susseguenti.

Con le parole di A. Sen, "le proclamazioni dei diritti umani, sebbene si presentino come se con esse si riconoscesse l'esistenza di qualcosa (...) sono in realtà forti pronunciamenti etici su ciò che andrebbe fatto"¹⁰⁰¹. L'indeterminatezza loro propria viene – per quanto possibile – arginata da simili atti di *soft law*, che divengono solidi punti di riferimento per un dialogo proficuo tra giurisprudenze.

Come dimostrano le numerose cd *cross-citation* alle rispettive pronunce, sono tuttavia le sentenze il veicolo privilegiato dalla fertilizzazione-incrociata e le fonti di cognizione a cui (principalmente) è necessario rivolgersi per individuare le nozioni di tortura esistenti a livello internazionale.

È all'interno delle decisioni giudiziali che l'ibridazione di concetti e argomentazioni conseguente alla cd *cross-pollination* tra Corti dei diritti umani, Tribunali penali internazionali e *treaty body*, diviene "diritto vivente".

Da un punto di vista sistematico, si registra come la cd *cross-fertilization* abbia contribuito all'armonizzazione della normativa internazionale da un lato riducendo le distanze presenti tra qualificazioni in uso nello *human rights law* e nell'*international criminal law*, dall'altro favorendo il sempre maggior consolidamento di un modello di *ill-treatment* valido nel campo dei diritti umani.

¹⁰⁰¹ A.K.SEN, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, pag. 363.

A questo riguardo, una particolare menzione merita l'opera del Relatore speciale sulla tortura, la cui attività contribuisce all'implementazione del diritto e alla creazione di un quadro giuridico definito in materia. Al termine del Cap. III, si sono evidenziate le conseguenze positive che discendono dalla definizione di tortura – quale forma aggravata di trattamento crudele, inumano o degradante indipendentemente dall'intensità delle sofferenze patite – fatta propria da Nils Melzer e dai suoi predecessori. L'adozione di *intent, purpose* e *powerlessness* al fine di discernere il più grave tra i maltrattamenti renderebbe la fattispecie maggiormente determinata: in questo modo, gli Stati riuscirebbero a conoscere con certezza le condotte vietate e verrebbe superato il rischio di eccessiva relativizzazione che il cd *severity test* comporta.

Difatti, ammesso (e non concesso) che sia concretamente possibile misurare il dolore patito dalla vittima, tale verifica potrebbe portare a sanzionare azioni di lieve entità, capaci tuttavia – in virtù delle circostanze del caso – di varcare la soglia minima oppure, *a contrario*, all'impunità di fatti gravi non ritenuti idonei a oltrepassarla. Da qui derivano alcuni dei pericoli che oggi corre il divieto di tortura: nella prima ipotesi, la “banalizzazione” dell'illecito, la diminuzione dello stigma suo proprio e la difficoltà di preservarne assolutezza e inderogabilità; nella seconda, la restrizione eccessiva dei confini del bando.

Pertanto si ritiene che la sofferenza debba assumere un ruolo secondario nell'accertamento della violazione, mentre occorrerebbe attribuire rilievo dirimente al maltrattamento perpetrato: l'azione deliberata attraverso cui il soggetto viene strumentalizzato per il raggiungimento di scopi ulteriori o anche solo per il soddisfacimento sadistico del torturatore.

I comportamenti non aventi questi caratteri andrebbero, invece, ricondotti alle categorie residuali: a questo proposito, la giurisprudenza suole definire come trattamento “degradante” – la specie di *misbehaviour* più lieve – l'atto che suscita una particolare umiliazione. Tuttavia vale anche in questa sede la considerazione appena svolta con riguardo alla tortura: è auspicabile che Tribunali e organi dei trattati si soffermino sulla condotta che ingenera avvilitamento piuttosto che sul grado dello stesso agli occhi della vittima.

Ad ogni modo, la linea ermeneutica basata sul cd “modello orizzontale del dolore” è ben lungi dal trovare la piena accettazione delle Corti internazionali, che continuano a prediligere la misura della sofferenza come spartiacque tra le distinte sotto-categorie di *mistreatment*.

Dal momento che – nel settore dello HRL – sussiste un'ampia (sebbene non univoca) convergenza tra organi giurisdizionali e non nell'utilizzo del cd *minimum level of severity*¹⁰⁰², sembra delinearsi una certa consonanza tra le definizioni di tortura e trattamenti crudeli (per le convenzioni che li prevedono), inumani o degradanti presenti in questo ambito.

¹⁰⁰² Cfr. Cap. II Par. 3.

La soglia minima di gravità ha avuto largo uso non solo per l'autorevolezza dell'istituzione che la ha formulata e per il cospicuo numero di pronunce da questi prodotte in materia, ma anche e soprattutto perché si presta bene al metodo casistico dei Tribunali dei diritti umani e degli organismi di controllo. In altri termini, non stupisce il successo di tale parametro vista la duttilità che presenta e l'ampia discrezionalità giudiziale che garantisce anche se, di contro, comporta un difetto di determinatezza nelle fattispecie che produce.

Se la sua adozione nel diritto internazionale dei diritti umani dovrebbe essere parzialmente rivista sulla scorta dei rilievi mossi in precedenza, a maggior ragione, la sua applicazione andrebbe del tutto evitata nell'*international criminal law*¹⁰⁰³.

I principi fondamentali della materia (responsabilità personale colpevole, legalità e suoi corollari) si pongono su un piano antitetico rispetto a questo tipo di lettura vittimo-centrica.

Per consentire la calcolabilità delle conseguenze della condotta – come statuito dalla stessa Corte Edu in merito all'art. 7 CEDU – è infatti necessario un dato normativo “accessibile” e “prevedibile”: condizionare l'attuazione della “legge” al patimento individualmente provato non consente di soddisfare questi requisiti.

L'area del penalmente rilevante non può dipendere – anche solo in parte – dall'intensità del male avvertito dal soggetto passivo, bensì sono i caratteri dell'elemento materiale e la specificazione della *mens rea* i fattori che consentono di definire in termini tassativi l'illecito. In questo senso, deve essere accolta con favore la scelta operata dagli *Elements of Crimes* relativi alla tortura ed ai trattamenti inumani come crimini di guerra puniti dallo CPISt., di non differenziare i due delitti in base al dolore ma rifacendosi al dolo, e ancor più condivisibile appare l'opzione accolta dall'art. 2 IACPPT di eliminare l'aggettivo “severe” e di estendere la punibilità anche ai metodi di annichilimento da cui non deriva un “*physical pain or mental anguish*” in senso stretto¹⁰⁰⁴.

Sebbene sussista una certa consonanza tra ICL e HRL relativamente agli obiettivi, ai valori e al lessico adoperato, la *cross-fertilization* tra Corti appartenenti ai due sistemi non può prescindere dalle rispettive differenze strutturali e funzionali: in particolare, il mancato rispetto dei principi garantistici propri del diritto penale potrebbe comportare una (paradossale) violazione degli stessi diritti umani che il crimine intende salvaguardare.

Ciò non significa che il dialogo tra giudici dei distinti poli sia sempre precluso.

Come evidenziato nel corso dell'ultimo capitolo sembra ad esempio opportuna, *inter alia*, la punizione delle torture compiute da privati a cui sono pervenuti i Tribunali ad hoc e lo CPISt. sulla scorta di quella che è l'applicazione orizzontale del divieto di *ill-treatment* operata dalle Corti dei

¹⁰⁰³ Cfr. *funditus* Cap. II Par. 3.2., Cap. III Par. 8., Cap. IV Par. 4.2.

¹⁰⁰⁴ In questo modo la Convenzione interamericana del 1985 supera i problemi di effettiva misurazione del patimento e si conforma ai canoni di tassatività che il reato deve rispettare.

diritti umani e dagli organi di controllo: la condanna di simili atrocità – in presenza degli elementi di contesto tipici – non può dipendere dalla qualifica formale del soggetto attivo.

L'avvicinamento dei concetti vigenti nell'ICL e nello HRL con riferimento all'autore dell'illecito va dunque accolta con favore dal momento che amplia la nozione di tortura senza violare alcun fondamento dell'ICL.

Del resto, non si deve dimenticare che la coerenza del bando di ogni *mistreatment* non dipende esclusivamente dalla pressione esercitabile dalla Comunità internazionale e dall'opinione pubblica, ma anche dalla deterrenza che i sistemi penali – a livello internazionale e interno – riescono a esercitare. A riguardo, pare appena il caso di sottolineare come la definizione possa acquisire ulteriori contenuti se dall'ordinamento sovrastatale si scenda verso quello nazionale. L'art. 1 CAT, pur avendo una portata generale, non richiede agli Stati di essere recepito “alla lettera”: militano in tal senso la perifrasi con cui si apre “ai fini della presente Convenzione”, e soprattutto il disposto del co. 2 che legittima l'esistenza di definizioni di portata più ampia.

In conclusione, il vocabolo oggetto di studio non consente di perdere di vista il *framework* normativo in cui è collocato. L'azione o l'omissione attraverso cui si lede l'integrità fisica, morale e la dignità personale assume nel campo dello *human rights law* contorni più sfumati, che portano generalmente le Corti a focalizzarsi sull'intensità del patimento piuttosto che sulla *mens rea*. Diverse le definizioni di accordi dalla natura “ibrida”, quali la CAT e la IACPPT, volti a proteggere i diritti umani attraverso il contrasto all'impunità. I rispettivi *treaty crime* pretendono la partecipazione di un pubblico funzionario, ricalcano il requisito dell'intenzione e del dolo specifico, pur non disponendo una lista tassativa di finalità. Inoltre, se l'art. 1 CAT indica un “*severe pain*”, l'art. 2 IACPPT si ferma alla mera sofferenza e, al contempo, estende la sanzione a condotte non implicanti “*pain or anguish*”.

Il passaggio dal diritto internazionale al diritto penale internazionale (o interno) esige una nozione più restrittiva, precisa e prevedibile.

Lo è solo in parte – come si è visto nell'ultimo capitolo – la fattispecie descritta nelle pronunce dei Tribunali ad hoc, che non distinguono tra tortura come crimine di guerra o contro l'umanità e designano in entrambi i casi un reato eseguibile anche da privati (similmente alla giurisprudenza di Corti e organi di controllo dello HRL), “intenzionale” e a dolo specifico (come gli artt. 1 CAT e 2 IACPPT). Un lettura estensiva delle finalità perseguibili e il requisito della serietà del dolore come criterio distintivo tra illeciti li riavvicina al campo dello HRL, da cui prendono maggiori distanze lo Statuto di Roma e i relativi *Elements of Crimes*, in tanto non differenziando tortura e trattamenti

inumani (come crimine di guerra) in base al livello di sofferenza ma esclusivamente attraverso il dolo specifico, e poi puntualizzando l'elemento materiale proprio del crimine contro l'umanità¹⁰⁰⁵.

A complicare la disamina, basti da ultimo ricordare che la tortura nello CPISt. presenta un diverso elemento soggettivo (il dolo specifico è richiesto per il solo *war crime*) e oggettivo (la sottoposizione della vittima alla custodia o al controllo dell'agente è disposta unicamente per il *crime against humanity*) a seconda della tipologia di delitto consumato.

La pluralità di contenuti che il termine può avere è frutto delle prospettive adottate dalla Comunità internazionale per arginare il fenomeno: la responsabilità statale e quella individuale, in quest'ottica, rappresentano due facce della stessa medaglia che occorre osservare congiuntamente per rintracciare il significato complessivo del divieto. Al fine di individuare, tra le tante, la nozione pertinente e preservarne il senso, l'interprete è chiamato a valutare la fonte che la dispone, l'atto in cui è contenuta, l'organo che la pronuncia e, più in generale, il quadro normativo in cui si trova. Da questa via passa la fedeltà al contenuto sostanziale della parola e la salvaguardia del messaggio universale che porta con sé: un trattamento disumano non ha scusanti.

¹⁰⁰⁵ L'art. 7 (1) (f) § 2 degli *Elements of Crimes* relativo alla tortura come crimine contro l'umanità specifica, infatti, il soggetto passivo del reato: il destinatario dell'azione deve essere un individuo sotto la custodia o il controllo dell'agente.

Bibliografia

- ADDO M.K., GRIEF N., *Does art. 3 of the European convention on human rights enshrine absolute rights?*, in *European Journal of International Law*, 1998, pag. 510 ss.
- AGAMBEN G., *Il potere sovrano e la nuda vita. Homo sacer*, vol. I, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- ALBANO A., PICOZZI F., *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Archivio Penale*, n. 1/2015, pag. 1 ss.
- ALLAIN J., *The jus cogens Nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2002, pag. 533 ss.
- ALVAREZ J., *Torture and the "War on terror": Torturing the Law*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pag. 176 ss.
- AMATI E., CACCAMO V., COSTI M., FRONZA E., VALLINI A. (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- ANDERSEN E.A., LASSEN E.M. (a cura di), *Europe and Americas: transatlantic approaches to human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2015.
- Association for the Prevention of Torture Centre for Justice and International Law, *Torture in international law*, 2008, reperibile in: http://www.apt.ch/content/files_res/jurisprudenceguide.pdf.
- AUSTIN J.L., *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova, 1987.
- BADAR M.E., *Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *International Criminal Law Review*, 2006, pag. 313 ss.
- BADERIN M.A., *The Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, in *International Human Rights and Islamic Law*, 2003, pag. 75 ss.
- BALSAMO A., *La Corte europea, l'ergastolo e "il diritto alla speranza"*, in *Cassazione Penale*, 2013, pag. 4672 ss.
- BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano: the statute of limitation in the italian criminal legal system require to be amended*, in *Cassazione Penale*, 2014, pag. 3925 ss.
- BARRETT J., *The Prohibition of Torture under International Law*, in *International Journal of Human Rights*, 2001, pag. 1 ss.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Milano, 2001.
- BARTOLE S., DESENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Milano, 2012.

BARTOLI R., *Chiaro e oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pag. 794 ss.

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

BASSIOUNI M.C., *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge University Press, New York, 2011.

BAUMAN Z., *Retrotopia*, Laterza, Roma, 2017.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene (1764)*, Feltrinelli, Milano, 2008.

BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Vita e pensiero, Milano, 2003.

BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001.

BIMBI L., TOGNONI G. (a cura di), *La tortura nel mondo*, Edup, Roma, 2006.

BLUM R., STEINHARDT R.G., *Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: the alien tort claims act after Filartiga v. Pena-Irala*, in *Harvard International Law Journal*, 1981, pag. 53 ss.

BOBBIO N., *L'età dei diritti (1965)*, Einaudi, Torino, 2014.

BORGNA G., *Il sistema di prevenzione istituito dal Protocollo Opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 705 ss.

BORGNA G., *L'insostenibile leggerezza del non-essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *SidiBlog*, 2014.

BOULESBAA A., *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1999.

BREGMAN R., *Utopia per realisti. Come costruire davvero il mondo ideale*, Feltrinelli, Milano, 2017.

BURCHARD C., *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 159 ss.

BURGERS J.H., DANELIUS H., *The United Nations Convention against Torture*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

BURKE-WHITE W.W., *A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement*, in *Michigan Journal of International Law*, 2002, pag. 63 ss.

BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

CALLEWAERT J., *La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000.

CALVINO I., *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Mondadori, Milano, 1995.

CAMILLI A., *I medici che curano le ferite invisibili della tortura*, in *Internazionale*, 25 luglio 2017.

CANCELLARO F., *Tortura: nuova condanna per l'Italia mentre prosegue l'iter parlamentare del reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

CANNIZZARO E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016.

CARBONE M., LUZZATO R., SANTAMARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016.

CARELLA G., *Nominalismo e lotta al terrorismo internazionale: il caso delle extraordinary renditions*, in *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 111 ss.

CAROFIGLIO G., *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, 2010.

CAROFIGLIO G., *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, Roma, 2015.

CARPANELLI E., *"Extraordinary renditions" e diritti umani: alcune riflessioni sul caso Abu Omar*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 326 ss.

CASALE P.P., *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613 bis. Il discutibile recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Archivio Penale*, n. 3/2017, pag. 1 ss.

CASSESE A., *Umano-disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Laterza, Roma, 1994.

CASSESE A., DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Parigi, 2002.

CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, I, il Mulino, Bologna, 2005.

CASSESE A., *International law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

CASSESE A., *Tre motivi per fare in fretta*, in *La Repubblica*, 10 dicembre 2008.

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma, 2009.

CASSESE A. (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

CASSESE A., *L'esperienza del male*, il Mulino, Bologna, 2011.

CASSESE S., *I tribunali di Babele*, Donzelli editore, Roma, 2009.

CASTALDO M.E., *Una definizione di maltrattamento crudele serve a superare le eventuali discrasie*, in *Guida al diritto de Il sole-24 ore*, 2007, pag. 40 ss.

CATALDI G., *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di tortura*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, pag. 51 ss.

CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

CHALMERS J., LEVERICK F., *Fair Labelling in Criminal Law*, in *The Modern Law Review*, 2008, pag. 217 ss.

CHENAL R., *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legislazione Penale*, 2006, pag. 275 ss.

CICERONE M.T., *In difesa di Milone (52 a.c.)*, Marsilio Editore, Milano, 2001.

CIMIOTTA E., *Aut dedere aut iudicare, universalità condizionata e Convenzione contro la tortura: a margine del caso Belgio c. Senegal*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 105 ss.

CITRONI G., *Measures of reparation for victims of gross human rights violations: development and challenges in the jurisprudence of two regional human rights courts*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2012, pag. 49 ss.

CLAPHAM A., MARKS S., *Lessico dei diritti umani*, Vita e Pensiero, Milano, 2009.

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, pag. 1817 ss.

CONDORELLI L., *Crisi dello Stato e diritto internazionale: simul stabunt simul cadent?*, in *Ars Interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, 2011, pag. 173 ss.

CONFORTI B., *Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, reperibile in: <http://www.ejls.eu/2/20IT.pdf>.

CONFORTI B., *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, pag. 10 ss.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

CONTE A.G., DILUCIA P., FERRAJOLI L., JORI M. (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2002.

CORZANI V., *Giurisdizione universale e amnistia di fronte alla Corte Edu*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, pag. 636 ss.

COTTA S., *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997.

CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Croydon, 2012.

CREAMER C.D., SIMMONS B.A., *Ratification, Reporting and Rights: Quality of Participation in the Convention against Torture*, in *Human Rights Quarterly*, 2015, pag. 579 ss.

CRYER R., *Prosecuting international crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

CULLEN A., *Defining torture in International law: a critique of the concept employed by the European Court of Human Rights*, in *California Western International Law Journal*, 2003, pag. 29 ss.

DEBECO G., *The OPCAT*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, pag. 260 ss.

DECAUX E., *The place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pag. 597 ss.

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

DEFILIPPI C., BOSI D., HARVEY R. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

DEFROUVILLE O., *The influence of the ECHR on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pag. 633 ss.

DELLAMORTE G., *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pag. 147 ss.

DEVERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra corti*, il Mulino, Bologna, 2010.

DEVITTOR F., *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento della definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pag. 463 ss.

DEWET P., *The Prohibition of Torture as an International Norm of Ius Cogens and its Implications for National and Customary Law*, in *European Journal of International Law*, 2004, pag. 97 ss.

DEWULF S., *The signature of evil: (re)Defining Torture in International Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.

DEWULF S., *Torture: in search of a definition ...*, in *International Crimes Database*, 2015.

DICESARE D., *Tortura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.

DISTEFANO A., SAPIENZA R. (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, XVI Convegno Sidi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

DUFF R.A., *Punishment, Dignity and Degradation*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, pag. 793 ss.

ELIOT T.S., *La terra desolata. Quattro quartetti (1922)*, Feltrinelli, Milano, 2014.

ESPOSITO A., *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008.

EVANS M.D., *Getting to grips with torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, pag. 373 ss.

EVANS M.D., MURRAY R., *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986–2006*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

FACCHI A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007.

FARMER A., *Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection*, 2008, reperibile in: works.bepress.com/alice_farmer/1.

FARRELL M., *Just how ill-treated were you? An investigation of cross-fertilisation in the interpretative approaches to torture at the European Court of Human Rights and in International Criminal Law*, in *Nordic Journal of International law*, 2015, pag. 482 ss.

FARRELL M., *The Prohibition of Torture in Exceptional Circumstances*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

FASSBENDER B., *Can Victims Sue State Officials for Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 347 ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1998.

FIANDACA G., MUSCO E., *Legge Orlando (profili penalistici). Il nuovo reato di tortura*, Addenda, Bologna, 2017.

FIORAVANTI C., *Divieto di tortura e ordinamento italiano*, in *Quaderni Costituzionali*, 2004, pag. 555 ss.

IORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1953.

FITZMAURIC M., SAROOSHI S., *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2004.

FOCARELLI C., *La persona umana nel diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2013.

FOROWICZ M., *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire (1975)*, Einaudi, Torino, 2014.

GAETA P., *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pag. 761 ss.

GAETA P., *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 183 ss.

GAETA P., *Extraordinary renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel cd caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, pag. 530 ss.

GALEANO E., *Parole in cammino*, Sperling & Kupfer, Milano, 2006.

GARGIUOLO P., VITUCCI M.C. (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

GIANELLI A., PATERNÒ M.P. (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Carocci, Roma, 2004.

GIANELLI A., *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pag. 363 ss.

GLENDON M.A., *A World Made New – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001.

GONNELLA P., MARCHESI A. (a cura di), *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Sinnos, Roma, 2006.

GONNELLA P., *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Roma, 2013.

GRABENWARTER C., *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, C.H.Beck, Monaco, 2014.

GRAZIANI F., *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, pag. 595 ss.

GREENBERG K., *The torture debate in America*, Cambridge University Press, New York, 2006.

GREER S., *Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really "Absolute" in International human rights law?*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pag. 109 ss.

GROSSMAN C., *La contribución del comité contra la tortura de naciones unidas en la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, in *Fortalecimiento de la Prevención y Prohibición de la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*, pubblicazione a cura dell'Alto commissariato per i diritti umani N.U., 2012.

HARRIS D., O'BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

HART H.L., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

HATHAWAY O.A., *Between Power and Principle: an Integrated Theory of International Law*, in *University of Chicago Law Review*, 2005, pag. 520 ss.

HATHAWAY O.A., NOWLAN A., SPIEGEL J., *Tortured Reasoning: The Intent to Torture Under International and Domestic Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, pag. 791 ss.

HENZELIN M., ROTH R. (a cura di), *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*, L.G.D.J., Parigi, 2002.

L'HEUREUX-DUBE C., *The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Review*, 1998, pag. 16 ss.

HOBBS T., *Il Leviatano (1651)*, Armando Editore, Roma, 2008.

Human Right Council, *Joint study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism*, 26 gennaio 2010.

HUNTINGTON E., *Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: a Definitional Approach*, in *U.C. Davis Journal of International Law e Policy*, 2015, pag. 279 ss.

INGELSE C., *The UN Committee against Torture: An Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2001.

JOSEPH S., MITCHELL K., GYORKI L., BUDEL C., *Seeking remedies for torture victims. A handbook on the individual complaints procedures of the UN treaty bodies*, World Organization Against Torture, Ginevra, 2014.

JOSEPH S., CASTAN M., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, Croydon, 2013.

KANT I., *La metafisica dei costumi (1797)*, Laterza, Roma, 2009.

KLAMBERG M., *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruxelles, 2017.

KLEMPERER V., *La lingua del terzo Reich. Taccuino di un filologo*, La Giuntina, Firenze, 1998.

KOSTORIS R.E., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017.

KRISHNAKUMAR A.S., *Passive Voice References in Statutory Interpretation*, in *Brooklyn Law Review*, 2011, pag. 943 ss.

LAGUARDIA F., *Deterring Torture: The Preventive Power of Criminal Law and its Promise for Inhibiting State Abuses*, in *Human Rights Quarterly*, 2017, pag. 189 ss.

LANZA G., *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Indice Penale*, 2011, pag. 737 ss.

LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

LATORRE M.L., LALATTACOSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2013.

LAUTERPACHT E., BETHLEHEM D., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, 2001, reperibile in: <http://www.unhcr.org/419c75ce4.pdf>.

LEVINSON S., *Quest of a "Common Conscience": Reflections on the Current Debate About Torture*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2005, pag. 231 ss.

LEWIS M.W., *A Dark Descent into Reality: Making the case for an objective definition of torture*, in *Washington and Lee Law Review*, 2010, pag. 79 ss.

LIGUORI A., *Extraordinary renditions nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 3/2016, pag. 777 ss.

LINDSEY U., *A factual insight on the murder of Giulio Regeni*, in *SidiBlog*, 25 febbraio 2016.

LISZT V., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.

LOBBA P., MARINIELLO T. (a cura di), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Brill, Leiden, 2017.

LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pag. 181 ss.

MACCORMICK N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

MACDONALD R., MATSCHER F., PETZOLD H. (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Springer Netherlands, Cham, 1993.

MACGREGOR E.F., *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*, in *Revista Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, 2014, pag. 29 ss.

MACULAN E., *Judicial Definition on Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion*, in *Nordic Journal of International Law*, 2015, pag. 456 ss.

MAGRIS C., *Il peso dei principi*, in *Corriere della Sera*, 14 agosto 2006.

MANACORDA S., *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pag. 1364 ss.

MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Giuffrè, Milano, 2011.

MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, pag. 839 ss.

MANES V., *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cassazione Penale*, 2015, pag. 2214 ss.

MANZONI A., *Storia della colonna infame (1842)*, Rizzoli, Milano, 2007.

MARCHESI A., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, pag. 979 ss.

MARCHESI A., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, pag. 464 ss.

MARCHESI A., *Quante volte? Il problema dell'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano e il famigerato emendamento sulla reiterazione*, in *Abu Ghraib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate sulla tortura in Iraq*, a cura di Amnesty International, 2004.

MARCHESI A., *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, pag. 195 ss.

MARCHESI A., *I fatti della Diaz seconda la Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2015.

MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613 bis cp*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017.

MARTINEZ J.S., *Towards an International judicial System*, in *Stanford Law Review*, 2003, pag. 429 ss.

MARTY M.D., LUCAS C. (a cura di), *Libertes et droits fondamentaux*, Seuil, Parigi, 1996.

MASCIA M., *Contro la tortura: norme specifiche per più coerenti politiche dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1989, pag. 67 ss.

MAVRONICOLA N., *What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012, pag. 723 ss.

MAZZESCHI R.P., *Le immunità degli stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso Jones dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014, pag. 215 ss.

MCGOLDRICK D., *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

MCGREGOR L., *Jones v. UK, a disappointing end*, in *Blog of the European Journal of International Law*.

MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Dykinson, Madrid, 2014.

MESKELE K., *Interpretation of art. 1 of the Convention Against Torture in light of the practice and jurisprudence of international bodies*, in *Beijing Law Review*, 2014, pag. 49 ss.

MESSINEO F., *Extraordinary renditions and State obligations to criminalize and prosecute torture in the light of the Abu Omar case in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, pag. 1023 ss.

MEZZETTI E. (a cura di), *Diritto penale internazionale*, Studi II, Giappichelli, Torino, 2010.

MEZZETTI L., PIZZOLO C., *Diritto processuale dei diritti umani*, Maggioli Editore, Milano, 2013.

MORGAN R., EVANS M.D., *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, Council of Europe Publishing, 2002.

MURDOCH J., *The Treatment of Prisoners*, Council of Europe Publishing, 2006.

MURRAY R., STEINERTE E., EVANS M.D., DEWOLF A.H., *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

NANNINI C., *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pag. 807 ss.

NEGRI S., *Violazioni strutturali e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, pag. 1657 ss.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento penale*, Giappichelli, Torino, 2006.

NIGRO R., *Immunità degli stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, pag. 812 ss.

NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights (CCPR Commentary)*, N.P. Engel Publisher, Kehl, 2005.

NOWAK M., *What practice constitute torture? Us and Un standards*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, pag. 830 ss.

NOWAK M., MCARTHUR E., *The United Nations Convention Against Torture, A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2008.

O'DONNELL D., *The obligation to establish sentences for torture that are commensurate with the gravity of the offense*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, 2015, pag. 6 ss.

Office of the United Nation High Commissioner for Human Rights, *Interpretation of torture in the light of the practice and jurisprudence of international bodies*, 2011.

O'KEEFE R., *International criminal law*, Oxford University Press, New York, 2015.

ORWELL G., *1984 (1949)*, Mondadori, Milano, 1973.

PAIVA C., HEEMAN T.A., *Jurisprudencia internacional de dreitos humanos*, CEI, Belo Horizonte, 2017.

PALERMO P., *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Rivista Penale*, 2009, pag. 1190 ss.

PANEBIANCO A., *Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario*, in *Corriere della Sera*, 13 agosto 2006.

PARRY J.T., *The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2005, pag. 516 ss.

PICOTTI L., *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, in *Indice Penale*, 2003, pag. 259 ss.

PIGHI G., *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, pag. 1645 ss.

PILLITU P., *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di Stato nella sentenza del Tribunale di Milano sul caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, pag. 666 ss.

PINESCHI L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006.

PINZÒN D.R., MARTIN C., *Proibição da Tortura e Maus-tratos pelo Sistema Interamericano*, Leonar Vilàs Costa, 2006, reperibile in: www.omct.org/files/2007/03/3965/handbook2_full_por.pdf.

PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, pag. 575 ss.

PREBENSEN S.C., *Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, 2000, pag. 1123 ss.

PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, pag. 547 ss.

PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

PUSTORINO P., *Immunità dello Stato, immunità degli organi e crimine di tortura: la sentenza della Corte edu nel caso Jones*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, pag. 493 ss.

QUADRI R., *La sudditanza nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1936.

RAMSAY M., *Can the torture of terrorist suspects be justified?*, in *International Journal of Human Rights*, 2006, pag. 103 ss.

REHMAN J., *International Human Rights Law*, Longman Pub Group, Londra, 2003.

RESTA E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma, 2008.

RESTA F., *Choice among evils. L'ossimoro della "tortura democratica"*, in *Indice Penale*, 2007, pag. 827 ss.

RIONDATO S., *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, pag. 1541 ss.

ROBINSON D., *The identity crisis of international criminal law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2008, pag. 926 ss.

RODLEY N.S., *The definitions of torture in international law*, in *Current legal Problem*, 2002, pag. 467 ss.

RODLEY N.S., POLLARD M., *Criminalisation of Torture: State Obligations under the United Nation Convention against Torture*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, pag. 115 ss.

RODLEY N.S., POLLARD M., *The treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

ROJAS C.N., *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crudele, inhumanos y degradantes*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2009, pag. 585 ss.

ROMANO C.P.R., *Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue*, in *Journal of International Law and Politics*, 2009, pag. 779 ss.

RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2014.

ROTH B.R., *Just short of Torture*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pag. 215 ss.

SACCUCCI A., *I protocolli n. 1 e n. 2 alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, pag. 412 ss.

SACCUCCI A., *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione al ribasso degli obblighi internazionali?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, pag. 5 ss.

SACCUCCI A., *I “ripensamenti” della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive “alla prova” delle situazioni di emergenza*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, pag. 552 ss.

SAIF-ALDENWATTAD M., *The Torturing Debate on Torture*, in *Northern Illinois University Law Review*, 2008, pag. 1 ss.

SANDS P., *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, in *Yale Human Rights and Development Journal*, 2014, pag. 85 ss.

SCIACOVELLI A.L., *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale (parte 1)*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, pag. 269 ss; (parte 2), pag. 471 ss.

SCODITTI E., *Il dialogo tra Corti e i diritti fondamentali di fonte sovranazionale: il punto di vista del giudice comune*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2010, pag. 129 ss.

SCOVAZZI T., LANZI A., *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pag. 685 ss.

SCOVAZZI T., *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pag. 905 ss.

SCOVAZZI T., *Segreto di stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, pag. 157 ss.

SELVAGGI E., *Osservazioni CEDU*, in *Cassazione Penale*, 2017, pag. 2462 ss.

SEN A.K., *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010.

SERGES G., *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

SHABAS W.A., *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture*, Northeastern University Press, Boston, 1996.

SHABAS W.A., *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pag. 349 ss.

SHABAS W.A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SHABAS W.A., *Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pag. 609 ss.

SHABAS W.A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

SICURELLA R., *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008.

SIMENON G., *L'età del romanzo*, Lucarini, Roma, 1990.

SIVAKUMARAN S., *Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, pag. 541 ss.

SLAUGHTER A.M., *A typology of transjudicial communication*, in *University of Richmond Law Review*, 1994, pag. 102 ss.

SLAUGHTER A.M., *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Review*, 2003, pag. 191 ss.

SONDEREGGER L., *Torture and the fight against terrorism*, in *Crime, Law & Social Change*, 2013, pag. 337 ss.

Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (a cura di), *Combatting Torture*, 2002, reperibile in:
www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet4rev.1en.pdf.

SPIGA V., *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la CEDU: il caso Alikaj c. Italia*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2011, pag. 1176 ss.

SSENYONJO M., *The African Regional Human Rights System: 30 Years After the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.

STARITA M., *La questione della prescrittibilità dei crimini contro l'umanità*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1998, pag. 86 ss.

STEINER C., URIBE P., *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Fundacion Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

STRAUSS M., *Torture*, in *New York Law School Law Review*, 2003, pag. 201 ss.

SUSSMAN D., *Defining Torture*, in *Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pag. 225 ss.

TACCHINARDI M., *L'art. 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1995, pag. 314 ss.

TANCREDI A., *Assicurazioni diplomatiche e divieto 'assoluto' di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2010, pag. 41 ss.

TARDU M.E., *The United Nation convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, pag. 303 ss.

TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma, 2009.

TATE K.E., *Torture: does the convention against torture work to actually prevent torture in practice by states party to the convention?*, in *Willamette Journal of International Law*, 2013, pag. 194 ss.

TRAMONTANA E., *Meriti e demeriti del Comitato Onu contro la tortura alla luce dell'inchiesta sul Brasile*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2010, pag. 214 ss.

TREVES T., *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè, Milano, 1999.

TRIFFTERER O., AMBOS K., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden Baden, 2008.

TRIONE F., *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

TULKENS F., *The paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pag. 577 ss.

UBERTIS G., VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016.

VANDENHERIK L., STAHN C. (a cura di), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

VANDIJK P., VANHOOF G.J.H., VANRIJN A., ZWAAK L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2006.

VANSLIEDREGT E., VASILIEV S. (a cura di), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

VERRI P., *Osservazioni sulla tortura (1804)*, Rizzoli, Milano, 2006.

VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

VIGANÒ F., *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*, 2015.

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

VIOLA F., *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

WALDRON J., *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, 2005, pag. 1681 ss.

WERLE G., JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

ZAGATO L., PINTON S. (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Cedam, Padova, 2010.

ZAGATO L., DEVIDO S. (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Cedam, Padova, 2012.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY G., *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005.

ZAGREBELSKY G., *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007.

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009.

ZAGREBELSKY G., *Sulla lingua del tempo presente*, Einaudi, Torino, 2010.

ZAGREBELSKY G., BRUNELLO M., *Interpretare*, Il Mulino, Bologna, 2016.

ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, Bologna, 2016.

ZAMPERINI A., MENEGATTO M., *Violenza e democrazia. Psicologia della coercizione: torture, abusi, ingiustizie*, Mimesis, Milano, 2016.

ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2013.

Giurisprudenza

Corte penale internazionale (CPI)

- CPI, *Germain Katanga e Ngudjolo Chui*, 01/04-01/07-717, PTC, 30 settembre 2008;
- CPI, *Bemba Gongo*, 01/05-01/08-424, PTC, 15 giugno 2009;
- CPI, *Callixte Mbarushimana*, 01/04-01/10-471, PTC, 16 dicembre 2011;
- CPI, *Germain Katanga*, 01/04-01/07-3436, TC, 7 marzo 2014.

Tribunale internazionale per la ex-Jugoslavia (TPJ)

- TPJ, *Tadić*, IT-94-1, TC, 7 maggio 1997;
- TPJ, *Delalić e al.*, IT-96-21, TC, 16 novembre 1998;
- TPJ, *Furundžija*, IT-95-17/1, TC, 10 dicembre 1998;
- TPJ, *Aleksovski*, IT-95-14/1, TC, 25 giugno 1999;
- TPJ, *Tadić*, IT-94-1, AC, 15 luglio 1999;
- TPJ, *Kupreškić*, IT-95-16, TC, 14 gennaio 2000;
- TPJ, *Aleksovski*, IT-95-14/1, AC, 24 marzo 2000;
- TPJ, *Kunarac e al.*, IT-96-23e23/1, TC, 22 febbraio 2001;
- TPJ, *Kvočka e al.*, IT-98-30/1, TC, 2 novembre 2001;
- TPJ, *Krnjelac*, IT-97-25, TC, 15 marzo 2002;
- TPJ, *Kunarac e al.*, IT-96-23e23/1, AC, 20 giugno 2002;
- TPJ, *Milutinović*, IT-99-37-AR72, AC, *Decision on Ojdanović's Motion Challenging Jurisdiction*, 21 maggio 2003;
- TPJ, *Simić e al.*, IT-95-9, TC, 17 ottobre 2003;
- TPJ, *Brđanin*, IT-99-36, TC, 1 settembre 2004;
- TPJ, *Blagojević e Jokić*, IT-02-60, TC, 17 gennaio 2005;
- TPJ, *Limaj e al.*, IT-03-66, TC, 30 novembre 2005;
- TPJ, *Naletilić e Martinović*, IT-98-34, AC, 3 maggio 2006;
- TPJ, *Brđanin*, IT-99-36, AC, 3 aprile 2007;
- TPJ, *Martić*, IT-95-11, TC, 12 giugno 2007;
- TPJ, *Karadžić*, IT-95-5/18, TC, 24 marzo 2016.

Tribunale internazionale per il Ruanda (TPR)

- TPR, *Akayesu*, 96-4-T, TC, 2 settembre 1998;

- TPR, *Semanza*, 97-20-T, AC, 20 maggio 2005.

Corte internazionale di giustizia (CIG)

- CIG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgio c. Spagna)*, 5 febbraio 1970;
- CIG, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, 27 giugno 1986;
- CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinione Consultiva*, 8 luglio 1996;
- CIG, *Arrest warrant of 11 April 2000 (Congo c. Belgio)*, 14 febbraio 2002;
- CIG, *Jurisdictional Immunities of the State (Germania c. Italia: Grecia interveniente)*, 3 febbraio 2012;
- CIG, *Case Habré: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgio c. Senegal)*, 20 luglio 2012.

Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)

- CGUE, *Schmidberger*, C-112/00, 12 giugno 2003;
- CGUE, *Abdida*, C-562/13, 18 dicembre 2014;
- CGUE, *Aranyosi e Caldaru*, C-404/15 e C-659/15, 5 aprile 2016.

Commissione europea dei diritti dell'uomo (Com. Edu)

- Com. Edu, *Austria c. Italia*, dec. 11 gennaio 1961;
- Com. Edu, (*primo*) *caso Greco*, (Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia), dec. 24 gennaio 1968;
- Com. Edu, *caso Greco* (Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia), rap. 5 novembre 1969;
- Com. Edu, *Irlanda c. Regno Unito*, rap. 25 gennaio 1976;
- Com. Edu, *Chrysostomos e altri c. Turchia*, dec. 4 marzo 1991;
- Com. Edu, *Y. c. Regno Unito*, rap. 8 ottobre 1991.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu)

- Corte Edu, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978;
- Corte Edu, *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978;
- Corte Edu, *Soering. c. Regno Unito*, 7 luglio 1989;

- Corte Edu, *Varas c. Svezia*, 20 marzo 1991;
- Corte Edu, *Vilvarajah e al. c. Regno Unito*, 30 ottobre 1991;
- Corte Edu, *Tomasi c. Francia*, 27 agosto 1992;
- Corte Edu, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, 25 marzo 1993;
- Corte Edu, *Herczegfalvy c. Austria*, 24 settembre 1993;
- Corte Edu, *Ribitsh c. Austria*, 4 dicembre 1995;
- Corte Edu, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996;
- Corte Edu, *Aksoy c. Turchia*, 18 dicembre 1996;
- Corte Edu, *Aydin c. Turchia*, 25 settembre 1997;
- Corte Edu, *Kurt c. Turchia*, 25 maggio 1998;
- Corte Edu, *A. c. Regno Unito*, 23 settembre 1998;
- Corte Edu, *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999;
- Corte Edu, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000;
- Corte Edu, *Ilhan c. Turchia*, 27 giugno 2000;
- Corte Edu, *Kudla c. Polonia*, 26 ottobre 2000;
- Corte Edu, *Egmez c. Cipro*, 21 dicembre 2000;
- Corte Edu, *K-H.W. c. Germania*, 22 marzo 2001;
- Corte Edu, *Z. e altri c. Regno Unito*, 10 maggio 2001;
- Corte Edu, *Indelicato c. Italia*, 18 ottobre 2001;
- Corte Edu, *Al-Adsani c. Regno Unito*, 21 novembre 2001;
- Corte Edu, *Stafford c. Regno Unito*, 28 maggio 2002;
- Corte Edu, *Ipek c. Turchia*, 17 febbraio 2004;
- Grande Camera Corte Edu, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, 8 luglio 2004;
- Corte Edu, *Celik c. Turchia*, 26 ottobre 2004;
- Corte Edu, *Farbtuhs c. Lettonia*, 2 dicembre 2004;
- Corte Edu, *Biyan c. Turchia*, 3 febbraio 2005;
- Corte Edu, *Razzakov c. Russia*, 5 febbraio 2005;
- Grande Camera Corte Edu, *Ocalan c. Turchia*, 12 maggio 2005;
- Grande Camera Corte Edu, *Jalloh c. Germania*, 11 luglio 2006;
- Corte Edu, *Imakaieva c. Russia*, 9 novembre 2006;
- Corte Edu, *Harututyunyan c. Armenia*, 28 giugno 2007;
- Corte Edu, *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008;
- Corte Edu, *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008;
- Corte Edu, *Chember c. Russia*, 3 luglio 2008;

- Corte Edu, *Moisseiv c. Russia*, 9 ottobre 2008;
- Corte Edu, *Aslan c. Turchia*, 2 dicembre 2008;
- Corte Edu, *Sud Fondi e al. c. Italia*, 20 gennaio 2009;
- Corte Edu, *Antropov c. Russia*, 29 gennaio 2009;
- Corte Edu, *Opuz c. Turchia*, 9 giugno 2009;
- Corte Edu, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009;
- Corte Edu, *Vasilyev c. Russia*, 17 dicembre 2009;
- Grande Camera Corte Edu, *Gafgen c. Germania*, 1 giugno 2010;
- Corte Edu, *Xiros c. Grecia*, 9 settembre 2010;
- Corte Edu, *Iskandarov c. Russia*, 23 settembre 2010;
- Corte Edu, *Romokhov c. Russia*, 16 dicembre 2010;
- Grande Camera Corte Edu, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011;
- Corte Edu, *Yazgul c. Turchia*, 1 febbraio 2011;
- Grande Camera Corte Edu, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011;
- Corte Edu, *Alikaj e al. c. Italia*, 29 marzo 2011;
- Corte Edu, *Mete e al. c. Turchia*, 4 ottobre 2011;
- Corte Edu, *Othman c. Regno Unito*, 17 gennaio 2012;
- Corte Edu, *Savin c. Ucraina*, 16 febbraio 2012;
- Grande Camera Corte Edu, *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*, 23 febbraio 2012;
- Corte Edu, *Aleksakhin c. Ucraina*, 19 luglio 2012;
- Corte Edu, *Dordevic c. Croazia*, 24 luglio 2012;
- Corte Edu, *M. e al. c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012;
- Corte Edu, *El Haski c. Belgio*, 25 settembre 2012;
- Corte Edu, *El-Masri c. Macedonia*, 13 dicembre 2012;
- Corte Edu, *Torreggiani e al. c. Italia*, 8 gennaio 2013;
- Corte Edu, *Kaciu e Kotorri c. Albania*, 25 giugno 2013;
- Grande Camera Corte Edu, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013;
- Corte Edu, *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 ottobre 2013;
- Grande Camera Corte Edu, *Grossman c. Russia*, 31 ottobre 2013;
- Corte Edu, *Belousov c. Ucraina*, 7 novembre 2013;
- Corte Edu, *Vilnes e al. c. Norvegia*, 5 dicembre 2013;
- Corte Edu, *Jones e al. c. Regno Unito*, 14 gennaio 2014;
- Corte Edu, *O'Keefe c. Irlanda*, 28 gennaio 2014;
- Corte Edu, *Contrada c. Italia*, 11 febbraio 2014;

- Grande Camera Corte Edu, *Vuckovic e al. c. Serbia*, 25 marzo 2014;
- Corte Edu, *Asalya c. Turchia*, 15 aprile 2014;
- Corte Edu, *Saba c. Italia*, 24 giugno 2014;
- Corte Edu, *Al Nashiri e Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, 24 luglio 2014;
- Corte Edu, *Begheluri e al. c. Georgia*, 7 ottobre 2014;
- Corte Edu, *Sharifi e al. c. Italia e Grecia*, 21 ottobre 2014;
- Corte Edu, *Mamazhonov c. Russia*, 23 ottobre 2014;
- Corte Edu, *Atesoglu c. Turchia*, 20 gennaio 2015;
- Corte Edu, *Varga e al. c. Ungheria*, 10 marzo 2015;
- Corte Edu, *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015;
- Corte Edu, *I.P. c. Moldavia*, 28 aprile 2015;
- Corte Edu, *G.H. c. Ungheria*, 9 giugno 2015;
- Corte Edu, *Bataliny c. Russia*, 23 luglio 2015;
- Grande Camera Corte Edu, *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015;
- Corte Edu, *Ivanov c. Russia*, 6 ottobre 2015;
- Corte Edu, *Hajrulahu c. Macedonia*, 9 ottobre 2015;
- Corte Edu, *Balazs c. Ungheria*, 20 ottobre 2015;
- Corte Edu, *Myummyun c. Bulgaria*, 3 novembre 2015;
- Corte Edu, *Sagayeva e al. c. Russia*, 8 dicembre 2015;
- Corte Edu, *Khalvash c. Russia*, 15 dicembre 2015;
- Corte Edu, *Boaca e al. c. Romania*, 12 gennaio 2016;
- Corte Edu, *Shlychkov c. Russia*, 9 febbraio 2016;
- Corte Edu, *Pomilyayko c. Ucraina*, 11 febbraio 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *Mozer c. Repubblica di Moldavia e Russia*, 23 febbraio 2016;
- Corte Edu, *Nasr e Ghali c. Italia*, 23 febbraio 2016;
- Corte Edu, *Zyakun c. Ucraina*, 25 febbraio 2016;
- Corte Edu, *M.G.C. c. Romania*, 15 marzo 2016;
- Corte Edu, *Zalyan e al. c. Armenia*, 17 marzo 2016;
- Corte Edu, *Butrin c. Russia*, 22 marzo 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *Blokhin c. Russia*, 23 marzo 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *F.G. c. Svezia*, 23 marzo 2016;
- Corte Edu, *Petrov c. Bulgaria*, 31 marzo 2016;
- Corte Edu, *M.C e A.C. c. Romania*, 12 aprile 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *Murray c. Olanda*, 26 aprile 2016;

- Corte Edu, *Topekhin c. Russia*, 10 maggio 2016;
- Corte Edu, *Gaysanova c. Russia*, 12 maggio 2016;
- Corte Edu, *Ojczyk c. Polonia*, 17 maggio 2016;
- Corte Edu, *I.C. c. Romania*, 24 maggio 2016;
- Corte Edu, *Woz c. Polonia*, 28 giugno 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *Jeronovics c. Lituania*, 5 luglio 2016;
- Corte Edu, *Gedrimas c. Lituania*, 12 luglio 2016;
- Corte Edu, *R.C. e V.C. c. Francia*, 12 luglio 2016;
- Corte Edu, *Adam c. Slovacchia*, 26 luglio 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *J.K. e al. c. Svezia*, 23 Agosto 2016;
- Corte Edu, *Mihailov c. Estonia*, 30 agosto 2016;
- Corte Edu, *Wenner c. Germania*, 1 settembre 2016;
- Corte Edu, *Atamanyuk e al. c. Ucraina*, 1 settembre 2016;
- Corte Edu, *W.D. c. Belgio*, 6 settembre 2016;
- Corte Edu, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, 4 ottobre 2016;
- Corte Edu, *Strogan c. Ucraina*, 6 ottobre 2016;
- Corte Edu, *Smirnova c. Ucraina*, 13 ottobre 2016;
- Grande Camera Corte Edu, *Khlaifia e al. c. Italia*, 15 dicembre 2016;
- Corte Edu, *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017;
- Corte Edu, *Bartesaghi Gallo e al. c. Italia*, 22 giugno 2017;
- Corte Edu, *Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017.

Commissione interamericana dei diritti dell'uomo (CI)

- CI, *White e Potter c. Stati Uniti*, Rep. n. 23/81;
- CI, *Roach e Pinkerton c. Stati Uniti*, Rep. n. 3/87;
- CI, *Martì de Meija c. Perù*, Rep. n. 5/96;
- CI, *Cabrera c. Repubblica Dominicana*, Rep. n. 35/96;
- CI, *Rondin c. Messico*, Rep. n. 49/97;
- CI, *La Cruz Gomez c. Guatemala*, Rep. n. 11/98;
- CI, *Tames c. Brasile*, Rep. n. 60/99;
- CI, *Congo c. Ecuador*, Rep. n. 63/99;
- CI, *Carandiru c. Brasile*, Rep. n. 34/00;
- CI, *Knights c. Grenada*, Rep. n. 47/01;
- CI, *Da Penha c. Brasile*, Rep. n. 54/01;

- CI, *Finca "La Exacta" c. Guatemala*, Rep. n. 57/02;
- CI, *Corumbiara c. Brasile*, Rep. n. 32/04;
- CI, *Saldano c. Stati Uniti*, Rep. 24/17.

Corte interamericana dei diritti dell'uomo (CIDU)

- CIDU, *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, 29 luglio 1988;
- CIDU, *Godinez-Cruz c. Honduras*, 20 gennaio 1989;
- CIDU, Opinione cons. n. 10/1989, 14 luglio 1989;
- CIDU, Opinione cons. n. 14/94, 9 dicembre 1994;
- CIDU, *Tamayo c. Perù*, 17 settembre 1997;
- CIDU, *Rosero c. Ecuador*, 12 novembre 1997;
- CIDU, *Panel Blanca c. Guatemala*, 8 marzo 1998;
- CIDU, *Castillo-Petruzzi e al. c. Perù*, 30 maggio 1999;
- CIDU, *Cantoral-Benavides c. Perù*, 18 agosto 2000;
- CIDU, *Velasquez c. Guatemala*, 25 novembre 2000;
- CIDU, *Las Palmeras c. Colombia*, 6 dicembre 2001;
- CIDU, *Oroza c. Bolivia*, 27 febbraio 2002;
- CIDU, *Hilaire e al. c. Trinidad e Tobago*, 21 giugno 2002;
- CIDU, *Caso del Caracazo c. Venezuela*, 29 agosto 2002;
- CIDU, *Cantos c. Argentina*, 28 novembre 2002;
- CIDU, *Sanchez c. Honduras*, 7 giugno 2003;
- CIDU, *Bulacio c. Argentina*, 18 settembre 2003;
- CIDU, *Mack-Chang c. Guatemala*, 25 novembre 2003;
- CIDU, *Urrutia c. Guatemala*, 27 novembre 2003;
- CIDU, *Gomez-Paquiyaury c. Perù*, 8 luglio 2004;
- CIDU, *Instituto de Reeducacion del Menor c. Paraguay*, 2 settembre 2004;
- CIDU, *Tibi c. Ecuador*, 7 settembre 2004;
- CIDU, *Masacre Plan de Sanchez c. Guatemala*, 19 novembre 2004;
- CIDU, *Berenson-Mejia c. Perù*, 25 novembre 2004;
- CIDU, *Gomez-Paquiyaury c. Perù*, 8 luglio 2004;
- CIDU, *Caesar c. Trinidad e Tobago*, 11 marzo 2005;
- CIDU, *Ramirez c. Guatemala*, 20 giugno 2005;
- CIDU, *Pueblo Bello Massacre c. Colombia*, 31 gennaio 2006;
- CIDU, *Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia*, 1 luglio 2006;

- CIDU, *Ximenes-Lopez c. Brasile*, 4 luglio 2006;
- CIDU, *Servellon-Garcia c. Honduras*, 21 settembre 2006;
- CIDU, *Goiburù e al. c. Paraguay*, 22 settembre 2006;
- CIDU, *Vargas Areco c. Paraguay*, 26 settembre 2006;
- CIDU, *Castro Prison c. Perù*, 25 novembre 2006;
- CIDU, *La Cantuta c. Perù*, 29 novembre 2006;
- CIDU, *Bueno Alves c. Argentina*, 11 maggio 2007;
- CIDU, *Chitay Nech e al. Guatemala*, 25 maggio 2010;
- CIDU, *Ortega e al. c. Messico*, 30 agosto 2010;
- CIDU, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena c. Bolivia*, 1 settembre 2010;
- CIDU, *Vélez Loor c. Panama*, 23 novembre 2010;
- CIDU *Gomez Lund e al. c. Brasile*, 24 novembre 2010;
- CIDU, *Fleury e al. c. Haiti*, 23 novembre 2011;
- CIDU, *Gudiel Alvarez e al. c. Guatemala*, 20 novembre 2012;
- CIDU, *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, 25 novembre 2013;
- CIDU, *Rodríguez Vera e al. c. Colombia*, 14 novembre 2014;
- CIDU, *Gonzáles c. Perú*, 20 novembre 2014;
- CIDU, *Ruano Torres e al. c. El Salvador*, 5 ottobre 2015;
- CIDU, *Wong Ho Wing c. Perù*, 22 maggio 2016;
- CIDU, *Herrera Espinoza e al. c. Ecuador*, 1 settembre 2016;
- CIDU, *Comunidades vecinas del municipio de Rabinal c. Guatemala*, 30 novembre 2016.

Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (CA)

- CA, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Ciad*, Com. n. 74/92;
- CA, *Amnesty International e al. c. Sudan*, Com. n. 89/93;
- CA, *International Pen e al. c. Nigeria*, Com. n. 137/94;
- CA, *Malawi African Association e al. c. Mauritania*, Com. n. 210/98;
- CA, *Law Office of Ghazi Suleiman c. Sudan*, Com. n. 222/98;
- CA, *Media Rights Agenda c. Nigeria*, Com. n. 224/98;
- CA, *Huri-Laws c. Nigeria*, Com. n. 225/98;
- CA, *Doebbler c. Sudan*, Com. n. 236/00;
- CA, *Purohit and Moore c. Gambia*, Com. 241/01;
- CA, *Zimbabwe Human rights Ngo Forum c. Zimbabwe*, Com. n. 245/02;
- CA, *Zegveld c. Eritrea*, Com. n. 250/02;

- CA, *Spilg and Mack (on behalf of Lehlohonolo Bernard Kobedi) c. Botswana*, Com. n. 277/03;
- CA, *Sudan Human Rights Organization and Center for Housing Rights and Evictions c. Sudan*, Com. n. 296/05;
- CA, *Egyptian initiative for personal rights e Interights c. Egitto*, Com. n. 323/06;
- CA, *Hadi, Radi e al. c. Sudan*, Com. n. 368/09.

Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (CADU)

- CADU, *Wilfred Onyango Nganyi e al. c. Tanzania*, 18 marzo 2016;
- CADU, *The African Commission on Human and Peoples' Rights c. Libia*, 3 giugno 2016;
- CADU, *Kennedy Owino Onyachi e al. c. Tanzania*, 28 settembre 2017.

Camere africane straordinarie

- Camere africane straordinarie d'Assise, *Habré*, 30 maggio 2016;
- Camere africane straordinarie d'Assise d'Appello, *Habré*, 27 aprile 2017.

Comitato dei diritti dell'uomo (CDU)

- CDU, *Massera c. Uruguay*, Com. n. 5/77;
- CDU, *Grille Motta c. Uruguay*, Com. n. 11/77;
- CDU, *Bleier c. Uruguay*, Com. n. 30/78;
- CDU, *Soriano c. Uruguay*, Com. n. 37/78;
- CDU, *Burgos c. Uruguay*, Com. n. 52/79;
- CDU, *Sendic c. Uruguay*, Com. n. 63/79;
- CDU, *Estrella c. Uruguay*, Com. n. 74/80;
- CDU, *Quinteros c. Uruguay*, Com. n. 107/81;
- CDU, *Conteris c. Uruguay*, Com. n. 139/83;
- CDU, *Solorzano c. Venezuela*, Com. n. 156/83;
- CDU, *Linton c. Giamaica*, Com. n. 255/87;
- CDU, *Vuolanne c. Finlandia*, Com. n. 265/87;
- CDU, *Francis c. Giamaica*, Com. n. 320/88;
- CDU, *Thomas c. Giamaica*, Com. n. 321/88;
- CDU, *Rodriguez c. Uruguay*, Com. n. 322/88;
- CDU, *Bailey c. Giamaica*, Com. n. 334/88;
- CDU, *Hylton c. Giamaica*, Com. n. 407/90;

- CDU, *Mukong c. Cameroon*, Com. n. 458/91;
- CDU, *Chitat Ng c. Canada*, Com. n. 469/91;
- CDU, *Campos c. Perù*, Com. n. 577/94;
- CDU, *Williams c. Giamaica*, Com. n. 609/95;
- CDU, *Vicente e al. c. Colombia*, Com. n. 612/95;
- CDU, *Young c. Giamaica*, Com. n. 615/95;
- CDU, *Deidrick c. Giamaica*, Com. n. 619/95;
- CDU, *Garcia c. Colombia*, Com. n. 687/96;
- CDU, *Singh c. Nuova Zelanda*, Com. n. 791/97;
- CDU, *Kennedy c. Trinidad e Tobago*, Com. n. 845/98;
- CDU, *Kouidis c. Grecia*, Com. n. 1070/02;
- CDU, *Alzery c. Svezia*, Com. n. 1416/05;
- CDU, *Maharjan c. Nepal*, Com. n. 1863/09;
- CDU, *Israil c. Kazakistan*, Com. n. 2024/11;
- CDU, *Shikhmuradova c. Turkmenistan*, Com. n. 2069/11;
- CDU, *Tyan c. Kazakistan*, Com. n. 2125/11;
- CDU, *Khakdar c. Russia*, Com. n. 2126/11.

Comitato contro la tortura (CCT)

- CCT, *A.S. c. Svezia*, Com. n. 149/99;
- CCT, *Dzemajl et al. c. Jugoslavia*, Com. n. 161/00;
- CCT, *B.S. c. Canada*, Com. n. 166/00;
- CCT, *Rosenmann c. Spagna*, Com. n. 176/00;
- CCT, *P.E. c. Francia*, Com. n. 193/01;
- CCT, *Dimitrijevic c. Serbia e Montenegro*, Com. n. 207/02;
- CCT, *Guridi c. Spagna*, Com. n. 212/02;
- CCT, *G.K. c. Svizzera*, Com. n. 219/02;
- CCT, *Agiza c. Svezia*, Com. n. 233/03;
- CCT, *Keremedchiev c. Bulgaria*, Com. n. 257/04;
- CCT, *Osmani c. Serbia*, Com. n. 261/05;
- CCT, *Tebourski c. Francia*, Com. n. 300/06;
- CCT, *Boily c. Canada*, Com. n. 327/07;
- CCT, *Elmi c. Australia*, Com. n. 120/08;
- CCT, *Sonko c. Spagna*, Com. n. 368/08;

- CCT, *Abdussamatov et al. c. Kazakistan*, Com. n. 444/10;
- CCT, *Kirsanov c. Russia*, Com. n. 478/11;
- CCT, *Martínez e al. c. Messico*, Com. n. 500/12;
- CCT, *N.K. c. Paesi Bassi*, Com. n. 623/14;
- CCT, *R.R.L. et al. c. Canada*, Com. n. 659/15;
- CCT, *M.F. c. Svizzera*, Com. 658/15.

Giurisprudenza nazionale

- Corte d'Appello federale del secondo Circuito (USA), *Filartiga c. Pena-Irala*, 30 giugno 1980;
- Corte di Cassazione francese, n. 83-93194, 6 ottobre 1983;
- Corte Distrettuale per il Distretto Nord della California, *Forti c. Suarez-Mason*, 6 ottobre 1987;
- Corte Distrettuale per il Distretto del Massachusetts, *Xuncax e al. c. Gramajo*, 12 aprile 1995;
- Camera dei Lords, *Pinochet*, 24 marzo 1999;
- Corte Distrettuale per il Distretto Nord della Georgia, *Mehinovic c. Vuckovic*, 29 aprile 2002;
- Corte di Cassazione italiana, n. 5044, 11 marzo 2004;
- Corte Suprema di Giustizia della Nazione argentina, *Simon*, 14 giugno 2005;
- Tribunale Costituzionale spagnolo, n. 237, 26 settembre 2005;
- Corte Suprema degli Stati Uniti, *Hamdam c. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, 29 giugno 2006;
- Corte Suprema di Giustizia della Nazione argentina, *Mazzeo*, 13 luglio 2007;
- Corte di Cassazione italiana, n. 31171, 19 giugno 2008;
- Corte di Cassazione italiana, n. 20514, 28 aprile 2010;
- Corte Costituzionale italiana, n. 236, 19 luglio 2011;
- Corte di Cassazione italiana, n. 4634, 29 novembre 2012;
- Corte di Cassazione italiana, n. 39788, 11 marzo 2014;
- Corte di Cassazione italiana, n. 46634, 17 luglio 2014;
- Corte Costituzionale italiana, n. 238, 22 ottobre 2014;
- Corte Costituzionale italiana, n. 49, 14 gennaio 2015;
- Corte di Cassazione italiana, n. 43696, 14 settembre 2015;
- Corte Costituzionale italiana, n. 236, 21 settembre 2016.