

Università degli Studi di Parma
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**Il divieto convenzionale di
tortura e di trattamenti
inumani e degradanti
nell'ordinamento penale
nazionale**

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Alberto Cadoppi

Laureanda:
Martina E. Salerno

Anno Accademico 2013-2014

*Non vi è libertà ogni qual volta
le leggi permettono che in alcuni eventi
l'uomo cessi di essere 'persona' e diventi 'cosa'.*

Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I.....	5
IL RUOLO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO NEL DIRITTO INTERNO.....	5
§ 1.1 - IL “SISTEMA CEDU”	5
1.1.1 - <i>Cenni introduttivi sul Consiglio d’Europa e sui meccanismi di tutela della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.....</i>	5
§ 1.2 - GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO ED EFFICACIA VINCOLANTE DELLE SUE SENTENZE.....	10
1.2.1 - <i>Diritti cristallizzati nella Convenzione: nuovi significati e contenuti alla luce di una lettura evolutiva</i>	10
1.2.2 - <i>Riflessioni sull’efficacia delle sentenze della Corte EDU</i>	11
§ 1.3 - IL RANGO DELLA CEDU NEL SISTEMA DELLE FONTI INTERNO.....	16
1.3.1 - <i>Itinerari argomentativi per la costituzionalizzazione delle norme della Convenzione ex artt. 2, 10 e 11 Cost.</i>	16
1.3.2 - <i>La CEDU, fonte “subcostituzionale” ai sensi del novellato art. 117 Cost. La portata innovativa delle ‘sentenze gemelle’</i>	21
1.3.3 - <i>L’integrazione della Convenzione europea secondo la giurisprudenza costituzionale successiva alle pronunce del 2007. Considerazioni sulla fragilità del giudicato penale interno.....</i>	27

§ 1.4 - L'AUTORITÀ DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. VINCOLI PER IL LEGISLATORE E IL GIUDICE INTERNO.....	35
1.4.1 - <i>Modus operandi del giudice ordinario per la conformazione al sistema CEDU</i>	35
1.4.2 - <i>Approccio del legislatore nella fase di posizione delle norme penali interne in ossequio agli obblighi convenzionali</i> .	37
CAPITOLO II	43
DIVIETO DI TORTURA E TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI	43
§ 2.1 - CORNICE STORICA: LA TORTURA IERI E OGGI.....	43
§ 2.2 - QUADRO INTERNAZIONALE. BREVI CENNI SULLA DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEL 1948 E LA CONVENZIONE ONU CONTRO LA TORTURA DEL 1984	49
§ 2.3 - LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E IL SUO DIVIETO DI TORTURA EX ART. 3	61
2.3.1 - <i>Le condotte vietate</i>	63
2.3.2 - <i>La soglia minima di gravità</i>	65
2.3.3 - <i>Lo standard probatorio richiesto dai giudici europei</i> ..	67
2.3.4 - <i>Obblighi negativi derivanti dall'art. 3 CEDU</i>	69
2.3.5 - <i>Obblighi positivi di carattere sostanziale</i>	72
2.3.6 - <i>Obblighi positivi di carattere procedurale</i>	76
2.3.7 - <i>Situazione di fatto in Italia. Carenze strutturali dell'ordinamento interno</i>	82
2.3.8 - <i>Sviluppi legislativi e riflessioni de iure condendo</i>	86
CAPITOLO III	91
LE "NUOVE" FORME DI TORTURA	91
§ 3.1 - L'ERGASTOLO: CONDANNA AD VITAM O AD MORTEM?	92

3.1.1 - <i>Quando la giurisprudenza convenzionale sull'ergastolo s'intreccia con i principi sanciti dalla Corte in materia di estradizione</i>	98
3.1.2 - <i>La pena dell'ergastolo in Italia e il regime di detenzione speciale previsto all'art. 4 bis ord. penit.</i>	102
§ 3.2 - L'AMMISSIBILITÀ DEL 'CARCERE DURO' DEL 41 BIS SECONDO LA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO.....	109
§ 3.3 - SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO, CONDIZIONI DI DETENZIONE E DIRITTI DEI DETENUTI	116
3.3.1 - <i>Uno sguardo alle statistiche: numeri allarmanti nel nostro Paese</i>	119
3.3.2 - <i>L'Italia ripetutamente condannata a Strasburgo</i>	122
3.3.3 - <i>Dei possibili rimedi al sovraffollamento</i>	131
§ 3.4 - ESPULSIONE DELLO STRANIERO E CONDIZIONI DI "DETTENZIONE AMMINISTRATIVA" NEI CIE	138
3.4.1 - <i>L'espulsione di migranti e le operazioni di respingimento in alto mare</i>	141
3.4.2 - <i>Trattenimento e condizioni di vita inumane nei CIE per immigrati e richiedenti asilo</i>	144
BIBLIOGRAFIA	151
GIURISPRUDENZA CORTE EDU	169
RINGRAZIAMENTI	170

TERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.

Introduzione

La tutela dei diritti fondamentali all'interno dello spazio europeo si presenta oggi nelle vesti di un sistema 'multilivello' in cui alla protezione garantita dagli ordinamenti nazionali si affiancano strumenti di carattere sovranazionale ed internazionale. Il processo di interazione tra Stati membri, Unione Europea e Consiglio d'Europa, iniziato negli anni cinquanta e sviluppatosi nel tempo, mira ad offrire il più alto standard di tutela di quei diritti universalmente riconosciuti come fondamentali.

In questo articolato contesto si colloca il presente scritto che ruota attorno al tema della "tortura" ancora sorprendentemente attuale. Sarebbe eccessivamente ambizioso pensare che poche righe possano contribuire al superamento di quelle convinzioni radicate nella coscienza sociale secondo cui questo è un problema che non ci riguarda, che non interessa né l'Europa né Paesi civilizzati e democratici come l'Italia. Esistono infatti realtà tanto inumane e degradanti da essere state più volte qualificate come tortura dai diversi organismi internazionali di tutela dei diritti umani.

Nell'ambito di un processo di "europeizzazione" del diritto, che interessa fortemente anche la scienza penalistica, le prime riflessioni sono dedicate al complesso sistema di tutela apprestato dalla Convenzione europea, il cui contenuto "scarno ed essenziale" deve essere letto alla luce della ricca giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Fondamentale è anzitutto capire come i principi sanciti nella Convenzione e le pronunce della Corte producano effetti nell'ordinamento nazionale, vincolando i diversi attori istituzionali. In secondo luogo, è opportuno ripercorrere il dibattito dottrinale attraverso il quale si è giunti ad individuare nell'art. 117 comma 1

Cost. il “veicolo” che permette alla CEDU di integrarsi nella gerarchia delle fonti interne, imponendo agli Stati il rispetto degli obblighi internazionalmente assunti attraverso la ratifica della Convenzione medesima.

Il cuore di questo scritto è rappresentato dallo studio della tortura utilizzata, sin da tempi remoti, come strumento per estorcere confessioni e giungere alla verità. Gli illuministi del Settecento, primo tra tutti Cesare Beccaria, hanno messo il loro sapere a servizio della legalità e della tutela dei diritti umani, evidenziando, con valide argomentazioni, la totale inefficacia della tortura e proponendone l’abolizione. Moniti che si sono rivelati incapaci di eliminare questa barbara pratica in maniera definitiva.

A confermare la persistenza di condotte disumane e il rilievo che esse hanno assunto nel panorama internazionale, la stipulazione di molteplici accordi in materia di diritti umani: la Dichiarazione universale del 1948, la Convenzione ONU contro la tortura del 1984 e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo del 1950 sanciscono tutte in termini assoluti il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Tale divieto ha assunto valore di *jus cogens* poiché tutela valori condivisi dall’intera comunità internazionale.

Tra le convenzioni che riconoscono e tutelano il diritto a non subire tortura e altri maltrattamenti, l’attenzione viene concentrata sul sistema di garanzie fornito dalla Convenzione europea, “costola” della Costituzione. La disposizione di riferimento è l’art. 3 CEDU, le cui diverse componenti devono essere lette considerando il ruolo creativo della Corte di Strasburgo che opera, in relazione al caso concreto, bilanciamenti tra esigenze di tutela diverse e contrastanti e, grazie alla sua interpretazione “flessibile”, trasforma il diritto convenzionale in diritto vivente.

In un tale contesto, la questione che si pone è se l'Italia, in quanto parte di questa e altre convenzioni, ha recepito la "cultura dei diritti umani"? Sebbene il nostro Paese sia vincolato al rispetto degli obblighi, negativi e positivi, sostanziali e procedurali, che discendono dalla CEDU, la prassi dimostra che non è esente da episodi lesivi della dignità umana. Il problema è particolarmente drammatico se si pensa che l'assenza nel codice penale nazionale di un reato di tortura rischia di lasciare impuniti i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani. È opportuno dunque indagare i motivi dell'inadempimento di tale obbligo di criminalizzazione e individuare le prospettive di riforma *de iure condendo* per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale agli standard europei.

L'ultima parte è rivolta all'individuazione delle "nuove" forme di tortura che affliggono la società odierna. Ancora una volta è l'interpretazione evolutiva della Corte europea a permettere un'applicazione sempre attuale del testo convenzionale. A sollevare problemi di compatibilità con il divieto di cui all'art. 3 CEDU è la sanzione penale e le sue modalità di esecuzione. Possibili contrasti si intravedono con riferimento alla disciplina dell'ergastolo, pena detentiva per eccellenza, ed in particolare nella variante di *ergastolo ostativo* disciplinato all'art. 4 bis ord. penit., e ancora questioni sorgono sull'ammissibilità del regime di detenzione speciale del 'carcere duro' del 41bis ord. penit., nato per contrastare la criminalità organizzata in Italia.

Sul fronte delle condizioni di detenzione, perché una pena legittima non sfoci in trattamento disumano devono essere rispettati una serie di parametri che, valutati singolarmente o complessivamente, possono umiliare l'individuo e rendere la detenzione contraria ai principi convenzionali e costituzionali. È imprescindibile il

riferimento al fenomeno del sovraffollamento degli istituti penitenziari che interessa da vicino anche il nostro Paese: l'elevato tasso di congestionamento delle carceri italiane, rilevato da statistiche europee e nazionali, evidenzia il carattere strutturale e sistemico del problema. Lo testimoniano le molteplici condanne pronunciate da Strasburgo che impongono alle autorità statali di individuare nel più breve tempo possibile rimedi adeguati.

Infine, si accenna alla posizione e alla tutela dello straniero all'interno del sistema convenzionale, esaminando i casi in cui egli corre il rischio di subire tortura o trattamenti inumani e degradanti. A tale proposito rilevano innanzitutto le c.d. "violazioni indirette" dell'art. 3 CEDU come conseguenza di procedure di espulsione, respingimenti in alto mare dal territorio di uno Stato parte, laddove vi sia il pericolo reale che la lesione dei diritti umani sia perpetrata ad opera dello Stato di destinazione. In secondo luogo, come possibile causa di violazioni dell'art. 3 della Convenzione, rilevano anche le terribili condizioni di "detenzione amministrativa" a cui gli stranieri e i richiedenti asilo sono sottoposti nei Centri di identificazione ed espulsione (CIE), in attesa dell'esecuzione di un procedimento di allontanamento.

L'art. 3 della Convenzione europea, che non opera in un unico settore ma è dotato di un ampio raggio d'azione, sancisce dunque uno dei principi fondamentali su cui si fonda la comunità d'intenti degli Stati parte del Consiglio d'Europa e la sua inosservanza rappresenta un atto di violazione dell'*ordine pubblico europeo*.

CAPITOLO I

Il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza di Strasburgo nel diritto interno

§ 1.1 - Il “sistema CEDU”

1.1.1 - Cenni introduttivi sul Consiglio d'Europa e sui meccanismi di tutela della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è un trattato internazionale stipulato a Roma nel 1950 dai Paesi membri del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale che ha sede a Strasburgo, istituita nel 1949 con «la precisa missione istituzionale di garantire i diritti dell'uomo, la democrazia e lo Stato di diritto nell'Europa reduce dalla drammatica esperienza dei totalitarismi».¹ Il Consiglio d'Europa, nato su impulso di dieci Stati, si compone oggi di 47 Stati membri, di cui 28 aderenti all'Unione Europea ed

¹ Cfr. V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in A.A.V.V., *Introduzione al sistema penale, vol. I*, a cura di G. Isolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti, 4 ed. aggiornata ed ampliata, Torino, Giappichelli, 2012, cit., p. 183. Sul Consiglio d'Europa, la Convenzione europea e i suoi Protocolli, e sugli aspetti relativi alla struttura, al contenuto e all'ambito di applicazione, cfr. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. Pineschi (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, cit., pp. 281 – 285.

altri, come Turchia e Russia, estranei alla stessa. Stati, dunque, caratterizzati da innegabili disuguaglianze di tipo storico, economico, sociale e culturale e da tradizioni giuridiche eterogenee che hanno deciso di vincolarsi al rispetto e alla promozione dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti nella CEDU e nei suoi Protocolli addizionali. La Convenzione europea è uno strumento *sui generis* che si distingue dagli altri trattati di diritto internazionale almeno per tre motivi.² In primo luogo, rileva la materia trattata, i “droits de l’homme”, che ha vocazione universale e sostanza costituzionale tipiche di ogni dichiarazione di diritti fondamentali. La CEDU garantisce infatti diritti che in buona parte trovano riconoscimento e tutela nella nostra Costituzione, contiene norme che corrispondono a regole di diritto internazionale, il cui rispetto è assicurato dall’art. 10 Cost., e degno di nota è il processo di “comunitarizzazione” dei diritti convenzionali operata prima dalla Corte di Giustizia e confermata poi dall’art. 6 comma 2 del Trattato sull’Unione Europea (TUE).³ In secondo luogo, la Convenzione instaura un sistema oggettivo di tutela fondato non sul principio di reciprocità, tipico dei trattati internazionali, secondo cui lo Stato è tenuto a rispettare il trattato a condizione e fino a quando anche gli altri Stati contraenti ne osservino le disposizioni, ma articolato su un duplice strumento di tutela, il ricorso interstatale e quello

² Per un’analisi della peculiare natura del sistema europeo di protezione dei diritti umani fondamentali, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, cit., p. 69 ss; ID., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro.it*, V, 2006, par. 1, sottolinea il carattere “singolare” della Convenzione.

³ La menzionata disposizione del TUE statuisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e

individuale.⁴ Infine, la Convenzione europea istituisce un sistema giurisdizionale che rende le sue disposizioni e i relativi obblighi vincolanti, rafforzando quello che storicamente si è rivelato essere il “punto debole” della tutela internazionale dei diritti umani, ancorata ai livelli di promozione e controllo “politico” ma carente in termini di accertamento delle violazioni.⁵ Questo profilo emerge dall’analisi approfondita del complesso assetto istituzionale del Consiglio d’Europa, costituito sia da organi politici, il Comitato dei Ministri, l’Assemblea parlamentare e il Segretario generale, che da un organo giurisdizionale, la *Corte europea dei diritti dell’uomo*, il cui compito è quello di assicurare il rispetto degli impegni derivanti in capo agli Stati contraenti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli (art. 19 CEDU). La Corte di Strasburgo nasce quindi con il ruolo di “garante” del trattato che l’ha istituita, con lo scopo di realizzare una tutela effettiva e sostanziale dei diritti in esso sanciti e la cui competenza si estende a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 32 comma 1 CEDU).⁶

delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali».

⁴ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 184.

⁵ Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale - Parte generale*, Utet, Torino, 2012, cit., p.427; vedi anche N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell’uomo*, in *L’età dei diritti*, 3°ed., Torino, Einaudi, 1997, p.34 ss., l’autore osserva che la Convenzione europea realizza l’effettiva garanzia nella tutela dei diritti dell’uomo; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 70, la CEDU non è solo lo strumento mediante il quale gli Stati firmatari si sono vincolati al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali; essa realizza un sistema di tutela composto da un organo giurisdizionale, la Corte europea, ed uno politico, il Comitato dei ministri.

⁶ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, cit., pp. 18 - 21, l’autore illustra i caratteri essenziali della Convenzione europea e del sistema giurisdizionale europeo dei diritti dell’uomo. Per cenni sulla CEDU e la Corte di Strasburgo, C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Torino, 2006, cit., pp 202 -

Tornando al sistema oggettivo di tutela, secondo la Convenzione due sono le vie per adire la Corte. L'art. 33 CEDU disciplina il *ricorso interstatale* a mezzo del quale gli Stati contraenti possono deferire alla Corte qualunque inosservanza, da parte di un altro Stato membro, delle disposizioni convenzionali. La Corte inoltre può essere adita, ai sensi dell'art. 34 CEDU rubricato *ricorsi individuali*, da una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi Protocolli.⁷ La tutela dei diritti è uscita fortificata dalla previsione del ricorso individuale, novità rivoluzionaria nel diritto internazionale tradizionalmente attento solo ai rapporti tra gli Stati e trasformatosi in uno strumento di garanzia per gli individui.⁸ È proprio la possibilità in capo ad un

204; F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, cit., p. 30. Per ripercorrere brevemente il passaggio dal sistema di tutela precedente, che prevedeva la presenza di una Commissione, all'entrata in vigore del Protocollo n. 11 che ha istituito la Corte e per un'analisi dell'organizzazione interna e del funzionamento di quest'ultima, cfr. M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio de diritti umani*, Napoli, 1999, cit., pp. 40 – 44; M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea*, cit., pp. 290 – 301.

⁷ Cfr. C. ZANGHÌ, *La protezione*, cit., pp. 213 – 215, per un'efficace protezione dei diritti umani la CEDU ha completato l'enunciazione dei singoli diritti con l'instaurazione di una procedura di controllo del comportamento degli Stati che prevede due diverse possibilità di ricorso: l'una offerta agli Stati membri nei confronti delle Parti contraenti interessate; l'altra offerta ai singoli individui, alle organizzazioni non governative e a gruppi di privati. Sul sistema dei ricorsi, cfr. anche V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea*, cit., par. 1; M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea*, cit., p. 290, laddove i meccanismi di tutela predisposti a livello nazionale siano inesistenti o inadeguati, vengono in rilievo gli strumenti internazionali di garanzia.

⁸ Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea*, pp. 340 – 341; M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica*, cit., p. 13 ss., la CEDU è il primo atto internazionale, adottato su scala regionale, a carattere obbligatorio. Il meccanismo previsto dagli strumenti di tutela dei diritti umani antecedenti non qualificavano l'individuo né come suddito, né come soggetto dell'ordinamento internazionale. Un radicale mutamento si è avuto nel 1990 con l'adozione del

individuo di denunciare, direttamente ad un organo giurisdizionale, di essere stato vittima di una violazione di un proprio diritto o libertà sancito nella CEDU da parte di uno Stato membro che ha costituito la “chiave del successo” del sistema convenzionale, permettendo una giustiziabilità delle violazioni dei diritti umani in passato estranea all’ordinamento sovranazionale e, a livello nazionale, agli ordinamenti, come quello italiano, che non disciplinano meccanismi di ricorso costituzionale individuale quali il *Verfassungsbeschwerde* e il *recurso de amparo*.⁹ La Corte definisce il ricorso individuale “uno dei pilastri essenziali del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali”¹⁰ esperibile nel rispetto delle condizioni di ricevibilità di cui all’art. 35 comma 1 CEDU: l’esaurimento di tutte le vie di ricorso interne ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.¹¹

Quanto stabilito dalla CEDU non basta per comprenderne la reale portata innovativa. La lettura delle disposizioni convenzionali deve essere necessariamente accompagnata da un’indagine della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dell’efficacia delle sue pronunce nell’ordinamento nazionale.

Protocollo n. 9 alla CEDU che ha previsto la possibilità per una persona fisica di adire la Corte, potendo esercitare direttamente i diritti ad essa riconosciuti.

⁹ Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 428; sul tema vedi anche A. FILIPPINI, *Il caso Dorigo, la CEDU e la Corte Costituzionale: l’effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in www.costituzionalismo.it fascicolo, 2/2008, 19 maggio del 2008, cit., p.3.

¹⁰ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p.185; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 70.

¹¹ Per una dettagliata analisi delle condizioni di ricevibilità affinché un ricorso sia valutato nel merito, cfr. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea*, cit., p. 295 ss.

§ 1.2 - Giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed efficacia vincolante delle sue sentenze

1.2.1 - Diritti cristallizzati nella Convenzione: nuovi significati e contenuti alla luce di una lettura evolutiva

Il dibattito della dottrina, ancora attuale, sulla completezza del catalogo di diritti e libertà enunciati nella Convenzione predilige l'orientamento secondo cui si tratta di un catalogo di diritti *aperto* e in continuo divenire. Se si guarda ai diritti umani come un fenomeno sociale, non solo giuridico, è evidente il loro moltiplicarsi nel tempo. Ripercorrendo, da un punto di vista storico, la loro emersione e il relativo riconoscimento, è possibile individuare diritti di prima generazione (i diritti di libertà), di seconda generazione (i diritti sociali), di terza generazione (classe multiforme in cui si segnala, per esempio, il diritto a vivere in un ambiente non inquinato), fino a prefigurare diritti di quarta generazione, che sorgerebbero in ragione del progresso.¹² L'evoluzione comporta quindi l'incessante sorgere di nuovi diritti umani meritevoli di tutela tanto a livello sovranazionale che nazionale.

In questo clima di costante trasformazione è la Corte europea, attraverso la sua giurisprudenza dinamica ed evolutiva,¹³ a dover

¹² Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 321; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, Laterza, 2005, cit., p. 6, l'autore si riferisce ai diritti umani come una "galassia" ideologico-normativa in rapida espansione. Per riflessioni sulle caratteristiche principali della classe dei diritti umani, cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, 3^o ed., Torino, Einaudi, 1997.

¹³ Sull'interpretazione autonoma ed evolutiva dei diritti convenzionali, cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 27; A. ESPOSITO, *Il diritto penale*

arricchire e chiarire il significato delle norme convenzionali in linea con lo sviluppo della società, delle sue esigenze e dei suoi valori. La CEDU ha un contenuto quindi “volutamente scarno ed essenziale” suscettibile di essere ampliato dal flusso della storia e da una lettura delle sue disposizioni alla luce delle concretizzazioni giurisprudenziali.¹⁴ Nello studio dei diritti riconosciuti e tutelati dalla Convenzione e del modo in cui essi condizionano la materia penale è imprescindibile una disamina della giurisprudenza della Corte europea, senza la quale tali diritti rimarrebbero ‘foglie morte’.¹⁵

1.2.2 - Riflessioni sull’efficacia delle sentenze della Corte EDU

Nello spazio giuridico europeo la Corte di Strasburgo rappresenta senza dubbio uno straordinario strumento di attuazione dei principi sanciti nella Convenzione e le sue sentenze di condanna per violazione di diritti sono il mezzo più efficace per garantire il rispetto dei diritti medesimi.¹⁶ Peculiare è il modo di ragionare e di produrre giurisprudenza dei giudici europei.

In primo luogo, non diversamente dai sistemi di *common law* - che creano le regole sulla base del caso concreto - il diritto di

“flessibile”: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali, Torino, Giappichelli, 2008, cit., pp. 132 – 133.

¹⁴ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 186; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 31, «la CEDU non detta regole precise né impartisce direttive vincolanti per gli Stati contraenti, ma si limita a fissare un catalogo di diritti essenziali, ritenuti inviolabili in quanto strettamente inerenti alla persona umana».

¹⁵ In questi termini, F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 428, l’autore richiama la prassi in base alla quale dalle decisioni dei giudici di Strasburgo scaturiscono dei veri e propri “sotto-principi” specifici originati dal caso concreto, luogo di “*balancing*” degli interessi in gioco.

¹⁶ Cfr. G. ROMANO e P. GENITO, *Efficacia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo ed esecuzione delle stesse*, pubblicato sul supplemento n.

Strasburgo si colloca in un sistema di *judicial law making* che riconosce autorevolezza ai propri precedenti (*binding precedent*) e all'interno del quale le pronunce della Corte assumo la cosiddetta "autorità di cosa interpretata".¹⁷ Tali pronunce vincolano i giudici e contribuiscono a fornire un'interpretazione evolutiva ed attuale della Convenzione. Ciò non significa che gli orientamenti giurisprudenziali siano immutabili, al contrario la vincolatività del precedente può essere superata con le tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling*.¹⁸ Altro aspetto rilevante è che si tratta di una giurisprudenza casistica (fondata sul caso concreto). La Corte è infatti chiamata ad occuparsi direttamente di diritti, a valutare una situazione specifica, non mette a confronto la Convenzione con una norma legislativa interna, generale ed astratta, come invece fa la nostra Corte Costituzionale.¹⁹ Il giudice di Strasburgo ha il compito di stabilire la conformità della vicenda, oggetto del ricorso, alla Convenzione e, in un processo di armonizzazione, opera con riferimento al caso concreto, bilanciamenti tra diversi interessi coinvolti (individuali e collettivi) mediante un sindacato di

12 del dicembre 2008 della *Rivista Giurisprudenza di Merito*, Milano, ed. Giuffrè, pp.1-2.

¹⁷ Espressione usata da G. CANIVET, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la "benévolence" des juges*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 2005. Sul punto cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 71, la Corte, per garantire stabilità alla propria giurisprudenza, ha adottato un *modus operandi* basato sui precedenti, un metodo casistico che arricchisce e sviluppa il contenuto della CEDU rendendolo attuale; ID., *Corte, Convenzione europea*, cit., par. 2. Cfr. anche A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it, sezione papers, 2007, cit., p. 60.

¹⁸ Si ricorre, in genere, al *distinguishing* laddove il caso concreto presenta aspetti diversi e nuovi rispetto al caso deciso in precedenza. L'*overruling*, più radicalmente, consiste nell'abrogazione del precedente, posta in essere da una Corte giudiziaria superiore rispetto a quella che ha pronunciato la decisione, oppure dalla medesima corte relativamente ad una sua precedente sentenza.

¹⁹ Cfr. A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 4; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 73.

proporzionalità, per valutare in che misura le interferenze da parte dello Stato sulle prerogative individuali siano accettabili.²⁰

Infine merita di essere preso in considerazione la nuova formulazione dell'art. 46 CEDU, rubricato *forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, così come modificato dal Protocollo n.14 ratificato in Italia con L. 280/2005 ed entrato in vigore nel 2010. Tale disposizione sancisce l'obbligo per gli Stati di conformarsi alle pronunce definitive della Corte sulle controversie in cui sono parti ed introduce una "procedura di infrazione" attivabile dal Comitato dei Ministri quando lo Stato interessato rifiuta, nonostante le ammonizioni, di conformarsi alla sentenza definitiva pronunciata nei suoi confronti.²¹ Occorre tuttavia precisare che l'obbligo di adeguarsi alle sentenze della Corte vincola gli Stati solo in merito al fine da raggiungere, lasciando loro la discrezionalità nella scelta dei mezzi, normativi – cfr. legge Pinto e legge Azzolini - e giurisprudenziali – cfr. sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale - tramite cui perseguire tale scopo.²² Una volta rilevata la violazione della Convenzione, la Corte impone in capo allo Stato soccombente l'obbligo di corrispondere un'equa soddisfazione, così come sancito all'art. 41 CEDU, oppure di procedere alla reintegrazione in forma specifica o di predisporre misure idonee per far fronte alle conseguenze della

²⁰ Sul punto, vedi V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 188 e F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 429, in cui l'autore richiama il parametro della "necessità in una società democratica" che, accanto alla previsione legale e allo scopo legittimo, è uno dei tre requisiti utilizzato dalla Corte in fase di bilanciamento e disciplinato in diverse disposizioni della CEDU (artt. 8 ss.).

²¹ Cfr. A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 7.

²² Cfr. G. ROMANO e P. GENITO, *Efficacia delle sentenze di condanna*. La Corte chiarisce la portata e il significato di tale obbligo e della discrezionalità nella scelta dei mezzi per porre fine alla violazione rispettivamente nei casi: Corte EDU, *De Trana c. Italia*, sent 16 ottobre 2007 e *Carbonara e Ventura c. Italia*, sent. 11 dicembre 2003.

violazione. La recente giurisprudenza dei giudici europei tende ad enfatizzare “l’effetto conformativo” delle proprie sentenze, mettendo in luce l’insufficienza di forme di risarcimento in denaro per la parte lesa e la necessità di imporre allo Stato responsabile l’adozione di *misure riparatorie a carattere generale e/o individuale*.²³

Nell’emblematica sentenza relativa al caso *Sejdovic c. Italia*²⁴ la Corte, riunita nella Grande Camera per pronunciarsi sulla violazione da parte dell’Italia dell’art. 6 CEDU (diritto a un equo processo), si è spinta ad attribuire alle sue sentenze l’effetto di prescrivere misure individuali, necessarie a rimuovere le conseguenze della violazione, e misure generali, per impedirne la reiterazione. Nel caso di specie la Corte, aveva riscontrato la mancanza nell’ordinamento italiano di strumenti in grado di rimuovere il pregiudizio cagionato al ricorrente che era stato condannato in contumacia senza aver avuto la possibilità di difendersi adeguatamente. A sua discolpa l’Italia aveva invocato l’art. 175 c.p.p., riconoscendo al condannato Sejdovic la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre impugnazione o

²³ Sul punto cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 189; D. TEGA, *L’ordinamento costituzionale italiano e il “sistema” CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, cit., p. 226, in linea di massima gli Stati sono liberi di scegliere i mezzi attraverso i quali conformarsi alle sentenze, purché siano compatibili con le conclusioni della Corte. Cfr. anche A. GIANANTI, *Alcuni rilievi critici in ordine all’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione gravanti in capo allo Stato autore dell’illecito: il caso Sejdovic c. Italia*, pubblicato sul sito della Società Italiana per l’Organizzazione internazionale (SIOI), www.sioi.org, settembre 2007, cit., p. 4 ss., oltre all’efficacia di cosa giudicata, le decisioni della Corte sembrano essere dotate di un *quid pluris*, imponendo allo Stato responsabile di adottare misure aggiuntive per evitare ulteriori e future violazioni.

²⁴ Corte EDU, *Sejdovic c. Italia*, (Grande Camera), sent. 1 marzo 2006.

opposizione, con il solo onere di provare di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento emesso a suo carico.

Secondo una prassi ormai consolidata, in caso di inadeguatezza della legislazione dello Stato resistente, la Corte non si limita a condannare quest'ultimo al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente, ma – valorizzando il disposto dell'art. 46 CEDU – esplicita l'obbligo di adottare misure di carattere generale appropriate, se necessario anche attraverso la modifica della legislazione vigente, per porre rimedio alle violazioni della Convenzione, *anche per il futuro*.²⁵

Relativamente al caso di cui sopra, la risposta del legislatore italiano, a seguito della condanna per la violazione del diritto ad un equo processo, è stata infatti l'emanazione della L. 60/2005²⁶ che ha adeguato la disciplina del processo contumaciale agli standard europei stabilendo che il contumace, entro trenta giorni dall'effettiva conoscenza della condanna, può ottenere la restituzione in termini, a meno che il giudice (inversione dell'onere della prova) non provi l'effettiva conoscenza del provvedimento da parte dell'imputato o la sua volontaria rinuncia a comparire o a proporre impugnazione.²⁷

²⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, cit., p. 68; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., pp. 25 – 26, sebbene gli effetti giuridici delle sentenze di condanna della Corte siano tendenzialmente riferite al caso concreto, pronunce di questo tenore possono influenzare in maniera non trascurabile il diritto interno, ed in particolare il potere legislativo; A. GIANSAANTI, *Alcuni rilievi critici*, cit., p. 9. Cfr. ad es. *Sejdovic c. Italia*, sent. 10 novembre 2004, par. 46 – 47. Analoghe osservazioni nel caso Corte EDU, *Scordino c. Italia*, (Grande Camera), sent. 29 marzo 2006, spec. par. 236.

²⁶ L'art. 175 c.p.p. è stato modificato dal D-L. 21 febbraio 2005 n. 17, convertito dalla L. 22 aprile 2005 n. 60, G.U. n. 94 del 23 aprile 2005 recante disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna.

²⁷ Cfr. A. GIANSAANTI, *Alcuni rilievi critici*, cit., p. 15.

Dalle considerazioni che precedono, emerge come la Corte di Strasburgo tende a dotare le proprie pronunce di un contenuto più ampio rispetto all'oggetto della singola causa. Agli 'effetti diretti', vincolanti per lo Stato responsabile della violazione, si affiancano quelli 'indiretti' nei confronti degli Stati terzi. Le sentenze della Corte assumono efficacia *erga omnes*, poiché contengono principi di portata generale che la stessa richiama puntualmente nelle proprie decisioni attraverso la citazione dei *leading cases*. Ad essere vincolanti non sono solo le singole pronunce, ma anche l'intera giurisprudenza di Strasburgo, con l'obiettivo di portare i diversi ordinamenti degli Stati membri ad uniformarsi alle "sentenze-pilota della Corte."²⁸

§ 1.3 - Il rango della CEDU nel sistema delle fonti interno

1.3.1 - Itinerari argomentativi per la costituzionalizzazione delle norme della Convenzione ex artt. 2, 10 e 11 Cost.

Per comprendere il valore della Convenzione europea nell'ordinamento interno, è necessario affrontare la *vexata*

²⁸ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 190, la "pilot judgment procedure" viene utilizzata dai giudici di Strasburgo in presenza di difetti strutturali di un ordinamento nazionale che possono causare ripetute violazioni dello stesso tipo. Cfr. anche A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 9, l'autrice riflette sulla tendenza della Corte di potenziare gli 'effetti indiretti' delle sue pronunce, evidenziando una sorta di vincolatività della giurisprudenza europea nel suo complesso. Lo dimostrano i casi in cui ha riconosciuto l'immediata applicabilità di un suo precedente, regola giurisprudenziale sufficientemente precisa e completa.

*quaestio*²⁹ del rango della CEDU nel sistema delle fonti italiane. È noto l'atteggiamento refrattario e "frenante" della nostra Corte Costituzionale che si è sempre rifiutata di riconoscere alle norme della CEDU rango costituzionale o di parametro interposto di legittimità costituzionale. Essa ha spesso sottolineato nelle sue pronunce il rango di mera legge ordinaria della Convenzione europea e il valore sussidiario della tutela fornita dalla Corte di Strasburgo. Prima della riforma del Titolo V della Costituzione, con la L. cost. n. 3/2001, la Corte Costituzionale aveva affermato in più occasioni che la CEDU, al pari degli altri trattati internazionali, acquista il rango della fonte con cui ha ricevuto esecuzione, e dato che la Convenzione è stata ratificata con la legge ordinaria 848/1995, questa era ritenuta idonea ad abrogare le leggi anteriori con essa incompatibili, ma non a resistere all'abrogazione da parte di leggi successive con essa contrastanti. Tale impostazione tendeva a minimizzare il rilievo della CEDU all'interno del nostro ordinamento.³⁰ Il giudice di legittimità costituzionale, in diverse occasioni, ha ribadito che «le disposizioni della Costituzione italiana già apprestano garanzie non meno pregnanti di quelle

²⁹ Per riflessioni sul rango della CEDU nell'ordinamento italiano, cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 70 ss. e A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 98 ss.

³⁰ Cfr. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2008, fasc. 1, cit., p. 1; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 71; V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 190, è noto che a lungo la CEDU è stata considerata fonte "periferica", a causa dell'assegnazione di una posizione ambigua nell'ordinamento nazionale che non le permetteva di "piegarlo" al rispetto dei vincoli convenzionali. Cfr. anche, M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, fasc. 3, cit., p. 539, il sistema di tutela fornito dalla Convenzione sembrava, in un primo momento, agire su un piano parallelo e separato da quello fornito dalla giustizia costituzionale interna.

riconosciute dalla CEDU»³¹ e che i diritti umani, tutelati dai trattati universali e regionali di cui l'Italia è parte, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, anche nella Costituzione. Questo testimonia indubbiamente che il processo di integrazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stato frastagliato e non privo di ostacoli e si è realizzato – almeno in un primo momento – grazie all'elaborazione dottrinale di diversi itinerari argomentativi per giustificare la “copertura costituzionale”.³²

Una prima base normativa che permetterebbe alla CEDU l'ingresso nel nostro ordinamento è stata individuata nella lettura come “clausola aperta” dell'art. 2 Cost. Il riconoscimento ai diritti e alle libertà garantiti dalla CEDU della natura di “diritti inviolabili” li eleverebbe a rango costituzionale, con la conseguenza che il mancato rispetto di una norma convenzionale comporterebbe automatica violazione della Costituzione. Andando oltre la diatriba

³¹ Testualmente, F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 72. Sul punto cfr. anche M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti*, cit., p. 540, nella sentenza n. 388 del 1999, la Corte Costituzionale ha affermato che le garanzie internazionali dei diritti umani e quelle costituzionali «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione». Cfr. V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, cit., pp. 10 - 11, la convinzione che i testi della Costituzione italiana e della Convenzione europea siano coevi, ha degradato a lungo la giurisdizione CEDU a semplice “deja vu”. Oggi si può affermare che l'apporto offerto dal sistema convenzionale si aggiunge alle garanzie domestiche, elevandone lo standard, senza comprimerne lo spettro di tutela (art. 53 CEDU); V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea*, cit., par. 3, il fatto che la Costituzione e la CEDU siano ispirate allo stesso contesto storico-culturale non esclude l'esistenza di differenze.

³² Cfr. A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 62 ss. Sulla collocazione della Convenzione nel sistema di diritto interno cfr. A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologica-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it, sezione papers. Per cenni sulla copertura costituzionale della CEDU, cfr. anche M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti*, cit., p. 541; V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea*, cit., par. 5.

dottrinale sulla controversa lettura “aperta” o “chiusa” di tale disposizione, è certamente possibile intravedere nell’art. 2 Cost. uno strumento in capace di dare di una Costituzione scritta una lettura dinamica ed evolutiva in grado di recepire il contenuto degli strumenti internazionali sui diritti umani. La sua funzione è assimilabile a quella dell’art. 53 CEDU (principio di favore): realizzare il coordinamento tra le norme della Costituzione e le disposizioni convenzionali.³³ Gli stessi giudici nazionali, di legittimità e ordinari, hanno fatto più volte ricorso all’art. 2 Cost. per riconoscere e tutelare a livello costituzionale sia diritti CEDU non espressamente menzionati dalla Carta del ’48, sia ‘nuovi’ diritti. In quest’ottica, sembrerebbe ammissibile il ricorso a tale disposizione per giustificare l’ingresso della Convenzione nel nostro sistema di diritto interno.

Ambigua è risultata la collocazione della CEDU ai sensi dell’art. 10 Cost. che ha dato luogo ad esiti del tutto fallimentari. Nell’affermare che l’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, tale disposizione costituzionale andrebbe ad inglobare non solo il diritto internazionale consuetudinario, secondo le intenzioni dei Padri costituenti, ma anche quello pattizio, giacché la CEDU è frutto di un accordo tra Stati. Né sarebbe corretto attribuire a tale fonte pattizia valore consuetudinario sia per il carattere specifico ed

³³ Cfr. A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 66, l’art. 2 Cost. favorisce una lettura della Carta costituzionale non statica, ma dinamica in grado di seguire le linee guida offerte dai trattati sulla tutela dei diritti umani. Cfr. F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014, cit., p. 22; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2004, fasc. 3, cit., p. 566, l’autrice

articolato delle sue disposizioni, sia perché la forza vincolante delle pronunce della Corte deriva dalla volontaria sottomissione degli Stati membri del Consiglio d'Europa alla giurisprudenza di Strasburgo attraverso la ratifica della Convenzione.

Un altro possibile itinerario si fonda sul principio internazionalista di cui all'art. 11 Cost. con particolare riferimento alla parte in cui afferma che l'Italia consente alle limitazioni di sovranità necessarie affinché un ordinamento assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni. Tale norma nasce con l'intento di superare il concetto di sovranità assoluta e realizzare forme di cooperazione tra gli Stati al fine di assicurare la promozione di pace e giustizia, esattamente come si propone di fare la CEDU, secondo quanto si evince dal suo preambolo. L'art. 11 Cost. è lo strumento che consente senza alcun dubbio l'ingresso dell'intero diritto comunitario nell'ordinamento nazionale, potrebbe dunque svolgere lo stesso ruolo anche per la Convenzione europea? Due sono le strade percorribili alla luce di tale disposizione:

- la prima basata sulla “comunitarizzazione” della CEDU. Come già accennato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo, l'art. 6 comma 2 TUE e il preambolo della Carta dei diritti fondamentali hanno fatto propri i diritti convenzionali, riconoscendoli come principi generali dello stesso diritto comunitario e dell'Unione. Questo processo di non ha però ampliato le competenze dell'Unione che riconosce i diritti fondamentali CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, *limitatamente alle materie di sua competenza*;

evidenzia la più ampia portata della disposizione convenzionale in gestione che realizza una «connessione fra la CEDU e gli altri trattati sui diritti umani».

- la seconda strada invece si fonda sull'idea che l'Italia, aderendo alla Convenzione europea, abbia consentito una *limitazione di sovranità* diversa da quella che deriva dalla partecipazione all'Unione Europea.³⁴

Sebbene la Corte Costituzionale abbia da tempo manifestato il suo dissenso ad un tale approccio,³⁵ nulla esclude che tale via sia percorribile per la standardizzazione del nostro ordinamento al sistema convenzionale.

1.3.2 - La CEDU, fonte “subcostituzionale” ai sensi del novellato art. 117 Cost. La portata innovativa delle ‘sentenze gemelle’

La svolta che ha posto fine alla ricerca di un presupposto normativo per l'ingresso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento nazionale è rappresentata da due celebri pronunce della Corte Costituzionale, le ‘sentenze gemelle’ nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007 con le quali si è stabilito un preciso grado di vincolatività gerarchica per il legislatore e il giudice nazionale. Tali sentenze hanno riconosciuto alla CEDU la qualifica di “parametro interposto di legittimità costituzionale” ex art. 117 Cost.³⁶ Il novellato testo di questa norma, ad opera della

³⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 75.

³⁵ Cfr. C. cost. sent. 188/1980, la quale ha escluso che le norme CEDU possano acquistare rilievo come “*parametro interposto*” di legittimità costituzionale a mezzo dell'art. 11 Cost. poiché l'adesione dell'Italia alla Convenzione europea non ha comportato alcuna “*limitazione di sovranità*”, diversamente da quanto è accaduto in seguito all'adesione all'Unione Europea.

³⁶ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 191; ID., *Introduzione. La lunga marcia*, cit., p. 12; D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 216, le due decisioni del 2007 forniscono una duplice giustificazione, a livello sia teorico che pratico, in merito alla collocazione gerarchica della Convenzione europea. Sulla necessità di dotare la Convenzione di un adeguato *status* di fonte del diritto a livello nazionale, cfr. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., pp. 540 – 541. Per un'analisi del rinnovato rapporto tra fonti

L.cost. 3/2001, statuisce che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». È opportuno ripercorrere le tappe fondamentali del caso concreto e l'iter logico-argomentativo del giudice delle leggi per meglio comprendere come si è giunti all'emanazione di queste due fondamentali pronunce.

Le questioni sottoposte alla Corte costituzionale avevano ad oggetto la disciplina italiana in materia di indennità di esproprio,³⁷ ed in particolare la misura dell'indennizzo. La Corte di Strasburgo aveva già stabilito nella sentenza *Scordino c. Italia* del 2006³⁸ che l'Italia aveva violato l'art. 6 CEDU poiché l'applicazione della disciplina nazionale ai procedimenti in corso, che avrebbero dovuto essere decisi sulla base della normativa previgente che prevedeva un indennizzo commisurato al valore venale del bene, era in contrasto con il principio del giusto processo,³⁹ e con l'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU in materia di tutela della proprietà. Tale contrasto derivava dal fatto che la regolamentazione interna non rispettava il principio relativo alla necessità di un indennizzo sufficiente per le espropriazioni, adeguato al sacrificio subito dal

nazionali ed internazionali ad opera delle sentenze 'gemelle', cfr. P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Rivista Penale*, 2009, fasc. 10, cit., p. 1188.

³⁷ Disciplinata dal d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito, con modificazioni, in L. 8 agosto 1992 n. 359 recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica. Per i fatti della vicenda relativi all'indennità nell'espropriazione per pubblica utilità e nell'occupazione acquisitiva, cfr. D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 216; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 72.

³⁸ Sulla contrarietà della disciplina interna in materia di indennità di esproprio alla CEDU cfr. Corte EDU, *Scordino c. Italia*, (Grande Camera), sent. 29 marzo 2006.

³⁹ Cfr. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano*, cit., p. 3.

proprietario per effetto della perdita del bene.⁴⁰ Se prima d'allora la disciplina nazionale era stata fatta salva dal giudice di legittimità, avendola ritenuta non lesiva dell'art. 42 Cost., nel caso di specie le ordinanze di rimessione avevano impugnato il diritto interno per contrasto non con la disposizione costituzionale sulla proprietà (art.42 Cost.), ma con riferimento all'art. 117 comma 1 Cost. La dottrina aveva infatti elaborato il concetto di 'parametro cd. interposto' subordinando l'ingresso degli *standard* convenzionali nell'ordinamento italiano al rispetto dei principi costituzionali (e non solo dei "controlimiti" che circoscrivono il diritto dell'UE).⁴¹ Dato che la Corte di Strasburgo aveva stabilito a chiare lettere che la disciplina interna, relativamente al caso di specie, era in contrasto con la CEDU, da ciò discendeva automaticamente l'indiretta violazione della Carta costituzionale. Il problema cruciale riguardava, come sottolineato anche dalla stessa Corte costituzionale, il recepimento della Convenzione nell'ordinamento interno poiché dall'adesione alla stessa discendeva l'obbligo internazionale in capo al legislatore nazionale di «adeguare la propria legislazione alle norme del trattato, nel significato ad esse attribuito dalla Corte» (artt. 32 e 46 CEDU). La Corte costituzionale in queste sentenze statuisce da un lato che le norme della Convenzione non si collocano sullo stesso "gradino" di quelle sancite dalla nostra Carta costituzionale e pertanto non assumono la stessa forza (non sono cioè immuni dal sindacato di legittimità

⁴⁰ Sul punto, cfr. D. SCHEFOLD, *L'osservanza dei diritti dell'uomo nei trattati internazionali da parte del giudice italiano*, in www.forumcostituzionale.it sezione papers.

⁴¹ Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., pp. 432 – 433.

costituzionale); dall'altro sottolinea la sovraordinazione degli obblighi convenzionali alla legge ordinaria.⁴²

Inoltre, individuando nell'art. 117 comma 1 Cost. la base normativa per il recepimento degli obblighi convenzionali, la Corte costituzionale ha anche ribadito espressamente la sostanziale differenza tra la CEDU e il diritto dell'UE, che trova fondamento costituzionale nell'art. 11 Cost.⁴³ Le riflessioni contenute nella sentenza n. 349/2007 non lasciano alcun dubbio:⁴⁴ la CEDU non crea un ordinamento giuridico sovranazionale (il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo sono istituzioni diverse e separate dall'Unione Europea) ed è un trattato di diritto internazionale

⁴² Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 191; D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 217 - 218, la Convenzione è una norma di rango "sub-costituzionale", subordinata alla Costituzione, ma sovraordinata alla legge. L'art. 117,1 Cost. le riconosce forza passiva superiore a quella delle leggi ordinarie, ma, sotto il profilo attivo, non la eleva a rango di fonte costituzionale.

⁴³ Sul punto, cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 192. Sulla distinzione tra le norme CEDU e quelle comunitarie, cfr. Sentenza n. 348/2007, 3.3 *considerando in diritto*: «[...] le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto[...]».

⁴⁴ Cfr. sentenza n. 349/2007, 6.1 *considerando in diritto*: «È vero, infatti, che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia [...] ha affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza. È anche vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell'art. 6 del TUE e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza [...] tuttavia, il Consiglio d'Europa [...] è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992. In secondo luogo, la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto [...] Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile [...]. La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario».

pubblico.⁴⁵ Di conseguenza non opera né l'effetto della *diretta applicabilità* della norma convenzionale, né quello della *disapplicazione diretta* della norma interna contrastante con quella europea, strumento con il quale il giudice comune è in grado di risolvere le antinomie tra il diritto nazionale e quello dell'UE, con prevalenza di quest'ultimo.⁴⁶ Le disposizioni CEDU sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno. Pertanto i giudici nazionali, nelle controversie ad essi sottoposte, non sono legittimati a disapplicare le norme interne in eventuale contrasto con la Convenzione.⁴⁷

Dalla lettura di queste sentenze si evince un duplice aspetto innovativo: il primo relativo alla qualificazione delle norme della Convenzione come norme aventi posizione gerarchica intermedia tra quelle ordinarie e quelle costituzionali; il secondo attinente al riconoscimento in capo alla Corte costituzionale della competenza esclusiva a risolvere le eventuali antinomie tra norme interne e norme convenzionali mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione interna contrastante, in forza

⁴⁵ Cfr. D. SCHEFOLD, *L'osservanza dei diritti dell'uomo*, cit., p. 4; D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 216.

⁴⁶ Sul meccanismo della disapplicazione di una norma interna per contrasto con una comunitaria, cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 166; ID., *Introduzione. La lunga marcia*, cit., p. 13 ss. Cfr. Corte di Giustizia, caso *Simmenthal*, sent. 9 marzo 1978, causa C-106/77, in merito all'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante con il diritto dell'UE, senza dover sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale. Questo principio è stato recepito dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza *Granital*, 8 giugno 1984 n. 170. In materia vedi anche A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)* in www.forumcostituzionale.it sezione *papers*, 2011; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 74.

⁴⁷ Sentenza n. 348/2007, 3.3 *considerando in diritto*.

dell'art. 117 Cost.⁴⁸ Non bisogna dimenticare che la CEDU è stata *incorporata* nell'ordinamento italiano con una legge di ratifica che contiene la clausola di “piena ed intera esecuzione”, ciò implica che essa, in quanto parte integrante del diritto interno, è direttamente applicabile dal giudice italiano, almeno nella parte in cui la norma CEDU si colloca in uno “*spazio giuridico non regolato*” dalla normativa interna, escludendo ogni possibile contrasto con essa.⁴⁹ Inoltre la CEDU e gli obblighi con essa assunti limitano la potestà legislativa statale e regionale costituendo una sorta di “autolimitazione *pro futuro*”. Se prima delle sentenze gemelle gli Stati erano “liberi” di violare gli impegni internazionali assunti attraverso l’emanazione di una legge comunque valida dal punto di vista interno, incorrendo in responsabilità sul piano internazionale; dopo il 2007 la violazione di tali obblighi comporta l’invalidità della legge interna contrastante, dichiarata costituzionalmente illegittima dal giudice delle leggi.⁵⁰

Anche il giudice ordinario è assoggettato a delle limitazioni in sede di *interpretazione conforme* della norma interna agli obblighi convenzionali. Egli infatti deve evitare di ricorrere al supremo giudice costituzionale laddove sia in grado, attraverso la sua attività ermeneutica, di attribuire alla norma un significato pacifico «selezionando quello maggiormente in grado di soddisfare gli

⁴⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2014, cit., p. 6.

⁴⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Convenzione europea*, cit., p. 10; ID., *L'adeguamento del sistema penale italiano*, cit., p. 6.

⁵⁰ Cfr. D. TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 218, tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia vi è quello di adeguare la legislazione interna alla CEDU, come interpretata dai giudici di Strasburgo; F. VIGANÒ, *Convenzione europea*, p. 12.

standard convenzionali». ⁵¹ Questo richiede flessibilità nella ripartizione dei ruoli fra giudice *a quo* e Corte costituzionale: sino a che si tratta di problemi risolvibili in maniera interpretativa non c'è motivo di sollevare una questione di legittimità costituzionale. ⁵²

1.3.3 - L'integrazione della Convenzione europea secondo la giurisprudenza costituzionale successiva alle pronunce del 2007. Considerazioni sulla fragilità del giudicato penale interno.

In tema di rapporti ordinamentali, la giurisprudenza costituzionale italiana successiva alle rivoluzionarie 'sentenze gemelle' ne ha confermato l'orientamento, ed in particolare ha agito in tal senso la sentenza n. 80/2011 con cui la Corte costituzionale ha ribadito l'impossibilità di applicare direttamente gli standard convenzionali, anche a seguito delle modifiche del Trattato di Lisbona e dell'incorporazione della CEDU nell'ordinamento giuridico dell'UE. In tale pronuncia i giudici di legittimità hanno confermato il divieto di disapplicare la norma interna in contrasto con la CEDU e l'obbligo di piena sottoposizione del giudice ordinario ai *dicta* di Strasburgo. La decisione assomiglia ad una sorta di 'manuale di sopravvivenza' che indica al giudice comune le

⁵¹ In questi termini, F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 434. Il concetto di ricorso alla Corte Costituzionale come "*extrema ratio*" è indicato nella sentenza n. 348/2007, 5 *considerando in diritto*.

⁵² Cfr. D. SCHEFOLD, *L'osservanza dei diritti dell'uomo*, cit., p. 6; A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette*; P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1189. Sul ruolo dei giudici ordinari nel processo di armonizzazione del diritto interno con l'ordinamento CEDU, cfr. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., p. 542.

diverse tecniche per assicurare l'adeguamento dell'ordinamento nazionale agli standard europei.⁵³

L'irto percorso di adattamento della CEDU all'ordinamento interno ha avuto un'ennesima tappa fondamentale nella sentenza della Corte costituzionale n. 113/2011 che ha sancito, in materia di rapporto tra diritti fondamentali e diritto penale, la possibilità di abbattere il muro del giudicato interno, frutto dell'applicazione di leggi penali sostanziali e processuali, in contrasto con gli standard europei. Con questa pronuncia "additiva" il giudice delle leggi è giunto a determinare una nuova causa di revisione del processo penale avendo ritenuto i rimedi originariamente individuati dalla Corte di cassazione "parziali e inidonei".⁵⁴ Per avere un quadro completo, è opportuno richiamare la giurisprudenza della Cassazione penale precedente alle 'sentenze gemelle' e ripercorrere, seppur brevemente, le vicende giudiziarie relative ai *casi Somogyi, Dorigo e Drassich*.

Il *caso Somogyi* riguarda un'inchiesta per traffico d'armi nell'ambito del quale viene imputato un cittadino ungherese, Tamas Somogyi il quale nel 2001, vistosi rigettare la richiesta di restituzione nel termine ex art. 175 comma 2 c.p.p. per un nuovo giudizio, adisce la Corte di Strasburgo sostenendo che la sentenza

⁵³ Sul punto cfr. R. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 2011, cit., p. 1244; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p.435, con la decisione 80/2011 la Corte costituzionale ha confermato l'orientamento espresso nel 2007 e ha escluso che il sistema CEDU sia "incorporato" nel diritto euro unitario. Cfr. F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano*, cit., pp. 2 - 3, il procedimento di adeguamento deve sottostare a precise regole 'procedimentali' che permettono di ripartire idoneamente le competenze tra giudice ordinario e costituzionale.

⁵⁴ Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 437. Si fa riferimento agli artt. 172 comma 2, 670 e 625 bis c.p.p. che disciplinano rispettivamente la restituzione nel termine, l'incidente di esecuzione e il ricorso straordinario in Cassazione per errore materiale o di fatto.

di primo grado pronunciata a suo carico in contumacia non era conforme al principio del *fair trial* consacrato dall'art. 6 CEDU. Nel caso di specie le autorità italiane avevano ritenuto che il ricorrente avesse rinunciato volontariamente al diritto a comparire in udienza in quanto, pur essendo stato regolarmente informato, non era comparso né aveva nominato un rappresentante legale. La Corte europea, per contro, aveva attestato la presenza di molteplici incertezze in merito all'effettiva conoscenza del processo da parte dell'imputato e che non vi era stato nessun controllo atto ad accertare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la rinuncia a comparire fosse inequivoca.⁵⁵ L'omesso adempimento di questi obblighi procedurali, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, porta quest'ultima a ribadire che la rinuncia, esplicita o implicita, ad un diritto sancito e tutelato dalla CEDU deve necessariamente essere non equivoca. A seguito di tale pronuncia, il giudice di legittimità con la sentenza n. 32678/2006 ha sottolineato che la *precettività*⁵⁶ delle disposizioni CEDU rappresenta una vera svolta formulando il principio di diritto secondo cui «nel pronunciare una richiesta di restituzione nel termine per appellare, proposta da un condannato dopo che il suo ricorso è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice è tenuto a conformarsi alla decisione di detta Corte con cui è stato riconosciuto che il processo celebrato "*in absentia*" è stato non

⁵⁵ Cfr. L. RUDEL, *Le censure della Corte europea alla disciplina italiana del processo in contumacia*, pubblicato sul sito della Società Italiana per l'Organizzazione internazionale (SIOI), www.sioi.org; R. CONTI, *La scala reale*, cit., p. 1246.

⁵⁶ L'argomentazione sulla *precettività* delle norme CEDU nell'ordinamento interno trova origine in storiche pronunce relative ai casi *Polo Castro*, *Medrano*, *Cat Berro* che già individuavano nella Convenzione europea una *fonte atipica* in grado di *resistere* alle leggi ordinarie successive in contrasto con essa.

equo: pertanto il diritto al nuovo processo non può essere negato escludendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, né invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale in base alla normativa del codice di procedura penale». ⁵⁷ La Cassazione stabilisce l'obbligo per il giudice interno di conformare la propria decisione all'accertamento della violazione operata dal giudice europeo, anche se questo comporta la messa in discussione del giudicato. Viene posta in rilievo la maggiore "forza" della sentenza europea rispetto a quella interna, che permette di neutralizzare l'intangibilità del giudicato formatosi in spregio ai diritti garantiti dalla Convenzione europea. ⁵⁸

La Cassazione con la decisione n. 2800/2006 ha affrontato il noto *caso Dorigo* pronunciandosi nuovamente sul problema dell'obbligo per il nostro Paese di conformarsi alle sentenze di condanna emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. ⁵⁹ La vicenda nasce nel 1998 quando la Commissione europea, poi sostituita con la Corte dei diritti umani con l'adozione del Protocollo n. 11, dichiara la violazione del diritto ad un "giusto processo" compiuta dalle autorità italiane ai danni del signor Dorigo e la necessità di procedere alla *restituito in integrum* da operarsi con la rinnovazione del processo. L'imputato infatti venne condannato sulla base delle

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, Sent. 12 luglio n. 32678/2006 *Caso Somogyi*, par. 11.

⁵⁸ Cfr. A. GUAZZAROTTI e A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2006, Vol. LVIII, No. 4, pp. 15-32; R. CONTI, *La scala reale*, cit., p. 1247. Sul caso *Somogy*, cfr. E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, cit., p. 515 ss.

⁵⁹ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Il "caso Dorigo": una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Questione Giustizia*, 1/2007. Sulla vicenda *Dorigo*, cfr. E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento*, cit., p. 519 ss.

dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari da tre coimputati che non le avevano confermate in dibattimento perché avvalsi della facoltà legittima di tacere, con conseguente impossibilità per il ricorrente di interrogarli o farli interrogare.⁶⁰ Nonostante le numerose sollecitazioni da parte del Comitato dei Ministri di adottare misure atte a garantire la riapertura del processo, il giudice dell'esecuzione aveva rifiutato la richiesta ex art. 670 c.p.p. di dichiarare inefficace il titolo esecutivo nei confronti del condannato, data l'assenza nell'ordinamento italiano di uno strumento per procedere alla rinnovazione del processo giudicato "non equo". È proprio su tale diniego che la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi per indagare la legittimità o meno della detenzione. Con la pronuncia in esame la Corte di cassazione ha dichiarato inefficacia l'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza di condanna divenuta definitiva e ha ritenuto inesequibile il giudicato, per la violazione delle regole convenzionali.⁶¹ La Cassazione ha espresso un orientamento del tutto divergente da quello del giudice interno ritenendo che una detenzione non può dirsi legittima se disposta in esito ad un processo, e quindi ad una condanna, non equa, pur in assenza di una esplicita normativa interna sulla riapertura del processo.⁶² A tale sentenza è seguita l'immediata scarcerazione dell'imputato, condannato a tredici anni e sei mesi di reclusione, oltre alla multa di quattro milioni di lire. Per la seconda volta la Corte Suprema mette in discussione la forza del giudicato penale e rinviene nell'art. 46 CEDU l'elemento in forza del quale le decisioni di

⁶⁰ Cfr. D. IACOBACCI, *Le nuove frontiere del giudicato penale*, in *La Rivista nel diritto*, n. 9/2010.

⁶¹ Cfr. R. CONTI, *La scala reale*, cit., p. 1246; Cass. Sez. I Pen, 1 dicembre 2006 – 25 gennaio 2007, ric. Dorigo, punto 6 del *Considerato in diritto*.

Strasburgo assumono un ruolo decisivo e vincolante. Dalla persistenza della detenzione sarebbe derivata una condotta di “flagrante diniego di giustizia” in capo all’Italia, per il mancato adeguamento agli obblighi previsti dalla Convenzione, e il disconoscimento di quel carattere precettivo e vincolante delle norme della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo.⁶³

Il “*caso Drassich*” prende le mosse da una violazione del diritto di difesa da parte della Corte di cassazione italiana. Con il ricorso, l’imputato lamentava l’intervenuta riqualificazione, *ex officio* da parte della Suprema Corte, del fatto contestato nei termini di un più grave reato, precludendo l’applicazione della causa di estinzione della prescrizione.⁶⁴ Nel caso di specie la contrarietà del giudicato nazionale rispetto alla Convenzione riguardava la violazione del principio del contraddittorio a causa del mancato riconoscimento in capo all’imputato del diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto. Impugnata ritualmente la decisione della Cassazione innanzi alla Corte europea, quest’ultima ha accolto il ricorso ritenendo che sia diritto dell’imputato l’essere informato in tempo utile non soltanto dei fatti materiali posti a suo carico ma anche, ed in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica dei fatti di cui al processo e di cui alla successiva condanna. Il diritto di essere informati della “natura” e della “causa” dell’accusa deve essere considerato pertanto alla luce del diritto dell’accusato di potersi difendere adeguatamente. Il ricorrente denunciava di essere

⁶² Cfr. D. IACOBACCI, *Le nuove frontiere del giudicato penale*, cit., par. 3.

⁶³ Cfr. Cass. Sez. I Pen, 1 dicembre 2006 – 25 gennaio 2007, ric. Dorigo, punto 7 del *considerato in diritto*. Cfr. R. CONTI, *La scala reale*, cit., p. 1247; A. GUZZAROTTI, *Il “caso Dorigo”*.

⁶⁴ Per approfondite riflessioni sul caso *Drassich*, cfr. E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento*, cit., p. 526 ss.; D. IACOBACCI, *Le nuove frontiere del giudicato penale*, cit., par. 4; cfr. R. CONTI, *La scala reale*, cit., p. 1249.

stato condannato per il delitto di corruzione in atti giudiziari mai comunicatogli durante il procedimento poiché la riqualificazione era avvenuta nel giudizio in Cassazione. Tanto è bastato alla Corte di Strasburgo per dichiarare l'iniquità della procedura e la necessità di rinnovazione del giudizio al fine di ristabilire gli equilibri violati. La Cassazione, prendendo atto della grave lacuna del sistema interno, aveva individuato nell'applicazione dell'art. 625 bis c.p.p., sul ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, il rimedio per revocare il solo capo della sentenza che violava la regola convenzionale. Ancora una volta nel rapporto tra il giudicato interno e quello emanato dalla Corte europea, emerge la necessità di adattamento del primo al secondo, nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU.

Con queste recenti e rivoluzionarie pronunce la Cassazione ha tracciato il rapporto tra il sistema processuale penale italiano e la CEDU, sottolineando che il giudicato interno in materia penale non può reggere a fronte di una sentenza europea che accerta la violazione del principio del giusto processo. E sul punto si è successivamente pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 113/2011 con la quale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un'autonoma causa di revisione del processo penale nei casi in cui la riapertura sia necessaria per conformarsi alle sentenze di condanna della Corte europea ai sensi dell'art. 46 CEDU.⁶⁵ La necessità di salvaguardare i principi sanciti dalle 'sentenze

⁶⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 44; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., pp. 436 - 437; V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 193, nel frastagliato percorso di integrazione della CEDU, la sentenza 113/2011 rappresenta senza dubbio una tappa fondamentale che ha evidenziato come «un giudicato formatosi in un singolo ordinamento abbia efficacia meramente interna e possa essere sempre rimosso da un giudicato europeo»

gemelle' del 2007 ha portato la Consulta ad indagare le diverse soluzioni apprestate dalla giurisprudenza della Suprema Corte, rimedi definiti "soluzioni parziali e inadeguate alla piena realizzazione dell'obiettivo" di cui non ha perso tempo ad evidenziare i limiti e l'inadeguatezza. Secondo il giudice delle leggi nessuna delle sentenze sopra menzionate ha fornito, rispettivamente con la rimessione in termini, l'incidente di esecuzione e il ricorso straordinario in Cassazione, una risposta appagante al problema in grado di realizzare la riapertura del processo. La sentenza n. 113/2011 rappresenta un rovesciamento radicale rispetto al precedente orientamento: l'opera della Corte costituzionale, ed in generale dei giudici italiani, di sostituirsi al legislatore nei casi di "carezza di legge" è un'attività doverosa per sopperire alle lacune normative interne. Ciò non significa rifiuto della legge scritta e passaggio ad un diritto di natura giurisprudenziale, ma che ci sono casi in cui il diritto scritto è insufficiente e viene integrato da quello di matrice giurisprudenziale con il fine di salvaguardare beni giuridici costituzionalmente tutelati.⁶⁶

⁶⁶ Cfr. D. IACOBACCI, *Le nuove frontiere del giudicato penale*, cit., par. 6.

§ 1.4 - L'autorità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Vincoli per il legislatore e il giudice interno

1.4.1 - *Modus operandi* del giudice ordinario per la conformazione al sistema CEDU

Crescente è l'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretata dalla Corte di Strasburgo negli ordinamenti dei diversi Stati membri, ed in particolar modo nei sistemi penali nazionali. Come abbiamo visto, anche il sistema penale italiano ha subito numerosi ritocchi in conseguenza delle "bacchettate di Strasburgo"⁶⁷ e particolarmente significativi sono stati la modifica della disciplina della rimessione in termini per i condannati *in absentia*, l'introduzione di un rimedio *ad hoc* di revisione della *res iudicata* formatasi in esito ad un processo non equo e l'adeguamento delle regole interne in materia di valutazione delle prove dichiarative non ripetute in dibattimento e di riqualficazione giuridica del fatto contestato agli standard europei. Ad adempiere l'obbligazione di risultato di integrazione dei principi enunciati dalla CEDU possono provvedere diversi attori istituzionali: il legislatore, il giudice delle leggi o direttamente il giudice del caso concreto.⁶⁸ È piuttosto chiaro dall'analisi condotta sin'ora che al ruolo attivo della giurisprudenza europea e processo di "europeizzazione" del nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha risposto con un atteggiamento di contrasto a difesa della sovranità nazionale, benché sia stata essa stessa in un

⁶⁷ In questi termini, F. VIGANÒ, *Convenzione europea*, cit., p. 3.

⁶⁸ Sul punto cfr. A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p. 57.

primo momento a consentire l'ingresso della CEDU nel sistema delle fonti attraverso le 'sentenze gemelle' e poi a rafforzare tale orientamento con la sentenza n. 113/2011. Perché possa instaurarsi un dialogo tra i giudici di Strasburgo e la Corte costituzionale, che vada oltre questo rapporto conflittuale, sembrano essere necessarie alcune condizioni minime:

- il riconoscimento del ruolo della Corte europea come 'giudice ultimo' dei diritti fondamentali, nello spazio giuridico europeo;
- una lettura restrittiva dei 'controlimiti', principi supremi del nostro ordinamento;
- l'accettazione della CEDU come parte integrante del diritto che i giudici italiani sono chiamati ad interpretare e ad applicare.⁶⁹

Nonostante il contributo altalenante del giudice di legittimità, non bisogna dimenticare di sottolineare che è stata la giurisprudenza ordinaria, e non costituzionale, a recepire con entusiasmo il dettato e la prassi europea in materia di diritti fondamentali che in alcune pronunce è "passata dalle parole ai fatti". Insoddisfatti del bilanciamento operato dal legislatore e dalla Corte costituzionale, i giudici di merito hanno rivendicato il potere autonomo di applicare la norma convenzionale al posto di quella interna con essa ritenuta incompatibile.⁷⁰ La dottrina ha spesso affermato che dalla CEDU discendono in capo al giudice ordinario vincoli nella fase di applicazione delle leggi penali. Constatata la rilevanza di una

⁶⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Convenzione europea*, cit., p. 2 ss., l'autore sottolinea come le sentenze della Corte europea producano effetti rilevanti specie sugli ordinamenti penali nazionali e nelle scelte dei legislatori in materia penale. Una tale constatazione pone il dilemma di come affrontare questo processo di adeguamento.

⁷⁰ Cfr. A. COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., p.51 ss.

determinata norma convenzionale per la decisione del caso sottoposto alla sua cognizione, il giudice deve in primo luogo valutarne la diretta applicabilità, se del caso anche disapplicando la norma interna contrastante; in secondo luogo, in caso di impossibilità di diretta applicazione, deve procedere ad un'interpretazione della normativa interna conforme al diritto di Strasburgo, evitando conflitti con la norma convenzionale; *in extrema ratio*, se risulta un irrimediabile contrasto tra la disposizione interna e quella europea, può sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma nazionale per contrasto col 'parametro interposto' di cui all'art. 117 comma 1 Cost.⁷¹

Queste sono le tecniche elaborate dagli studiosi per orientare l'attività del giudice che deve seguire un "percorso obbligato" per assicurare il massimo standard di la tutela dei diritti umani fondamentali, anche in materia penale, volgendo lo sguardo oltre i confini nazionali.

1.4.2 - Approccio del legislatore nella fase di posizione delle norme penali interne in ossequio agli obblighi convenzionali

In merito ai vincoli a cui è soggetto il legislatore nazionale, imprescindibile è il richiamo al principio di *riserva di legge* sancito

⁷¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 86 ss., se dunque bisogna escludere un rilievo costituzionale delle disposizioni CEDU, è anche vero che in quanto norme dell'ordinamento italiano esse risultano essere immediatamente vincolanti per il giudice ordinario. Tale principio è stato ribadito in diverse pronunce dalla Cassazione (cfr. ad es. caso *Polo Castro*, caso *Medrano*). Il giudice interno, in particolare quello penale, è chiamato a compiere un bilanciamento tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice da applicare e la normativa convenzionale, con l'avvertenza che la CEDU e la giurisprudenza europea fissano standard minimi di tutela e lasciano gli Stati liberi di fornire livelli di tutela più elevati. Il fine di assicurare una protezione adeguata ad un

all'art. 25 comma 2 Cost. secondo cui il legislatore detiene il potere di legiferare, e quindi anche di individuare le condotte punibili penalmente e le relative sanzioni. Tale regola si è attenuata ad opera di fonti ed istituzioni sovranazionali, tra cui la CEDU, che impongono al legislatore interno una serie di obblighi ulteriori, rispetto a quelli già impliciti nella Costituzione, ed individuabili in tre distinte categorie:⁷²

- divieto di violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato mediante l'irrogazione della sanzione penale;
- divieto di incriminazione di condotte che costituiscono esercizio di diritti fondamentali;
- obblighi di criminalizzazione di condotte lesive dei diritti fondamentali.

La prima categoria fa esplicito riferimento alla *sanzione penale* poiché per sua natura questa incide sul godimento di quasi tutti i diritti garantiti dalla CEDU. Pensiamo al divieto assoluto di tortura e trattamenti inumani e degradanti sancito all'art. 3 CEDU. È interessante osservare come alcuni istituti vigenti nell'ordinamento nazionale o situazioni attuali quali ad esempio l'espulsione dello straniero, il regime penitenziario del 'carcere duro' ex art. 41 bis ord. pen., la pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, le condizioni detentive e il sovraffollamento carcerario, siano suscettibili di dare luogo a violazioni della convenzione europea. In circostanze di questo tipo i giudici di Strasburgo devono intervenire per salvaguardare la dignità umana e l'inviolabilità della libertà personale dell'individuo, posto che ogni limitazione di un diritto fondamentale non può essere mai arbitraria

diritto convenzionale non deve portare ad un'interpretazione forzata della normativa penale interna.

e deve essere prevista dalla legge e giustificata dalla necessità di bilanciarla con un controinteresse, laddove ciò sia ammissibile. Numerose infatti sono le pronunce di condanna, anche nei confronti del nostro Paese, in cui la Corte europea ha portato alla luce aspetti del fenomeno punitivo che possono celare una degradazione della dignità umana anche nella fase di esecuzione della pena.⁷²

La seconda tipologia di vincoli si riferisce al divieto di incriminare condotte che costituiscono esercizio di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU quali, ad esempio, la libertà di pensiero, la libertà di associazione, il diritto al matrimonio, ecc. Tali diritti trovano duplice tutela, sia a livello sovranazionale, con la Convenzione europea, che a livello nazionale, grazie all'ampio riconoscimento che essi ricevono dalla nostra Carta costituzionale. Inoltre tali diritti fondamentali rientrano tra quelli suscettibili di bilanciamento con i controinteressi di volta in volta coinvolti.

Infine, la Convenzione europea limita la discrezionalità del legislatore penale con particolare riguardo alla necessità di incriminare le condotte lesive di interessi garantiti dalla CEDU. Si tratta di veri e propri *obblighi sovranazionali di tutela penale*, enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo per la prima volta nel noto caso *X e Y c. Paesi Bassi* del 1985. Tali obblighi positivi “di intervento”, che rientrano nella terza categoria dei vincoli gravanti

⁷² *Ivi*, p. 46 ss.

⁷³ È opportuno accennare quanto si dirà inseguito a proposito del fatto che la giurisprudenza di Strasburgo ha stabilito che alcuni dei diritti sanciti dalla Convenzione, ed in particolare agli artt. 2, 3, 4 e 8, hanno natura inderogabile e pertanto non possono essere oggetto di bilanciamento, neanche nei casi previsti dall'art. 15 CEDU. Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 207; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 113 ss, le disposizioni CEDU possono influenzare il settore delle sanzioni penali, contribuendo a delinearne i tratti ideali. In merito all'esecuzione della pena, la Convenzione non detta regole precise, ma la Corte nelle sue pronunce ha più volte affermato che essa può dare luogo a violazioni della CEDU, soprattutto dell'art. 3.

sul legislatore interno, si affiancano a quelli negativi “di astensione”. Il quadro degli impegni che gli Stati firmatari hanno assunto con la ratifica della CEDU è ampio e merita un’approfondita trattazione.⁷⁴ Per ora ci limitiamo ad inserire l’obbligo di incriminazione nell’ambito dei cd. “*positive obligations*” discendenti dalla CEDU, che producono ricadute rilevanti sugli Stati membri. La pretesa che il legislatore nazionale si attivi per garantire il rispetto dei diritti e delle libertà convenzionali deriva da fonti normative esterne rispetto all’ordinamento che fanno sorgere *obblighi costituzionali di criminalizzazione* in virtù del meccanismo apprestato dall’art. 117 comma 1 Cost. secondo la lettura fornita dalle ‘sentenze gemelle’ del 2007.⁷⁵

Ad oggi l’impatto delle fonti sovranazionali sul diritto interno crea una palese difficoltà nell’allineare i diversi ordinamenti e soprattutto nell’adempiere gli obblighi convenzionali sia per il giudice che per il legislatore interno. Il primo non può forzare l’applicazione di norme incriminatrici interne, mediante una lettura ampliativa, al solo scopo di assicurare la tutela dei diritti fondamentali CEDU senza ledere il principio di legalità. Il secondo, che sembra essere l’unico a poter porre rimedio al *deficit* di protezione, fa fatica a nuotare nel mare del diritto sovranazionale a causa della ‘renitenza’ del Parlamento nazionale che, in forza del principio di riserva di legge, rivendica la propria competenza nelle

⁷⁴ Vedi *infra* 2.3.5

⁷⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, vol. IV, 2011, p. 2650, l’autore evidenzia la forza cogente riconosciuta all’insieme degli obblighi derivanti dal diritto dell’UE e da quello internazionale per il legislatore italiano che è tenuto a conformarsi nell’esercizio della sua potestà legislativa per non incorrere in violazioni e conseguenti responsabilità.

scelte di legislazione interna, ed in particolare circa i comportamenti da sanzionare penalmente.⁷⁶

È tempo di allargare gli orizzonti oltre i confini nazionali, nella consapevolezza che la tutela dei diritti umani fondamentali, anche in materia penale, ha rilevanza sovranazionale e per loro natura essi hanno dimensione universale.⁷⁷ In quest'ottica la Convenzione europea e la giurisprudenza di Strasburgo rappresentano la porta d'accesso principale per la ricerca del massimo standard di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali a cui tutti gli Stati devono, anche se con fatica, conformarsi.

⁷⁶ Sulla compatibilità degli obblighi di tutela penale dei diritti convenzionali con la riserva di legge sancita dalla Costituzione, cfr. *Ibidem*, cit., p. 2696 ss.

⁷⁷ Sulla questione dell'universalità dei diritti umani, cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 98; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., p. 552; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 307 ss.

CAPITOLO II

Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

§ 2.1 - Cornice storica: la tortura ieri e oggi

Quando si riflette sulla tortura si è animati dalla ferma convinzione che pratiche atroci e strazianti siano assenti nel XXI secolo e per di più in Stati, come quelli occidentali, promotori della democrazia. Eppure i numerosi rapporti delle organizzazioni non governative, tra cui Amnesty International e Human Rights Watch, documentano la presenza della tortura come un male ancora diffuso nel mondo. E a confermare questi dati i molteplici episodi di cui siamo messi a conoscenza quotidianamente dai *mass media*, che rappresentano solo la punta di un iceberg. Ciò che subito colpisce è che luoghi di massacri e supplizi non sono solo quei Paesi in cui regna un potere dittatoriale, non assoggettato a forme di controllo, che hanno fatto della tortura uno strumento pienamente legalizzato, ma anche sistemi “formalmente” democratici, in cui la protezione dei diritti umani fondamentali dovrebbe essere un valore ampiamente riconosciuto e consolidato. Se è vero che è difficile sbarazzarsi della pratica odiosa della tortura, è anche vero che essa assume un ruolo diverso a seconda del tempo e dello spazio, e questo rende doverosa e imprescindibile una disamina della sua genesi storica.

Indiscussa è la sua origine lontana, d'altra parte lo stesso vocabolo "tortura" da un punto di vista etimologico⁷⁸ indica il "torcimento", l'atto del piegare con la forza ed evoca i secoli di persecuzione contro le streghe e gli eretici da parte dei tribunali della Santa Inquisizione.⁷⁹ Lo scenario non cambia neanche qualche secolo dopo quando la pratica "dell'inflizione del male" continua ad essere giustificata e legalmente ammessa, pur mutando talvolta nelle forme di esecuzione. Lungimiranti sono le «poche ma succose paginette»⁸⁰ di Cesare Beccaria, il cui trattato, *Dei delitti e delle pene*, ebbe dirompente risonanza nel dibattito politico e culturale del tempo, lievitò nelle coscienze, mutò le istituzioni, fino a diventare patrimonio morale, inconscio ma irrinunciabile, dell'intera umanità.⁸¹ A lungo la tortura è stata utilizzata come *mezzo di prova* per estorcere confessioni all'imputato, o come vera e propria

⁷⁸ Cenni sul significato etimologico della parola tortura in S. BUZZELLI, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2013; L'etimologia è richiamata anche da M. PALMA, *La tortura è alla pagina web*, in *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, a cura di P. Gonnella e A. Marchesi, Sinnos, Roma, 2006, 16; A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2013, cit., p. 4.

⁷⁹ Cfr. M. L. VECA, *La tortura*, in www.decifircas.altervista.org, l'autrice evidenzia la "complessa funzione sociale" svolta dalla punizione, sotto il duplice profilo giuridico e politico, per l'ottenimento della verità e l'esclusione dal corpo sociale del reo. Proceede poi con una dettagliata analisi delle forme di tortura partendo da quelle utilizzate nell'ambito del processo dell'Inquisizione, ai fini della persecuzione religiosa, quali il rogo, l'impalamento, il dissanguamento ecc. fino alle forme odierne ancora operanti. Per un esame delle origini della tortura cfr. anche A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 171 ss.

⁸⁰ Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p.173.

⁸¹ Con queste parole Luigi Firpo documenta la forza e l'efficacia del messaggio di Beccaria e la grandezza della sua opera capace di spezzare la tradizione della tortura, delle esecuzioni indiscriminate e del carcere disumano. Egli afferma testualmente che «per essere l'opera di un libro solo è stata davvero una grande e generosa conquista», in *Dei delitti e delle pene*, a cura di Luigi Firpo, Livorno, 1764.

sanzione legale per punire in modo esemplare il reo.⁸² Beccaria ne evidenzia a chiare lettere l'uso indiscriminato, qualunque fosse il reato commesso, sulla base dell'idea che il *dolore è veicolo di verità*:

«quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile [...] l'inconveniente di questo presunto criterio di verità è assolvere i robusti scelerati, e condannare i deboli innocenti. [...] L'esito della tortura dunque è un affare di temperamento e di calcolo, che varia in ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità».⁸³

Un'usanza dunque disumana e del tutto inutile poiché pur di porre fine a quell'agonia colui che vi era sottoposto, anche se innocente, avrebbe mentito, addossandosi le colpe, poiché l'uomo, quando viene torturato, è ostaggio del proprio corpo.⁸⁴

⁸² Nella *Storia della colonna infame* del 1842 Manzoni narra del processo contro due presunti untori nella Milano afflitta dalla terribile peste del 1630 in cui supplizi atrocissimi furono usati per ottenere confessioni. Mentre della tortura come punizione si trova una descrizione ne *Il pozzo e il pendolo* di Edgar Allan Poe. Cenni sulla distinzione della tortura come strumento inquisitorio e come sanzione penale cfr. anche T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida al Diritto*, 2007, fasc. 4, p. 6.

⁸³ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Luigi Firpo, Livorno, 1764, egli individua un'altra conseguenza assurda della tortura poiché «l'innocente è posto in peggiori condizioni che il reo; il primo ha tutte le condizioni contrarie perché o confessa il delitto, ed è condannato, o è dichiarato innocente, ed ha sofferto una pena indebita [...] Dunque l'innocente non può che perdere e il colpevole può guadagnare».

⁸⁴ Sembra potersi affermare che l'oggettiva efficacia di questi mezzi appare fortemente dubbia, dato che varia a seconda della vittima e della sua forza di resistenza al dolore. Cfr. A. CASSESE, *Umano-Disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Roma - Bari, Laterza, 1994, cit., pp. 79-82, l'autore scrive che «anche le forme di tortura più atroci sono poco efficaci nei confronti di chi, pur essendo forse colpevole, è più forte, mentre possono spezzare chi è debole e fargli confessare anche colpe inesistenti».

Il principio medievale *veritatis indagatio per tormentum, seu per torturam*⁸⁵ illustra lo scopo sotteso alla tortura “classica” che poco si discosta da quello delle “moderne” forme. Se da un lato l’età dei lumi ha contribuito all’abolizione di queste pratiche disumane, rilegandole tra le condotte severamente vietate, almeno negli Stati più evoluti, dall’altro non le ha eliminate del tutto. In epoca moderna infatti la tortura è riemersa nella sua nuova dimensione “casalinga” adeguandosi nei modi e nei fini ai valori di democrazia e rispetto dei diritti fondamentali che permeano la società odierna. La diffusione nell’opinione pubblica della “cultura dei diritti umani” e la comparsa sulla scena internazionale del sommo bene della dignità umana ha portato a dichiarare la tortura disvalore a livello universale, che demolisce lo *status* di persona, degradandola a oggetto senza diritti e senza tutela,⁸⁶ ed è stata classificata dalla

⁸⁵ Cfr. P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura, e singolarmente sugli effetti che produsse all’occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribuì la pestilenza che devastò Milano l’anno 1630*, a cura di Claudio Paganelli, edizione elettronica del 26 novembre 1995, scaricabile al sito www.liberliber.it, cit., p.27 ss. L’illustre autore, rifacendosi ai principi tratteggiati da Beccaria, testualmente scrive: «Col nome di tortura non intendo una pena data a un reo per sentenza, ma bensì la pretesa ricerca della verità co’ tormenti [...] Ogni criminalista, per poco che abbia usato questo disgraziato metodo, mi assicurerà che non di rado accade, che de’ rei robusti e determinati soffrono i tormenti senza mai aprir bocca, decisi a morire di spasimo piuttosto che accusare se medesimi. In questi casi il tormento è inutile a scoprire la verità». E prosegue, con parole incisive, che se a volte i trattamenti inumani portano alla verità, altre volte producono menzogna: «Qual è il sentimento che nasce nell’uomo allorquando soffre un dolore? Il desiderio che il dolore cessi». Cfr. anche le parole di N. RODLEY, *The treatment of prisoners under International law*, (with Matt Pollard), 3rd edition, Oxford, 2009, cit., p. 8: «[T]orture has traditionally been a method of arriving at the ‘truth’, of determining responsibility for offences by means of eliciting confessions or other information [...]». L’autore prosegue ripercorrendo la storia della tortura a partire dalla Grecia e dall’Impero romano fino al XX secolo.

⁸⁶ Cfr. A. CASSESE, *Umano-Disumano*, cit., p. 72 ss. Nelle vesti di membro del Comitato europeo per la prevenzione della tortura ha rilevato, durante le ispezioni, forme diffuse ed “economiche” di tortura, poste in essere con mezzi apparentemente “innocenti”, ma non meno dolorosi (la *fàlaka*), fino a testimoniare l’esistenza in Paesi civilizzati di martiri simili a quelli del passato

dottrina come *delictum iuris gentium*, ossia come un crimine lesivo di valori condivisi da tutta la comunità internazionale.⁸⁷

Nell'indagare i motivi per cui in molti Paesi si compiono ancora tali barbarie l'elenco sembra essere piuttosto ricco e vanno ben oltre i costumi e la tradizione storica.⁸⁸ Nel periodo della guerra fredda venne elaborata una vera e propria scienza della tortura⁸⁹ che vanta la creazione della "tortura *no touch*" basata sul dolore non più fisico che genera resistenza, ma psicologico, che si è dimostrato essere più efficace rispetto alle tecniche tradizionali e più difficile da individuare poiché lascia una cicatrice solo nel profondo della psiche, oggi si può parlare di una tortura sofisticata, che non lascia traccia, ma è ugualmente subdola.⁹⁰ In un quadro siffatto, il rischio

(la sospensione palestinese, l'uso di elettroshock); T. PADOVANI, *Quel progetto di legge*, cit., p.6.

⁸⁷ Cfr. A. MARCHESI, *L'Italia e la protezione internazionale dei diritti umani. Un rapporto problematico*, in www.italianieuropei.it, 3/2008, con riferimento alla tortura come reato a cui è riservata giurisdizione universale.

⁸⁸ Cfr. A. CASSESE, *Umano-Disumano*, cit., p.76 ss., in alcuni di Paesi, come la Turchia, la violenza fisica è radicata nella cultura stessa della società; altri subiscono il retaggio di un passato storico fortemente autoritario. Incidono spesso la mancanza di un addestramento adeguato delle forze dell'ordine e la lotta contro fenomeni a forte impatto sociale quali il traffico degli stupefacenti, la criminalità organizzata, l'immigrazione e, soprattutto dopo dell'11 settembre 2001, il terrorismo. M. WELCH, *Fare l'impensabile. Genealogia della tortura moderna*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n° 3, pp. 41-64, gli psicologi "giustificano" il ricorso costante alla tortura nella stessa natura umana, caratterizzata dall'aggressività e dall'piacere di infliggere dolore. La CIA durante la guerra fredda condusse studi sul controllo della mente e sulla reazione umana alla deprivazione sensoriale causata dal dolore, al fine di tutelare la sicurezza nazionale dalla minaccia prima del comunismo e poi del terrorismo. A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., pp.16 - 18, l'autore sottolinea che spesso viene addotta come giustificazione del ricorso in *extrema ratio* alla coazione e alla violenza la *salus rei publicae*, benché sia noto, a livello internazionale pattizio e consuetudinario, il carattere inderogabile del divieto di tortura e che nessuna circostanza eccezionale possa essere invocata come scusante.

⁸⁹ Notevole il contributo dello psicologo Stanley Milgram i cui studi dimostrano che ogni persona è in grado di infliggere dolore fisico agli altri sottostando agli ordini impartiti da un'autorità.

⁹⁰ Sulla tortura *no touch* cfr. M. WELCH, *Fare l'impensabile*, cit., p. 43 ss. L'autore spiega che l'inflizione di forme di tortura psicologica come insulti, umiliazioni sessuali, massimizzano la forza distruttiva del dolore auto-inflitto

che si corre è lasciare impuniti i responsabili poiché, a parte l'emergere di alcuni episodi, molti altri restano avvolti nel silenzio e nell'indifferenza.⁹¹

Queste considerazioni fanno emergere il dato allarmante della presenza di un male pienamente operante, che non può più essere considerato appartenente solo al passato, e la cui condanna non può essere rilegata alle sole pagine illuminate di Beccaria.⁹² Siamo in presenza di una tortura che nasce dove muore la democrazia e costituisce una deviazione patologica anche in Paesi essenzialmente democratici.

che può realizzarsi con la costrizione, ad esempio, a stare in piedi con le braccia protese in avanti per ore. Altre forme di tortura che hanno solo un impatto psicologico sono descritte in A. CASSESE, *Umano-Disumano*, cit., p. 74: «aggreire verbalmente un arrestato, insultandolo e minacciando di arrestare e violentare un suo familiare; imporre ad un detenuto di guardare come un altro viene torturato, o fargliene ascoltare le urla e i lamenti»; ID., *I diritti umani oggi*, cit., pp. 176-177, i fattori storici che hanno concorso all'affermazione di questo nuovo ruolo della tortura sono il progresso tecnologico, la diffusione della forma di Stato autocratico orientato alla repressione del dissenso politico e ideologico e la creazione di uno Stato burocratico in cui i compiti e le responsabilità sono parcellizzate.

⁹¹ Cfr. G. LANZA, *Obblighi internazionali di incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Indice penale*, 2011, cit., p. 759.

⁹² Cfr. I. MARCHI, *Luci ed ombre nel nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?* in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014, cit., p. 3. A testimonianza della diffusione della tortura in epoca contemporanea i rapporti annuali di Amnesty International che denunciano l'esistenza di un fenomeno dinamico, per modi, luoghi e frequenza, e in crescita anno dopo anno. Il quadro che emerge, già subito dopo l'adozione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, nel primo rapporto sulla tortura di Amnesty International del 1973, documentava l'uso della pratica della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti in sessanta Stati. Il rapporto del 2008 vedeva già un incremento notevole di questo numero, ben 81 Paesi.

§ 2.2 - Quadro internazionale. Brevi cenni sulla Dichiarazione Universale del 1948 e la Convenzione ONU contro la tortura del 1984

La tragedia della Seconda Guerra Mondiale fece nascere tra gli Stati il comune sentimento di abolire la tortura e tutte quelle pratiche disumane e degradanti che miravano ad annientare la dignità dell'essere umano.⁹³ Le norme in materia di tortura costituiscono oggi la componente più sviluppata del diritto internazionale dei diritti umani e il relativo divieto è stato proclamato nei principali accordi internazionali, a livello globale e regionale, a tutela dei diritti dell'uomo. Lo strumento che ha sancito per la prima volta il riconoscimento dei diritti umani a livello internazionale è la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948,⁹⁴ il cui art. 5 recita: «No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment». Questo atto di natura politica costituisce una delle più importanti norme di *soft law* nell'intero panorama internazionale e ha il merito di aver avviato il processo di internazionalizzazione della tutela dell'individuo a livello mondiale. Nonostante la natura non vincolante della Dichiarazione, che si riflette sulla formulazione dei suoi articoli a mo' di principi, essa si propone di dar vita ad un "nuovo ordine internazionale" e costituisce punto di partenza e di riferimento da cui prendono le mosse le norme pattizie e

⁹³ Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, in www.diritto.it, 29 ottobre 2009, cit., p. 1.

⁹⁴ Con la risoluzione N. 217/3. Cfr. M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica*, cit., p. 11 ss., la Dichiarazione Universale del 1948 rappresenta il primo strumento giuridico internazionale di tutela della persona, una sorta di "magna charta" dei diritti e delle libertà fondamentali per tutti.

consuetudinarie sorte successivamente.⁹⁵ La molteplicità di Convenzioni con le quali è stato affrontato il tema della tortura, in maniera generica o specifica a seconda dei casi,⁹⁶ dimostra il rilievo che essa ha da tempo assunto a livello sovranazionale, a cui non sempre, come vedremo, corrisponde una presa di coscienza in ambito nazionale da parte degli Stati che le hanno ratificate.

La dottrina internazionalistica è concorde nel ritenere esistente una norma consuetudinaria in materia. Il divieto di tortura ha valore di *jus cogens*, ossia è un principio di diritto internazionale generale, che vale per tutti gli Stati della Comunità internazionale, indipendentemente da un'espressa previsione pattizia. La natura consuetudinaria ed imperativa di tale divieto è stata espressamente

⁹⁵ Cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, cit., pp.192 ss.; sulla definizione di norme di *soft law* cfr. p. 262 ss., cfr. M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica*, cit., p. 28 ss., la Dichiarazione è un atto eminentemente programmatico che negli anni ha acquistato efficacia giuridica diversa rispetto a quella del suo tenore letterale. Sull'impegno degli Stati contraenti a conformarsi alla Dichiarazione cfr. C. ZANGHÌ, *La protezione*, cit., p.24 ss., «il testo della Dichiarazione Universale ha essenzialmente lo scopo di formulare dei "principi" e non quello di promulgare norme giuridiche idonee ad una concreta applicazione». Cfr. A. MARCHESI, *L'Italia e la protezione internazionale dei diritti umani*, l'autore riflette sulla nascita del fenomeno della protezione dei diritti umani e la mancanza di una vera e propria presa di coscienza in materia a sessant'anni dall'approvazione della Dichiarazione universale del 1948; cfr. N. RODLEY, *The treatment of prisoners*, cit., p. 1.

⁹⁶ A titolo esemplificativo, la Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949, la Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, il Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984 col suo Protocollo addizionale del 2002, la Convenzione europea di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti del 1987, lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000. Per una enumerazione delle Carte dei diritti che sanciscono il divieto di tortura, internazionali e sovranazionali, di cui anche l'Italia è parte cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 4; C. HEILMAN, *Defining torture, and cruel, inhuman, and degrading treatment*, in *29 Law and Inequality*, 2011, cit., p. 347 ss.

riconosciuta sia dal Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia che dalla Corte europea dei diritti umani.⁹⁷

Lo strumento pattizio *ad hoc* interamente dedicato al problema della tortura è la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, disumane o degradanti del 1984 (detta anche Convenzione di New York o *Convention against torture*). Questo atto normativo a vocazione universale e vincolante per gli Stati che l'hanno ratificato è stato adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1984,⁹⁸ e dopo la ventesima ratifica, è entrato in vigore il

⁹⁷ Per la copiosa dottrina che sostiene l'esistenza di una norma generale di diritto internazionale, cfr. M. K. ADDO e N. GRIEF, 'Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights?' in *European Law Review*, 1998, vol. 9; A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto* (a cura di L. Zagato e S. Pinton), Cedam, Padova, 2010, cit., par.4; ID., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, vol. 76, cit., p.980; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale. Diritto sostanziale, I*, Bologna, 2005, cit., p.160; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p.5; ARAI-YOKOI, *Grading scale of degradation identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of human rights*, 2003, Vol. 21/3, cit., p.386; G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., p.746; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p.32; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p.220.

Sulla giurisprudenza in materia, cfr. caso *Filartiga c. Peña Irala*, Second District Court of Appeals degli Stati Uniti del 1980; caso *Prosecutor c. Furundzija*, Tribunale penale *ad hoc* per la ex-Jugoslavia del 1998. A livello europeo, Corte EDU, *Soering c. Italia*, sent. 7 luglio 1989, par. 88, la Corte europea afferma che nel divieto di tortura è individuabile una norma internazionalmente accettata; Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, sent. 21 novembre 2000.

⁹⁸ Al termine dei lavori preparatori e dopo un impegnativo negoziato la versione definitiva della Convenzione viene approvata per *consensus* con la risoluzione N. 34/46 dall'AG. Lo scopo di tale accordo sta nella necessità di "a more effective implementation of the existing prohibition under international and national law of the practice of torture". Cfr. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 4. In merito ai lavori preparatori durante i quali vi è stato un rinvio al dibattito che aveva preceduto la redazione dell'art. 5 della Dichiarazione Universale, cfr. F. TRIONE, *Divieto e crimine*, p. 29; G. CONSO e A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani: Nazioni Unite, Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, cit., p. 310; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani: tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 2005, cit., pp. 116 – 117. A titolo esemplificativo, la Convenzione di Ginevra relativa

27 giugno 1987. Per comprendere la portata della Convenzione in esame e degli impegni che da essa discendono occorre partire dalla definizione di tortura di cui all'art. 1, frutto della rielaborazione di quella racchiusa nella Dichiarazione contro la tortura del 1975, secondo cui: «Ai fini della presente Convenzione, il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o esercitare pressioni su di lei o di intimidire o esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949, la Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, il Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984 col suo Protocollo addizionale del 2002, la Convenzione europea di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti del 1987, lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000. Per una enumerazione delle Carte dei diritti che sanciscono il divieto di tortura, internazionali e sovranazionali, di cui anche l'Italia è parte cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 4; C. HEILMAN, *Defining torture*, cit., p. 353. Per un commento della Convenzione articolo per articolo cfr. J. H. BURGERS e H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp. 114 ss.

È evidente che la Convenzione contiene una definizione dettagliata⁹⁹ e allo stesso tempo *piuttosto rigida* del termine tortura tanto che, perché la Convenzione ONU possa ritenersi violata, è necessaria la contemporanea presenza di diversi elementi:¹⁰⁰

- arrecare acuti dolori o sofferenze alla vittima;
- l'intenzionalità della condotta;
- lo scopo di ottenere informazioni o confessioni, punire o intimorire.

Analizzando i *core elements* della tortura, il primo problema che si pone all'attenzione riguarda la *determinazione della condotta*. L'espressione «any act by which severe pain or suffering is intentionally inflicted» è ampia e, stando al dato letterale, sembrerebbe escludere le condotte omissive, lasciando fuori quelle note forme di tortura come ad esempio la privazione di acqua e di cibo.¹⁰¹ In realtà la dottrina è concorde nel ritenere che anche «il non agire può infliggere la stessa sofferenza fisica o mentale», pertanto deve ritenersi inclusa ogni condotta, attiva o passiva, che

⁹⁹ Passo importante per evitare che gli Stati aguzzini, come definiti da A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, capitolo 10, al fine di giustificare condotte disumane, possano nascondersi dietro una norma ambigua che lascia margini di discrezionalità interpretativi.

¹⁰⁰ Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 7; A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, cit., p. 13, l'autrice nell'analisi della Convenzione contro la tortura si sofferma in prima battuta sulla definizione del crimine di tortura e sugli elementi costitutivi. Cfr. anche N. S. RODLEY, *The definition(s) of torture in International Law*, in www.corteidh.or.cr/tablas/R08113.pdf, cit., p. 2. Il presente articolo è stato pubblicato in *Current legal problems (Oxford University press)*, 2002, vol. 55, pp. 467 – 493. L'autore, per la comprensione della nozione di tortura, individua «three key pillars: the relative intensity of pain or suffering inflicted; the purposive element: obtaining information, confession etc.; the status of perpetrator».

¹⁰¹ Corte EDU, *caso Greco*, sent. 5 novembre 1969. La Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *Danimarca, Norvegia, Svezia e Olanda c. Grecia* ha affermato che la privazione di beni primari, quali acqua e cibo, deve essere considerato un vero e proprio atto di tortura.

presenta le caratteristiche della tortura.¹⁰² Aspetto essenziale della condotta è *l'intensità del dolore e delle sofferenze* inflitte alla vittima. La tortura contemporanea mira, sia attraverso l'uso di mezzi arcaici che di metodi più 'avanzati', a colpire prevalentemente l'integrità psichica e morale della persona. E se la sofferenza è elemento imprescindibile della fattispecie, non si può dire lo stesso del dolore la cui percezione può essere notevolmente ridotta attraverso quelle moderne tecniche di controllo della mente che annientano la forza di volontà dell'uomo.¹⁰³ Stabilire la *gravità* del dolore o della sofferenza pone notevoli problemi poiché è difficile fissare *a priori* una soglia che distingua le acute sofferenze da quelle più leggere, a prescindere dal contesto storico-politico e dalle condizioni soggettive.¹⁰⁴ Altro elemento rilevante è *l'intenzionalità della condotta*, che tutela gli Stati dall'essere condannati per la violazione di obblighi internazionali a causa di una condotta meramente negligente.¹⁰⁵ Inoltre l'inflizione intenzionale di dolore e sofferenze deve essere accompagnata da

¹⁰² Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 7; M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, cit., p. 304.

¹⁰³ Cfr. M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 304 - 305. Riflette sulla necessità di non definire la tortura solo in termini di dolore, sarebbe più opportuno attribuire rilievo alla nozione più ampia di attentato all'integrità psicofisica dell'individuo alla luce dei moderni sviluppi delle forme di tortura che hanno per oggetto non solo il corpo ma anche l'integrità e la dignità della persona. La Convenzione ONU mantiene un atteggiamento conservativo e non segue questo percorso, in contrasto con quello della Convenzione Interamericana per la prevenzione e la punizione della tortura.

¹⁰⁴ Sulla questione della misura di sofferenza richiesta perché possa essere integrata la fattispecie della tortura cfr. A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., p. 987; dello stesso autore cfr. *La proibizione della tortura*, cit., par. 6.

¹⁰⁵ Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 8. È chiaro che gli Stati che non adempiono ai loro doveri saranno considerati ugualmente responsabili, ma la presenza dell'intenzione andrà valutata caso per caso. L'autore precisa che laddove venga riscontrata la presenza dell'intenzione si è di fronte ad una

uno *scopo* ben preciso: al fine segnatamente di ottenere informazioni o una confessione, intimidire o punire o «for any reason based on discrimination of any kind». Il fine permette di distinguere in maniera univoca la tortura, che mira a distruggere l'identità e la dignità della vittima, dagli altri trattamenti inumani e degradanti.¹⁰⁶ Siamo in presenza di una lista esemplificativa e solo scopi ricollegabili a quelli espressamente previsti saranno idonei a comportare una violazione della CAT.¹⁰⁷ Uno degli aspetti più controversi della nozione di tortura è l'*identità del perpetrator*, la Convenzione di New York usa un'espressione che manifesta la chiara intenzione di punire l'uso sistematico della tortura da parte dei governi come mezzo per eliminare il dissenso politico, ma riferendosi solo ad agenti e incaricati dello Stato, presenta il limite di escludere tutte quelle condotte spietate poste in essere da

pratica di tortura, in caso contrario si può parlare solo di trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

¹⁰⁶ *Ibidem*. Cfr. anche M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 305, sul requisito teleologico l'autore afferma che «it appears to be inadequate, first of all because it omits basic subconscious motivations of torture [...] The Convention only deals with conscious purposes. Since their number is almost unlimited any attempted list is bound to be incomplete [...] Inevitably, their list of purposes is too narrow». Sul fattore dello scopo cfr. anche le riflessioni di N. S. RODLEY, *The definition(s) of torture*, cit., p. 17 ss.

¹⁰⁷ Cfr. A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., p. 989; ID., *La proibizione della tortura*, cit., par. 6. A lungo si è discusso sull'inadeguatezza di questa elencazione, poiché alto era il rischio che venisse ritenuta tassativa, comportando l'esclusione di forme di tortura "privata" (inflitta per fini che nulla hanno a che vedere con gli interessi dell'apparato statale), della tortura "gratuita" (che ha come unico fine quello di cagionare sofferenze alla vittima), del dolore inflitto per effettuare esperimenti scientifici senza il consenso della vittima, e di quell'infinita gamma di torture commesse per gelosia, vendetta o altri motivi personali. Cfr. anche J. H. BURGERS e H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 118 - 119. Cfr. anche C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 9, anche se lo scopo costituisce un elemento oggettivo della nozione di tortura, esso non sempre è di facile individuazione: problematica è l'individuazione dell'intenzione in colui che agisce. L'autore rileva che probabilmente se si fosse lasciata la lista dei motivi aperta, più efficace sarebbe stata la prevenzione e la criminalizzazione delle pratiche di tortura.

soggetti privati.¹⁰⁸ In dottrina è ormai consolidata l'opinione secondo cui i trattati internazionali sulla tutela dei diritti umani hanno un ambito di applicazione "orizzontale", pertanto per condurre lo Stato "sul banco degli imputati" non è necessario che il soggetto attivo sia un agente dello Stato, potendo trattarsi anche di privati. Meritevole di attenzione è la controversa clausola relativa alle "*lawful sanctions*" secondo cui le pene e le sofferenze che derivano dall'inflizione di "sanzioni legali" non possono rientrare nella nozione di tortura ai sensi della Convenzione.¹⁰⁹ Tale principio trova la sua ragione sostanziale nel fatto che anche le sanzioni previste dalla legge penale di uno Stato comportano per definizione una qualche forma di sofferenza, con il pericolo che uno Stato possa essere condannato per il normale funzionamento del suo ordinamento giudiziario.¹¹⁰ L'art. 1 non precisa il concetto di "sanzioni legittime", con la conseguenza che risulta impossibile

¹⁰⁸ Testualmente «by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity». Cfr. M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 306; C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 9; A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 6.

¹⁰⁹ Cfr. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 6, l'autore precisa che l'esclusione delle sanzioni legittime finisce col dare vita ad una nozione internazionale di tortura a contenuto non unitario, ma variabile da Stato parte a Stato parte, giacché ogni Paese è libero di adottare pratiche sanzionatorie differenti. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 179; cfr. anche A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., pp. 33 - 34, l'autore traccia le due differenti letture del concetto di "sanzioni lecite": una che fa riferimento a quelle previste dal diritto penale nazionale; e un'altra che rinvia a quelle ammesse dal diritto internazionale. Prosegue delineando la distinzione tra pena e tortura.

¹¹⁰ Questo non vuol dire cieca accettazione delle norme penali degli Stati parte, dato che pene considerate legali e ammissibili in alcuni Stati, ad es. quelli islamici, come la fustigazione, la lapidazione, la mutilazione di un arto, sono evidentemente contrarie alla Convenzione. Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 10; M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 307 - 308, l'art.1 par.2 della Convenzione dovrebbe essere letto alla luce dello scopo perseguito dal trattato e contenuto nel preambolo, «to make more effective the struggle against torture», condannando tutte le forme di trattamenti disumani anche quando sono usate come sanzioni. Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 180.

individuare regole di condotta comuni nei diversi Paesi, e pene legittime in uno Stato possono essere considerate illegittime in un altro.¹¹¹ Occorre precisare che dalla clausola di apertura dell'art. 1 si desume che la definizione di tortura sia formalmente applicabile solo "ai fini della presente Convenzione", in realtà essa si è imposta come punto di riferimento che trascende lo strumento di cui è parte.¹¹² La Convenzione del 1984 non si limita a stabilire un divieto di tortura, ma fa riferimento all'art. 16 anche ad «altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura come definiti dall'art. 1», senza definirli.¹¹³ A colmare la lacuna, almeno in parte, è il Comitato contro la tortura che, attraverso i *General Comments*, svolge un'attività interpretativa che contribuisce a definire la portata delle norme convenzionali.¹¹⁴ Proprio il Comitato ha riconosciuto che «the definitional threshold between ill-treatment and torture is often not clear».¹¹⁵ Opinione comunemente accettata è quella che

¹¹¹ Per superare questo problema si potrebbe chiamare in causa l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, secondo cui uno Stato non può invocare, a giustificazione della violazione di un trattato di cui è parte, l'ordinamento giuridico nazionale. Sulla contrapposizione tra sanzioni nazionali e impegni internazionali, cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 12.

¹¹² Cfr. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 6. Nella nota 19, l'autore afferma che il carattere "extra-convenzionale" della definizione di cui all'art. 1 è stato avallato anche dal Tribunale per la ex-Iugoslavia nel caso *Furundzija*. Inoltre il secondo paragrafo dell'art. 1 chiarisce che gli Stati firmatari possono, nell'adempire gli obblighi di criminalizzazione derivanti dalla Convenzione, adottare standard di tutela più elevati. Cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 13.

¹¹³ Cfr. M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 309; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 179; in merito agli obblighi di penalizzazione anche di altre pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti, cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 14.

¹¹⁴ Cfr. Cfr. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 6; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 180; A. SACCUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 118.

¹¹⁵ Committee against Torture, *General Comment No.2*, UN doc. CAT/C/GC/2, 24 January 2008, par. 3.

individua nell'intensità delle sofferenze e nella presenza di uno scopo determinato gli elementi che permettono di distinguere i vari *mistreatments* per i quali sono previsti diversi gradi di protezione.¹¹⁶ Il nucleo essenziale della Convenzione contro la tortura risiede nel combinato disposto degli artt. 1 e 4 che impongono di prevedere che gli atti di tortura siano «offences» ai sensi del diritto penale nazionale e che siano «punishable by appropriate penalties» che tengano in considerazione la gravità della condotta.¹¹⁷ Sulla necessità di introdurre negli ordinamenti giuridici interni una fattispecie *ad hoc*, diversi sono gli orientamenti che si sono sviluppati.¹¹⁸ Con particolare riferimento all'ordinamento italiano, ratificare e dare esecuzione ad un trattato non basta per adattare l'ordinamento giuridico interno a norme internazionali. È necessaria l'introduzione di disposizioni legislative interne,

¹¹⁶ I trattamenti di cui all'art. 16 sono tutelati solo attraverso l'applicazione dei principi sanciti agli artt. 10, 11, 12 e 13 della Convenzione, a cui la norma stessa fa riferimento. Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 6; M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., pp. 309 – 311, l'autore rinvia al *Greek case* e al *Northern Ireland case* in merito ai primi tentativi a livello internazionale di distinguere la tortura dagli altri trattamenti inumani e afferma che «It would rest upon the Committee Against Torture to gradually build an equitable doctrine of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment»; A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 14.

¹¹⁷ Dalla Convenzione discendono in capo agli Stati firmatari una serie di obblighi sia di fare e di non fare. Sul punto cfr. A. MARCHESI, *L'Italia e la protezione*, cit., p. 2. Sulla lettura combinata degli artt. 1 e 4, cfr. C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura*, cit., p. 562; T. PADOVANI, *Quel progetto di legge*, cit., p. 6. Si tratta dell'obbligo di criminalizzazione della tortura, anche in forma tentata e nelle varie ipotesi di *partecipazione e complicità*, che ha sollevato un vivace dibattito dottrinale.

¹¹⁸ Una corrente interpretativa ritiene che le norme sul divieto di tortura siano *self-executing* e, dato che quest'ultima è definita dalla CAT in maniera sufficientemente dettagliata, risulterebbe superflua la formulazione di una fattispecie determinata. Sul punto, cfr. P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p.1186; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, vol. 82, cit., p. 465 ss. In senso contrario, cfr. J. H. BURGERS e H. DANIELIUS, *The United Nations*, pp. 129 – 130, gli autori sono fautori della tesi secondo cui «[t]he requirement that torture shall be a criminal

soprattutto se si tratta della materia penale, poiché il principio costituzionale di legalità impone che a legiferare su un nuovo reato, nel caso di specie quello di tortura, sia l'organo legislativo interno, non essendo sufficiente l'ordine di esecuzione contenuto nella L. 498/1988 di ratifica della Convenzione.¹¹⁹ Ai fini di un'efficace repressione della tortura, non è sufficiente "coprire" la fattispecie di cui all'art. 1 con figure generiche di reato, ma è necessaria l'emanazione di un reato specifico e la fissazione di pene adeguate, secondo il criterio della proporzione che individua un minimo edittale, al di sotto del quale la sanzione penale non produce un effetto deterrente.¹²⁰

Ripercorrendo brevemente le altre disposizioni della Convenzione, l'art. 2 impone un'azione legislativa, amministrativa e giudiziaria agli Stati parte, per impedire che atti di tortura siano commessi in territori assoggettati alla loro giurisdizione, e ribadisce a chiare lettere il carattere inderogabile del divieto che non tollera eccezioni.¹²¹ L'art. 3 enuncia per la prima volta il principio di *non*

offence under domestic law does not mean that there must be a specific, separate offence [...].».

¹¹⁹ Cfr. P. PALERMO, *Tortura e trattamenti*, cit., p. 1186; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 5. Committee against Torture, *Initial reports of States parties*, par. 32 – 33, ha rifiutato l'approccio dell'"applicazione diretta," affermando che l'art. 4, che impone gli obblighi di incriminazione, non è «directly applicable». Sull'introduzione di una «distinct offence of torture in domestic law», cfr. 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*, 6 (2008), cit., p. 196.

¹²⁰ Cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p.14. Sulla necessità di un reato specifico di tortura e l'errato "obbligo di copertura" cfr. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia*, cit., p.470; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura*, cit., p.563.

¹²¹ Inderogabilità sussistente anche in circostanze straordinarie quali lo stato o la minaccia di guerra, situazioni di instabilità politica interna o in qualsiasi altro stato di emergenza pubblica. Cfr. M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 311; A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 14; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura*, cit., p. 556, l'autore ricorda come alto sia il rischio di violazione della Convenzione a causa del particolare stato di emergenza dovuto alla lotta contro il terrorismo internazionale.

*refoulement*¹²² che rappresenta un limite al potere degli Stati.¹²³ Da un punto di vista strettamente processuale, gli artt. 5, 7 par. 1 e 8 tratteggiano un sistema di “*giurisdizione universale*”¹²⁴ che rappresenta una regola eccezionale per i sistemi penali nazionali che sono tradizionalmente basati sul principio della giurisdizione territoriale.¹²⁵ A questi seguono altri vincoli (contenuti negli artt. 10 – 15),¹²⁶ mentre la seconda parte della Convenzione (artt. 17 – 24) è dedicata al Comitato contro la tortura.¹²⁷

¹²² L'obbligo di prevenzione si estende anche alle cd. “*violazioni indirette*” compiute non *manu propria* da agenti dello Stato sul territorio nazionale, ma in uno Stato terzo da soggetti terzi in conseguenza di un provvedimento di espulsione, estradizione o respingimento. Il principio in questione vieta di espellere, respingere o estradare un individuo verso uno Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che possa essere sottoposto a tortura.

¹²³ Cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 16, l'autrice chiarisce che, nel decidere se procedere ad espulsione, estradizione o respingimento, le autorità competenti dovranno tenere in considerazione l'eventuale esistenza nello Stato interessato di violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani. Sul principio di *non refoulement*, cfr. C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura*, cit., p.560.

¹²⁴ Per uno studio approfondito del concetto di “*universal jurisdiction*” cfr. CEDRIC RYNGAERT, *Universal criminal jurisdiction over torture: a state of affairs after 20 years UN Torture Convention*, in *Netherlands Quarterly of human rights*, 2005, Vol. 23/4, pp. 571 – 611.

¹²⁵ Cfr. M. E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 313 – 314; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 179 vede nel criterio della universalità della giurisdizione come un passo avanti gigantesco rispetto ai vecchi criteri della territorialità e della nazionalità della vittima o del reo. Cfr. anche A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 14 – 15; A. MARCHESI, *L'Italia e la protezione*, cit., p. 3. Gli Stati sono chiamati ad esercitare la propria giurisdizione penale in relazione a fatti commessi da o contro un proprio cittadino, o sul proprio territorio.

¹²⁶ Per un'analisi dettagliata delle disposizioni della Convenzione, degli ulteriori obblighi che ne derivano, cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, pp. 13 – 18; M. E. TARDU, *The United Nations*, pp. 311 – 315; cfr anche C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 4.

¹²⁷ Si tratta di un *treaty-body* composto da dieci esperti nel campo dei diritti umani ed istituito per verificare il rispetto da parte degli Stati firmatari degli obblighi assunti attraverso la ratifica della Convenzione. Per un esame delle funzioni del Comitato contro la tortura cfr. A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999, pp. 252 ss; cfr. anche M. E. TARDU, *The United Nations*, p. 315 ss. Sul dibattito per l'istituzione di un organo *ad hoc* con forti prerogative cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 4. Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 180, sistema di controllo “*opzionale*”, nel senso che solo lo Stato che ratifica il trattato e

§ 2.3 - La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il suo divieto di tortura ex art. 3

Il processo di internazionalizzazione dei diritti umani si è sviluppato anche a livello regionale e ha trovato terreno fertile nel continente europeo. Qui è stata elaborata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel 1950 che pure sancisce un divieto di tortura assai rigoroso.¹²⁸ I redattori della Convenzione di Roma si sono chiaramente ispirati alla Dichiarazione Universale del 1948, richiamata nel preambolo,¹²⁹ per ampliarne le garanzie e trasformare i diritti della persona in obblighi vincolanti per gli Stati.

La norma che affronta il tema della tortura è l'art. 3 il quale afferma: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti disumani o degradanti». La formulazione estremamente concisa¹³⁰ non deve ingannare sull'importanza della materia anche in ambito europeo. Al dato letterale è necessario accostare la ricca giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha permesso, con il suo ruolo creativo, di ampliare la portata delle

dichiara espressamente di accettare i controlli si sottopone all'attività di questo organismo.

¹²⁸ Cfr. A. SACCUCCI, *Profili di tutela*, cit., p. 135 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 181; C. HEILMAN, *Defining torture*, cit., p. 357. Sul Consiglio d'Europa e il sistema CEDU di protezione dei diritti dell'uomo, cfr. capitolo I del presente scritto.

¹²⁹ Cfr. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea*, cit., pp. 282 – 283.

¹³⁰ Cfr. A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale (parte I)*, in *La Comunità Internazionale*, fasc. 2/2005, cit., p. 269; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 222, «la secca formulazione dell'art 3 ha reso possibile un'ampia interpretazione della sua portata e del suo contenuto da parte della giurisprudenza convenzionale [...] ed è nell'applicazione di questa disposizione che è stata elaborata la tecnica di protezione cd. *par ricochet*, che consente di valutare la conformità della Convenzione anche di istituti o pratiche che non rientravano direttamente nel suo campo di applicazione». Sul divieto di tortura, cfr. C. ZANGHÌ, *La protezione*, cit., p. 257 ss.

disposizioni convenzionali. Da una prima lettura emerge un dato fondamentale: il carattere inderogabile del divieto¹³¹ che è sancito in *absolute terms* e non è suscettibile di deroga né in caso di guerra o di pericolo pubblico per la nazione, né per esigenze di tutela della collettività, ai sensi dell'art. 15 par. 2 CEDU.¹³² L'art. 3, insieme agli artt. 2, 4 par.1, 7 e 1 del Protocollo n. 6, fa parte del “nocciolo duro” della Convenzione e non può essere oggetto di bilanciamento, neppure in presenza di gravi emergenze.¹³³ La stessa Corte di Strasburgo, in numerose pronunce, ha riconosciuto la natura assoluta dell'art. 3 affermando che rappresenta: “one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe”.¹³⁴

¹³¹ Sull'inderogabilità del divieto, cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 3; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 64; M. K. ADDO e N. GRIEF, *Does article 3*, cit., p. 513, la lettura combinata degli artt. 3 e 15(2) suggerisce la volontà degli autori di intendere il diritto prescritto all'art. 3 «to be superior». Cfr anche A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., p. 270; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., p. 221, il carattere intangibile di tale di diritto si evince dall'art. 15 CEDU, dai lavori preparatori e dalla giurisprudenza degli organi di tutela della Convenzione.

¹³² Sulle clausole limitative e la clausola di deroga, cfr. M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea*, cit., p. 286 – 287. Cfr. Anche ARAI – YOKOI, *Grading scale of degradation*, cit., p. 386, afferma che una violazione dei diritti tutelati dall'art. 3 costituiscono «an assault not only on the dignity of an individual person but also on the public order of Europe»; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 299 ss., l'autore precisa che mentre il primo comma dell'art. 15 CEDU prevede una clausola di deroga a carattere generale (cioè valida per tutti i diritti, il secondo comma individua i diritti inderogabili.

¹³³ Per l'espressione “nocciolo duro”, cfr. A. COLELLA, *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 *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1813 – 1814; ID., cfr. La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU), in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2011, cit., p. 221; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 299; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p. 31, il divieto di tortura appartiene alla categoria dei cd. “principi inderogabili”.

¹³⁴ A titolo esemplificativo, Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, sent. 7 luglio 1989, par. 88; Corte EDU, *Labita c. Italia*, sent. 6 aprile 2000, par. 119; Corte EDU, *Tomasi c. Francia*, sent. 27 agosto 1992, par. 115. Cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 5; UĞUR ERDAL e HASAN BAKIRCI, *Article 3 of the European Convention on human rights: a practitioner's handbook. The absolute*

2.3.1 - Le condotte vietate

La disposizione in esame identifica diverse condotte vietate e pone accanto alla tortura vera e propria altre due categorie di *misbehaviours*: le pene o i trattamenti disumani e le pene o i trattamenti degradanti, senza precisarne la portata applicativa. L'elaborazione dottrinale e la giurisprudenza della Corte hanno tentato di distinguere tali comportamenti:¹³⁵ all'apice di una piramide ideale si colloca la «tortura» che si caratterizza per la rilevante gravità delle sofferenze, poiché integra una forma aggravata di trattamento inumano, l'intenzionalità da parte del soggetto attivo e lo scopo specifico perseguito; a livello intermedio troviamo la pena/trattamento «inumano» che provoca una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità e non deve essere necessariamente sorretta dall'intenzione degli autori della stessa; ed infine la base è occupata dalla pena/trattamento «degradante» in cui sono messi a fuoco elementi di natura emotiva, quindi si tratta di condotte che generano nella vittima sentimenti di paura, angoscia, inferiorità e umiliazione. Tale distinzione ha una rilevanza pratica da cui derivano conseguenze non trascurabili, tra cui: il diverso impatto della sentenza di condanna sulla reputazione dello Stato convenuto; la differente quantificazione della somma dovuta a titolo di equa riparazione ex art. 41 CEDU; l'uso delle prove ottenute per mezzo della condotta vietata (negato per le ipotesi di tortura, come sancito nella sentenza *Gäfgen c. Germania*, e

nature of the prohibition and the inherent obligations of article 3, OMCT handbook series vol. I, 2006, p. 214.

¹³⁵ Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 348, l'autrice illustra il criterio della *progressione discendente* della gravità delle condotte.

ammesso negli altri casi).¹³⁶ I giudici di Strasburgo hanno fornito un contributo fondamentale nel tracciare una linea di confine tra i diversi maltrattamenti. Una discussione approfondita sulla questione si è avuta in occasione del noto caso *Irlanda c. Regno Unito*. Nel 1976 la Commissione europea concluse che le «cinque tecniche di aiuto all'interrogatorio»,¹³⁷ che le autorità britanniche utilizzavano nell'Irlanda del Nord, costituivano forme di tortura. In seguito, nel 1978, la Corte europea rettificò il proprio orientamento affermando che tali pratiche costituivano un trattamento inumano e degradante, ma non tortura perché non causavano quelle sofferenze di intensità e crudeltà che il termine di tortura implica.¹³⁸ La questione sulla misura del dolore è sorta anche con riferimento al cosiddetto "*Greek case*"¹³⁹ del 1969 in cui la Commissione europea, chiamata a pronunciarsi se la pratica della *fàlaka* costituiva una violazione dell'art. 3 CEDU, ha deciso di dividere il concetto di

¹³⁶ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 206; ARAI – YOKOI, *Grading scale*, cit., pp. 388 – 390; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 55; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 181; C. ZANGHÌ, *La protezione*, cit., pp. 258 – 259; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 224.

¹³⁷ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, sent. 10 gennaio 1978, par. 167. Le cinque tecniche consistevano in: «wall - standing position, hooding, subjection to noise, deprivation of sleep, food and drink». Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., pp. 228 – 229. In merito al contenuto dell'art. 3 cfr. anche F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 33 – 34, i lavori preparatori alla Convenzione testimoniano la volontà dei redattori di evitare ogni forma di tipizzazione delle condotte vietate, ritenuta utopistica. Il legislatore europeo a preferito demandare ai giudici di Strasburgo il compito di estrarre dalla prassi i caratteri distintivi dei diversi trattamenti.

¹³⁸ Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 182, l'autore ripercorre brevemente il ragionamento della Corte per arrivare alla condanna della Regno Unito; C. HEILMAN, *Defining torture*, cit., p. 375.

¹³⁹ Corte EDU, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Olanda c. Grecia (caso Greco)*, sent. 5 novembre 1969. Cfr. DEBRA LONG, *Guide to jurisprudence on torture and ill-treatment. Article 3 of the European Convention for the protection of human rights*, Ginevra, 2002, cit., p. 11, il caso Greco e il caso Irlanda c. Regno Unito rappresentano due leading case in cui la Commissione e la Corte europea hanno sviluppato «distinct definitions» per i tre atti proibiti, p. 27 per la definizione delle condotte; cfr. anche M. K. ADDO e N. GRIEF, *Does article 3*, cit., p. 511; C. HEILMAN, *Defining torture*, cit., p. 374.

tortura, complessivamente inteso, in diverse componenti: la tortura, i trattamenti inumani e i trattamenti degradanti.¹⁴⁰ Da questa scomposizione deriva che, anche condotte non propriamente inquadrabili nella tortura e che assumono forme meno macroscopiche possono essere condannate in quanto lesive dei diritti umani.

2.3.2 - La soglia minima di gravità

La gravità della condotta subita dal ricorrente viene valutata dai giudici di Strasburgo sotto un duplice profilo: come *limite esterno* in base al quale il raggiungimento di una soglia minima di gravità è necessaria perché l'atto risulti vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU; come *limite interno* che permette di classificare i diversi comportamenti vietati. È chiaro quindi che l'individuazione delle condotte incluse nell'art. 3 è strettamente connessa alla ricerca del "*minimum level of severity*",¹⁴¹ vero nodo interpretativo, il cui superamento è necessario perché i maltrattamenti possano qualificarsi come violazioni della Convenzione. Secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte «non tutte le condotte

¹⁴⁰ Cfr. N. S. RODLEY, *The definition(s) of torture*, cit., p.5. La Commissione ritiene che «Inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which in the particular situation is unjustifiable; torture is '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; degrading treatment is a component of torture which grossly humiliates a person or drives him to act against his will or conscience».

¹⁴¹ Cfr. ARAI-YOKOI, *Grading scale*, cit., p. 386; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 223; DEBRA LONG, *Guide to jurisprudence*, cit., p. 26. Sul criterio della soglia minima di gravità usato per stabilire quando una condotta rientri tra quelle vietate e per distinguere la tortura dagli altri trattamenti, cfr. anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., pp. 229-230; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p. 35 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione*, cit., p. 258.

lesive dell'integrità fisica costituiscono violazioni dell'art. 3». ¹⁴²
L'intensità della sofferenza inflitta rappresenta criterio classificatorio, peraltro piuttosto problematico dato che non è possibile stabilire in maniera univoca un livello minimo di sofferenza poiché esso dipende da diverse circostanze, sia oggettive (la durata e le modalità del trattamento) che soggettive (il sesso, l'età, lo stato di salute psico-fisica della vittima). ¹⁴³

Questo "sforzo classificatorio", basato su un criterio dal carattere relativo, risulta vano se consideriamo la Convenzione un "*living instrument*" che si aggiorna costantemente in base ai mutamenti sociali e culturali. La Corte affronta il problema sulla "soglia" della tortura nel caso *Selmouni c. Francia*, in cui sottolinea il carattere relativo della gravità del dolore o della sofferenza, affermando che: «gli standard sempre più elevati richiesti nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali comportano una maggiore fermezza nel valutare la gravità delle violazioni [...] certe condotte classificate in passato come "trattamenti inumani e degradanti", potranno essere qualificate in modo diverso in futuro». ¹⁴⁴ In concreto, si tratta di comportamenti che devono

¹⁴² Cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1818 - 1819; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 56. Per le decisioni in cui la Corte si è pronunciata in materia di "livello minimo di gravità", in via esemplificativa, cfr. *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 100; *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 162; *Labita c. Italia*, cit., par. 120; *A. c. Regno Unito*, cit., par. 20.

¹⁴³ Cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., pp. 3 e 7; N. S. RODLEY, *The definition(s) of torture*, cit., p. 6; A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 6 - 7; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1819, per attestare il superamento della soglia è richiesta una valutazione caso per caso.

¹⁴⁴ Corte EDU, *Selmouni c. Francia*, sent. 28 luglio 1999, par. 101. Sull'orientamento inaugurato dalla Corte con la sentenza *Selmouni*, cfr. C. DANISI, *Divieto e definizione*, cit., p. 8; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., pp. 187 - 188. Sulla flessibilità delle nozioni di tortura e trattamenti inumani e degradanti, cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 351, l'autrice evidenzia che nel tempo la Corte tende ad assumere un atteggiamento sempre più rigoroso nel richiedere il ripetto dei diritti dell'uomo; A. COLELLA, *C'è un*

oltrepassare la soglia di sofferenza consentita dalla sanzione penale e che assumono carattere “flessibile” alla luce dell’interpretazione evolutiva.¹⁴⁵

2.3.3 - Lo standard probatorio richiesto dai giudici europei

La giurisprudenza di Strasburgo ha avuto un ruolo di notevole rilievo anche nel delineare i criteri per la ripartizione dell’onere probatorio tra le parti. In materia va operata una distinzione a seconda che il ricorso sia statale (art. 33 CEDU) o individuale (art. 34 CEDU). Più precisamente, nei ricorsi che vedono contrapposti due Stati, relativamente al reperimento e alla produzione della prova, le due parti in causa sono poste sullo stesso piano, pertanto lo standard probatorio richiesto è rigido e si fonda sul parametro “beyond reasonable doubt”, enunciato dalla Corte nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, e la prova può anche emergere da una serie di indizi, o di presunzioni non contestate, purché sufficientemente *gravi, precisi e concordanti*.¹⁴⁶ Questa distribuzione probatoria “paritaria” opera anche nei casi in cui il ricorso sia presentato da un privato che al tempo dei maltrattamenti si trovava in libertà. Diversa è la situazione allorché il ricorrente sia un privato che era *in vinculis* al tempo delle violazioni o in

giudice a Strasburgo, cit., p. 1817; A. MARCHESI, *La proibizione della tortura*, cit., par. 7.

¹⁴⁵ Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 224, la Corte spesso utilizza l’espressione “trattamento inumano e degradante” come fosse un endiadi, creando ulteriori difficoltà di applicazione pratica dei criteri distintivi delineati. A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., pp. 132 – 133, «il diritto convenzionale è un diritto vivente, in grado di interpretare le mutevoli esigenze di tutela dei diritti dell’uomo in una società democratica e di tener conto delle diverse circostanze dei casi concreti».

¹⁴⁶ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 161. Cfr. A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1820–1822; ID., *La giurisprudenza*, cit., pp. 226-227; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., p. 238; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 56-57, a seconda che si tratti di ricorsi statali o individuali.

buone condizioni di salute prima di essere privato della libertà personale. In questo caso le parti senza dubbio non sono su un piano di parità poiché l'autorità pubblica rappresenta la "parte forte" sul piano processuale rispetto al ricorrente, "parte debole", che ha maggiore difficoltà nel provare i maltrattamenti subiti perché privato della libertà personale. La Corte di Strasburgo ha individuato una linea di demarcazione al di là della quale opera un'*inversione dell'onere della prova* con presunta responsabilità in capo allo Stato convenuto. Tale confine è segnato dalla "presunzione di causalità" che si verifica o laddove i fatti assunti dal ricorrente, pur non essendo provati, siano fortemente fondati, secondo un criterio logico-probabilistico (cd. *fumus*), tanto da far presupporre la sussistenza di un nesso di causalità tra i fatti stessi e la violazione dell'art. 3 CEDU; o se il ricorrente ha fornito prova delle lesioni subite, ad esempio attraverso referti medici. Lo Stato resistente per vincere tale presunzione deve provare o che non è stata raggiunta la soglia minima di gravità, oppure che le lesioni sono precedenti rispetto alla privazione della libertà personale, o che si giustificano per il comportamento assunto dalla vittima, o che questa se le è autoprocurate.¹⁴⁷ La regola processualistica generale relativa all'onere probatorio è stata così "corretta" dalla prassi giurisprudenziale della Corte, in particolare nella sentenza *Tomasi c. Francia*.¹⁴⁸ Il ricorrente sosteneva di aver subito sevizie durante il fermo presso il commissariato di polizia francese.

¹⁴⁷ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 239, «la mancanza di una spiegazione plausibile che collochi la causa delle lesioni "altrove" determina la manifesta applicazione dell'art. 3».

¹⁴⁸ Corte EDU, *Tomasi c. Francia*, sent. 27 agosto 1992. Per i fatti della vicenda, cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., pp. 186 - 187; G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., p. 351; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 304; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 58 - 59.

Nell'accertare i fatti, la Corte prendeva atto dell'insufficiente forza probatoria degli elementi presentati dal sig. Tomasi a sostegno del suo ricorso, e disponeva l'inversione dell'*onus probandi*, poiché l'esistenza di lesioni corporali era confermata da alcuni certificati medici. Tale decisione ha dunque comportato la nascita, per via pretoria, del principio di *presunzione di causalità* in base a cui l'onere di provare i fatti addotti dal ricorrente grava sullo Stato convenuto quando la violazione dell'art. 3 non sia provata dal ricorrente ma supportata da un *fumus boni iuris*, ossia da circostanze che lasciano presupporre la probabile fondatezza e l'attendibilità del ricorso. Ulteriori risvolti evolutivi in materia sono rintracciabili in successive decisioni della Corte europea. Rilevante il caso *Ribitsh* perché in tale decisione la presunzione di causalità assume i contorni della *presunzione di colpevolezza* che, sulla base del solo *fumus*, permette di ritenere accertata, fino a prova contraria fornita dallo Stato convenuto, la colpevolezza di quest'ultimo e non solo il nesso di causalità tra le lesioni e la condotta delle pubbliche autorità.¹⁴⁹

2.3.4 - Obblighi negativi derivanti dall'art. 3 CEDU

La consolidata giurisprudenza europea ritiene che dalle disposizioni convenzionali discendano una serie di obblighi, negativi e positivi,¹⁵⁰ in capo agli Stati parte. Anche il diritto a non

¹⁴⁹ Corte EDU, *Ribitsh c. Austria*, sent. 4 dicembre 1995. Cfr. F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 60 – 61.

¹⁵⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2665, gli obblighi negativi sono «doveri di astensione da condotte direttamente lesive del diritto da parte di agenti statali [...] storicamente nati a tutela del cittadino contro abusi dei pubblici poteri»; quelli positivi «corrispondono a pretese del cittadino a ricevere tutela da parte dello Stato [...] e implicano un dovere di apprestare ogni esigibile misura in grado di prevenire simili aggressioni». Cfr. anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., pp. 127 – 128. Cfr. anche E.

subire torture o trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 3 CEDU impone vincoli al fine di garantirne il rispetto effettivo. Si coglie immediatamente dal tenore letterale della norma la sussistenza di un obbligo negativo,¹⁵¹ di astensione dal tenere condotte vietate, che si rivolge in prima battuta ad agenti e organi statali che devono esimersi dal commettere 'violazioni dirette' della Carta. Il ruolo creativo della Corte ha permesso di ampliare la portata di tale obbligo, in particolar modo con riguardo ai casi di espulsione, estradizione e allontanamento rispetto ai quali uno Stato può risultare responsabile di una 'violazione indiretta' dell'art. 3 laddove espone un individuo al rischio di essere maltrattato in un altro Stato. Il *leading case* in materia è il caso *Soering c. Regno Unito*¹⁵² che è di particolare interesse perché la violazione dell'art. 3 è connessa non già alla pena di morte, quanto alla sua modalità di

NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 255, l'autore afferma che da un lato la CEDU vieta alle autorità statali di porre in essere comportamenti *contra legem* in violazione dei diritti dell'uomo, dall'altro lato impone di incriminare e punire *secundum legem* i comportamenti lesivi di tali diritti. Ciò significa che dalla Carta derivano in primo luogo obblighi negativi o «divieti di ingerenza», ma anche obblighi positivi, di intervento.

¹⁵¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 60; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 247, sottolinea che sono obblighi in primis a carico di tutti i poteri dello stato (legislativi, esecutivi e giudiziari). Cfr. anche A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., p. 270; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p.42, si tratta del cd. obbligo "primario" dal quale poi discende quello positivo.

¹⁵² Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, sent. 7 luglio 1989. Il ricorrente, Soering, un cittadino tedesco, aveva commesso un duplice omicidio in Virginia (USA), reato per il quale è prevista la pena di morte. Dopo aver confessato il delitto nel Regno Unito, il governo statunitense ne richiese l'extradizione per processarlo. Le autorità britanniche, accertatesi che non sarebbe stata eseguita la pena di morte, concessero l'extradizione. La Corte di Strasburgo ritenne che il Regno Unito avrebbe violato l'art. 3. Cfr. per una breve sintesi sulla vicenda anche S. BORELLI, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in L. Pineschi (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, cit., p. 730; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 343; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p. 75; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 254, in merito a conseguenze in tema di estradizione ed espulsioni.

esecuzione, che è causa di trattamenti inumani e degradanti. Questa sentenza chiarisce l'orientamento della Corte secondo cui è possibile attribuire una responsabilità per violazione indiretta dei diritti dell'uomo in capo allo Stato estradante, vincolato alla Convenzione, per il *rischio reale* che l'individuo allontanato possa essere vittima di tortura o trattamenti inumani o degradanti nello Stato di destinazione.¹⁵³ Relativamente al caso di specie, la Corte osserva che «prima della sua esecuzione, un condannato detenuto nel “braccio della morte” può trascorrervi in media da sei ad otto anni»¹⁵⁴ creando nel soggetto uno stato di sofferenza fisica, angoscia e tensione. Ulteriore elemento di novità della sentenza è che a nulla rileva il fatto che lo Stato che richiede l'estradizione sia vincolato o meno alla Convenzione.¹⁵⁵ Il pericolo di una lesione del diritto alla vita o all'integrità fisica costituisce dunque un limite assoluto alla libertà degli Stati di disporre un allontanamento dal proprio territorio.

La *vis* espansiva del diritto fissato all'art. 3 ha portato i giudici di Strasburgo ad applicare i medesimi principi anche ai casi di espulsione. In particolare nella sentenza, che ha riguardato il nostro Paese, *Saadi c. Italia*¹⁵⁶ si registra una posizione sempre più severa della Corte che ha determinato la violazione dell'art. 3 sulla base

¹⁵³ Cfr. S. BORELLI, *Estradizione*, cit., p. 728 ss., tale responsabilità sorge se vi sono fondati motivi di ritenere che il soggetto estradato corra un 'pericolo reale' di subire maltrattamenti. L'autrice ricorda di evidenziare che il divieto assoluto di estradizione, espulsione o consegna è sancito anche dall'art. 3 CAT.

¹⁵⁴ *Soering c. Regno Unito*, par. 106.

¹⁵⁵ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 251; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 347 – 348, ribadisce il carattere universale del diritto a non subire tortura o trattamenti inumani o degradanti. Cfr. anche A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 185, la Convenzione impone obblighi che vanno osservati prima di tutto dagli Stati contraenti, ma certi valori in essa proclamati sono di rilevanza tale da imporre agli Stati contraenti di astenersi da qualunque azione che possa anche solo *contribuire* a porre in essere violazioni della Carta.

¹⁵⁶ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008.

solo delle informazioni contenute nei rapporti di Amnesty International e di altre ONG che descrivevano una situazione preoccupante per il ricorso sistematico alle pratiche di tortura in Tunisia.¹⁵⁷ Nello stesso senso si può interpretare la recente sentenza *Hirsi e altri c. Italia*¹⁵⁸ in relazione alla politica di “respingimento dei migranti” verso la Libia. Dalla lettura combinata di questo obbligo di astensione con l’efficacia orizzontale, tipica dei trattati sui diritti umani, emerge che uno Stato può essere condannato per una violazione indiretta anche quando le condotte vietate siano commesse da un cittadino privato nello Stato di destinazione.¹⁵⁹

2.3.5 - Obblighi positivi di carattere sostanziale

La previsione di obblighi negativi non è sufficiente a fornire agli individui una protezione concreta e adeguata, con la conseguenza che la giurisprudenza di Strasburgo ha sviluppato anche una serie di obblighi positivi, di prevenzione e punizione dei

¹⁵⁷ Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati*, cit., p. 347. Il ricorrente, sospettato di essere coinvolto in organizzazioni terroristiche, laddove fosse stato espulso verso il suo Paese d’origine, la Tunisia, sarebbe stato con molta probabilità sottoposto a maltrattamenti. Cfr. anche P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1187; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 244, l’autrice richiama il ragionamento seguito dalla Corte evidenziando che il diritto sotteso all’art. 3 CEDU non può essere oggetto di bilanciamento, neanche per tutelare interessi di rango elevato come l’ordine pubblico o la sicurezza nazionale; V. MANES, *Diritto penale*, cit., p.206.

¹⁵⁸ Corte EDU, *Hirsi e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012. Cfr V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 206.

¹⁵⁹ Corte EDU, *H.L.R. c. Francia*, 29 aprile 1997. Il ricorrente riteneva che a seguito della sua espulsione verso la Colombia, sarebbe stato soggetto alla “vendetta” dei trafficanti di droga, di cui egli era il corriere. Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, p. 157 ss., lo Stato che ha espulso è indirettamente responsabile a prescindere dal fatto che la condotta vietata provenga da individui che non svolgono funzioni pubbliche (*H.L.R. c. Francia*, par. 40); anzi essa può essere addirittura legata alla mancanza di cure mediche adeguate nel Paese di destinazione (*D. c. Regno Unito*, par 54). Sull’ambito di applicazione orizzontale della Convenzione cfr. F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 53 – 54; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., p. 226.

responsabili,¹⁶⁰ la cui base normativa è costituita dagli artt. 3 e 1 CEDU. Quest'ultimo prescrive agli Stati firmatari «*to secure*», cioè di garantire a ciascun individuo, all'interno della loro giurisdizione, i diritti e le libertà definite nella Convenzione.¹⁶¹

Tra gli obblighi positivi di tipo *sostanziale* vi è innanzitutto quello di *prevenire* la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, anche quando l'autore materiale sia un privato.¹⁶² Accanto al dovere di prevenzione si pone poi la necessità di predisporre un appropriato "*legal framework*" in grado di dissuadere efficacemente i consociati dal commettere atti vietati. E laddove si tratti di gravi lesioni dei più importanti diritti fondamentali, meritevoli di protezione qualificata (artt. 2, 3, 4) la Corte ritiene che si debba procedere ad una valutazione *caso per caso* per stabilire se tali

¹⁶⁰ Cfr. UĞUR ERDAL e HASAN BAKIRCI, *Article 3*, cit., p. 213; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., pp. 247 – 248, la Corte EDU fa propri quei principi sviluppatasi nella prassi e dottrina tedesca secondo cui ogni diritto accanto al contenuto "classico" (negativo) ne esprime anche uno deontologico (il cd. dovere di tutela dei diritti fondamentali); A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 223, la necessità di rendere effettiva la tutela della dignità umana e dell'integrità fisica ha portato la Corte ad individuare obblighi positivi il cui oggetto è in continua espansione.

¹⁶¹ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2670, è da tale formula che si deduce l'insieme degli obblighi atti a garantire *effettività* alla tutela dei diritti convenzionali, anche nei rapporti interprivati e non solo nelle ipotesi di aggressioni provenienti da agenti statali; ID., F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 61; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1823.

¹⁶² Corte EDU, *A. c. Regno Unito*, sent. 23 settembre 1998, par. 22, gli Stati devono adottare le misure necessarie «to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals»; cfr. A. ESPOSITO, *Le pene vietate*, cit., p. 162; ID., *Il diritto penale "flessibile"* cit., p. 225. Cfr. anche L. PROSPERI, *Articolo 3 CEDU – Proibizione della tortura*, in www.progettoinnocenti.it, cit., p. 42; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 276. Per una più recente giurisprudenza, Corte EDU, *Z. e altri c. Regno Unito*, sent. 10 maggio 2001, par. 70 «[t]here was a positive obligation on the Government to protect children from treatment contrary to this provision (article 3)». La Corte sottolinea che le Parti contraenti devono adottare le misure necessarie anche quando tali atti provengano da privati e sono diretti a minori o persone vulnerabili. Cfr. ARAI – YOKOI, *Grading scale*, cit., p. 398.

diritti esigano una tutela specificatamente penale.¹⁶³ Si tratta dell'obbligo di *tutela penale*, che grava in larga parte sul legislatore nazionale¹⁶⁴ e che trae la sua origine dalla “*landmark decision*” del 1985 *X e Y c. Paesi Bassi*.¹⁶⁵ È la prima volta che il giudice europeo ravvisa nell'ordinamento interno di uno Stato (nel caso di specie, nel codice penale olandese) l'inesistenza di una norma incriminatrice capace di sanzionare la violazione della Convenzione europea.¹⁶⁶ In questa sede la Corte ha affermato che gli obblighi positivi derivanti dalla CEDU includono non solo il dovere di adottare nel singolo caso concreto idonee misure di prevenzione, ma anche il più generale dovere di assicurare una deterrenza effettiva, e questo obiettivo sembra potersi raggiungere solo attraverso la predisposizione di norme penali.¹⁶⁷ Qualche anno dopo, nel 1998, la Corte ha ravvisato una violazione dell'obbligo positivo

¹⁶³ Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 254, la cornice legale comprende sia la previsione di norme di carattere penale, laddove questo sia ritenuto necessario, che l'effettiva punizione dei responsabili; ID, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2668.

¹⁶⁴ Cenni sull'approccio del legislatore in fase di posizione delle norme penali nell'ordinamento interno, capitolo I, par. 1.4.2.

¹⁶⁵ Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, sent. 26 marzo 1985. La Corte dichiarò la violazione dell'art. 8 CEDU ritenendo insufficiente la previsione della sola tutela risarcitoria, di tipo civilistico, in capo alla diciassettenne, vittima di un abuso sessuale, che non aveva potuto sporgere querela, come prescritto dalla legislazione olandese, perché affetta da un handicap psichico. Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 61; ARAI – YOKOI, *Grading scale*, cit., p. 400; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 257.

¹⁶⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2666; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1827, l'autrice precisa che se gli strumenti, civili o amministrativi, apprestati dall'ordinamento non sono idonei ad assicurare una tutela effettiva dei diritti sanciti dalla CEDU, spetta alla sanzione penale provvedere in tal senso. Cfr. anche F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 462, l'autore sottolinea che la richiesta di incriminazione in astratto deve essere accompagnata da un'effettiva e adeguata punizione.

¹⁶⁷ *X e Y c. Paesi Bassi*, par. 23 – 27, «[T]he Court finds that [...] This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions». Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2670, l'autore evidenzia il nesso tra gli obblighi di criminalizzazione e

di incriminazione nel caso *A. c. Regno Unito* per la presenza, nell'ordinamento dello Stato resistente, di una norma scriminante che non permetteva di punire condotte lesive dell'integrità fisica.¹⁶⁸

Le pronunce di condanna della Corte europea per violazione degli obblighi positivi di tutela penale si sono susseguite a ritmo incessante e hanno riguardato un numero sempre maggiore di diritti, in particolare con riferimento a quelli rientranti nel "nucleo fondamentale" della Convenzione.¹⁶⁹

Se quindi è vero che ogni Stato può tutelare i diritti convenzionali con gli strumenti che ritiene più opportuni, è anche vero che la tutela apprestata deve essere adeguata, e sembra che l'inserimento negli ordinamenti nazionali di una normativa penale idonea ad "intercettare" le condotte proibite dall'art. 3 CEDU e a sanzionarle in maniera appropriata sia la soluzione maggiormente in linea con la Convenzione.¹⁷⁰ Quest'ultima è in grado di condizionare fortemente il potere discrezionale dei legislatori nazionali nelle scelte punitive, imponendo ad esempio l'introduzione di nuove

l'esigenza di protezione della vittima, spiegando che il sistema di tutela previsto dalla CEDU richiama quello interamericano.

¹⁶⁸ Nel caso *A. c. Regno Unito*, lo Stato fu condannato per aver assolto un patrigno il quale aveva ripetutamente percosso il figliastro di nove anni e in sede processuale aveva beneficiato della scriminante di "*reasonable chastisement*". Al par. 24, secondo il punto di vista della Corte «[t]he failure to provide adequate protection constitutes a violation of Article 3 of the Convention».

¹⁶⁹ Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 463 ; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1827. Tra i casi più emblematici cfr. Corte EDU, *Gäfgen c. Germania* (Grande Camera), sent. 1 giugno 2010; Corte EDU, *Alikaj e altri c. Italia*, sent. 29 marzo 2011; Corte EDU, *Nachova e a. c. Bulgaria* (Grande Camera), sent. 6 giugno 2005; Corte EDU, *M.C. c. Bulgaria*, sent. 4 dicembre 2003; Corte EDU, *Siliadin c. Francia*, sent. 25 luglio 2005.

¹⁷⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2667; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 235; UĞUR ERDAL e HASAN BAKIRCI, *Article 3*, cit., p. 213, l'obbligo positivo richiede che «effective criminal law provisions be in force in order to afford maximum protection from ill-treatment». Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 275, l'autore sottolinea la necessità di una norma

fattispecie o la circoscrizione di cause di giustificazione. Affinché gli Stati membri possano considerarsi adempienti rispetto a quest'obbligo positivo di incriminazione, il rimedio offerto dal diritto penale deve essere proporzionato alla gravità del fatto commesso. La Corte europea, in questo contesto, svolge il ruolo di supervisore per garantire che la pena inflitta produca l'effetto deterrente di prevenzione di future violazioni.¹⁷¹

2.3.6 - Obblighi positivi di carattere *procedurale*

Se gli obblighi positivi di cui si è detto agiscono “a monte” della violazione, altri obblighi, quelli di carattere *procedurale*, operano “a valle”, dopo che la violazione della Convenzione sia stata commessa, anche in questo caso indipendentemente dalla qualificazione del soggetto agente.¹⁷² Il sistema CEDU identifica nello Stato nazionale il primo garante dei diritti umani ed in particolare del diritto della vittima ad un *ricorso effettivo ex post* ai

incriminatrice apposita, non bastando la mera sussunzione degli atti di tortura sotto altre fattispecie meno gravi.

¹⁷¹ *Gäfgen c. Germania*, par. 123 – 124. In questa decisione la Grande Camera, rovesciando la precedente decisione, definisce inadeguata ed insufficiente la risposta sanzionatoria assicurata dallo Stato tedesco, che non solo non rende pratici ed effettivi i diritti convenzionali, ma non previene neanche le future violazioni. cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 233; V. MANES, *Diritto penale*, cit., pp. 210 – 211. La Corte, nell'analizzare le scelte punitive degli Stati, tiene in considerazione non solo l'*an* ma anche il *quantum* della sanzione, che deve essere rimedio effettivo valutato alla luce del principio di proporzione, potendo risultare sproporzionate per eccesso o per difetto; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p. 464, l'autore evidenzia la duplice veste del parametro di “proporzione”, come filtro delle esigenze preventive alla luce della gravità della violazione e come fondamento dell'intervento punitivo. Cfr anche F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2675 - 2676; ID, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 256.

¹⁷² Cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1823; ARAI – YOKOI, *Grading scale*, cit., p.398, «to conduct prompt and effective investigation even where it is a private person that infringes human rights [...] this duty is intertwined with the right to an effective remedy».

sensi dell'art. 13 CEDU, idoneo a ripristinare il diritto violato.¹⁷³ Tali obblighi procedurali impongono oneri di indagini effettive, approfondite ed efficaci in capo alle autorità inquirenti ed investigative, colmando l'impossibilità della Corte di acquisire elementi probatori che non siano già stati considerati dalle giurisdizioni interne.¹⁷⁴ La giurisprudenza consolidata della Corte¹⁷⁵ richiede che le indagini, perché siano capaci di condurre all'identificazione e alla punizione dei responsabili, rispecchino dei precisi standard: il carattere *ex officio* del procedimento, che venga attivato a prescindere dalla querela della vittima; la trasparenza (non devono essere condotte in segreto) e la celerità¹⁷⁶ (per evitare

¹⁷³ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2691, una tutela *ex post* passa necessariamente per il diritto penale, senza il quale l'individuo non potrebbe *di fatto* ottenere alcun ristoro contro le sopraffazioni subite. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1812; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 44 - 45; M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea*, cit., p. 289; A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., pp. 279 - 280, il ricorso effettivo, di cui la Corte ha specificato le caratteristiche, mira ad individuare e punire i responsabili della violazione. Sul richiamo dell'art. 13 CEDU in relazione al divieto di tortura cfr. Corte EDU, *Aksoy, c. Turchia*, sent. 26 novembre 1996; Corte EDU, *Aydin c. Turchia*, sent. 27 settembre 1997; Corte EDU, *Slimani c. Francia*, sent. 27 luglio 2004.

¹⁷⁴ Cfr. F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea*, cit., p.464; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 252, l'autore osserva che l'accertamento delle responsabilità e la sanzione dei responsabili costituiscono un diritto delle vittime e dei loro familiari superstiti. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 277; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 229, la *ratio* degli obblighi procedurali è sottesa al carattere meramente sussidiario degli strumenti di applicazione della legge predisposti dal sistema CEDU.

¹⁷⁵ L'obbligo delle autorità statali di svolgere un'indagine ufficiale viene per la prima volta affermato dalla Corte nel caso *McCann e altri c. Regno Unito*, sent. 27 settembre 1995, in relazione ad una violazione procedurale dell'art. 2 CEDU per il decesso di una persona ad opera di un agente dello Stato. In proposito, cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 252. Cfr. anche Corte EDU, *Aksoy c. Turchia*, sent. 26 novembre 1996, Corte EDU, *Assenov e altri c. Bulgaria*, sent. 28 ottobre 1998. In relazione a quest'ultimo caso, cfr. DEBRA LONG, *Guide to jurisprudence*, cit., p. 32, ripercorso il caso di specie, viene sottolineata «the importance of this duty to investigate» senza il quale il generale divieto di cui all'art. 3 sarebbe «ineffective in practice».

¹⁷⁶ Corte EDU, *Selmouni c. Francia*, sent. 28 luglio 1999. Cfr. A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., p. 277; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 224, la Corte aggiunge il requisito della rapidità,

la prescrizione dei reati); l'indipendenza delle autorità incaricate rispetto a quelle coinvolte nel caso e la partecipazione della vittima e dei familiari della stessa.¹⁷⁷

Qualora un individuo affermi di aver subito gravi sevizie illecite e contrarie all'art. 3, sorge l'obbligo dello Stato di svolgere un'indagine ufficiale effettiva che abbia il fine di identificare e punire i colpevoli.¹⁷⁸ La Corte ha spesso riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 del tutto autonoma ed indipendente dalla violazione degli obblighi sostanziali di rispetto delle norme convenzionali. Questo si verifica, ad esempio, in casi di inefficienza delle indagini svolte dalle autorità nazionali per l'accertamento dei maltrattamenti, a causa dell'insufficienza del materiale probatorio che non permette alla Corte europea di verificare la veridicità dei fatti allegati. Se a livello interno non sono stati raccolti dati sufficienti per provare i fatti, la Corte non può pronunciarsi sulla violazione sostanziale della norma. Ma vi è violazione procedurale anche quando, per l'eccessiva durata delle indagini o del processo, il reato cade in prescrizione.¹⁷⁹ Una volta

prevedendo la possibilità di una violazione procedurale anche nel caso in cui «le autorità giudiziarie interne, pur avendo condannato i funzionari accusati di aver torturato il ricorrente, lo abbiano fatto con enormi ritardi».

¹⁷⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 268; ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2672; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1824 – 1825; ID., *La giurisprudenza*, cit., pp. 229 – 230; A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., pp. 275-276, l'autrice individua i caratteri che contraddistinguono un'inchiesta penale effettiva.

¹⁷⁸ Cfr. F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p. 45, fa derivare il dovere d'inchiesta dal combinato disposto degli artt. 3, 13 e 1 della Convenzione.

¹⁷⁹ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 278; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1825 – 1826; A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., p. 278. Per la giurisprudenza in materia cfr. Corte EDU, *Labita c. Italia*, sent. 6 aprile 2000; Corte EDU, *Indelicato c. Italia*, sent. 18 ottobre 2001. In tema di violazione procedurale dell'art. 3 per intervenuta prescrizione del reato, Corte EDU, *Bati c. Turchia*, sent. 3 giugno 2004. Per una giurisprudenza più recente, Corte EDU, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012, la Corte condanna il nostro Paese per la violazione di obblighi procedurali dovute a gravi carenze investigative relative a reati afferenti la

accertata, a conclusione di indagini ufficiali ed effettive, la colpevolezza del responsabile è necessario che a questo siano concretamente irrogate le sanzioni penali previste dalla legge, senza poter sfuggire alla pena per effetto di prescrizione, amnistia, indulto o di un provvedimento di grazia individuale.¹⁸⁰

La Corte europea ha costantemente affermato tale principio soprattutto in casi, molti dei quali riguardanti il nostro Paese, relativi all'abuso della forza da parte di agenti pubblici. Pensiamo ai gravissimi fatti di Bolzaneto e della scuola Diaz in occasione del G8 di Genova dove le forze di polizia italiane hanno commesso fatti inequivocabilmente integranti tortura e/o trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU. Le sentenze del Tribunale di Genova ripercorrono dettagliatamente i fatti avvenuti a seguito di arresti e fermi durante le manifestazioni.¹⁸¹ Le 307 vittime della caserma di Bolzaneto sono state insultate, minacciate, costrette ad inneggiare al fascismo e al nazismo, a stare ferme nella posizione del "cigno" o della "ballerina" per lunghe ore, picchiate ovunque e costrette ad urinarsi addosso. Situazione analoga si è verificata nella scuola Diaz in cui i manifestanti, che si accingevano a trascorrere la notte, venivano picchiati con calci e manganellate. Poi gli arrestati venivano trasferiti a Bolzaneto dove gli agenti di

violenza sessuale e la tratta di esseri umani, che hanno determinato un'indiretta violazione dell'art. 3 della Convenzione. Cfr. M. PELAZZA, *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU. Nota a C. eur. Dir. Uomo, II sez., sent. 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013.

¹⁸⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2673; A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., p. 282.

¹⁸¹ Trib. Genova, sez III, sent. 14 luglio 2008; Trib. Genova, sez. I, sent. 13 novembre 2008, p. 312, il Tribunale sottolinea che le forze dell'ordine non erano state autorizzate a porre in essere le violenze descritte dalle vittime e a picchiare indiscriminatamente tutti coloro che vi si trovavano, qualora questi non avessero posto in essere atti violenti nei loro confronti».

polizia li marchiavano sulla guancia con un pennarello come capi di bestiame.¹⁸² L'esito del giudizio di primo grado, e le parole dello stesso Tribunale di Genova, hanno posto in evidenza il dato sconcertante del limite del processo dovuto a difficoltà oggettive, come la scarsa collaborazione delle Forze di Polizia, che hanno lasciato sostanzialmente impuniti i responsabili, alcuni dei quali assolti, altri condannati a pene inadeguate (art. 608 c.p. che disciplina *l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti*) o condonate in tutto o in parte attraverso il provvedimento dell'indulto. Nell'ottica del diritto di Strasburgo, tale vicenda solleva il problema di individuare se e in che misura lo Stato italiano sia incorso in violazioni dell'art. 3 CEDU, dirette in merito alla condotta posta in essere dagli agenti di polizia, procedurali relativamente al dovere di svolgere indagini diligenti a carico dello Stato e violazioni dell'obbligo di prevedere un quadro normativo adeguato per la punizione dei responsabili.¹⁸³ In attesa della sentenza sui fatti del G8 di Genova del 2001, l'Italia è stata

¹⁸² Per una descrizione dettagliata della vicenda, cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1803 ss.; P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., 1193 ss.

¹⁸³ La Corte EDU ha effettuato le medesime valutazioni anche con riferimento al recente caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, sent. 25 agosto 2009. I giudici di Strasburgo in un primo momento hanno accolto parte delle doglianze dei ricorrenti, rilevando una violazione del solo *volet* procedurale dell'art. 2 CEDU, per carenze nel procedimento giudiziario di accertamento dei fatti, in relazione alla drammatica morte del manifestante Carlo Giuliani. A seguito del ricorso dell'Italia, la Grande Camera, nella sent. 24 maggio 2011, ha mutato orientamento negando la violazione anche del solo profilo procedurale. La Corte sembra aver accolto le argomentazioni contenute nelle *dissenting opinions* dei giudici Zagrebelsky, Garlicki e Casadevall, osservando che i risultati di un'autopsia più accurata non avrebbero aggiunto elementi utili al fine stabilire l'esatta traiettoria del proiettile esploso dall'agente M. Placanica, visto che la condotta di quest'ultimo era stata ritenuta lecita e giustificata. Sul punto cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., pp. 209 ss.; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 281, alla fine sembra che a risultare responsabile della violazione non sia tanto l'autore materiale, quanto l'autorità giudiziaria italiana

raggiunta da due nuove condanne nell'arco di una settimana, anche queste relative a violazioni dell'art. 3 per maltrattamenti perpetrati dalle forze dell'ordine. Nel primo caso, *Alberti c. Italia*,¹⁸⁴ il ricorrente lamenta di aver subito violenza fisica dai carabinieri che lo avevano arrestato. Nonostante gli accertamenti ospedalieri confermassero la presenza di segni di maltrattamenti, il caso viene archiviato ritenendo legittimo l'uso della forza, considerate le circostanze del caso. La Corte europea rileva una violazione dell'art. 3 CEDU dal punto di vista sia sostanziale che procedurale. Innanzitutto sottolinea che il governo italiano non è stato in grado di fornire una prova convincente sulla provenienza delle lesioni, sorgendo in capo ad esso una presunzione di responsabilità. Inoltre ritiene prematura l'archiviazione, senza procedere ad ulteriori indagini.¹⁸⁵

Il secondo caso, *Saba c. Italia*,¹⁸⁶ riguarda alcuni detenuti del carcere di Sassari, i quali contestano di esser stati sottoposti a violenze fisiche e psiche da parte della polizia penitenziaria. Nel processo che vede coinvolti un elevato numero di imputati, alcuni optano per il rito abbreviato, venendo assolti o condannati a pene irrisorie. Solo pochi vengono rinviati a giudizio, e poi assolti per mancanza di prove o prescrizione dei reati. A seguito del ricorso

che non ha svolto indagini adeguate per chiarire le responsabilità di chi avrebbe dovuto prevenire quella situazione.

¹⁸⁴ Corte EDU, *Alberti c. Italia*, sent. 24 giugno 2014.

¹⁸⁵ Cfr. S. ZIRULIA, *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014, par. 3, l'Italia non ha giustificato, secondo i giudici europei, in maniera adeguata la condotta dei carabinieri. Considerato che l'arresto non aveva richiesto l'uso della forza e che le condizioni di salute del ricorrente erano buone al termine degli accertamenti, sembra doversi ritenere che le lesioni siano state inflitte nel tragitto tra l'ospedale e la casa circondariale di Verona.

¹⁸⁶ Corte EDU, *Saba c. Italia*, sent. 1 luglio 2014.

presentato dalle vittime, la Corte di Strasburgo rileva ancora una volta la violazione dell'art. 3, sia materiale che procedurale.¹⁸⁷

2.3.7 - Situazione di fatto in Italia. Carenze strutturali dell'ordinamento interno

La copiosa giurisprudenza europea dimostra l'incapacità di molti ordinamenti nazionali di recepire la "cultura dei diritti umani" e prevenire e reprimere efficacemente le violazioni del diritto a non subire tortura e trattamenti inumani e degradanti. Dalle ultime vicende analizzate sembra che anche un Paese democratico come l'Italia abbia un rapporto difficile con il sistema di tutela dei diritti fondamentali, essa non è affatto estranea a fenomeni di lesione dell'integrità personale, pertanto è necessario indagare i modi in cui l'ordinamento giuridico deve fronteggiare tale emergenza. La perdurante assenza nell'ordinamento italiano di una fattispecie *ad hoc* in materia di tortura, dotata di un adeguato quadro edittale, e la disciplina della prescrizione, quale risulta dalle modifiche della cd. legge ex Cirielli, producono il duplice risultato di rendere inadeguato il quadro normativo nazionale e debole il sistema sanzionatorio, che rischia di lasciare impuniti gli autori delle violazioni.¹⁸⁸ Con riferimento all'emblematico caso del G8 di Genova sopra analizzato, si può affermare che proprio la mancanza nell'ordinamento italiano di una norma incriminatrice

¹⁸⁷ Cfr. S. ZIRULIA, *Da Strasburgo*, cit., par. 2, violazione materiale perché la vittima ha subito trattamenti qualificabili come degradanti (costretta a denudarsi, oggetto di minacce ed insulti); procedurale per l'eccessiva durata del processo, la prescrizione dei reati e la commisurazione della pena, inadeguata in relazione alla gravità del fatto.

¹⁸⁸ Cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1802; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2680; P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1185 ss.

specifica ha di fatto costretto la pubblica accusa a contestare fattispecie inidonee a rappresentare il reale disvalore delle condotte tenute dagli agenti, prescrittesi prima del raggiungimento della sentenza definitiva. Ciò che interessa è quindi individuare una fattispecie astratta specifica, accompagnata da un apparato sanzionatorio capace di reprimere le condotte contrarie all'art. 3 CEDU. Se dottrina, giurisprudenza, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura¹⁸⁹ e il Comitato per i diritti umani¹⁹⁰ sono concordi nel ritenere che solo l'introduzione di un rimedio *ad hoc*, con una pena proporzionata al disvalore del fatto, sia in grado di esercitare un reale effetto deterrente, volgendo lo sguardo alla situazione italiana appare evidente che la giustizia penale fa ben poco.¹⁹¹ Allo stato attuale si è in presenza di un deficit grave del sistema sanzionatorio italiano e la *condicio sine qua non* per accertare e punire adeguatamente le condotte vietate è adeguare il quadro legislativo agli standard convenzionali e costituzionali. Oltre alle fonti internazionali, ratificate dall'Italia, ad imporre agli Stati l'obbligo di inserire nei propri codici penali un reato di tortura, sanzionato con pene adeguatamente severe, è la stessa Costituzione, il cui art. 13 comma 4 Cost. stabilisce un esplicito

¹⁸⁹ Cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., pp. 18-19, il CPT è il *treaty body* creato dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e delle pene inumani e degradanti del 1987 che svolge un ruolo di controllo preventivo, non giurisdizionale. Tale organo ha ripetutamente denunciato nei suoi rapporti periodici la problematicità della situazione italiana.

¹⁹⁰ In diverse occasioni lo *Human Rights Committee* ha notato con preoccupazione che «torture is not punishable in domestic law and appropriate sanctions are not always imposed on those found guilty». Cfr. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 464, richiama le osservazioni del Comitato Interministeriale per i diritti umani con cui ha raccomandato al Governo italiano di includere una norma specifica sulla tortura nel codice penale.

¹⁹¹ *Ivi*, pp. 5-6, evidenzia che il fenomeno della tortura è in contrasto persino col principio dell'*habeas corpus* sancito all'art. 39 della *Magna Charta Libertatum* del 1215, il più fondamentale tra i diritti di libertà dell'individuo.

obbligo di incriminazione in caso di maltrattamenti inflitti a soggetti privati della libertà personale.¹⁹² Appaiono insufficienti le mere proclamazioni dei diritti in testi convenzionali e costituzionali se poi le vacanze normative offrono la possibilità per violare tali diritti.¹⁹³

Quali sono allora le ragioni dell'inerzia del nostro legislatore?

Di sicuro incide la frammentazione del quadro politico che non facilita il raggiungimento di un "compromesso" tra le due Camere parlamentari nell'elaborazione del nuovo reato; la scarsa sensibilità per il tema dei diritti umani da parte della classe politica la quale spesso ha affermato che il fenomeno della tortura non riguarda Paesi civilizzati come il nostro;¹⁹⁴ il timore che le forze dell'ordine vengano assoggettate a pene severe, limitandone l'attività in maniera significativa e offendendo la loro professionalità; la

¹⁹² Tale disposizione costituzionale rappresenta il frutto della drammatica esperienza del fascismo, durante il quale la polizia si rendeva autrice di numerosi atti di violenza arbitrari. Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2647 ss., al di fuori di questa limitatissima ipotesi, è il legislatore, democraticamente eletto, a dover individuare gli interessi meritevoli di tutela penale, le condotte punibili e le relative sanzioni; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1838, l'obbligo costituzionale di incriminazione è in parte adempiuto dall'art. 608 c.p. che però non tutela l'integrità psico-fisica, ma solo la libertà personale; ID., *La repressione penale*, cit., par. 3. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 6, si tratta di un reato «costituzionalmente imposto», già con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 sorge l'imperativo legislativo di criminalizzare il ricorso a tale pratica.

¹⁹³ Cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1826 – 1827; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2703, sottolinea che proprio il deficit di protezione, da parte del legislatore, di interessi ritenuti meritevoli e bisognosi di tutela penale può dare vita al problema dell'impunità. Cfr. sul punto anche, C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura*, cit., p. 555 ss.; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 463 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., pp. 275 – 276; P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1195.

¹⁹⁴ Purtroppo sono numerosi gli episodi che testimoniano che tale pratica è un dato di fatto. Pensiamo alle morti di Stefano Cucchi, Federico Aldrovandi, Giuseppe Uva, alle violenze subite da Giuseppe Gullotta ad opera dei carabinieri o a quelle poste in essere nella caserma Nino Bixio di Bolzaneto e nella Scuola Armando Diaz nel 2001, e ancora alla nave degli orrori approdata a Lampedusa il 4 agosto del 2011.

necessità di salvaguardare la sicurezza dello Stato;¹⁹⁵ e, non meno importante, la convinzione che l'ordinamento interno sia già dotato di fattispecie ordinarie idonee a reprimere la tortura e maltrattamenti affini.¹⁹⁶ La prassi generalizzata e sistematica di maltrattamenti e violenze, emersa dalle molteplici vicende giudiziarie che hanno coinvolto l'Italia, evidenzia un quadro normativo esistente del tutto insoddisfacente e privo di capacità dissuasiva, e dimostra l'urgente ed improcrastinabile necessità di un intervento del potere punitivo statale il quale è tanto pericoloso, quando lo si esercita in modo arbitrario, quanto utile, per l'effettiva tutela dei diritti fondamentali.

¹⁹⁵ È meritevole di attenzione il fatto che lo stato d'eccezione non giustifica il ricorso a trattamenti inumani. Lo conferma la L. 6/2002 che ha introdotto nel codice penale militare di guerra l'art. 185-bis che sanziona la tortura "militare" in caso di guerra, stato d'eccezione per eccellenza. L'introduzione di tale disposizione, pur costituendo un apprezzabile tentativo di adempimento degli obblighi sovranazionali di penalizzazione, non è esente da critiche. In materia, cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 18; G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., p. 761; T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 685 ss.

¹⁹⁶ Il riferimento è ai delitti di percosse (art.581 c.p.), lesioni (artt. 582-583 c.p.), sequestro di persona (art.605 c.p.), arresto illegale (art.606 c.p.), indebita limitazione della libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art.609 c.p.), violenza privata (art.610 c.p.), minaccia (art.612 c.p.). Cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 7; ID., *La giurisprudenza*, cit., p. 235, si tratta di reati dotati di edittali troppo tenui, esposti al decorso del breve termine di prescrizione e a cui è possibile applicare quei «meccanismi di fuga della sanzione penale» quale ad esempio la sospensione condizionale della pena. Cfr. anche P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1190; G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., p. 749 ss.; A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention*, cit., p. 202; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 13 ss. l'autore enumera i diversi profili in base ai quali se si ricorresse alle figure summenzionate, una pluralità di condotte resterebbero impunte, poiché esse tutelano solo in modo frammentario le ipotesi di tortura, non consentendo di coglierne la reale gravità.

2.3.8 - Sviluppi legislativi e riflessioni *de iure condendo*

Posto che la Costituzione e molteplici accordi internazionali richiedono a gran voce l'adeguamento dell'ordinamento nazionale agli obblighi di criminalizzazione, e posto che l'attuale sistema di diritto penale si è dimostrato inadeguato a provvedere in tal senso, sembra che l'unica soluzione percorribile sia una modifica legislativa. Negli ultimi anni si sono susseguite diverse iniziative di riforma, volte all'inserimento nel nostro ordinamento del reato di tortura, che non sono mai giunte all'approvazione definitiva. Esse si sono rivelate piuttosto deludenti in quanto presentavano aspetti problematici relativi in particolare alla natura giuridica del reato, sia da un punto di vista soggettivo, in merito alla qualificazione del soggetto attivo,¹⁹⁷ sia oggettivo, relativamente all'elemento oggettivo della condotta.¹⁹⁸ L'attuale legislatura, la XVII, ha visto da subito un'interessante proposta di legge in materia. Con voto quasi unanime, il Senato ha adottato il testo unificato intitolato

¹⁹⁷ Sull'individuazione del soggetto attivo del reato e sulla qualificazione di quest'ultimo come *reato proprio* o *reato comune* a lungo si è discusso. Resta ancora oggi una questione aperta sia in dottrina che nelle aule parlamentari, che molto spesso costituisce un ostacolo per l'adempimento dell'obbligo internazionalmente assunto di creazione di una fattispecie penale *ad hoc*. Sulle ragioni ostative all'introduzione di un reato di tortura in Italia, in particolare con riguardo alla figura del "torturatore", cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., pp. 31-32; A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 24; A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention*, cit., p. 207 ss.; G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., pp. 757-758, l'autrice richiama la giurisprudenza delle Corti internazionali che sembra consentire una lettura estensiva dell'art. 1 della Convenzione contro la tortura del 1984 in merito alla possibilità di commissione del reato di tortura anche da parte di un soggetto privato, privo della qualifica di pubblico ufficiale. A livello nazionale tale interpretazione darebbe vita ad una fattispecie non dotata della necessaria capacità dissuasiva; cfr. I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 8.

¹⁹⁸ Cfr. G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., p. 754 ss, nella nota 43 l'autrice ripercorre in maniera analitica le proposte di legge con le quali si è cercato di introdurre un reato di tortura a partire dalla XIII legislatura (19996-2001); P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1190; A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention*, cit., p. 205-207.

“Introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano” che mira ad introdurre nel libro secondo del codice penale, titolo XII, capo III, dedicato ai delitti contro la libertà individuale, sezione III, gli *artt. 613-bis e 613-ter*, concernenti i reati di tortura e di istigazione del pubblico ufficiale alla tortura.¹⁹⁹ Anche questo tentativo non è immune da censure, della dottrina e degli stessi “addetti ai lavori”, in merito ad una pluralità di aspetti quali ad esempio la qualificazione del reato come proprio o comune, la sua configurazione come fattispecie a forma libera o vincolata, e ancora come reato permanente o abituale. Problematica è anche l’individuazione dell’elemento soggettivo del reato, non menzionato dalla nuova disposizione e dubbia sembra essere persino la collocazione sistematica delle due norme.²⁰⁰ Proprio partendo dai profili di criticità delle fattispecie, si è cercato di individuare quella che, *de iure condendo*, potrebbe rivelarsi essere la concreta conformazione di tale delitto. L’urgenza della modifica, dettata

¹⁹⁹ Per delle osservazioni dettagliate su tale recente proposta di legge ed in particolare sugli artt. 613-bis e 613-ter, cfr. I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 6 ss., l’autrice sottolinea che la riforma coinvolge il duplice profilo del diritto penale, sostanziale e processuale, laddove apporta modifiche anche all’art. 191 c.p.p. relativo alle “prove illegittimamente acquisite”. Per l’ampia portata della riforma, che si è estende fino a toccare il “divieto di espulsione e di respingimento” e “l’esclusione dell’immunità diplomatica”, cfr. M. MONTANARI, *Il senato adotta il testo unificato per l’introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2014; F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014, cit., pp. 4-5, analizza innanzitutto la proposta di legge n. 2168, attualmente all’esame della Commissione giustizia, con particolare riferimento alla formulazione della norma e le aggravanti ed evidenzia i relativi rilievi critici. Prosegue rapidamente all’esame delle altre proposte di legge che sono sottoposte al vaglio della Commissione.

²⁰⁰ Cfr. A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 29 ss., l’autrice si sofferma non solo sulla possibile costruzione della norma, ma anche sui suoi rapporti con altre figure di reato. Analogamente F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., p. 22 ss., delinea le linee essenziali di una possibile proposta alternativa che sia il più possibile conforme agli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese.

dalle pressioni internazionali e dalla necessità di assicurare il massimo grado di tutela alla dignità umana, non può giustificare l'adozione di un testo lacunoso e inappropriato. Gli studi condotti da quella parte della dottrina penalistica che segue costantemente gli sviluppi legislativi in materia, pongono l'attenzione sulla diversa collocazione sistematica della nuova norma sulla tortura dovrebbe essere inserita nel capo I del titolo XII che disciplina i delitti contro la vita e l'integrità fisica, considerando questo il bene giuridico immediatamente leso dalla tortura. In quest'ottica l'articolo da introdurre sarebbe l'art. 593-bis c.p. Venendo alla qualificazione del soggetto attivo, sembra preferibile la scelta del modello del reato comune, sulla scia di quanto più volte sottolineato dai giudici di Strasburgo in relazione ad episodi in cui trattamenti inumani sono stati perpetrati da soggetti privati. Da un punto di vista oggettivo, la condotta del soggetto agente dovrebbe essere tale da causare grave dolore e sofferenza, fisica e mentale, con la precisazione che tale dolore o sofferenza non derivi da *sanzioni legittime*. Preferibile sarebbe inoltre strutturare la fattispecie come reato a forma libera, senza specificare le modalità della condotta in modo che vi rientrino tutti gli atti posti in essere per infliggere deliberatamente il male.²⁰¹ Inutili gli sforzi di selezionare i soggetti passivi, piuttosto i trattamenti punibili dovrebbero essere individuati in base allo scopo dell'agente il quale agisce intenzionalmente (previsione dell'elemento soggettivo del

²⁰¹ Il riferimento piuttosto impreciso ai trattamenti inumani o degradanti può comportare situazioni di *overcriminalization*. Pensiamo al problema del sovraffollamento carcerario per il quale il nostro Paese è stato condannato nella nota sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013. Posizionare un detenuto in una cella in cui lo spazio individuale è inferiore a 3 mq è ritenuto trattamento inumano. In un contesto siffatto, il rischio è punire gli operatori carcerari per una situazione sistemica di sovraffollamento che richiede l'intervento dei poteri esecutivo e legislativo.

dolo generico ex art. 42 c.p.). Non sembra condivisibile nemmeno la configurazione della tortura come reato abituale poiché questo ne restringerebbe notevolmente l'ambito di applicazione, non essendo sufficiente il compimento di un singolo atto vietato.²⁰²

In conclusione, dato che tale ultima proposta di legge è ancora in fase di discussione, si può pensare ad eventuali migliorie da apportare, magari adottando una soluzione analoga a quella di altri ordinamenti, per affermare con forza, dopo anni di inerzia, il valore della «sacralità dell'individuo» meritevole di una rafforzata tutela penale anche a livello nazionale.²⁰³

²⁰² Nel caso *Gäfgen c. Germania* la Corte di Strasburgo ha affermato che anche la singola minaccia di porre in essere un atto di tortura deve essere qualificata come tale laddove sia in grado di cagionare una sofferenza psichica alla vittima.

²⁰³ In questi termini, A. COLELLA, *La repressione penale*, cit., p. 48. Cfr. I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 20-21, richiama come modello l'ordinamento giuridico spagnolo che oltre ad aver inserito un titolo *ad hoc* ha previsto diverse fattispecie incriminatrici per punire la tortura vera e propria e quella "impropriamente" intesa.

CAPITOLO III

Le “nuove” forme di tortura

Il divieto espresso dall'art. 3 CEDU è costantemente oggetto, ad opera dei giudici di Strasburgo, di una lettura estensiva ed evolutiva che permette di ricondurre nell'alveo dei trattamenti e pene inumani e degradanti anche gravi situazioni esistenti nella società odierna, che ne testimoniano un impressionante imbarbarimento. Queste applicazioni giurisprudenziali della disposizione in esame sono legate a fenomeni di grande attualità che incidono direttamente sui diritti umani dell'individuo. In particolare a sollevare problemi di compatibilità con l'art. 3 CEDU è la sanzione penale, poiché tale disposizione vieta *in toto* determinate tipologie di pene ritenute intrinsecamente inumane e degradanti, e l'esecuzione della stessa che deve avvenire nel rispetto della dignità umana e non deve presentare un grado di afflizione maggiore a quello già insito in ogni pena.

Con particolare riferimento alla pena detentiva, innanzitutto va rilevato che essa, come *specie*, non si pone in contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione, anzi i giudici europei hanno più volte sottolineato che lo stato di detenzione priva l'individuo della sua libertà personale, non anche degli ulteriori diritti e garanzie sanciti dalla CEDU.²⁰⁴ I profili problematici della detenzione, che possono produrre effetti negativi sul detenuto fino a comprimerne i

²⁰⁴ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 258; F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 5, è noto che la giurisprudenza europea riconosce che la carcerazione non implica in capo al detenuto la perdita del godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione.

diritti fondamentali, sono due: il primo relativo alla durata della detenzione, l'altro inerente alle sue modalità esecutive.²⁰⁵

Questi aspetti critici del sistema sanzionatorio, siano essi propri di uno Stato parte alla Convenzione o terzo, richiamano l'attenzione su altre possibili violazioni del divieto di tortura che possono verificarsi in caso di espulsione o estradizione. Questo rende evidente l'ampio "raggio d'azione" che la Corte ha conferito all'art. 3 della Convenzione europea, la cui applicazione non resta confinata ad un unico settore.

I possibili contrasti con l'art. 3 CEDU che qui interessano sono quelli che chiamano in causa la pena dell'ergastolo, la cui legittimità è stata spesso oggetto di discussione, con particolare riferimento a quello *ostativo*, il regime di detenzione speciale ex art. 41 bis ord. penit., il fenomeno dilagante del sovraffollamento carcerario ed in generale le condizioni di detenzione negli istituti penitenziari ed infine i provvedimenti di allontanamento degli stranieri e il trattenimento degli stessi nei centri di identificazione e di espulsione.

§ 3.1 - L'ergastolo: condanna *ad vitam* o *ad mortem*?

Il dibattito sulle sanzioni detentive perpetue ha da sempre assunto un ruolo centrale nella riflessione penalistica, sin dai tempi

²⁰⁵ Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 354; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 239, con riferimento alla compatibilità delle pene, l'autrice richiama la giurisprudenza della Corte europea anche relativa alle pene corporali, ormai scomparse da tempo nei codici penali europei, come Corte EDU, *Tyler c. Regno Unito*, sent. 25 aprile 1978. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., pp. 112-113, la CEDU contiene varie disposizioni che influenzano il settore delle sanzioni penali, contribuendo a delinearne i tratti ideali: una di queste è l'art. 3. Nella sentenza sul caso *Tyler*, la Corte ha cercato di delineare alcuni criteri in base ai quali individuare quelle pene qualificabili come inumane e degradanti.

in cui Beccaria aveva proposto di sostituire la pena di morte con l'ergastolo affermando che «non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa» poiché è più facile resistere alla violenza e ai dolori passeggeri che ad un'azione "senza fine" destinata a durare tutta la vita.²⁰⁶ Di recente, nell'assicurare un'effettiva protezione dei diritti umani anche nelle fasi di irrogazione ed esecuzione della pena, i giudici europei hanno affrontato il tema attualissimo dell'ammissibilità dell'ergastolo il cui carattere di *pena perpetua* pone problemi di compatibilità con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo ha affermato che la mancanza di temporaneità nella pena dell'ergastolo non è sufficiente per rilevare un'incompatibilità con l'art. 3 della Convenzione.²⁰⁷ Ciò che potrebbe rendere concretamente tale pena inumana è il *carattere assoluto* della perpetuità: secondo l'indirizzo consolidato dei giudici europei, la speranza di poter godere di benefici quali ad esempio la liberazione condizionale, permessi premio, rende non solo l'esecuzione della pena sopportabile, ma anche conforme alla Convenzione. Quest'orientamento è espresso in termini pregnanti nella decisione sul *caso Léger c. Francia* che apparentemente sembrava potesse sfociare in una dichiarazione di incompatibilità della pena con la previsione convenzionale, dato il lungo periodo di

²⁰⁶ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., par. XXVIII, nell'argomentare l'inutilità della pena di morte, l'illustre autore individua nella "perdita della libertà perpetua" una pena alternativa, maggiormente efficace e crudele della prima. A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 12, cit., p. 4676, analogamente a Beccaria, Francesco Carrara propugnava l'abolizione della pena capitale ritenendo che la pena perpetua realizzasse una maggiore efficacia deterrente.

²⁰⁷ Cfr. V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 207, la Corte non è mai giunta a negare l'ammissibilità della pena custodiale perpetua, ravvisando piuttosto una

detenzione di quarantadue anni subiti dal ricorrente. Nella sintetica motivazione della sentenza, la Corte ferma l'attenzione sul fatto che il protrarsi della detenzione nel tempo deve essere motivato da considerazioni di rischio e pericolosità, legati alla gravità del reato commesso, e sottolinea che l'elemento della pericolosità richiede un continuo scrutinio da parte dei giudici, poiché per sua natura può evolversi nel tempo. La possibilità quindi che la pena non sia immutabile, ma flessibile, e che la sua durata in concreto dipenda dalla personalità del detenuto, permette di affermare che anche una pena detentiva a vita non è in astratto disumana, purché il sistema preveda la sua possibile modificazione.²⁰⁸ Sulla scia di tale pronuncia, la Corte ha dato vita ad un'ampia giurisprudenza in materia di ergastolo, all'interno della quale il *leading case* è rappresentato dalla sentenza *Kafkaris c. Cipro*.²⁰⁹

possibile violazione dell'art. 3 CEDU solo nella negazione della speranza di un rilascio anticipato.

²⁰⁸ Corte EDU, *Léger c. Francia*, sent. 11 aprile 2006, par. 75 ss. Degna di nota è la *dissenting opinion* del giudice Fura Sandström che non si lascia persuadere dal concetto espresso nell'opinione maggioritaria secondo cui «It is enough for the purposes of the Article 3 that a life sentence is *de jure* and *de facto* reducible». Al contrario, ritiene che la detenzione del ricorrente sia diventata arbitraria dopo un certo periodo di tempo e che l'esperienza dimostra che 9-10 anni rappresentano il periodo massimo di restrizione che un individuo può sopportare prima di perdere la sua capacità di reinserimento nella società. Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 243 ss.; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 355-356. L'autrice richiama in materia di sanzioni il caso *Weeks c. Regno Unito*, sent. 2 marzo 1987, in cui la Corte EDU aveva già affermato il principio secondo cui perché una pena sia compatibile con l'art. 3 CEDU deve esservi proporzione tra la gravità del fatto e la sanzione irrogata.

²⁰⁹ Corte EDU, *Kafkaris c. Cipro* (Grande Camera), sent. 12 febbraio 2008. In particolare il par. 99 della sentenza delinea il diritto del condannato all'ergastolo ad una verifica della perdurante necessità della detenzione e l'assenza di un contrasto con l'art. 3 CEDU nel caso sussista la possibilità *de jure* o *de facto* di essere rimesso in libertà. Si segnala la *dissenting opinion* dei giudici Tulkens, Cabral Barreto, Fura Sandström e Spielmann secondo cui nel caso di specie la liberazione anticipata è subordinata ad un provvedimento di grazia rimesso alla valutazione discrezionale del Presidente della Repubblica, istituto peraltro di scarsa applicazione nella prassi. Tali elementi fanno dubitare fortemente del fatto che l'ordinamento cipriota fornisca una concreta

Nel caso di specie viene esclusa la violazione dell'art. 3 CEDU perché la disciplina penitenziaria cipriota prevedeva che il condannato all'ergastolo potesse beneficiare di un provvedimento discrezionale di grazia emesso dal Presidente della Repubblica. Ancora una volta la Corte europea ribadisce che il fattore che deve essere tenuto in considerazione, al fine di valutare nel singolo caso se tale sanzione costituisca un *ill-treatment*, è la sussistenza di concrete speranze di liberazione anticipata per il condannato.

A distanza di quattro anni i giudici convenzionali hanno approfondito il *reasoning* già adottato nel caso *Kafkaris* in una sentenza della quarta sezione *Vinter e altri c. Regno Unito*,²¹⁰ relativa alla compatibilità dell'ergastolo corredato dal c.d. "*whole life order*"²¹¹ con l'art. 3 CEDU. La Corte europea, per valutare il possibile contrasto con tale norma, opera una distinzione tra due momenti: quello dell'irrogazione della pena e della sua

"speranza" di accedere a tale beneficio. I giudici dissenzienti sottolineano che la pena, anche nel caso dell'ergastolo, deve tendere al reinserimento sociale dei condannati. Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p.243; A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4678; C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2012, cit., par.2; F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012, cit., pp.2-3.

²¹⁰ Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2012.

²¹¹ Nel 1965 la pena di morte è stata abolita nell'ordinamento inglese, il quale oggi prevede che coloro che abbiano commesso un *murder* (omicidio particolarmente odioso), come i ricorrenti nel caso di specie, siano obbligatoriamente condannati all'ergastolo. Ai sensi del *Criminal Justice Act* del 2003, il giudice, tenendo conto della gravità del reato, può stabilire una durata della pena minima trascorsa la quale potrà essere valutata la sussistenza delle condizioni per una liberazione anticipata. Nei casi più gravi prescritti dalla legge, il giudice può accompagnare alla pena dell'ergastolo un *whole life order*, che ne estende la durata a tutta la vita del condannato. In quest'ultimo caso la speranza di accedere ad un beneficio è rimessa alla decisione discrezionale del Segretario di Stato, in presenza di circostanze eccezionali. Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza*, cit., p.4.

esecuzione.²¹² Con riferimento al primo, nel verificare se la condanna all'ergastolo sia «*grossly disproportionated to the crime*» afferma che solo laddove la pena risulti eccessivamente e manifestatamente gravosa rispetto al fatto contestato, essa sarà qualificabile come maltrattamento ai sensi della Convenzione, fermo restando che tale sproporzione può ravvisarsi solo in casi limite. In merito al secondo momento, i giudici di Strasburgo stabiliscono che l'ergastolo può considerarsi illegittimo se, esaurita la sua funzione - retributiva, rieducativa o preventiva - non vi siano strumenti che permettano *de jure* o *de facto* una scarcerazione anticipata. In questo caso infatti la pena non sarebbe più giustificata da alcuna finalità e si tramuterebbe in sofferenza gratuita. Nel caso in esame, i giudici europei ritengono che la gravità del reato e le esigenze punitive e preventive giustificano la persistente esecuzione della pena nei confronti dei ricorrenti, pertanto la violazione dell'art. 3 CEDU deve essere esclusa.²¹³

²¹² Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2014, cit., par. 2; F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza*, cit., pp. 5-6. I giudici di Strasburgo fanno proprio il “test di proporzionalità” enunciato dalla *House of Lords* nel caso *Wellington* del 2008, frequentemente usato per giudicare se una pena costituisca trattamento inumano o degradante o se sia contraria alle norme costituzionali equivalenti. Nella fase esecutiva della pena, la Corte aderisce al *dictum* espresso dalla *Court of Appeal* inglese nel caso *Bieber* del 2009 per individuare le due condizioni che devono sussistere perché si ravvisi un contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea. Cfr. R. CHENAL, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte II): la funzione della pena e il valore della dignità umana: l'ergastolo tra retribuzione e rieducazione*, in www.sidi-isil.org, 21 ottobre 2013, pur riconoscendo l'importanza della funzione rieducativa della pena, la Corte non le aveva mai attribuito il ruolo dominante di limite alle altre funzioni, in particolare a quella retributiva.

²¹³ La decisione viene adottata dalla maggioranza di quattro giudici su sette. I dissenzienti ancorano la loro *dissenting opinion* sulla mancanza di un meccanismo giurisdizionale per verificare la perdurante necessità dell'esecuzione della pena trascorso un certo lasso di tempo. Essi ravvisano nella pena detentiva perpetua un trattamento inumano e degradante poiché le *chances* di liberazione anticipata sono teoriche e per di più applicabili solo in casi estremi. Cfr. A. MASCIA, *La condanna all'ergastolo intesa come*

Poco più di un anno dopo, la Corte, nella sua più autorevole formazione, pronunciandosi nuovamente sul caso *Vinter*, opera un importante *renvirement* giurisprudenziale.²¹⁴ Il nuovo indirizzo interpretativo ruota attorno al valore fondamentale della *dignità umana* e all'esigenza di far sì che la sanzione risulti sempre giusta e proporzionata, anche a seguito di mutamenti positivi nella personalità del reo, nella convinzione che anche al peggiore degli assassini debba essere offerta la possibilità di correggersi e la prospettiva di essere rimesso in libertà. Rilevando nel caso di specie una violazione dell'art. 3 CEDU, i giudici europei richiedono, perché l'ergastolo sia compatibile con la Convenzione, l'esistenza di un meccanismo di riesame, che permetta di valutare la legittimità della protrazione della pena al fine della risocializzazione del condannato, e che, laddove una giustificazione non sussista più, vi siano strumenti effettivamente fruibili che garantiscano il "diritto alla speranza" di ottenere una scarcerazione preventiva.²¹⁵

D'altronde come si potrebbe pretendere il ravvedimento di un detenuto e il suo reinserimento nel tessuto sociale se egli è condannato ad un "fine pena mai"? L'ergastolano ha il diritto di sapere, nello stesso momento in cui la sua condanna viene

trattamento inumano e degradante sarà esaminata dalla C.E.D.U. in Grande Camera nel caso Vinter e altri c. Regno Unito, www.anotnellamascia.wordpress.com, 28 novembre 2012.

²¹⁴ Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito* (Grande Camera), sent. 9 luglio 2013.

²¹⁵ Cfr. A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4678, del meccanismo di revisione della pena, di natura amministrativa o giurisdizionale, la Corte individua i connotati essenziali, dettagliatamente richiamati dall'autore. R. CHENAL, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte I): quali limiti al controllo della Corte europea dei diritti umani?*, in www.sidi-isil.org, 18 ottobre 2013; C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità*, cit., par. 3, i giudici europei sottolineano la necessità che esista nell'ordinamento giuridico degli Stati una "prospettiva di rilascio e una

pronunciata, quale percorso di riabilitazione dovrà intraprendere e quali sono le condizioni per riottenere la libertà.²¹⁶

3.1.1 - Quando la giurisprudenza convenzionale sull'ergastolo s'intreccia con i principi sanciti dalla Corte in materia di estradizione

Come già accennato in precedenza, la Corte europea ha riconosciuto in diverse circostanze violazioni indirette dell'art. 3 CEDU con particolare riferimento ai casi di estradizione, espulsione o allontanamento dal territorio di uno Stato parte. Si tratta di casi di applicazione extraterritoriale della Convenzione in cui i giudici di Strasburgo sono chiamati a valutare la legittimità del trattamento sanzionatorio previsto nello Stato terzo di destinazione.²¹⁷ Diverse sono le pronunce in cui il principio enunciato nel caso *Vinter*, in base al quale il diritto alla speranza di essere rimesso in libertà sorge al momento in cui la pena dell'ergastolo è inflitta, s'intreccia con la disciplina e la giurisprudenza della Corte in materia di estradizione.

Nel caso *Harkins e Edwards c. Regno Unito* la Corte rigetta il ricorso dei due detenuti contro la decisione del governo inglese di estradarli negli Stati Uniti, dove sarebbero stati condannati

possibilità di revisione” perché una sentenza d'ergastolo possa considerarsi in armonia con l'art. 3 CEDU.

²¹⁶ Cfr. R. CHENAL, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte II)*, cit., l'autore nota l'interessante richiamo da parte dei giudici europei del ragionamento delle Corti costituzionali tedesca e italiana che fondano le loro valutazioni di legittimità costituzionale dell'ergastolo sul principio del rispetto della dignità umana, dell'importanza del fine rieducativo della pena e del diritto alla speranza ad una liberazione anticipata.

all'ergastolo "without parole".²¹⁸ L'iter argomentativo adottato dai giudici si fonda innanzitutto sulla considerazione della proporzionalità della pena rispetto al reato,²¹⁹ e vista l'elevata gravità dei fatti commessi dai ricorrenti non è ravvisabile una macroscopica sproporzione della pena prevista; in secondo luogo la Corte osserva che non è possibile affermare con certezza che la prosecuzione della pena in futuro non sia giustificata dagli scopi della stessa, né che i governatori degli Stati destinatari non faranno uso dei loro poteri discrezionali di grazia. La Corte tuttavia precisa che la Convenzione europea non può imporre a Stati terzi gli stessi rigorosi standard che vincolano gli Stati parte. Pertanto nel valutare il livello minimo di gravità del trattamento che il detenuto rischia di subire nel Paese terzo a seguito dell'extradizione si deve effettuare un "test differenziato".

Analogo ragionamento anima la sentenza *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*²²⁰ concernente soggetti accusati di terrorismo

²¹⁷ Sulla compatibilità dell'extradizione, anche verso uno Stato terzo, con il divieto ex art. 3 CEDU, cfr. *Soering c. Regno Unito*.

²¹⁸ Si tratta di una forma di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, in cui l'unica via di accesso per un rilascio preventivo dipende dall'esercizio del potere di clemenza da parte del Governatore dello Stato. Sull'applicazione dei principi enunciati nelle sentenze *Kafkaris e Vinter* alle procedure di estradizione, cfr. A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4679; VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza*, cit., p. 7 ss.

²¹⁹ Corte EDU, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2012. Il primo ricorrente era accusato di *felony murder*, e cioè di omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di un altro delitto (rapina a mano armata nel caso di specie); il secondo di omicidio volontario commesso all'età di diciannove anni. Per entrambi i reati era prevista rispettivamente negli ordinamenti della Florida e del Maryland la pena dell'*ergastolo without parole*.

²²⁰ Corte EDU, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, sent. 10 aprile 2012. Per un esame dettagliato della sentenza cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, cit., par. 4ss., l'autore procede ad un accurato commento del caso ed enuclea, come ha fatto in precedenza, due diversi standard di tutela a fronte della violazione potenziale dell'art. 3 CEDU, con la conseguente individuazione di un diverso grado di cogenza delle garanzie convenzionali, anche quando viene in gioco una norma fondamentale dal carattere assoluto ed

internazionale la cui estradizione negli Stati Uniti non comporta, secondo la Corte, una violazione indiretta dell'art. 3 CEDU da parte del governo britannico.

Tale orientamento solleva alcune perplessità, con particolare riguardo al criterio enunciato dai giudici convenzionali secondo cui nei casi di estradizione grava sul ricorrente l'onere di dimostrare che la protrazione dell'ergastolo non sia più funzionale ad alcuno dei suoi legittimi scopi. Come può l'estradando fornire una tale prova nell'ambito di una procedura di estradizione, in cui l'esecuzione della pena non è ancora iniziata? In tale ipotesi è possibile solo effettuare una valutazione prognostica sul serio rischio dell'inutilità della pena. Problema ulteriore è che laddove si concretizzi in futuro una violazione dell'art. 3 CEDU, il condannato, estradato in un Paese terzo, non vincolato alla Convenzione, non avrà alcun rimedio per ottenere tutela del proprio diritto ormai irrimediabilmente violato.²²¹

La giurisprudenza di Strasburgo in materia continua a riecheggiare in recentissime pronunce che ne testimoniano l'attualità e l'interesse. La Corte è tornata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'extradizione ai fini dell'esecuzione di una sentenza di ergastolo priva, o con possibilità solo teoriche, di liberazione anticipata con l'art. 3 CEDU nei casi *Öcalan c. Turchia*²²² e *Trabelsi c. Belgio*.²²³

Nella prima sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha deliberato all'unanimità che la condanna all'ergastolo inflitta al ricorrente viola l'art. 3 CEDU poiché la legge turca non prevede,

inderogabile, come quella che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.

²²¹ Cfr. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza*, cit., p. 15; A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4680.

²²² Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, sent. 18 marzo 2014.

²²³ Corte EDU, *Trabelsi c. Belgio*, sent. 4 settembre 2014.

trascorso un certo periodo di tempo, un meccanismo di riesame per valutare che i motivi che giustificano la detenzione siano ancora attuali. I giudici concludono la sentenza in maniera peculiare, richiamando una verso dell'Inferno, Canto III della Divina Commedia di Dante, al fine di ribadire le proprie convinzioni sulla disciplina dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale : «*les prisons ne devraient pas être comme les portes de l'enfer, où se réaliseraient le mots de Dante: lasciate ogni speranza, voi ch'entrate*». ²²⁴

La decisione sul caso *Trabelsi* ha ad oggetto l'extradizione di un cittadino tunisino. arrestato in Belgio per sospettate attività terroristiche attuate anche nei confronti dell'ambasciata statunitense a Parigi. Contravvenendo all'ordine della Corte di sospendere il procedimento di estradizione, lo Stato belga ha consapevolmente abbassato il livello di tutela dei diritti di cui all'art. 3 CEDU. I giudici europei hanno successivamente riscontrato una violazione di tale disposizione nel caso di specie, ritenendo che le prospettive di liberazione anticipata offerte dal governo statunitense non sono concrete ed effettive, ma vaghe e generiche e pertanto non consentono al condannato di conoscere in anticipo tempi e modalità della liberazione stessa. Tale valutazione di incompatibilità con la Convenzione risulta del tutto inutile ad

²²⁴ Per un breve commento alla sentenza cfr. *Caso Öcalan: la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.giurisprudenzapenale.com, 9 aprile 2014; *La Turchia condannata da Strasburgo per come ha trattato Abdullah Öcalan*, in www.archivio.internazionale.it, 19 marzo 2014. Il leader curdo era stato condannato alla pena di morte nel 1999, poi commutata in ergastolo nel 2002, dopo l'abolizione in Turchia della pena capitale. Öcalan è stato condannato a scontare la sua pena nel carcere di massima sicurezza situato nell'isola di Imrali, senza la possibilità di ottenere sconti di pena o libertà vigilata. Cfr. anche A. MASCIA, *Ergastolo come trattamento inumano, la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la Turchia nel caso Öcalan*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 13 ottobre 2014.

estradizione avvenuta, dal momento che il ricorrente, trovandosi in uno Stato terzo, non dispone di rimedi effettivi a tutela dei suoi diritti fondamentali in caso di future violazioni degli stessi.²²⁵

3.1.2 - La pena dell'ergastolo in Italia e il regime di detenzione speciale previsto all'art. 4 bis ord. penit.

A livello nazionale, per valutare la conformità dell'ergastolo a Costituzione, è necessario individuare «l'orizzonte costituzionale cui tutte le pene devono tendere» per capire se esso permette quel reinserimento nel tessuto sociale del reo che la nostra Carta fondamentale, ai sensi dell'art. 27 comma 3, non preclude a nessuno. Proprio sulla possibilità di conciliare tale pena, definita perpetua all'art. 22 c.p., con il fine rieducativo della pena, si è pronunciata la Consulta con la sentenza n. 264/1974. Nella *ratio decidendi* la Corte costituzionale afferma che l'ergastolo non viola la Costituzione perché, per come previsto dalla L. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario, non può definirsi pena perpetua, stante l'esistenza di una serie di benefici penitenziari che fanno della possibilità per il condannato di essere rimesso in libertà un dato giuridico certo, trasformando la natura perpetua dell'ergastolo in temporanea.²²⁶ Il principale istituto che rende l'ergastolo non

²²⁵ Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità*, cit. par. 4.

²²⁶ Corte cost., sent. n. 264/1974. Cfr. F. DE CAROLIS, *Uno Stato che non rispetta la sua legalità. Intervista a Andrea Pugiotto*, in www.unacitta.it, n. 215/2014; D. PIANCONE, *Ergastolo, un dibattito senza fine*, in www.libertiamo.it, 22-23 ottobre 2014, il giudice delle leggi, con la sentenza di rigetto in questione, afferma che il problema è superabile in virtù del principio della polifunzionalità della pena, la quale non ha il solo fine di rieducare, ma

contrastante con i principi costituzionali è la liberazione condizionale, disciplinata all'art. 176 c.p., cui il condannato può accedere trascorsi 26 anni di detenzione, qualora abbia dato prova del suo ravvedimento, frutto di una costante e progressiva buona condotta.²²⁷

L'art. 27 Cost. è ben più complesso poiché, in aggiunta a quanto detto fin'ora, prevede che la pena non deve consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, e cioè contrari a quella dignità umana cui si riferisce anche la Corte di Strasburgo. Una pena che non ha mai fine azzera la dignità della persona, uccide le speranze di una vita normale, avvicinandosi alla pena di morte.²²⁸ Finalità

anche una funzione general-preventiva di neutralizzazione di quei delinquenti che ledono beni giuridici fondamentali e nei cui confronti è necessario adottare strumenti di difesa sociale particolarmente incisivi. Sulla compatibilità tra tale sanzione e il sistema giuridico interno cfr. Corte cost., sent. 27 giugno 1974, n. 204; 14 luglio 1976, n. 192; 21 settembre 1983, n. 274; 4 giugno 1997, n. 161. Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013, cit., p. 5; A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4688. Cfr. Cass. pen., sez. I, 22 agosto 2012, n. 33018 in cui la Suprema Corte testualmente afferma che «l'ergastolo nella concreta realtà ha cessato di essere una pena perpetua e non può dirsi contraria al senso di umanità o ostativa alla rieducazione del condannato; e ciò non solo per la possibilità della grazia, ma altresì per la possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera, in virtù degli istituti del vigente diritto penitenziario».

²²⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza*, cit., pp. 1-2; ; A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., pp. 4688-4689. Il periodo di 26 anni può essere ridotto in caso di operatività del meccanismo della liberazione anticipata, che consente la detrazione di ulteriori 45 giorni per ogni semestre, laddove il detenuto ha effettivamente partecipato al processo di rieducazione. Il soddisfacimento di quest'ultima condizione gli permette di beneficiare, laddove ricorrano i presupposti, anche di permessi premio, del lavoro all'esterno del carcere e della semilibertà.

²²⁸ Cfr. S. MARIETTI, *Da Beccaria a Bergoglio: abolite l'ergastolo*, in www.pagina99.it, 24 ottobre 2014; A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., p. 18, si fonda su quest'orientamento la legge di revisione costituzionale n.1/2007, che ha modificato il comma 4 dell'art. 27 Cost. abolendo la pena di morte e assicurando a livello nazionale uno standard di tutela dei diritti umani piuttosto elevato. Tale scelta abolizionista va letta alla luce della piena adesione del nostro ordinamento al principio secondo cui "nessuna persona è mai persa per sempre". Inoltre sono degne di nota, in tema di ergastolo, le recenti acquisizioni scientifiche. Partendo dal presupposto che il nostro cervello è in

rieducativa e natura umanitaria della pena rappresentano dunque principi inscindibili «in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro».²²⁹

La domanda allora sorge spontanea: quando l'ergastolo può dirsi davvero perpetuo e sollevare questioni di compatibilità con l'ordinamento costituzionale? La disciplina che viene in rilievo è quella del c.d. *ergastolo ostativo*²³⁰ ex art. 4 bis ord. penit. che detta una regolamentazione differenziata per gli autori di alcuni gravi reati associativi, in particolare relativi al terrorismo e alla criminalità organizzata, subordinando l'accesso ad una serie di benefici penitenziari alla *collaborazione con la giustizia* ai sensi dell'art. 58 ter ord. penit.²³¹

grado di rinnovarsi nel tempo, bisogna dedurre che ogni persona ha la possibilità di cambiare nel tempo sia grazie alle esperienze di vita che al ricambio neuronale. Dopo anni di detenzione l'ergastolano sarà di sicuro diverso, ciò che si condanna dell'ergastolo è di negare *ex ante* quel processo evolutivo che conduce alla rieducazione dell'individuo.

²²⁹ Corte cost., sent. n. 279/2013.

²³⁰ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc.4, p. 1220; R. CHENAL, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte II)*. IL SOCIALE, *Che cos'è l'ergastolo ostativo?* in www.affaritaliani.it, 30 novembre 2011, l'ergastolo ostativo viene definito come «quello che ti condanna a morte facendoti restare vivo, senza nessuna speranza». La L. 356/1992 ha introdotto nel sistema di esecuzione delle pene detentive un doppio binario: per alcuni delitti di particolare allarme sociale il legislatore ha previsto un regime speciale che vieta l'accesso ai benefici in mancanza di collaborazione. Se l'ergastolano del passato, anche se sottoposto alla tortura dell'incertezza, poteva sperare di non morire in carcere; dal 1992 è prevista la «pena di morte viva».

²³¹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, 2014, cit., p.119, la norma è stata introdotta nel sistema penitenziario per prevedere un trattamento speciale per gli autori dei reati della criminalità organizzata. A seguito dell'estensione del suo ambito applicativo, l'art. 4 bis ord. penit. ha perso la sua connotazione originaria e «si è trasformato in uno strumento essenzialmente politico, funzionale a placare l'allarme sociale attraverso la creazione di percorsi penitenziari intra-murari» da applicare ai tipi di autori ritenuti più pericolosi per la società.

Evidente il paradosso: se da un lato si può affermare che l'ergastolo non è più una pena senza fine, dall'altro emerge che, in alcuni casi, la fine della pena non opera automaticamente, ma solo in virtù di un comportamento qualificato di collaborazione «oggettivamente non irrilevante» con la giustizia, ossia effettivamente utile per lo sviluppo delle indagini e per l'accertamento dei fatti e delle responsabilità. Il reo ha la facoltà di “scegliere” se mettere a disposizione le informazioni in suo possesso, contribuendo alla repressione della criminalità, oppure restare reticente, accettandone tutte le conseguenze. Non si tratta di una scelta spontanea, ma di un vero e proprio ricatto operato dallo Stato, peraltro infruttuoso sotto il profilo rieducativo.²³²

L'aspetto drammatico dell'ergastolo ostativo è che fonda la differenziazione del trattamento su presunzioni assolute di pericolosità che rendono “non operativo” nei confronti degli *ergastolani non collaboranti* quel percorso di risocializzazione, più volte valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n.313/1990.²³³ Questo regime penitenziario difficilmente si inserisce in un sistema espressamente ispirato alla funzione

²³² Cfr. D. PIANCONE, *Ergastolo*, cit., la Corte cost. nella sentenza n. 273/2001 ha stabilito che la collaborazione, come condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, è criterio legale di valutazione del ravvedimento del condannato. Ha inoltre affermato, in diverse occasioni, che lo scambio collaborazione-fruizione dei benefici ha senso solo se la prima sia oggettivamente esigibile, ad esempio perché non impossibile o non rilevante. Per ripercorrere in modo dettagliato le principali modifiche apportate alla disciplina ex art. 4 bis ord. penit. dalla L. 23 dicembre 2002, n. 279, cfr. M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003, fasc.1, p.423 ss. L'autore precisa che, a prescindere dalle esigenze di sicurezza, è necessario rispettare la dignità anche di soggetti detenuti per reati gravissimi.

²³³ Cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1221; ID., *L'ergastolo ostativo*, in *Criminalia*, 2010, pp. 675-676; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, Giuffrè, 2007, cit., p. 16-17; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 119-120.

rieducativa della pena e stride con il dettato costituzionale sotto diversi profili:²³⁴

- non può ritenersi ammissibile, in base alla nostra Carta costituzionale, un regime giuridico che annulla gli effetti positivi di un trattamento penitenziario che si è concretamente realizzato;
- la collaborazione non è necessariamente segno di un sincero ravvedimento e di un'avvenuta rieducazione del reo, al contrario può essere il frutto di mere scelte utilitaristiche;
- in virtù del principio processuale *nemo tenetur se detegere* (principio di non autoincriminazione), il condannato dovrebbe poter scegliere, anche nella fase esecutiva, liberamente e spontaneamente di collaborare senza che tale possibilità si trasformi in un dovere a cui adempiere per usufruire dell'ordinario regime di benefici;
- è necessario che vengano considerati rilevanti i motivi della non collaborazione, dato che tale condotta potrebbe essere animata dalla paura di ledere l'incolumità dei familiari, o dal fine di evitare di mettere un'altra persona in carcere al proprio posto;
- la mancata collaborazione produce effetti in *malam partem* nei confronti dell'ergastolano, comportando un aggravamento della pena il cui ambito applicativo dovrebbe essere già stato definito al momento della condanna;

²³⁴ Sui profili di contrasto con la Costituzione dell'istituto dell'ergastolo ostativo, cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1221 ss.; A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., p. 12 ss.

- si tratta di una pena fissa, caratterizzata da un rigidità edittale che non permette di adeguare la risposta punitiva al caso concreto e quindi è contrario al principio secondo cui la responsabilità penale è personale. Per di più crea una disparità di trattamento tra i detenuti la cui condanna dipende non dalla gravità del fatto commesso, ma dalla durata della loro vita;
- il nostro ordinamento non ammette trattamenti sanzionatori irreversibili, a prova di errore giudiziario. Se si parte dunque dal presupposto che esiste sempre un margine di rischio di condannare un innocente, allora nessuno dovrebbe essere punito in maniera irrimediabile.

A fronte di un quadro siffatto, l'unico elemento "a favore" è che l'art. 4 bis ord. penit. fa salva l'applicabilità della liberazione anticipata, a parità di condizioni con gli altri condannati, anche al detenuto non collaborante.²³⁵ Per il resto, l'ergastolo ostativo sembra presentare diversi profili di dubbia legittimità costituzionale a cui è necessario porre rimedio.²³⁶ È opportuno sottolineare che

²³⁵ Corte cost., sent. n. 306/1993, secondo la Corte la possibilità di concedere il beneficio della liberazione anticipata al condannato non collaborante, che ha comunque dato prova di partecipare all'opera di rieducazione, è indice di un parziale recupero della finalità rieducativa della pena. Sull'applicabilità del beneficio ex art. 54 ord. penit., cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., pp. 1227-1228, La Corte cost., nel valutare se tale strumento premiale fosse adeguato a rispettare il dettato costituzionale e gli impegni internazionalmente assunti, ha affermato che esso rappresenta una "valvola di sfogo" che garantisce la compatibilità dell'intera disciplina con la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, 3 Cost.

²³⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio*, cit., p. 16, l'ergastolo ostativo è incostituzionale tanto quanto la pena capitale, poiché entrambe rappresentano una cancellazione del futuro, la privazione di ogni speranza. È stato definito "pena di morte nascosta" giacché colui che vi è condannato gode solo di una *spes beneficii* che può anche non realizzarsi mai; ID., *Il volto costituzionale*, cit., p. 7; ID., *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in *Studium Iuris*, 2012, fasc. 1, l'autore nell'affrontare i riflessi che il regime dell'ergastolo produce

oggi tale materia può essere valutata anche alla luce di un contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione al "parametro interposto" costituito dall'art. 3CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.²³⁷

È evidente la contraddizione che sta vivendo il nostro Paese in cui, pur non essendoci più la pena di morte, esiste ancora la pena *fino* alla morte, vedi l'ergastolo nelle sue diverse varianti, e la morte *per* pena, tenendo in considerazione il drammatico fenomeno dei suicidi in carcere. Nell'ottica di tutelare il valore inalienabile della dignità della persona, è necessario che gli Stati democratici agiscano come tali, anche quando si tratta di sanzionare i responsabili di reati di elevato allarme sociale.

Sarebbe auspicabile un generale ripensamento del sistema che ne dia una lettura conforme sia alla Costituzione che alla Convenzione europea, poiché precludere ad un condannato ogni speranza di riabilitazione rappresenta un'autentica "morte civile", meno cruenta ma di fatto non meno inumana di quella fisica.²³⁸

Su questa linea d'azione si è mossa la Commissione Palazzo che ha elaborato proposte di interventi anche per la revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte degli ergastolani ostativi per il solo fatto della loro mancata

sui procedimenti abbreviati che si concludono con la condanna a tale pena, ai sensi del ddl. A.S. n. 2567, esorta l'Italia ad occuparsi del nodo irrisolto dell'abrogazione dell'ergastolo. Cfr. anche A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4690-4691; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1222 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p.120, l'autrice evidenzia le ulteriori perplessità che la disciplina dell'ergastolo ostativo pone in relazione al beneficio della *liberazione anticipata speciale*, prevista all'art. 4, d.l. 146/2013, che prevede una detrazione di 75 giorni per ogni semestre di pena scontata. Ci si domanda se la scelta del legislatore di escludere la sua applicazione ai condannati ai sensi dell'art. 4 bis ord. penit. sia conforme a Costituzione.

²³⁷ Ancora una volta viene in soccorso il consolidato orientamento della giurisprudenza europea secondo cui il divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti non è soggetto a bilanciamento con altri valori, neanche con quelli relativi alla lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata.

collaborazione. Partendo da considerazioni di ordine generale in base a cui la collaborazione non è indice certo di rieducazione e tale preclusione rende la pena inevitabilmente perpetua, vi sono sufficienti ragioni per trasformare «la presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta a relativa», senza procedere alla secca abrogazione dell'ergastolo che produrrebbe enormi conseguenze in seno all'opinione pubblica.²³⁹

§ 3.2 - L'ammissibilità del 'carcere duro' del 41 bis secondo la giurisprudenza di Strasburgo

L'art. 41 bis, comma 2 ord. penit.²⁴⁰ prevede uno regime di detenzione particolarmente afflittivo atto a neutralizzare, anche

²³⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza*, cit., p. 16.

²³⁹ Cfr. F. DE CAROLIS, *Uno Stato che non rispetta*, in un contesto in cui le pene rappresentano un "medium comunicativo" manipolabile ad arte e catalizzatore delle ansie sociali, l'ergastolo, la massima tra le pene, non può essere facilmente cancellato. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014, cit., par.2, la Commissione Palazzo è una commissione studio nominata dal Ministro della giustizia Cancellieri per individuare proposte e direttive in tema di sistema sanzionatorio.

²⁴⁰ Sull'origine del regime speciale del 'carcere duro' e i suoi tratti essenziali, cfr. M. PALMA, *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in F. Corleone - A. Pugiotto, *Volte e maschere della pena e giustizia ripartiva*, Roma, Ediesse, 2013, cit., p. 199 ss.; S. ARDITA, *Il regime detentivo*, cit., p. 8 ss. La legge Gozzini 663/1986, di riforma della materia penitenziaria, ha introdotto l'art. 41 bis, disposizione che storicamente nasce a cavallo tra la fase finale dell'emergenza terroristica e l'emersione del fenomeno mafioso degli anni Ottanta. L'art. 41 bis comma 1 si innesta sull'art. 90 ord. penit. che già prevedeva la «sospensione temporanea delle ordinarie regole di trattamento all'interno di un istituto penitenziario, in presenza di gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica». Con la decretazione d'urgenza (dl.306/1992 convertito in L.356/1992) viene introdotto il comma 2 che interviene sulle situazioni di pericolo *esterne* al carcere, con lo scopo di recidere ogni forma di contatto tra gli esponenti di spicco delle associazioni criminali detenuti in carcere e il mondo esterno, prevenendo la *perpetuatio delicti*. La legge n. 279/2002 ha poi provveduto a fornire una completa regolamentazione a tale istituto, inserendolo a pieno titolo nell'ordinamento giuridico penitenziario, trasformandolo da regime emergenziale straordinario ad

nella fase dell'esecuzione penale, la pericolosità criminale derivante dal titolo di reato commesso e a recidere ogni possibilità di collegamento con la criminalità organizzata. La sospensione delle ordinarie regole trattamentali mira a rafforzare la funzione custodialistica del carcere e ad incentivare il "pentimento" attraverso l'applicazione di un regime differenziato.

L'art. 41 bis, comma 2, nella sua formulazione originaria, presentava molti aspetti contrastanti tanto con la Costituzione che con la Convenzione europea. La Consulta ha, in diverse occasioni, affrontato il problema della legittimità costituzionale del 'carcere duro',²⁴¹ ridisegnandone le modalità applicative e adeguandola alle necessarie e imprescindibili garanzie dello Stato di diritto.

Le perplessità circa la conformità del 41 bis con il principio di umanità della pena hanno portato molti detenuti a rivolgersi alla Corte di Strasburgo affinché verificasse la compatibilità di tale regime restrittivo con le norme della Convenzione. Investiti, nel caso *Natoli c. Italia* per valutare se il trattamento imposto era

istituto ordinario. Sulla stabilizzazione della disciplina in esame ad opera della L. 279/2002, cfr. M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana*, cit., p.418; E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, cit., pp. 1243-1244.

²⁴¹ In merito agli aspetti problematici del 41 bis che hanno costituito oggetto di intervento della Corte costituzionale, cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo*, cit., p. 20 ss; M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana*, cit., pp. 418-419. Cfr. Corte cost., sent. nn. 349/1993; 410/1993; 351/1996. Particolarmente significativa è la sentenza n. 376/1997 in cui il giudice delle leggi precisa che la libertà personale dei detenuti non può essere ristretta in misura ulteriore rispetto a quella già insita nello stato di detenzione e il trattamento penitenziario non può essere contrario al senso di umanità né vanificare la finalità rieducativa della pena. È inoltre necessario garantire l'attuazione del trattamento di risocializzazione con «attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere». Cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., pp. 1248-1249; M. PALMA, *Il regime del 41-bis*, cit., p. 203 ss. l'autore indaga la possibile assenza in tale regime del fine rieducativo, sebbene il Giudice delle leggi abbia più volte escluso in maniera sbrigativa l'esistenza di un contrasto con l'art. 27,3 Cost. Secondo la Corte, per i detenuti soggetti a tale regime, deve essere realizzato

contrario all'art. 3 CEDU, i giudici europei hanno dichiarato il ricorso irricevibile affermando che la sottoposizione a tale regime «non raggiunge la soglia minima di gravità necessaria affinché si configuri un trattamento inumano o degradante e che le restrizioni applicate sono severe, ma proporzionate alla gravità dei reati commessi».²⁴² La Corte osserva che la normativa in questione «non realizza alcuna forma di isolamento sociale né la totale impossibilità di lavorare e di svolgere altre attività». Con motivazioni analoghe, la Corte europea si è pronunciata su una serie di ricorsi successivi²⁴³ fino ad affermare il principio secondo cui «l'isolamento sociale relativo», in cui il regime del 41 bis si concreta, non viola l'art. 3 della Convenzione. Tale conclusione è stata ribadita anche nel recente caso *Bagarella c. Italia* in cui i giudici convenzionali hanno affermato che solo l'isolamento sensoriale e sociale completo è capace di distruggere la personalità

un percorso di riabilitazione *ad hoc*, rispettoso sia delle esigenze di scurezza che del senso di umanità.

²⁴² Corte EDU, *Natoli c. Italia*, sent. 9 gennaio 2001. Cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 241, le misure severe adottate si giustificano alla luce di esigenze di tutela dell'ordine pubblico e garanzia della sicurezza dello Stato. S. ARDITA, *Il regime detentivo*, cit., pp. 32-33; C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in www.rassegnapenitenziaria.it, cit., p. 6; E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., p. 1265; M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana.*, cit., p. 420, le misure disposte nel caso di specie sono le perquisizioni preliminari ai colloqui, limitazioni alle visite dei familiari, censura della corrispondenza. N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 12, p. 4933 ss., la limitazione di alcuni diritti, attraverso l'applicazione dei regimi detentivi speciali, è giustificata da esigenze di ordine, sicurezza pubblica e prevenzione dei reati.

²⁴³ Cfr. a titolo esemplificativo, Corte EDU, *Messina c. Italia*, sent. 28 settembre 2000; *Ganci c. Italia*, sent. 30 ottobre 2003; *Madonia c. Italia*, sent. 6 luglio 2004; *Musemici c. Italia*, sent. 11 gennaio 2005; *Gallico c. Italia*, sent. 28 giugno 2005; *Viola c. Italia*, sent. 29 giugno 2006; *Attanasio c. Italia e Schiavone c. Italia*, sent. 13 novembre 2007.

del detenuto e costituisce una forma di trattamento inumano ingiustificabile.²⁴⁴ In due famose pronunce, *Labita e Indelicato c. Italia*, è stata riscontrata invece una violazione indiretta dell'art. 3 CEDU, sotto il profilo procedurale, per la mancanza di indagini effettive da parte delle autorità italiane sui contestati maltrattamenti subiti dai ricorrenti detenuti.²⁴⁵

La Corte europea è inoltre intervenuta, in via correttiva, su singoli aspetti della disciplina contrastanti con altri principi convenzionali.²⁴⁶ In alcuni casi il regime speciale in questione è stato ritenuto incompatibile con le precarie condizioni di salute del detenuto, affetto da gravi patologie. In siffatte situazioni, dall'art. 3 non si può dedurre l'obbligo di rilasciare il soggetto interessato per motivi di salute né di trasferirlo in un ospedale civile. Tuttavia la prassi mostra che, nella valutazione del caso concreto, l'età e lo stato di salute sono fattori rilevanti al fine di stabilire la

²⁴⁴ Corte EDU, *Bagarella c. Italia*, sent. 15 gennaio 2008. Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., pp. 360-361; E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., p. 1267; V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 206.

²⁴⁵ Corte EDU, *Labita c. Italia*, sent. 6 aprile 2000; *Indelicato c. Italia*, sent. 18 ottobre 2001. Cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., p. 1270. L'autore afferma che, laddove vi siano elementi che facciano ritenere che i detenuti sottoposti al 41 bis siano soggetti a maltrattamenti, si potrebbe ritenere giustificato un rifiuto di estradizione o di espulsione verso l'Italia di individui condannati a tale regime, per evitare una violazione indiretta dell'art. 3 CEDU.

²⁴⁶ Cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo*, cit., p.36 ss.; E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., p. 1264; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 369. Si fa riferimento ai ricorsi in cui veniva lamentata dai detenuti al 41 bis una violazione dell'art. 8 CEDU in merito al controllo della corrispondenza. Sul punto, i giudici europei hanno statuito che ogni eventuale limitazione di tale diritto, anche se persegue lo scopo legittimo di ridurre al minimo il rischio di contatti tra i detenuti e le organizzazioni criminali di appartenenza, richiede sempre un fondamento legale. Con riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU, cfr. ad esempio Corte EDU, *Diana c. Italia*, sent. 15 novembre 1996; *Rinzivillo c. Italia*, sent. 21 dicembre 2000; *Di Giovine c. Italia*, sent. 20 luglio 2001; *Ospina Vargas c. Italia*, sent. 14 ottobre 2004; *Ercolano c. Italia*, sent. 8 gennaio 2008.

compatibilità della detenzione con il dovere di protezione dell'integrità fisica sancito dalla CEDU.²⁴⁷

Sembra che, pur essendo estremamente severo, tale regime di rigore nella sua configurazione astratta non sia contrario al divieto sancito dall'art. 3 CEDU. I giudici convenzionali, come abbiamo visto, hanno mantenuto un orientamento costante circa la legittimità degli obiettivi perseguiti dall'art. 41 bis, in considerazione anche delle sentenze della Corte costituzionale in materia.²⁴⁸ Eppure, sebbene le pronunce della Corte EDU sembrano avallare la compatibilità del 'carcere duro' con l'art. 3 CEDU, aspre critiche provengono sia dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura che dalla dottrina.

Il CPT nel corso del 1995 effettuò una visita nelle carceri italiane in cui verificò per la prima volta le condizioni di detenzione dei soggetti sottoposti a tale regime detentivo.²⁴⁹ La delegazione rilevò che i detenuti erano privati dei programmi di attività e tagliati

²⁴⁷ Sul problema della compatibilità della detenzione con uno stato di salute gravemente compromesso, cfr. Corte EDU, *Price c. Regno Unito*, sent. 10 luglio 2001; *Mouisel c. Francia*, sent. 14 novembre 2002; *Martinelli c. Italia*, sent. 24 gennaio 2006; *Vincent c. Francia*, sent. 24 ottobre 2006. Da ultimo, *Enea c. Italia*, (Grande Camera), sent. 17 settembre 2009, il ricorrente tetraplegico, sottoposto al regime di 41 bis, aveva chiesto invano la sospensione della pena per ragioni di salute, ottenendo solo il trasferimento nel reparto ospedaliero del carcere. La sospensione è stata concessa solo in seguito ad un intervento chirurgico nel 2008. Cfr. il caso recente e che ha avuto ampia diffusione mediatica relativa a Totò Riina, la cui difesa si è appellata alla Corte europea chiedendo la revoca del trattamento di rigore alla luce dello stato di salute e delle patologie di cui soffriva il boss di Cosa Nostra.

²⁴⁸ Cfr. E. FONTANELLI, *L'art. 41-bis l. 354/1975 come strumento di lotta contro la mafia*, in www.altrodiritto.unifi.it, cit., cap. 3, par. 8, richiama la decisione della Corte EDU, *Natoli c. Italia*, sent. 18 maggio 1998, in cui i giudici affermano che tale regime «non va al di là di quanto, in una società democratica, è necessario alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati».

²⁴⁹ Rapporto al governo italiano relativo alla visita effettuata dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti in Italia dal 22 ottobre al 6 novembre 1995, pubblicato il 4 dicembre 1997.

completamente fuori dal mondo esterno; inoltre la durata prolungata delle restrizioni produceva effetti dannosi e spesso irreversibili a livello sociale e mentale.²⁵⁰ L'intervento delle autorità italiane per rendere il regime carcerario speciale meno restrittivo rispetto al passato non risultò pienamente soddisfacente. Lo testimonia il successivo Rapporto del CPT relativo alla visita effettuata in Italia nel 2000: questa volta a preoccupare la delegazione è la legittimità di un sistema detentivo eccezionale, concepito in origine come un sistema temporaneo, ma ancora vigente.²⁵¹

A ciò si aggiungono le critiche di parte della dottrina italiana che continua ad affermare che il 'carcere duro' si caratterizza per un livello di afflittività tale da porre in dubbio il rispetto della dignità della persona e, in generale, dei diritti inviolabili dell'uomo, tutelati dalla Costituzione e dalle norme internazionali a tutela dei detenuti. Solo in un'ottica di prevalenza della funzione retributiva-deterrente della pena, si può spiegare il motivo per cui «a persone pericolose debba essere negata la possibilità di telefonare qualche volta in più ai familiari, o di ricevere un pacco di biancheria in più, o tenere in cella un fornello a gas, o di godere di dieci minuti d'aria in più».²⁵² Sebbene condivisibili le esigenze di ordine e sicurezza

²⁵⁰ Cfr. E. FONTANELLI, *L'art. 41-bis*, cit., par. 7, si tratta della visita al carcere di Spoleto, i detenuti passavano circa 22 ore in celle "impersonali" in una condizione di quasi totale ozio, non erano autorizzate attività socio-rieducative, i contatti esterni erano severamente limitati. I detenuti venivano spesso trasferiti e in essi erano stati riscontrati disturbi psichici. C. MINNELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 209, il CPT dubita che tale regime sia effettivamente idoneo a perseguire lo scopo dichiarata, e che sia piuttosto uno strumento di pressione psicologica per provocare la dissociazione o la collaborazione dei detenuti, obiettivo di dubbia legittimità.

²⁵¹ Per un'analisi dettagliata dei profili affrontati dal CPT durante la visita nel carcere di Spoleto nel 2000 che evidenziano un contrasto tra il 41 bis ord. penit. e l'art. 3 CEDU, cfr. C. MINNELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 210; E. FONTANELLI, *L'art. 41-bis*, cit., par. 7; E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., p. 1273.

²⁵² Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2 ed., Esi, Napoli, 1997, cit., p. 227, l'autore definisce tale concezione

pubblica perseguite dal legislatore, il rischio è che quest'ultimo finisca per utilizzare il sistema penitenziario per fini del tutto estranei agli obiettivi di rieducazione dell'esecuzione penitenziaria. A confermare che sussistono ancora forti perplessità sulla conformità del 41 bis all'art. 3 CEDU, due pronunce dei giudici di Strasburgo su un trattamento penitenziario speciale nei Paesi Bassi,²⁵³ dalle quali emerge che non sono ammesse perquisizioni "degradanti", cioè quelle inutilmente afflittive, che esorbitano le esigenze di sicurezza e creano in capo al detenuto di rigore quei sentimenti di angoscia, umiliazione ed inferiorità in contrasto con l'art. 3 CEDU. In tal senso si è espressa la Corte di cassazione che ha cassato l'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia nella parte in cui disponeva che bisognava procedere sistematicamente alla perquisizione con la tecnica del denudamento di un detenuto in regime di 41 bis ogni volta che si recava dalla cella ai locali adibiti alle videoconferenze processuali.²⁵⁴ Nel caso di specie la misura lede la dignità del detenuto, non sussistendo condizioni di pericolosità e esigenze di sicurezza richieste per adottare un trattamento così restrittivo.

della sanzione penale "ottusamente repressiva", che mira ad una indiscriminata repressione nell'ossessiva ricerca di capri espiatori che non portano ad trovare effettive soluzioni ai problemi.

²⁵³ Corte EDU, *Lorsé e altri c. Paesi Bassi*, sent 4 febbraio 2003; Corte EDU, *Van der Ven c. Paesi Bassi*, sent 4 febbraio 2003. Cfr. C. MINNELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 212. Nei casi di specie i ricorrenti venivano costretti a denudarsi per essere perquisiti ogni volta che avevano contatti con l'esterno ed erano sottoposti ogni settimana ad ingiustificate ispezioni di tipo corporale e anale. Viene definito dalla Corte un trattamento degradante perché «diminished his human dignity and must have given rise to feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him».

²⁵⁴ Cass., Sez I, 3 febbraio 2004, n. 8411. Cfr. C. MINNELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 214, accorgimenti che, secondo la Suprema corte, possono essere legittimamente adottati solo in presenza di esigenze di sicurezza interna, in riferimento alla peculiare situazione di fatto o alla pericolosità dimostrata in concreto dalla condotta del detenuto che rendono la misura ragionevolmente necessaria e proporzionata.

In conclusione, è necessario abbandonare quella concezione “primitiva” della pena come espiazione che si collega all’aggressività dell’individuo, ignorando prospettive di solidarietà. Bisogna sempre tenere presente il carattere “polifunzionale” della pena e che la sua durezza non necessariamente si traduce in giustizia.

§ 3.3 - Sovraffollamento carcerario, condizioni di detenzione e diritti dei detenuti

In materia di esecuzione della pena detentiva, l’ambito in cui la Corte europea è intervenuta maggiormente è quello delle *condizioni di detenzione*. La pena privativa della libertà personale è compatibile con la CEDU a condizione che vengano rispettati alcuni principi fondamentali, tra cui quello consacrato all’art. 3, rispetto al quale è possibile affermare che «il tipo di sofferenza inflitto attraverso la pena non è solo misura della sua umanità, ma anche della sua stessa legalità».²⁵⁵ La persona incarcerata, a causa della sua vulnerabilità, necessita di una maggiore tutela e lo Stato ha l’obbligo positivo di assicurare che ogni soggetto sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana.²⁵⁶ Per garantire che il trattamento punitivo rispetti i diritti umani e non sfoci in una sanzione disumana è necessario tener presente una serie

²⁵⁵ Testualmente, G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., pp. 365-366; V. MANES, *Diritto penale*, cit., p. 206, diversi sono gli aspetti del fenomeno punitivo che possono nascondere una degradazione della dignità umana, anche nella fase dell’esecuzione della pena.

²⁵⁶ Cfr. F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1189.

di parametri, tra cui il numero dei detenuti in rapporto alla capacità delle prigioni.

I riflettori oggi sono puntati sul problema del sovraffollamento carcerario, che va aggravandosi in molti Paesi europei e che incide sulle condizioni di vita in carcere e sulle concrete possibilità di accedere ad un percorso di risocializzazione. Significativo è il caso *Peers c. Grecia*²⁵⁷ in cui la violazione della disposizione convenzionale in materia di trattamenti degradanti è stata motivata dalla carenza di spazio nella cella, che costringeva il detenuto a trascorrere gran parte della giornata sdraiato sul letto, dall'inadeguatezza della ventilazione e dalla mancanza di *privacy* nell'effettuazione delle funzioni fisiologiche.²⁵⁸ In relazione al problema della sovrappopolazione carceraria viene operata una distinzione: in alcuni casi la situazione di sovraffollamento è talmente grave che la mancanza di uno spazio adeguato assurge ad elemento centrale nel determinare una violazione dell'art. 3 della Convenzione; in altri casi tale violazione discende da una valutazione complessiva delle condizioni detentive, che tiene in considerazione fattori quali l'areazione disponibile, la possibilità di usare i servizi igienici in modo riservato, l'accesso alla luce e

²⁵⁷ Corte EDU, *Peers c. Grecia*, sent. 19 aprile 2001. Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 367; DEBRA LONG, *Guide to jurisprudence*, cit., p. 19, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU «due to the inappropriate and poor conditions of detention [...] the Court considered that the authorities' omission to improve unacceptable conditions denoted "a lack of respect" for the applicant».

²⁵⁸ In materia cfr. anche Corte EDU, *Dougoz c. Russia*, sent. 6 marzo 2001; *Dorokhov c. Russia*, sent. 14 febbraio 2008; *Bychkov c. Russia*, sent. 5 marzo 2009; *Lyubimenko c. Russia*, sent. 19 marzo 2009; *Visloguzov c. Ucraina*, sent. 20 maggio 2010.

all'aria naturali, le temperature interne e il rispetto delle esigenze sanitarie basilari.²⁵⁹

Se è vero che dalla giurisprudenza di Strasburgo non si evincono regole sulle condizioni in cui una sanzione detentiva deve essere scontata, è anche vero che, soprattutto in uno Stato di diritto come il nostro, la compressione dei diritti dei detenuti è intollerabile.²⁶⁰

Le condizioni disumane e degradanti che il sovraffollamento comporta sacrificano il bene giuridico della *dignità della persona umana* che dovrebbe essere elevato a criterio-guida nella fase dell'esecuzione della pena. Le coordinate indispensabili per preservare l'effettività della dignità del detenuto e per controllare costantemente dove la persona è ristretta e in quali condizioni, sono due: la tracciabilità, che segue il soggetto in modo che rimangano tracce ed informazioni di ogni luogo in cui egli è transitato; e la rintracciabilità, che implica il procedimento inverso, permettendo di raccogliere le informazioni e risalire alle tracce lasciate in precedenza.²⁶¹

²⁵⁹ Sul catalogo di obblighi a carico degli Stati in tema di trattamento penitenziario, cfr. Corte EDU, *Kundla c. Polonia*, (Grande Camera), sent. 26 ottobre 2010, par. 94. Sui diversi aspetti della detenzione che devono essere valutati al fine di individuare l'intollerabilità delle strutture penitenziarie, Cfr. F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1189; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., p. 259; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., pp. 368-369; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 237 ss., l'autrice suddivide le pronunce della Corte, in materia di condizioni di detenzione, in due gruppi: quelle in cui la violazione dipende da situazioni di carattere obiettivo (ad es. il sovraffollamento, le precarie condizioni igieniche, la mancanza di areazione, ecc.); e quelle in cui si riscontra un problema nella compatibilità tra il regime di detenzione e le condizioni di salute del ricorrente.

²⁶⁰ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 132 ss.

²⁶¹ La dignità è il primo valore inviolabile riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che ne promuove la tutela e il rispetto. Cfr. A. DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, fasc. 7, cit., p. 701; S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2013, cit., p.5; ID., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2010, cit., pp. 391-392; S. TAGNANI, *Il*

3.3.1 - Uno sguardo alle statistiche: numeri allarmanti nel nostro Paese

Il Consiglio d'Europa tiene costantemente aggiornati, attraverso i suoi Rapporti annuali, i dati statistici relativi alla popolazione carceraria negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il Rapporto *Space I*²⁶² del 2012 ha registrato una diminuzione del 5% nel numero dei detenuti rispetto all'anno precedente. Nonostante il dato positivo, il degrado degli istituti penitenziari europei, utilizzati al massimo della loro capienza, rappresenta una realtà attuale e il fenomeno del sovraffollamento risulta sussistente in ben 21 Paesi (sui 47 oggetto di indagine).²⁶³ Nel panorama europeo, il tasso di sovraffollamento delle carceri italiane, nel 2012, si aggirava intorno al 145%, secondo solo a quello della Serbia (160%), e seguito da Cipro (140%), Ungheria (139%) e Belgio (132%).

Incoraggianti i dati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia che testimoniano la lenta diminuzione del fenomeno: al 31 ottobre 2014, a fronte di una capienza regolamentare massima dei 203 istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale pari a 49.327 persone, i detenuti sono 54.207, di cui 2.343 donne e 17.578 stranieri. Spesso il carcere è definito come «discarica sociale per

divieto internazionale di tortura, in www.federalismi.it, 2013, fasc. 15, cit., p. 15, le esigenze di giustizia non devono far dimenticare che i diritti umani devono valere anche per i condannati, titolari del diritto al rispetto della loro dignità di uomini.

²⁶² Il progetto "*Space I*" è stato creato dal Consiglio d'Europa nel 1983 con il fine di raccogliere dati «on the populations of penal institutions within all the Member States of the Council of Europe». Per le statistiche a livello europeo, cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics*.

²⁶³ Cfr. A. DELLA BELLA, *Pubblicate le statistiche annuali del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria e sulle misure non detentive*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014.

clandestini e tossicodipendenti», questo perché la popolazione carceraria è costituita in prevalenza da stranieri, mentre un'altra parte consistente è composta da soggetti tossicodipendenti: dai dati forniti dall'Istat e aggiornati al 31 dicembre 2011, le violazioni della normativa sugli stupefacenti rappresentano la tipologia più diffusa di reati.²⁶⁴ Da considerare sono inoltre le diverse posizioni giuridiche dei detenuti: sul totale, 8.596 sono condannati non definitivi.²⁶⁵

Le carceri dovrebbero essere luoghi in cui la pena viene espiata in sicurezza, garantendo ai detenuti i loro diritti fondamentali, tra cui l'assistenza psicologica e morale, per concretizzare quel ruolo sociale della pena la quale deve "tendere" a rieducare e non portare alla "morte" il soggetto ristretto. Eppure ancora una volta il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) denuncia una situazione angosciante: i suicidi e l'autolesionismo sono all'ordine del giorno, gesti estremi che rappresentano la conseguenza della mancanza di spazi adeguati, di aiuti psicologici o psichiatrici, dell'impossibilità di partecipare ad attività lavorative e ricreative. In Italia i suicidi rappresentano circa il 38,2% delle morti in carcere, contro una media europea del 26%. Rispetto al 2011, in cui si sono verificati 66 suicidi per un totale di 186 persone morte in carcere, oggi è possibile leggere nei dati numerici una lieve calo di tale fenomeno: all'11 novembre 2014, si registrano

²⁶⁴ ISTAT, *I detenuti nelle carceri italiane*, Roma, 18 dicembre 2012, al sito www.istat.it. Cfr. E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 30 aprile 2014, cit., p. 10; L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1333.

²⁶⁵ Si vedano le statistiche sui detenuti presenti e la capienza regolamentare degli istituti penitenziari a livello nazionale aggiornate al 31 ottobre 2014, pubblicate nel sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it. Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 2-3, l'autrice, nell'affrontare il tema

38 suicidi per un totale di 120 detenuti morti. Tale decremento, sebbene confortante, non è abbastanza in uno Stato civilizzato, fondato su principi fortemente democratici.²⁶⁶

Il quadro che emerge è desolante e sembra che il problema del sovraffollamento renda l’impatto con il carcere molto duro. Recenti studi criminologici hanno individuato tre possibili cause del “*prison overcrowding*”:

- 1) il declino del numero di sentenze accompagnate dalla sospensione condizionale della pena;
- 2) la crescita dell’inflazione di pene detentive di lunga durata che dilatano i tempi per la riassunzione dello *status* di piena libertà;
- 3) la rara concessione delle misure alternative alla detenzione.²⁶⁷

A questi fattori si aggiungono una serie di recenti riforme legislative, quali ad esempio la c.d. legge ex Cirielli n. 251/2005 in materia di recidiva reiterata, la legge n.49/2006 sugli stupefacenti, le novelle del T.U. sull’immigrazione; l’introduzione del reato di clandestinità con la legge n. 94/2009.

dell’emergenza carceri, ha esaminato i dati statistici sulla sovrappopolazione degli istituti penitenziari (aggiornati al 31 gennaio 2014).

²⁶⁶ I dati relativi al tasso di morti in carcere sono riportati nel dossier *Morire di carcere*, a cura del Centro studi di Ristretti Orizzonti, in www.ristretti.it. Per la dottrina che si è occupata di studiare le statistiche sulla realtà carceraria e i suoi diversi aspetti, cfr. L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium Iuris*, 2013, fasc. 12, pp. 1332-1333; S. TAGNANI, *Il divieto internazionale di tortura*, cit., p. 21 ss.; G. ROMANO e C. CONTE, *Carceri e diritti dei detenuti: il caso Torreggiani e le riforme strutturali in Italia*, in www.duitbase.it; S. TURCHETTI, *Legge ‘svuota carceri’ e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?* In *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2010, cit., p. 2 ss.; A. DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri*, cit., p. 701; ID., *Pubbligate le statistiche annuali*.

²⁶⁷ Il DAP ha attestato che, al 31 ottobre 2014, i detenuti destinatari di misure alternative, lavoro di pubblica utilità, sanzioni sostitutive e messa alla prova sono 30.682.

I numeri riportati parlano chiaro: certificano un elevato livello di disumanità e il collasso del sistema penitenziario italiano. L'obiettivo da perseguire è ripristinare la legalità nell'esecuzione della pena ed in particolare nel trattamento dei detenuti, perché «è inaccettabile che esseri umani siano rinchiusi entro dimensioni che sarebbero inadatte anche ad animali».²⁶⁸

3.3.2 - L'Italia ripetutamente condannata a Strasburgo

In materia di condizioni di detenzione, il nostro Paese è stato raggiunto da diverse decisioni di condanna da parte dell'organo giurisdizionale europeo, al fine di promuovere un processo di umanizzazione e di codificazione di uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali del detenuto sanciti a livello internazionale e a cui lo Stato italiano è tenuto ad uniformarsi. I problemi legati allo *status* di detenzione sono solo all'apparenza di facile comprensione, in realtà coinvolgono molteplici fattori e tra questi, l'età e lo stato di salute della vittima si dimostrano decisivi per ravvisare una lesione dell'art. 3 CEDU.

Il caso *Scoppola c. Italia* rappresenta, in ambito nazionale, un importante precedente che sancisce l'incompatibilità di un certo stato di salute fisica con la condizione detentiva. La Corte di Strasburgo rileva la violazione del divieto convenzionale di trattamenti inumani e degradanti a causa delle condizioni di

²⁶⁸ Testualmente, S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti*, cit., p. 4. L'autrice richiama una frase di Beccaria, capitolo XXVII *Dei delitti e delle pene*, che è in grado di delineare efficacemente la situazione odierna vissuta dai soggetti detenuti: «Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa». Cfr. L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1334; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., pp. 9-10, richiama le "leggi riempi carceri", espressione di politiche securitarie che colpiscono soprattutto i più deboli dal punto di vista economico e sociale.

detenzione a cui il ricorrente, settantaduenne e affetto da gravi patologie, è stato assoggettato nell'esecuzione della pena dell'ergastolo.²⁶⁹ La pronuncia, pur presentando specificità legate al caso di specie, ribadisce principi cardine nella giurisprudenza europea secondo cui, con particolare riguardo alle persone private della libertà personale, la salute e il benessere del detenuto devono essere assicurati in modo adeguato, specialmente nel caso in cui egli sia affetto da malattie che richiedono la somministrazione di apposite terapie mediche.²⁷⁰ Secondo i giudici europei, applicando i principi summenzionati, «il mantenimento in stato detentivo per un periodo prolungato di una persona di età avanzata, e per giunta malata, può rientrare nel campo di tutela dell'art. 3».²⁷¹ Una tale

²⁶⁹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, sent. 10 giugno 2008 e sent. 17 luglio 2012; Sulla vicenda del caso di specie, cfr. S. TAGNANI, *Il divieto internazionale di tortura*, cit., p. 18; F. MAZZACUVA, *Nuova condanna per l'Italia in relazione alla compatibilità delle condizioni di detenzione con lo stato di salute del ricorrente Franco Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2012; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p.241; C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 397 ss.; S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola*, cit., p. 395, già il Tribunale di sorveglianza di Bologna, con ordinanza del 7 gennaio 2010, aveva posto l'attenzione sul serio problema della compatibilità della detenzione in carcere con la situazione di un soggetto completamente dipendente negli atti di vita quotidiana e con un "deficit di autonomia".

²⁷⁰ *Scoppola c. Italia*, par. 47: «L'art.3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non lo facciano cadere in uno sconforto né lo sottopongano ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente assicurati, in particolare mediante la somministrazione delle necessarie cure mediche. Così, la mancanza di cure mediche appropriate, e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni inadeguate, può costituire in linea di principio un trattamento contrario all'art.3».

²⁷¹ *Scoppola c. Italia*, par. 48. Cfr. P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p.1187; F. MAZZACUVA, *Nuova condanna*, la Corte tenendo presente le condizioni di salute del detenuto, la qualità delle cure dispensate e l'opportunità di mantenere lo stato detentivo, osserva che, sebbene il carcere di Parma sia una struttura adeguata per i detenuti con patologie degenerative, esso si è rivelato inadeguato a far fronte alle esigenze del ricorrente. Per la giurisprudenza in materia, Corte EDU, *Enea c. Italia*, sent. 17 settembre 2009;

situazione può infatti creare nel soggetto ristretto uno stato di angoscia, inferiorità e umiliazione tanto intensi da integrare un trattamento inumano e degradante, anche in assenza di intenzionalità da parte delle autorità penitenziarie, essendo sufficiente un ritardo nel provvedere alle necessità del detenuto.

Di recente, la Corte è tornata nuovamente ad occuparsi di questo profilo della detenzione nella vicenda giudiziaria *Contrada c. Italia*. In questo caso il ricorrente ha invocato la violazione dell'art. 3 CEDU per la mancata concessione del differimento dell'esecuzione della pena ovvero il diniego dell'ammissione ad una misura alternativa alla detenzione in carcere a fronte delle sue gravi e irreversibili condizioni di salute.²⁷²

In sintesi, sebbene il diritto di salute del detenuto non sia sancito in alcuna disposizione convenzionale, in base a principi di creazione giurisprudenziale, accolti pacificamente, è possibile ravvisare una violazione dell'art. 3 CEDU laddove: lo stato di salute del detenuto sia fortemente compromesso da gravi patologie; la documentazione medico-sanitaria testimoni un'effettiva incompatibilità, oggettiva e soggettiva, del quadro clinico del detenuto con la sua permanenza in carcere; non vi siano motivi ostativi alla concessione di misure alternative alla detenzione carceraria.

Un altro elemento determinante perché la detenzione sia giudicata conforme alla Convenzione è il numero di detenuti in rapporto alla capacità regolamentare degli istituti penitenziari. Il

Cara-Damiani c. Italia, 27 febbraio 2012; *Cirillo c. Italia*, sent. 29 gennaio 2013.

²⁷² Corte EDU, *Contrada c. Italia*, sent. 11 febbraio 2014. Per i fatti della vicenda, cfr. V. MANCA, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014, cit., p. 2 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena*, cit., p. 9.

sovraffollamento delle carceri italiane testimonia una situazione estremamente degradante per la personalità e la dignità dell'individuo. Nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, attraverso l'esame della vicenda del ricorrente, i giudici convenzionali accertano di fatto un primo caso di sovraffollamento carcerario.²⁷³ Il ricorrente di origine bosniaca, detenuto nel carcere di Rebibbia, aveva condiviso per un certo periodo una cella di 16 m² con altri cinque detenuti, avendo a disposizione uno spazio individuale di circa 2,70 m². Con decisione a maggioranza (cinque voti contro due), la Corte europea dichiara violato l'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni in cui il ricorrente è stato detenuto fino all'aprile del 2003, non anche nel periodo successivo in cui, a seguito del trasferimento in un'altra cella, si è verificato un miglioramento delle condizioni di detenzione che ha permesso alla vittima di disporre di una superficie media superiore ai 3 m². Nella sentenza di condanna dell'Italia, la Corte precisa che non ha alcuna intenzione di fissare in maniera precisa e definitiva gli spazi minimi di vivibilità che

²⁷³ Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, sent. 16 luglio 2009. Per i fatti del caso di specie, cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 3-4, l'autrice individua nel caso in esame «la data d'inizio per il 'risveglio' delle coscienze circa la non tollerabilità della situazione di sovraffollamento che caratterizza in modo quasi endemico il nostro ordinamento». Cfr. N. PLASTINA, *L'Italia condannata*, cit., p. 4929; A. MASCIA, *Nel caso Sulejmanovic c. Italia la CEDU accerta per la prima volta la violazione dell'articolo 3 della Convenzione per eccessivo sovraffollamento carcerario*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 7 agosto 2009; S. TURCHETTI, *Legge 'svuota carceri'*, cit., p. 4; P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani*, cit., p. 1187; G. ABADESSA, *La Corte europea dei diritti sulle carceri italiane*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 4, p. 952 ss., a rendere evidente la situazione di *overcrowding* gli stessi dati forniti dal Governo italiano: tra l'ottobre 2002 e il novembre 2003 il numero dei detenuti nel carcere di Rebibbia oscillava tra 1456 e 1660, a fronte dei 1271 che l'istituto poteva accogliere. Cfr anche A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., pp. 237-238; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 368, l'autrice sottolinea lo stato delle carceri italiane caratterizzate da sovraffollamento e carenze numeriche dello staff penitenziario; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 1, p.161.

devono essere garantiti ai detenuti, ricordando che a tal proposito ha già provveduto il Comitato per la prevenzione della tortura. Quest'ultimo ha fissato in 7 m² per prigioniero la superficie minima *auspicabile* di ogni cella,²⁷⁴ puntualizzando che devono essere considerate di volta in volta altre caratteristiche del luogo di detenzione (aerazione, illuminazione naturale e artificiale, condizioni climatiche ecc.) e fattori quali la durata della pena, l'accesso all'ora d'aria, le condizioni mentali e fisiche del detenuto.²⁷⁵ I giudici europei stabiliscono inoltre che in certi casi la

²⁷⁴ Nel secondo rapporto annuale, 2nd General Report, CPT/Inf (92)3, il CPT ha determinato quelle che dovrebbero essere le condizioni di detenzione in una stazione di polizia, fissando parametri relativi che dipendono dalle circostanze e dalle risorse del caso concreto. In particolare, il Comitato ha individuato la dimensione ragionevole delle celle nelle stazioni di polizia in 7m². successivamente ha ritenuto accettabili anche celle più piccole con una superficie di 4m². Negli ultimi anni lo standard si è lievemente alzato, ritenendo adeguate solo celle di almeno 6m². Sul punto, cfr. R. MORGAN e M. EVANS, *Combating torture in Europe*, cit., p. 99 ss.; P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in www.questionegiustizia.it, 2 ottobre 2014, cit., par. 1, secondo il *Committee for Prevention of Torture*, per le celle individuali lo spazio ritenuto auspicabile è di 7m² per persona, per quelle collettive 4m². G. MALAVASI, *Nota di commento alle ordinanze dell'ufficio di sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art. 35 ter o.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014, cit., par. 7, il TS di Bologna, nell'ordinanza in commento, rileva come «seppure al netto del mobilio essenziale la metratura della cella risulta di poco superiore a 3m² e non sussiste flagrante violazione della Convenzione [...] nella specie, è stato ritenuto non rispettato il disposto di cui all'art. 3 CEDU, coniugata l'esiguità di spazio di vivibilità con altri fattori [...]».

²⁷⁵ Sul piano giuridico, in merito alle caratteristiche dei locali in cui i detenuti devono soggiornare secondo il diritto interno, la CEDU richiama l'art. 6 della legge n. 354/1975 e gli artt. 6 e 7 del d.P.R. n. 230/2000. Vengono inoltre menzionati la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa Rec (2006) 2 sulle regole penitenziarie europee, la Raccomandazione Rec (99) 22 concernente il sovraffollamento carcerario e i rapporti redatti tra il 1991 e il 2006 dal CTP a seguito delle visite condotte in diversi istituti penitenziari italiani. Cfr. R. MORGAN e M. EVANS, *Combating torture in Europe – the work and the standards of the European Committee for the prevention of torture*, published by Council of Europe publishing, 2002, p. 99 ss., «the CPT has laid down certain standards which apply to all prisoners in all prisons. These range from basic conditions of detention, to aspects of regimes, to accountability mechanisms [...] the standard of accommodation is central to the quality of life within prison. A. MASCIA, *Nel caso Sulejmanovic*; N. PLASTINA, *L'Italia condannata*, cit., p. 4930; A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p.238.

mancanza di spazio individuale raggiunge dei livelli insostenibili tali condurre essa sola alla violazione dell'art. 3 CEDU.²⁷⁶ Nel caso in esame, l'inosservanza dei parametri convenzionali risulta circoscritta ad una situazione episodica che dimostra la transitorietà del fenomeno del sovraffollamento a Rebibbia e la consapevolezza degli organi italiani competenti di adottare misure correttive idonee. Merita di essere segnalata la *dissenting opinion* del giudice italiano Zagrebelsky, a cui ha aderito il giudice Jočiene, che pur consapevole della gravità del fenomeno della sovrappopolazione carceraria, critica la condanna dell'Italia. Innanzitutto egli asserisce che il CPT ha indicato un livello auspicabile, non minimo, di spazio individuale per i detenuti, e per di più ha fatto riferimento alle celle di polizia non a quelle destinate alla reclusione. Dato che il ricorrente si è limitato a denunciare la sola mancanza di spazio, e non anche altre condizioni, e vista l'età dell'interessato e la durata relativamente breve della detenzione, il giudice dissenziente ritiene che non sussista una violazione dell'art. 3 CEDU perché non è stata raggiunta la "soglia minima di gravità".²⁷⁷

A confermare in maniera definitiva la debolezza strutturale del nostro assetto carcerario, con riguardo alla costante condizione di eccessivo affollamento degli istituti di pena, è la sentenza

²⁷⁶ I casi in cui la mancanza di spazio integra da sola una violazione della Convenzione sono per lo più relativi a spazi individuali inferiori a 3 m². Corte EDU, *Aleksandr Makarov c. Russia*, sent. 12 marzo 2009; *Lind c. Russia*, sent. 6 dicembre 2007; *Kantjrev c. Russia*, sent. 21 giugno 2007; *Andreï Frolov c. Russia*, sent. 29 marzo 2007; *Labzov c. Russia*, sent. 16 giugno 2005; *Mayzit c. Russia*, sent. 20 gennaio 2005.

²⁷⁷ Cfr. N. PLASTINA, *L'Italia condannata*, cit., pp. 4932-4933; G. ABADESSA, *La Corte europea*, cit., pp. 953-954. Nell'opinione discordante, viene condannata l'interpretazione estensiva del divieto ex art. 3 CEDU in cui si tende a far ricadere non solo il trattamento "intollerabile", ma anche quello "non auspicabile", con il rischio di favorire la relativizzazione del relativo divieto dato che «quanto più si abbassa la soglia minima di gravità, tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze»

Torreggiani e altri c. Italia. Differentemente dal caso *Sulejmanovic*, in questa decisione la Corte europea definisce il sovraffollamento un problema di tipo “*strutturale*” e “*sistemico*”, una situazione patologica che affligge l’ordinamento nazionale a prescindere dalla valutazione del caso concreto.²⁷⁸ I giudici di Strasburgo si sono pronunciati all’unanimità sui ricorsi presentati da sette ricorrenti, detenuti nei penitenziari di Busto Arsizio e Piacenza, che lamentavano di essere stati confinati in celle triple di 9 m², disponendo di uno spazio personale di appena 3 m², e di avere accesso limitato ad acqua calda e illuminazione, a causa delle sbarre metalliche apposte alle finestre.²⁷⁹ In virtù del malfunzionamento cronico che affligge il sistema penitenziario italiano e dei numerosi ricorsi proposti, i giudici convenzionali hanno ritenuto opportuno emanare una *sentenza pilota* che trova il suo fondamento giuridico nell’art. 46 CEDU. Questo tipo di decisione è generalmente utilizzato per accertare un problema di carattere permanente all’interno di uno Stato contraente, nei casi in cui la violazione di una norma convenzionale non è circoscritta al caso concreto, ma è presente in diversi casi analoghi. L’attivazione di tale meccanismo consente alla Corte di indicare le misure di

²⁷⁸ Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013.

²⁷⁹ Sulla vicenda relativa al caso di specie, cfr. P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit., par.3; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, cit., par.2; F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 5, p. 1188; A. MASCIA, *Il caso Torreggiani e altri c. Italia, la CEDU condanna l’Italia per il sovraffollamento carcerario: violato l’articolo 3 della Convenzione*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 9 gennaio 2013; G. ROMANO e C. CONTE, *Carceri e diritti dei detenuti*, sul punto era già intervenuto il magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, nell’accogliere il ricorso presentato da uno dei detenuti. Il Tribunale inoltre aveva evidenziato che, nel 2010, il carcere di Piacenza aveva ospitato tra le 411 e 415 persone pur potendone accogliere solo 178, con una capienza “tollerabile” di 376 detenuti.

carattere generale e le azioni che lo Stato interessato dovrebbe auspicabilmente adottare per porre rimedio al problema strutturale che viola la Convenzione.²⁸⁰ Dopo aver ricostruito le circostanze del caso e il diritto nazionale ed internazionale pertinente e dopo aver formulato ampie argomentazioni in merito ai profili di ricevibilità del ricorso,²⁸¹ la Corte europea dei diritti dell'uomo impone allo Stato italiano di dotarsi, nel termine perentorio di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, di un sistema di ricorsi interni atti a garantire *rimedi preventivi e compensativi* che

²⁸⁰ Sullo scopo della *pilot judgment* ai sensi della Convenzione, cfr. P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine*, cit., p. 161, la procedura pilota, che può essere attivata d'ufficio o su richiesta delle parti, viene usata dalla Corte a partire dal caso Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, sent. 22 giugno 2004, per condannare un comportamento reiterato contrario alla CEDU di uno Stato parte. G. ROMANO e C. CONTE, *Carceri e diritti dei detenuti*, la sentenza pilota pone un obbligo di risultato in capo allo Stato coinvolto per far fronte ad un'emergenza interna; S. TAGNANI, *Il divieto internazionale di tortura*, cit., p.20; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p. 4; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota*, cit., par. 4, lo scopo della procedura in questione è quello di mettere in luce, a seguito di ricorsi seriali, l'esistenza di problemi strutturali e di indicare allo Stato le misure per porvi rimedio, in conformità col principio di sussidiarietà secondo cui spetta anzitutto alle autorità nazionali garantire un'adeguata tutela dei diritti convenzionali. Cfr. anche F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1190, la "*pilot-judgment procedure*" è disciplinata dall'art. 61 del Regolamento della Corte e facilita l'attuazione delle sentenze della Corte europea da parte dello Stato chiamato ad allineare la propria legislazione alla Convenzione.

²⁸¹ Sulla ricevibilità del ricorso e all'eccezione sollevata da governo italiano di mancato esaurimento dei ricorsi interni, cfr. F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p.1188 i giudici di Strasburgo hanno ritenuto soddisfatto il requisito di cui all'art. 35 CEDU «in ragione della mancanza di "effettività" delle procedure di reclamo previste dagli artt. 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario», incapaci di garantire una protezione diretta e appropriata; L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario*, cit., p.1331, il rimedio del reclamo davanti al magistrato di sorveglianza è un ricorso "non effettivo" nella pratica; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine*, cit., p. 162; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota*, cit., par.3, l'ineffettività del rimedio esistente nell'ordinamento interno è dimostrata dalla vicenda personale di uno dei ricorrenti che lo aveva esperito senza ricevere idonea tutela né *ex post*, a mezzo di risarcimento pecuniario, né ponendo fine alla violazione; F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2013, cit., p. 2.

offrano un'adeguata riparazione in caso di violazioni dell'art. 3 CEDU.²⁸² Accertata, nel caso di specie, la violazione del divieto convenzionale di tortura e trattamenti inumani e degradanti, i giudici europei condannano l'Italia a corrispondere, a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito, somme di entità variabile (da 10.600 a 23.500 euro), tenuto conto della durata e delle condizioni di detenzione di ciascun ricorrente.

La sentenza *Torreggiani* non ha rivelato nulla che le istituzioni non sapessero già; semmai impedisce che si faccia ancora finta di niente, ponendo sotto i riflettori una situazione preoccupante e degradante che l'opinione pubblica preferisce non vedere. L'adozione della procedura pilota denota un'opportuna severità nei confronti del nostro ordinamento in cui la persistente inerzia delle autorità di fronte alla situazione di *overcrowding* penitenziario è vergognosa per un Paese che si definisce civile.

Se dunque «il grado di civilizzazione di una società si misura dalle sue prigionie», allora l'Italia sembra essere ancora piuttosto arretrata.²⁸³

²⁸² Il rimedio a carattere preventivo deve essere accessibile, e quindi conosciuto ai detenuti, idoneo a far cessare la violazione e a ripristinare in tempi rapidi la legalità violata; quello di tipo compensativo mira a riparare il danno subito. Cfr. G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 2, cit., pp. 428-429; F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela*, cit., p.1; P. ZICCHITU, *Considerazioni a margine*, cit., p. 163; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p. 4; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota*, cit., par. 3; A. MASCIA, *Il caso Torreggiani*; A. BALSAMO e L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo*, cit., p. 4676.

²⁸³ Citazione di un aforisma di Dostoevskij. Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena*, cit., p. 18; F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1191.

3.3.3 - Dei possibili rimedi al sovraffollamento

Di fronte all'ultimatum sancito nel caso *Torreggiani*, tutti i poteri statali sono stati chiamati a contribuire a risolvere il grave problema del congestionamento delle carceri, incompatibile con la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei detenuti. Le prime risposte adottate seppure apprezzabili, non si sono rivelate sufficienti.

Nel gennaio 2010, dopo la condanna del caso *Sulejmanovic*, il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo "stato di emergenza" e ha predisposto il c.d. "piano carceri" che prevedeva la costruzione di nuovi istituti penitenziari. Ritenuti gli interventi di edilizia penitenziaria insufficienti per fronteggiare il problema, è stata successivamente emanata la legge n. 199/2010, meglio nota come legge "svuotacarceri", con l'obiettivo di evitare che la pena detentiva non superiore ad un anno venisse scontata interamente in carcere. Altro provvedimento di tipo deflattivo è il c.d. "pacchetto Severino" (d.l. n.211/2011 convertito in legge n. 9/2012) che prevedeva interventi sia sul piano sostanziale che processuale.²⁸⁴ Con l'avvicinarsi della scadenza del termine per far fronte al deficit strutturale del sistema penitenziario fissato al 27 maggio 2014, il Senato ha convertito il d.l. n.146/2013 (misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria) nella legge n.10/2014 la quale opera in due direzioni: ridurre il numero dei detenuti in carcere, intervenendo sui flussi in entrata e in uscita, e garantire una tutela effettiva dei diritti dei soggetti ristretti, sia attraverso

²⁸⁴ Cfr. *Decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2011.

l'introduzione di un procedimento giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza, sia con l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale.²⁸⁵

Nell'ottica di individuare una soluzione duratura e favorire il deflusso della popolazione penitenziaria, è necessario attuare una vera e propria riforma sistemica, non essendo neppure sufficienti provvedimenti di amnistia e di indulto che sarebbero solo "una boccata d'ossigeno". È prioritario riaffermare, a livello legislativo, la centralità della funzione rieducativa della pena, intervenendo su quelle preclusioni normative che limitano l'accesso ai benefici e alle misure alternative alla detenzione per i recidivi reiterati e gli autori dei reati previsti all'art. 4 bis ord. penit. Bisognerebbe imporre un *self-restraint* nell'uso delle misure cautelari personali dato l'elevato numero di detenuti in attesa di una sentenza definitiva. Si ritiene poi necessaria una riforma non solo della legge sull'ordinamento penitenziario, ma anche di leggi speciali come quelle in materia di immigrazione clandestina e di sostanze

²⁸⁵ In merito ai recenti interventi normativi, di carattere essenzialmente deflattivo, cfr. G. ROMANO e C. CONTE, *Carceri e diritti*, per un esame articolo per articolo della legge "svuotacarceri"; A. DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri*, cit., p.702; ID., *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014, l'autrice analizza in maniera puntuale le misure introdotte dal d.l. n. 146/2013; ID., *Emergenza carceri*, cit., p. 4 ss., tali interventi non sono stati in grado di incidere in modo determinante sul sovraffollamento. Cfr. anche L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario*, cit., pp. 1334-1335; S. TURCHETTI, *Legge 'svuota carceri'*, cit., p. 5 ss; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena*, cit., p.12. Sulla figura del Garante e sulle sue funzioni, cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 155 ss.; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., pp. 8-9, il Garante è un organo collegiale che ha la funzione di vigilare che l'esecuzione della pena detentiva avvenga in modo conforme alle leggi e ai principi costituzionali e convenzionali. A questo scopo ha il potere di visitare i luoghi di esecuzione della pena, di richiedere informazioni e documenti alle amministrazioni responsabili delle strutture e di formulare specifiche raccomandazioni.

stupefacenti, settori in cui lo strumento penale si è rivelato del tutto inefficace.²⁸⁶

Vi è piena unanimità nel sostenere che in attesa di riforme normative “a monte”, il problema richieda un intervento “a valle” attraverso la predisposizione di rimedi giurisdizionali per ottenere un’adeguata riparazione contro il danno cagionato dal sovraffollamento carcerario.

In tema di rimedi compensativi, è risultata impraticabile la possibilità del magistrato di sorveglianza di condannare l’Amministrazione penitenziaria al risarcimento dei danni per le violazioni subite dai detenuti a causa del sovraffollamento. Lo ha affermato la Corte di Cassazione nella sentenza n.4772 del 2013²⁸⁷ con cui ha negato la sussistenza di un tale potere in capo al magistrato e ha stabilito che, in assenza di specifiche disposizioni legislative, la materia risarcitoria rientra nella competenza del giudice civile.²⁸⁸

²⁸⁶ Sull’individuazione dei settori d’intervento legislativo e le possibili soluzioni, cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 6-7; F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela*, cit., p. 2 ss.; L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario*, cit., pp. 1337-1338, l’autrice pone l’attenzione anche sugli appelli della società civile, sostenitrice anch’essa di profonde riforme del sistema penitenziario, che chiede un intervento sulle leggi che producono carcerazione senza produrre sicurezza; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota*, cit., par. 5; P. ZICCHITTO, *Considerazioni a margine*, cit., p. 164; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena*, cit., p. 20, le “freccie” della riforma strutturale mirano a diversi “bersagli” che hanno uno steso obiettivo: risolvere in maniera stabile le criticità del “sistema giustizia” ed evitare una degenerazione delle istituzioni verso forme di inciviltà giuridica a danno dei detenuti, dei loro familiari e di coloro che operano negli istituti di pena.

²⁸⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 15 gennaio 2013, n. 4772, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*.

²⁸⁸ Cfr. P. ZICCHITTO, *Considerazioni a margine*, cit., p. 164; A. DELLA BELLA, *Il sovraffollamento delle carceri*, cit., p. 703; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, cit., par. 4; ID., *Emergenza carceri*, cit., pp. 7-8; F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela*, cit., pp.

Nel tentativo di predisporre un rimedio preventivo che permetta di allinearsi al *dictum* di Strasburgo, apprezzabile è stata l'iniziativa del Tribunale di sorveglianza di Venezia che ha sollevato un questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede di sospendere o rinviare l'esecuzione della pena, oltre che nei tre casi tassativamente elencati, anche nel caso in cui tale esecuzione debba avvenire in condizioni contrarie al senso di umanità. La Corte costituzionale con sentenza n. 279/2013 ha dichiarato la questione inammissibile, ritenendo il rinvio facoltativo solo una delle tante strade percorribili.²⁸⁹

In una nota del 5 giugno 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha preso atto e apprezzato l'impegno dimostrato dallo Stato Italiano al fine di predisporre «un ricorso o una combinazione di ricorsi che consentano di riparare le violazioni in atto», conformemente a quanto richiesto dai giudici di Strasburgo, e ha posticipato il termine originariamente previsto al giugno 2015, con l'intento di permettere il completamento del percorso di riforma già avviato. Alcuni passi avanti si erano già fatti con l'introduzione

8-9, alla luce dei principi costituzionali, a statuire sulla domanda di condanna dell'amministrazione penitenziaria al risarcimento dei danni derivanti da lesioni dei diritti dei detenuti è il giudice civile.

²⁸⁹ Cfr. Nell'ordinanza 13 febbraio 2013, il TS di Venezia argomenta tale dubbio di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3, 27 comma 3 e 117 comma 1 Cost., affermando che anche eseguire una pena con modalità che avviliscono la personalità del detenuto rappresenta una situazione estrema, come quelle già indicate dalla disposizione in esame. Una pena inumana è una pena che va sospesa, finché non sia possibile eseguirla con modalità accettabili ai valori etici e sociali del tempo. Sul punto, cfr. R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 2, p. 425; G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri*, cit., p. 431; P. ZICCHITTO, *Considerazioni a margine*, cit., p. 164; L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1336; S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti*, cit., p. 8, l'attuale sistema, pur prevedendo in capo alla magistratura di sorveglianza la tutela dei diritti in sede di reclamo giurisdizionale, rimane pur sempre privo di meccanismi di esecuzione forzata, rendendo non effettiva la tutela dei diritti medesimi. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 9-10.

dell'art. 35 bis nel *corpus* dell'ordinamento penitenziario, che prevede una forma di 'tutela preventiva' a mezzo del *reclamo giurisdizionale*²⁹⁰ che consente al magistrato di sorveglianza, laddove ricorrano tutti i presupposti, di rimuovere le situazioni pregiudizievoli per i diritti dei detenuti e degli internati.

A completare il quadro dei rimedi preventivi, il d.l. n.92/2014 convertito, senza modifiche, dalla legge n.117/2014 ha introdotto l'art. 35 ter ord. penit. che disciplina due *rimedi risarcitori* utilizzabili ogniqualvolta il detenuto o l'internato abbia subito una detenzione contraria all'art. 3 CEDU, indipendentemente dalla causa che ha generato siffatta situazione e tenendo in considerazione tutti i fattori che influiscono negativamente sulla qualità della vita in carcere. Rinviando ad altra sede l'analisi minuziosa della nuova normativa,²⁹¹ ciò che preme sottolineare è la previsione, da parte del legislatore, di un rimedio di duplice natura: un risarcimento in forma specifica e uno in forma monetaria. I commi 1 e 2 della disposizione in esame prevedono che, nei confronti di detenuti e internati che stanno subendo un pregiudizio

²⁹⁰ La disciplina in questione è stata introdotta dal d.l. 23 dicembre 2013, convertito nella legge 21 febbraio 2014. Sul punto, cfr. G. MALAVASI, *Nota di commento*, cit., par. 2, presupposto fondamentale perché tale rimedio operi è la sussistenza di un *pregiudizio grave ed attuale*, in conformità di quanto prescritto al richiamato art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit. L'elemento dell'attualità è essenziale per l'operatività di tale disciplina; P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit., par. 3; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 137 ss., strumento di tutela a carattere generale che può essere attivato ogni qual volta il detenuto lamenti una violazione "attuale e grave" di un proprio diritto. Il requisito dell'*attualità* esclude l'utilizzabilità del reclamo nei casi in cui la violazione lamentata sia stata subita in passato e non sia più in atto o in quelli in cui si vuole prevenire una violazione futura. L'elemento della gravità è invece rimesso alla valutazione discrezionale del giudice.

²⁹¹ Per un esame dettagliato di tale normativa emanata al fine di adeguare l'ordinamento interno al *dictum* di Strasburgo, sia da un punto di vista sostanziale che processuale, cfr. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti*, cit., par. 6 ss.; P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit., par. 4 ss.; C. MINNELLA, *È legge il risarcimento per i detenuti che hanno subito un trattamento degradante*, in www.dirittoegiustizia.it, 3 settembre 2014.

grave ed attuale dei propri diritti, il magistrato di sorveglianza può disporre alternativamente uno sconto della pena ancora da espiare (pari ad 1 giorno per ogni 10 di pregiudizio subito) o, se la lesione si è protratta per un periodo inferiore a 15 giorni o se il periodo di pena residua non consente interamente la detrazione, un risarcimento monetario (pari a 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito). Il secondo rimedio di cui al comma 3 prevede che coloro i quali hanno finito di scontare la pena detentiva o hanno subito il pregiudizio in costanza di custodia cautelare non computabile a pena da espiare possono presentare istanza, entro sei mesi dalla cessazione della pena o della custodia cautelare, al giudice civile sempre per ottenere un risarcimento monetario.

In sede di applicazione di questa nuova disciplina, degna di nota è la precisazione effettuata dal magistrato di sorveglianza di Bologna il quale, in contrapposizione con la posizione adottata da altri magistrati di sorveglianza, osserva che l'istituto ex art. 35 ter ord. penit. si differenzia "nettamente" dal reclamo giurisdizionale. Il tribunale ribadisce che tale rimedio ha una funzione compensativa e risarcitoria di un danno sofferto in passato e che l'elemento per individuare il giudice competente non è l'attualità della lesione lamentata, ma l'attualità della espiazione della pena.²⁹²

²⁹² Cfr. G. MALAVASI, *Nota di commento*, cit., par. 6 ss., il magistrato di sorveglianza, nelle ordinanze del 26 settembre e dell'8 ottobre 2014, afferma che «ancorare e limitare la tutela giurisdizionale del magistrato di sorveglianza al parametro dell'attualità della lesione, e non al pregiudizio subito in costanza di espiazione di pena attuale, conduce a svuotare sostanzialmente la portata della novella». L'istituto di cui all'art. 35 ter ord. penit. perderebbe efficacia se richiedesse il requisito dell'attualità del pregiudizio del detenuto al momento della decisione da parte del tribunale di sorveglianza, posto che nelle more dell'udienza le condizioni di detenzione potrebbero cambiare escludendo in questo caso la possibilità di tutela del detenuto. Sul problema del criterio distributivo della competenza tra il magistrato di sorveglianza e il giudice civile, cfr. P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit., par. 9.

Infine, rilevante rispetto al tema in esame è la recente sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014.²⁹³ Tale pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli della c.d. legge Fini-Giovanardi che avevano modificato il T.U. in materia di stupefacenti, prevedendo il medesimo trattamento sanzionatorio sia per le condotte relative a droghe pesanti che per quelle relative a droghe leggere. La drastica conseguenza era stata l'aumento spropositato della popolazione carceraria.

La combinazione di queste misure, di natura essenzialmente deflattiva, sembra aver contribuito al raggiungimento di risultati positivi che hanno permesso l'archiviazione della procedura pilota adottata contro l'Italia. Ancora una volta, a riprova dei miglioramenti del sistema penitenziario sono i dati forniti dal Ministero della Giustizia che testimoniano una drastica diminuzione, nell'arco di poco più di un anno, del numero dei detenuti: al 30 giugno 2013 si contavano 66.028 persone in carcere, mentre le statistiche più recenti, aggiornate al 31 ottobre 2014, individuano il numero dei detenuti su scala nazionale in 54.207.²⁹⁴

È utile richiamare le parole del Capo dello Stato Giorgio Napolitano pronunciate il 28 luglio 2011: quella carceraria è «una questione di prepotente urgenza sul piano costituzionale e civile, una realtà che ci umilia in Europa e ci allarma, per la sofferenza di migliaia di esseri umani chiusi in carceri che definire sovraffollate è un eufemismo. È evidente l'abisso che separa l'attuale realtà

²⁹³ Corte cost., sent. 12-25 febbraio 2014, n. 32 nei confronti della legge Fini-Giovanardi. Cfr. S. MARANI, *Stupefacenti: Consulta boccia legge Fini-Giovanardi*, in www.altalex.com, 27 febbraio 2014; *Depositata la sentenza della Corte costituzionale sulla disciplina Fini-Giovanardi in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2014; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 12 ss.

²⁹⁴ Per la consultazione delle statistiche sulla popolazione carceraria, si rinvia al sito www.giustizia.it.

carceraria dal dettato costituzionale sulla funzione rieducatrice della pena e sui diritti e la dignità della persona». ²⁹⁵

L'intervento del legislatore per la tutela della dignità umana nell'esecuzione della pena è dunque improcrastinabile e solo un progetto di riforma organico può configurare un sistema di gestione della pena più conforme ai principi costituzionali e a quelli sanciti dalle Carte internazionali sui diritti dell'uomo.

§ 3.4 - Espulsione dello straniero e condizioni di “detenzione amministrativa” nei CIE

Un fenomeno, oggi più che mai problematico e che chiama in causa gli Stati parte della Convenzione, è quello dell'immigrazione e della tutela effettivamente garantita ai diritti dello straniero, considerate le molteplici pratiche di allontanamento quali espulsione, respingimento alla frontiera, respingimento in mare aperto, e le condizioni di vita contrarie al senso di umanità nei centri di identificazione e di espulsione (CIE). È pertanto necessario accennare alla posizione che lo straniero assume nel sistema CEDU e ai casi in cui egli corre il rischio di essere sottoposto a tortura o altri maltrattamenti, dato che diverse sono le situazioni suscettibili di rendere gli Stati responsabili di una violazioni dell'art. 3 CEDU.

²⁹⁵ Intervento del Presidente della Repubblica Napolitano al Convegno “Giustizia! In nome della Legge e del Popolo sovrano”, in www.quirinale.it. Sul Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica in merito alla questione carceraria, cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 11-12; D. PULITÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 23 ottobre 2013.

Secondo il dettato dell'art. 1 CEDU, la Convenzione europea garantisce i diritti in essa sanciti *ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione di uno Stato membro*, pertanto, in linea di principio, la posizione dello straniero può dirsi equiparata a quella del cittadino per quanto attiene al godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione. Inoltre, sulla base dell'ampia interpretazione del termine *giurisdizione*, gli Stati possono incidere con le loro condotte sul rispetto dei diritti convenzionali anche per atti dei propri organi che producono effetti fuori dal rispettivo territorio.²⁹⁶ Sebbene la Convenzione non riconosca espressamente il diritto dello straniero di entrare, soggiornare e stabilirsi sul territorio di uno Stato parte, esistono alcune disposizioni in materia di espulsione che trovano applicazione solo nei suoi confronti: l'art. 4 del Protocollo n. 4 che vieta le espulsioni collettive e l'art. 1 del Protocollo n. 7 che fissa le garanzie procedurali nell'ambito dei procedimenti di espulsione.²⁹⁷ La Corte di Strasburgo riconosce agli Stati, in virtù del loro diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul proprio territorio,²⁹⁸ la facoltà di allontanarli e/o di trattenerli in luoghi di "detenzione amministrativa". Si iniziano ad intravedere dunque due profili critici che possono sollevare contrasti con la disposizione convenzionale in materia di tortura. Anzitutto il rispetto del

²⁹⁶ Cfr. B. RANDAZZO, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid, 25-26 settembre 2008, in www.cortecostituzionale.it, cit., p. 7ss.

²⁹⁷ Cfr. B. RANDAZZO, *Lo straniero nella giurisprudenza*, cit., p. 9; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, fasc. 3, cit., p. 597.

²⁹⁸ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 1996, par. 73. Si tratta di un diritto appartenente alla *domestic jurisdiction*.

principio internazionale di *non refoulement*,²⁹⁹ rientrante nell'ambito di tutela dell'art. 3 CEDU grazie al meccanismo della protezione *par ricochet*, impone agli Stati l'obbligo negativo di astenersi dal porre in essere violazioni "indirette" attraverso le procedure di allontanamento, laddove vi siano fondati motivi di ritenere che il soggetto allontanato corra *personalmente* il pericolo *reale* di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti nello Stato di destinazione.³⁰⁰

In secondo luogo, possibili violazioni della CEDU possono ravvisarsi in merito alle condizioni di "scarsa umanità" dei CIE, luoghi in cui gli stranieri vengono trattenuti al fine di accertarne l'identità in vista di un provvedimento di espulsione.³⁰¹

²⁹⁹ Il principio nasce nel diritto internazionale dei rifugiati e trova la sua espressione più nota nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951. Nel tempo, tale concetto ha progressivamente ampliato il suo ambito di applicazione fino a settori diversi dal diritto dei rifugiati in senso stretto. Tale principio oggi scaturisce anche dalla giurisprudenza di Strasburgo attraverso la tecnica di protezione *par ricochet*, ossia di riflesso, che fa scattare la responsabilità di uno Stato in presenza di un rischio derivante da un altro Stato, realizzando una nuova forma di tutela per lo straniero oggetto di misure di allontanamento. Sul punto, cfr. S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012, 26 giugno 2012, cit., pp. 7-8; A. TERRASI, *I respingimenti*, cit., p.597, è opportuno rilevare che il diritto dello straniero di entrare soggiornare o stabilirsi sul territorio di uno Stato parte non è garantito dalla CEDU, fermo restando che i Protocolli nn. 4 e 7 prevedono limiti al potere statale di espellere individui stranieri dal proprio territorio.

³⁰⁰ A partire dal caso *Soering c. Regno Unito* del 1989, la Corte ha iniziato a valutare la compatibilità dei provvedimenti di estradizione di stranieri dal territorio di Stati parte con l'art. 3 CEDU e il principio di *non allontanamento*. Tale orientamento interpretativo si è consolidato ed è stato applicato anche ai casi di espulsione nel caso *Saadi c. Italia*. Cfr. *supra* il paragrafo 2.3.4 in materia di obblighi negativi derivanti dall'art.3 CEDU. Sul principio di *non refoulement*, cfr. A. TERRASI, *I respingimenti in mare*, cit., p. 598; G. MILIZIA, *La CEDU detta i suoi comandamenti sull'immigrazione di massa*, in www.dirittoegiustizia.it, 21 ottobre 2014, secondo la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo stato di rifugiato, è vietato espellere e/o rimpatriare persone che si troverebbero in pericolo di vita o la cui libertà sarebbe compromessa in ragione delle loro idee politiche, religiose, dell'orientamento sessuale nel Paese di destinazione.

³⁰¹ I CIE, prima denominati centri di permanenza temporanea (CPT), sono strutture detentive istituite in ottemperanza dell'art. 12 della legge Turco-

3.4.1 - L'espulsione di migranti e le operazioni di respingimento in alto mare

La procedura di espulsione consiste in un procedimento, di carattere sostanzialmente amministrativo, attraverso cui un individuo viene allontanato dal territorio dello Stato per ragioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, in genere in base alla legislazione interna in materia di immigrazione.³⁰² Il *pivotal case* in cui la Corte si è espressa sulla compatibilità del procedimento di espulsione di uno straniero con l'art. 3 CEDU è rappresentato dalla sentenza *Saadi c. Italia*.³⁰³ Il ricorrente, Nassim Saadi, un cittadino tunisino regolarmente residente in Italia, viene arrestato con l'accusa di essere coinvolto in attività terroristiche e poi condannato per associazione a delinquere. Egli inoltra, senza

Napolitano (L.40/1998) che mirava a regolamentare in maniera organica la materia dell'immigrazione dall'estero. In tali centri vengono trattenuti gli stranieri sprovvisti di un regolare titolo di soggiorno, sottoposti a provvedimenti di espulsione e/o di respingimento. Cfr. in materia, *Cosa sono i CIE (Centri di Identificazione ed Espulsione)*, Progetto melting pot Europa, in www.meltingpot.org, 1 aprile 2006.

³⁰² In Italia, la materia è disciplinata dal Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 aggiornato da ultimo dalle modifiche apportate dai d.lgs. 4 marzo 2014, nn. 24 e 40. Cfr. S. BORELLI, *Estradizione, espulsione*, cit., p. 725, l'autrice, nel tracciare la distinzione tra estradizione ed espulsione, sottolinea che mentre un provvedimento di estradizione può riguardare sia cittadini dello Stato estradante che stranieri che si trovano nel territorio dello Stato, l'espulsione del cittadino è vietata dal diritto internazionale (si veda, in via esemplificativa, l'art. 13,1 del Protocollo n. 4 alla CEDU); A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno annuale dell'A.I.C., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, reperibile al sito www.astrid-online.it, cit., par.2, pone l'attenzione sul fatto che pur godendo lo straniero degli stessi diritti fondamentali del cittadino, il problema è che l'effettivo godimento degli stessi è spesso di fatto negato dalle modalità esecutive dell'allontanamento.

³⁰³ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008. Per i fatti del caso di specie, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., p. 244; S. SILEONI, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 3, p. 719 ss.

successo, domanda di asilo politico, adducendo che nel suo Paese d'origine, dove nel frattempo era stato condannato a vent'anni di reclusione per reati collegati al terrorismo, avrebbe subito trattamenti contrari al divieto convenzionale di tortura. I giudici europei condannano l'Italia per aver proceduto all'allontanamento, violando il diritto assoluto a non subire torture o trattamenti inumani o degradanti che non è suscettibile di bilanciamenti con altri diritti o interessi, neppure di rango elevato quali l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. A partire da tale pronuncia, la Corte è stata più volte chiamata a valutare il bilanciamento tra le garanzie di ordine pubblico e sicurezza nazionale e i diritti dello straniero e ha sviluppato una ricca giurisprudenza, in particolare contro lo Stato italiano,³⁰⁴ relativa alle procedure di allontanamento degli stranieri, richiamando le argomentazioni espresse nel caso *Saadi*. Se è vero che gli Stati hanno il potere discrezionale di espellere uno straniero dal loro territorio, essi devono esercitare tale potere in modo da non violare la Convenzione e in esecuzione di una decisione presa in conformità della legge, ai sensi di quelle garanzie procedurali fissate nel Protocollo n. 7.³⁰⁵

³⁰⁴ Per le pronunce contro l'Italia relative all'operatività del principio di non refoulement, cfr. *Ben Kheimas c. Italia*; *Abdelhedi c. Italia*; *Ben Salah c. Italia*; *Bouyahia c. Italia*; *C.B.Z. c. Italia*; *Darraji c. Italia*; *Hamraoui c. Italia*; *Soltana c. Italia*; *Trabelsi c. Italia*; *Toumi c. Italia*. con riferimento a quest'ultima sentenza del 5 aprile 2011, cfr. A. COLELLA, *Ennesima condanna dell'Italia a Strasburgo per violazione del divieto di espulsione verso paesi nei quali vi è il rischio di sottoposizione a tortura*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2011, in quell'occasione la Corte ha riaffermato il principio di diritto secondo cui la pericolosità sociale del ricorrente non giustifica la sua espulsione verso Paesi in cui vi sia un rischio apprezzabile di tortura. Inoltre ha ravvisato anche la violazione dell'art. 34 CEDU, poiché le autorità italiane non hanno rispettato la misura provvisoria di sospendere la procedura di espulsione, privando il ricorrente di avvalersi del ricorso individuale.

³⁰⁵ Sulle specifiche garanzie di cui gli stranieri, regolarmente residenti sul territorio dello Stato, beneficiano in caso di espulsione ex art. 1 del Protocollo n. 7 alla CEDU, cfr. B. RANDAZZO, *Lo straniero nella giurisprudenza*, cit., p.42.

Un aspetto specifico del problema dell'immigrazione e dell'allontanamento degli stranieri dal territorio di uno Stato parte alla CEDU concerne le recenti pratiche di respingimento dei flussi migratori via mare, messe in atto anche dal governo italiano. Nel maggio 2009 tre imbarcazioni provenienti dalla Libia, con a bordo circa duecento migranti, vengono intercettate in acque internazionali a sud di Lampedusa e le autorità italiane, dopo aver trasferito gli stranieri sulle loro barche, riconducono i clandestini a Tripoli.³⁰⁶ La Grande Camera, con sentenza del 23 febbraio 2012,³⁰⁷ condanna l'Italia per aver posto in essere un'operazione di respingimento in alto mare (c.d. *push back*), realizzando una violazione dell'art. 3 CEDU. La scelta politica dello Stato italiano è stata effettuata sul presupposto che le acque internazionali rappresentano una "zona grigia" in cui gli standard internazionali di tutela dei diritti umani si affievoliscono e non sono del tutto chiari quali sono gli obblighi in capo agli Stati. In realtà non bisogna dimenticare che ha ormai assunto carattere consuetudinario la norma che sancisce l'obbligo di *non refoulement* che pertanto trova applicazione anche extraterritoriale.³⁰⁸ Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo anzitutto rileva che il respingimento si è svolto sotto

³⁰⁶ Tale operazione di *push back* viene effettuata sulla base di un accordo internazionale stipulato tra Libia e Italia, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008.

³⁰⁷ Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, (Grande Camera), sent. 23 febbraio 2012. Cfr. S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012, 26 giugno 2012; A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., par. 7.3 ss, è stata la legge Bossi-Fini ad introdurre la possibilità, per le navi della Marina militare e quelle del servizio di polizia, di intercettare, anche al di fuori delle acque territoriali, le imbarcazioni che si ritengono coinvolte nel trasporto illecito di migranti.

³⁰⁸ Cfr. A. TERRASI, *I respingimenti*, cit., p. 602, l'obbligo di *non allontanamento* si configura non solo quando il soggetto interessato è presente sul territorio di uno Stato parte, ma anche quando è intercettato in alto mare e c'è il rischio che possa subire, nel Paese di destinazione, tortura o trattamenti

la giurisdizione italiana, più precisamente tale operazione costituisce un esercizio extraterritoriale della stessa,³⁰⁹ dal quale deriva la responsabilità dello Stato in caso di violazione della Convenzione. In seguito evidenzia che l'operazione di *push back* ha esposto i ricorrenti ad un duplice rischio: quello di subire maltrattamenti in Libia in cui, all'epoca dei fatti, gli stranieri presenti illegalmente venivano arrestati e detenuti in condizioni igienico-sanitarie degradanti; e quello di subire rimpatri indiretti nei rispettivi Paesi d'origine, Eritrea e Somalia, in cui vi erano conflitti armati e inumane condizioni di vita.³¹⁰ Inoltre i giudici europei affermano che i respingimenti collettivi, operati senza procedere ad identificazione e senza esaminare la situazione personale di ogni singolo soggetto coinvolto, negano ogni possibilità di presentare domanda di protezione internazionale e violano il principio di *non refoulement* ex art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale.

3.4.2 - Trattenimento e condizioni di vita inumane nei CIE per immigrati e richiedenti asilo

Vi sono casi in cui il diritto sancito all'art. 3 CEDU e la giurisprudenza europea relativa al divieto di espulsione

inumani o degradanti. Il dibattito sulla portata extraterritoriale di tale principio fa leva sulla ormai consolidata prassi internazionale e sulla dottrina prevalente.

³⁰⁹ Sui casi in cui gli organi di Strasburgo hanno riconosciuto la *jurisdiction* di uno Stato parte al di fuori del proprio territorio, cfr. *Bankovic e altri c. Belgio e altri sedici Stati contraenti; Medvedyev e altri c. Francia; Al-skeini e altri c. Regno Unito*. A. TERRASI, *I respingimenti*, cit., p. 594 ss.

³¹⁰ La prassi delle autorità libiche di detenere in campi di prigionia gli immigrati clandestini, di maltrattarli e di espellerli nei rispettivi Paesi d'origine è nota alla Comunità internazionale e documentata da autorevoli

s'intrecciano con la disciplina contenuta nel Regolamento di Dublino II in materia di asilo politico.³¹¹ Lo *status* soggettivo di richiedente asilo,³¹² cui è connaturata una particolare condizione di debolezza, è rilevante ai fini della valutazione di eventuali violazioni della Convenzione, fermo restando che la Corte europea, in merito alla domanda di asilo, è competente solo a determinare la situazione di rischio che incombe sullo straniero che vi ha fatto richiesta.³¹³ Un caso di notevole complessità è *M.S.S. c. Belgio e Grecia*,³¹⁴ deciso dalla Grande Camera nel 2011. Tralasciando, per ragioni di spazio, la narrazione dettagliata della vicenda, è opportuno soffermare l'attenzione su alcuni punti della pronuncia. Nel caso in esame, i giudici europei condannano la Grecia per aver trattenuto il ricorrente, un cittadino afgano, in condizioni

reports e dalle dichiarazioni dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati. Cfr. S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo*, cit., par. 1.

³¹¹ Il Regolamento CE/343/2003, c.d. Dublino II, del 18 febbraio 2003 è una norma di diritto derivato dell'Unione Europea, che stabilisce i meccanismi e i criteri per la determinazione dello Stato Membro competente per l'esame delle domande di asilo presentate in uno degli Stati Membri da un cittadino di un Paese terzo. Il principio su cui si fonda, esplicitato nel preambolo, è di creare una politica comune nel settore dell'asilo, istituendo «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità Europea» e si basa sulla presunzione, anch'essa contenuta nel preambolo, che gli Stati Membri rispettano il principio di non respingimento («*non refoulement*») e sono considerati sicuri per i cittadini di Paesi terzi.

³¹² Cfr. *Richiedenti asilo e rifugiati*, in www.interno.gov.it; i richiedenti asilo sono persone che, trovandosi in un Paese diverso da quello in cui hanno residenza abituale, non possono o non vogliono tornarvi per il timore di essere perseguitate e per questo necessitano di protezione internazionale,

³¹³ Cfr. B. RANDAZZO, *Lo straniero nella giurisprudenza*, cit., p. 16. Corte EDU, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, sent. 11 gennaio 2007, la Corte afferma che il rischio cui era sottoposto il ricorrente di essere maltrattato una volta espulso verso la Somalia era *reale*, pertanto l'espulsione risultava contraria all'art.3.

³¹⁴ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, (Grande Camera), sent. 22 gennaio 2011. Per i fatti del caso di specie, cfr. L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011, cit., par. 2; A. MASCIA, *La CEDU esamina in Grande Camera un trasferimento dal Belgio verso la Grecia di un richiedente asilo, operato secondo il "Regolamento di Dublino II"*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 5 settembre 2010.

degradanti nel corso del procedimento d'asilo e per averlo lasciato vivere in condizioni altrettanto degradanti, dopo il suo rilascio, negandogli l'accesso ad una procedura d'asilo effettiva;³¹⁵ e il Belgio per aver violato il principio di *non refoulement* previsto dall'art. 3 CEDU, rendendosi indirettamente responsabile della violazione dei diritti umani poste in essere dalle autorità greche.³¹⁶ La Grande Camera anzitutto sottolinea che, secondo il diritto di Strasburgo, le difficoltà degli Stati Membri di fronteggiare i flussi migratori non possono esimere lo Stato dal rispetto degli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU, stante il carattere assoluto del diritto tutelato. È possibile ravvisare la violazione della Convenzione laddove non venga rispettato l'obbligo di non allontanare il richiedente asilo politico verso un altro Stato membro dell'UE che non garantisce l'accesso ad un'efficiente procedura di asilo e in cui le condizioni di accoglienza e trattenimento non sono conformi all'art. 3 CEDU.

³¹⁵ Durante la procedura di asilo in Grecia il ricorrente era rinchiuso in un stanza di dimensioni ridotte da condividere con altre venti persone, malnutrito, costretto a dormire a terra e ad utilizzare i servizi igienici a discrezione delle guardie. I giudici osservano che tali condizioni oltre ad essere documentate dai rapporti del CPT, UNHCR, Medici senza frontiere e Amnesty International, sono state riscontrate dalla stessa Corte in passato nei seguenti casi: *S.D. c. Grecia*; *A.A. c. Grecia*; *Tabesh c. Grecia*. In merito alle condizioni di vita del ricorrente dopo il suo rilascio, la Corte afferma che l'obbligo per le autorità greche di fornire ai rifugiati politici un alloggio e di provvedere ai loro bisogni primario, pur non essendo sancito dalla CEDU, discende direttamente dalla legge interna di attuazione della c.d. Direttiva accoglienza, 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati Membri, il cui art. 13 stabilisce che gli Stati Membri devono assicurare ai richiedenti asilo politico condizioni d'accoglienza adeguate, in natura oppure attraverso la corresponsione di buoni o sussidi.

³¹⁶ Il Belgio aveva esposto il ricorrente alle condizioni di vita deprecabili a cui era sottoposto in Grecia e ai rischi legati alle carenze del sistema di asilo greco, ed in particolare a quello di essere espulso arbitrariamente verso l'Afghanistan, dove correva il serio pericolo di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU.

La sentenza da ultimo menzionata rileva un contrasto con la Convenzione anche sotto il profilo delle condizioni di vita degli stranieri nei CIE in attesa dell'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento dal territorio dello Stato. Il trattenimento in questione deve avvenire in conformità alle condizioni previste dall'art. 3 CEDU, nel rispetto della dignità e di tutti i diritti fondamentali della persona umana. L'introduzione di questi centri, in cui vengono confinati i migranti irregolari, ha inaugurato la c.d. detenzione amministrativa, che realizza pur sempre una privazione della libertà personale a seguito della violazione non di una norma penale, ma della disposizione amministrativa in materia di permesso di soggiorno.³¹⁷ Il problema delle terribili condizioni in cui versano molti CIE è avvertito dall'opinione pubblica, dai media e anche nelle aule giudiziarie. Si pensi all'ordinanza del Tribunale civile di Bari³¹⁸ che, in esito ad un percorso motivazionale a dir poco singolare, ha ritenuto non adeguate e inumane le condizioni di trattenimento nel CIE di Bari-Palese, con lo scopo di ricondurre le condizioni di vita al dettato dell'art. 14, 2 del T.U. sull'immigrazione, secondo cui «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità». Condanne a livello europeo continuano ad arrivare dalla Corte EDU per le condizioni invivibili dei centri d'accoglienza e le lacune nei sistemi di concessione dell'asilo

³¹⁷ Cfr. *Cosa sono i CIE (Centri di Identificazione ed Espulsione)*, Progetto melting pot Europa, in www.meltingpot.org, I migranti *ivi* confinati sono ristretti e sottoposti ad un regime di coercizione che impedisce loro di ricevere visite e di far valere il diritto fondamentale alla difesa legale.

³¹⁸ Tribunale di Bari, Sezione I civile, ord. 3 gennaio - 9 gennaio 2014, giud. Caso. Per i fatti della vicenda e un'analisi della stessa, cfr. A. GILIBERTO, *Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei C.I.E.? Una singolare pronuncia del Tribunale civile di Bari*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2014.

politico. Di recente, nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*³¹⁹ la Corte ha condannato la Grecia perché il centro d'accoglienza in cui sono stati reclusi i ricorrenti era in realtà un accampamento arrangiato in cui erano costretti a vivere in precarie condizioni igienico-sanitarie, soggetti ad atti di violenza dei poliziotti, privati della possibilità di presentare domanda di asilo e di esercitare il diritto di difesa.

Ad analoghe conclusioni è giunta la Grande Camera in un altro recentissimo caso *Tarakhel c. Svizzera*,³²⁰ che coinvolge il nostro Paese, in cui i ricorrenti, coppia di richiedenti asilo di origine afgana e i loro cinque figli, si rivolgono alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU e chiedendo altresì la sospensione provvisoria del provvedimento di espulsione verso l'Italia emanato nei loro confronti. Essi allegano, a sostegno delle loro doglianze, il fatto che in Italia le condizioni di vita presso i centri di accoglienza per richiedenti asilo sono inumane e degradanti e, con particolare riguardo al centro di Bari, in cui avevano trascorso un breve periodo, i ricorrenti affermano di aver assistito ad episodi di violenza, che il centro era sovraffollato, privo di acqua calda, l'ambiente era fumoso e insalubre, soprattutto per i bambini. Inoltre essi evidenziano che in base alla prassi vigente in Italia di dividere le famiglie numerose dei richiedenti

³¹⁹ Corte EDU, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, sent. 21 ottobre 2014. Cfr. G. MILIZIA, *La CEDU detta i suoi comandamenti*, la condanna è dovuta alla conoscenza dei rischi che i ricorrenti avrebbero corso, in particolare in Grecia. La Corte ribadisce che l'emergenza dovuta all'aumento dei flussi migratori non giustifica pratiche incompatibili con la protezione internazionale degli stranieri.

³²⁰ Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, (Grande Camera), sent. 4 novembre 2014. Per un primo commento sul caso, cfr. A. MASCIA, *Nel caso Tarakhel c. Svizzera la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia in Grande Camera: il rigetto della domanda d'asilo e il rischio di espulsione contro l'Italia*

asilo, in caso di rinvio, la loro famiglia rischia di essere separata. La Corte, dopo aver richiamato i consolidati principi in materia di allontanamento dal territorio dello Stato e la relativa giurisprudenza, e aver precisato che la situazione in Italia non è paragonabile a quella greca, afferma che si verificherebbe una violazione dell'art. 3 CEDU laddove i ricorrenti vengano rinviiati in Italia senza che le autorità svizzere abbiano prima ottenuto le necessarie garanzie individuali da parte dello Stato italiano.³²¹

Per concludere, è importante rilevare che vi sono aspetti della detenzione (la durata, le modalità di esecuzione, le condizioni dei luoghi in cui deve essere scontata la pena, il regime previsto per determinate categorie di soggetti, la detenzione amministrativa³²² degli stranieri in attesa di espulsione) che pongono seri problemi di compatibilità con il diritto a non subire tortura o trattamenti inumani o degradanti, così come interpretato nella giurisprudenza della Corte. Nell'opera di rafforzamento del senso di umanità e del fine rieducativo della pena, la "parola" della Corte, insieme ai principi generali sanciti nella Convenzione europea, risulta essere

potrebbero essere in violazione dell'articolo 3, 8 e 13 della Convenzione, in www.antonellamascia.wordpress.com, 12 febbraio 2014.

³²¹ *Tarakhel c. Svizzera*, par. 122: «It follows that, were the applicants to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together, there would be a violation of Article 3 of the Convention».

³²² È utile ricordare la riforma in tema di detenzione amministrativa per gli stranieri irregolari avvenuta con la legge 30 ottobre 2014, n. 163. Una svolta radicale del T.U. sull'immigrazione che ha ridotto per la prima volta i limiti massimi di detenzione nei CIE da 18 a 3 mesi. La detenzione amministrativa non viene più intesa come strumento punitivo del migrante irregolare, ma come mezzo per superare gli ostacoli transitori al rimpatrio. Per un'analisi più approfondita di questa legge di riforma, cfr. L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti non è più una bagatella?* in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014.

fondamentale per individuare il giusto e l'ingiusto, l'umano e il disumano.³²³

³²³ Cfr. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 375.

Bibliografia

- **ABBADESSA G.**, *La Corte europea dei diritti sulle carceri italiane*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 4, p. 952 ss.;
- **ADDO M. K. e GRIEF N.**, ‘Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights?’ in *European Law Review*, 1998, vol. 9, pp. 510–524;
- **APRILE E.**, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 515–546;
- **ARDITA S.**, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, Giuffrè, 2007;
- **BALSAMO A. e TRIZZINO L.**, *La Corte europea, l'ergastolo e il “diritto alla speranza”*, in *Cassazione penale*, 2013, fasc. 12, pp. 4672–4691;
- **BECCARIA C.**, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Luigi Firpo, Livorno, 1764;
- **BEDUSCHI L.**, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011;
- **BOBBIO N.**, *L'età dei diritti*, 3°ed., Torino, Einaudi, 1997;
- **BORELLI S.**, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in L. Pineschi (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 724–751;

- **BOULESBAA A.**, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999, p. 252 ss;
- **BURGERS J. H. e DANIELIUS H.**, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Dordrecht-Boston-London, 1988;
- **BUZZELLI S.**, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2013;
- **BUZZELLI S.**, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 389;
- **BUZZELLI S.**, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2013;
- **CANIVET G.**, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la "benévotence" des juges*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 2005;
- **CARTABIA M.**, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, fasc. 3, p. 537 ss;
- **CASSESE A.**, *Lineamenti di diritto internazionale. Diritto sostanziale*, I, Bologna, 2005, pp. 156-162;
- **CASSESE A.**, *I diritti umani oggi*, Roma, Laterza, 2005, pp. 171-193;
- **CASSESE A.**, *Umano – Disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Roma – Bari, Laterza, 1994, pp. 53-103;
- **CHENAL R.**, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte I): quali limiti al controllo della Corte europea dei diritti umani?*, in www.sidi-isil.org, 18 ottobre 2013;

- **CHENAL R.**, *Riflessioni a margine della sentenza Vinter c. Regno Unito (parte II): la funzione della pena e il valore della dignità umana: l'ergastolo tra retribuzione e rieducazione*, in www.sidi-isil.org, 21 ottobre 2013;
- **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 *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 1801-1843;
- **COLELLA A.**, *Ennesima condanna dell'Italia a Strasburgo per violazione del divieto di espulsione verso paesi nei quali vi è il rischio di sottoposizione a tortura*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2011;
- **COLELLA A.**, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008–2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2011;
- **COLELLA A.**, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014;
- **COLELLA A.**, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, 2007, in www.forumcostituzionale.it, sezione papers;
- **CONSO G. e SACCUCCI A.**, *Codice dei diritti umani: Nazioni Unite*, Consiglio d'Europa, Padova, Cedam, 2001;
- **CONTI R.**, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corriere giuridico*, 2011, p. 1242 ss;

- **DANISI C.**, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, in www.diritto.it , 29 ottobre 2009;
- **DE CAROLIS F.**, *Uno Stato che non rispetta la sua legalità. Intervista a Andrea Pugiotto*, in www.unacittà.it, n. 215/2014;
- **DELLA BELLA A.**, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, 2014;
- **DELLA BELLA A.**, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014;
- **DELLA BELLA A.**, *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, fasc. 7, pp. 701–704;
- **DELLA BELLA A.**, *Pubblicate le statistiche annuali del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria e sulle misure non detentive*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014;
- **DELLA BELLA A.**, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014;
- **DODARO G.**, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 2, pp. 428–432;
- **DONATI F.**, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2008, fasc. 1;

- **ESPOSITO A.**, *Il diritto penale “flessibile”*: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali, Torino, Giappichelli, 2008;
- **ESPOSITO A.**, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, n. 3, p. 153 ss;
- **EUSEBI L.**, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell’art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l’unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cassazione penale*, 2012, fasc. 4, p. 1220 ss.
- **EUSEBI L.**, *L’ergastolo ostativo*, in *Criminalia*, 2010, pp. 675–677;
- **FILIPPINI A.**, *Il caso Dorigo, la CEDU e la Corte Costituzionale: l’effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in www.costituzionalismo.it, 2008, fasc. 2, 19 maggio del 2008;
- **FIORAVANTI C.**, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2004, fasc. 3, pp. 555-568;
- **FIorentin F.**, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all’interno delle carceri italiane*, in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2013;
- **Fontanelli E.**, *L’art. 41-bis l. 354/75 come strumento di lotta contro la mafia*, in www.altrodiritto.unifi.it;
- **FRONTONI E.**, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 30 aprile 2014;
- **Giansanti A.**, *Alcuni rilievi critici in ordine all’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e agli*

obblighi di riparazione gravanti in capo allo Stato autore dell'illecito: il caso Sejdivic c. Italia, pubblicato sul sito della Società Italiana per l'Organizzazione internazionale (SIOI), www.sioi.org, settembre 2007;

- **GILIBERTO A.**, *Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei C.I.E.? Una singolare pronuncia del Tribunale civile di Bari*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2014;
- **GOISIS L.**, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium Iuris*, 2013, fasc. 12, pp. 1329-1340;
- **GORI P.**, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in www.questionegiustizia.it;
- **GUAZZAROTTI A.**, *Il "caso Dorigo": una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Questione Giustizia*, 2007, fasc. 1;
- **GUAZZAROTTI A. e COSSIRI A.**, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2006, Vol. LVIII, No. 4, pp. 15-32 ;
- **HEILMAN C.**, *Defining torture, and cruel, inhuman, and degrading treatment*, in *29 Law and Inequality*, 2011, p. 343 ss.
- **IACOBACCI D.**, *Le nuove frontiere del giudicato penale*, in www.neldiritto.it, n. 60;
- **ISTAT**, *I detenuti nelle carceri italiane*, Roma, 18 dicembre 2012, al sito www.istat.it;
- **IL SOCIALE**, *Che cos'è l'ergastolo ostativo?*, in www.affaritaliani.it, 30 novembre 2011;

- **LANZA G.**, *Obblighi internazionali di incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *L'indice penale*, 2011, pp. 737-765;
- **LONG D.**, *Guide to jurisprudence on torture and ill-treatment. Article 3 of the European Convention for the protection of human rights*, Ginevra, 2002;
- **MALAVASI G.**, *Nota di commento alle ordinanze dell'ufficio di sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art. 35 ter o.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014;
- **MANCA V.**, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014;
- **MANES V.**, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *A.A.V.V., Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Isolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti, 4 ed. aggiornata ed ampliata, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 157-222;
- **MANES V.**, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1-66;
- **MANNOZZI G.**, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *V. Manes - V. Zagrebelsky*

- (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 299-375;
- **MARANI S.**, *Stupefacenti: Consulta boccia legge Fini-Giovanardi*, in www.altalex.com, 27 febbraio 2014;
 - **MARCHESI A.**, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, vol. 76, pp. 979-999;
 - **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*, 6 (2008), pp. 195-214;
 - **MARCHESI A.**, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, vol. 82, pp. 463-475;
 - **MARCHESI A.**, *L'Italia e la protezione internazionale dei diritti umani. Un rapporto problematico*, in www.italianieuropei.it, 3/2008;
 - **MARCHESI A.**, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto* (a cura di L. Zagato e S. Pinton), Cedam, Padova, 2010;
 - **MARCHI I.**, *Luci ed ombre nel nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?* in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014;
 - **MARIETTI S.**, *Da Beccaria a Bergoglio: abolite l'ergastolo*, in www.pagina99.it, 24 ottobre 2014;
 - **MASCIA A.**, *Ergastolo come trattamento inumano, la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la Turchia nel*

caso Öcalan, in www.antonellamascia.wordpress.com, 13 ottobre 2014;

- **MASCIA A.**, *La Cedu esamina in Grande Camera un trasferimento dal Belgio verso la Grecia di un richiedente asilo, operato secondo il “Regolamento di Dublino II”*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 5 settembre 2010;
- **MASCIA A.**, *La condanna all’ergastolo intesa come trattamento inumano e degradante sarà esaminata dalla C.E.D.U. in Grande Camera nel caso Vinter e altri c. Regno Unito*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 28 novembre 2012;
- **MASCIA A.**, *Nel caso Sulejmanovic c. Italia la CEDU accerta per la prima volta la violazione dell’articolo 3 della Convenzione per eccessivo sovraffollamento carcerario*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 7 agosto 2009;
- **MASCIA A.**, *Nel caso Tarakhel c. Svizzera la Corte europea dei diritti dell’uomo si pronuncia in Grande Camera: il rigetto della domanda d’asilo e il rischio d’espulsione verso l’Italia potrebbero essere in violazione dell’articolo 3, 8 e 13 della Convenzione*, www.antonellamascia.wordpress.com, 12 febbraio 2014;
- **MASCIA A.**, *Nel caso Torreggiani e altri c. Italia, la C.E.D.U. condanna l’Italia per il sovraffollamento carcerario: violato l’articolo 3 della Convenzione*, in www.antonellamascia.wordpress.com, 9 gennaio 2013;
- **MASERA L.**, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti non è più una bagatella?* in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014;

- **MAZZACUVA F.**, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale - Parte generale*, Utet, Torino, 2012;
- **MAZZACUVA F.**, *Nuova condanna per l'Italia in relazione alla compatibilità delle condizioni di detenzione con lo stato di salute del ricorrente Franco Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2012;
- **MILIZIA G.**, *La CEDU detta i suoi comandamenti sull'immigrazione di massa*, in www.dirittoegiustizia.it, 21 ottobre 2014;
- **MINNELLA C.**, *È legge il risarcimento per i detenuti che hanno subito un trattamento degradante*, in www.dirittoegiustizia.it, 3 settembre 2014;
- **MINNELLA C.**, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in www.rassegnapenitenziaria.it;
- **MOCCIA S.**, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2 ed., Esi, Napoli, 1997;
- **MONTANARI M.**, *Il senato adotta il testo unificato per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2014;
- **MORGAN R. e EVANS M.**, *Combating torture in Europe – the work and the standards of the European Committee for the prevention of torture*, published by Council of Europe publishing, 2002, pp. 99-111;
- **NICOSIA E.**, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006;

- **NICOSIA E.**, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1240 ss.;
- **ORLANDI R.**, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 2, pp. 424-428;
- **PADOVANI T.**, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida al Diritto*, 2007, fasc. 4, pp. 6-7;
- **PALAZZO F.**, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma sulle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014;
- **PALERMO P.**, *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Rivista Penale*, 2009, fasc. 10, pp.1185-1197;
- **PALMA M.**, *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in F. Corleone - A. Pugiotto, *Volti e maschere della pena e giustizia ripartiva*, Roma, Ediesse, 2013, p. 171 ss;
- **PALMA M.**, *La tortura è alla pagina web*, in *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, a cura di P. Gonnella e A. Marchesi, Sinnos, Roma, 2006;
- **PARODI C.**, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2012;
- **PARODI C.**, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2014;

- **PECORELLA C.**, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 397 ss.;
- **PEDRAZZI M.**, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. Pineschi (ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 281-313;
- **PELAZZA M.**, *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU. Nota a C. eur. Dir. Uomo, II sez., sent. 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013;
- **PIANCONE D.**, *Ergastolo un dibattito senza fine*, in www.libertiamo.it, 22-23 ottobre 2012;
- **PLASTINA N.**, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cassazione penale*, 2009, fasc. 12, p. 4928;
- **PROGETTO MELTING POT EUROPA**, *Cosa sono i CIE (Centri di Identificazione ed Espulsione)*, in www.meltingpot.org;
- **PROSPERI L.**, *Articolo 3 CEDU – Proibizione della tortura*, in www.progettoinnocenti.it ;
- **PUGIOTTO A.**, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in *Studium Iuris*, 2012, fasc. 1, pp. 3-12;
- **PUGIOTTO A.**, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014;

- **PUGIOTTO A.**, *«Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno annuale dell’A.I.C., Lo statuto costituzionale del non cittadino, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, reperibile al sito www.astrid-online.it;
- **PUGIOTTO A.**, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2013;
- **PUGIOTTO A.**, *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013;
- **PULITANÒ D.**, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 23 ottobre 2013;
- **RANDAZZO B.**, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid, 25-26 settembre 2008, in www.cortecostituzionale.it;
- **RODLEY N. S.**, *The definition(s) of torture in International Law*, in *Current legal problems (Oxford University press)*, 2002, vol. 55, pp. 467-493. Il formato elettronico è reperibile al sito www.corteidh.or.cr/tablas/R08113.pdf;
- **RODLEY N. S.**, *The treatment of prisoners under International law, (with Matt Pollard)*, 3rd edition, Oxford, 2009;
- **ROMANO G. e CONTE C.**, *Carceri e diritti dei detenuti: il caso Torreggiani e le riforme strutturali in Italia*, in www.duitbase.it;

- **ROMANO G. e GENITO P.**, *Efficacia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo ed esecuzione delle stesse*, pubblicato sul supplemento n. 12 del dicembre 2008 della *Rivista Giurisprudenza di Merito*, Milano, ed. Giuffrè;
- **ROMOLI F.**, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 5, p. 1188 ss.;
- **RUDEL L.**, *Le censure della Corte europea alla disciplina italiana del processo in contumacia*, pubblicato sul sito della Società Italiana per l'Organizzazione internazionale (SIOI), www.sioi.org ;
- **RUGGERI A.**, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it sezione papers, 2011;
- **RUGGERI A.**, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale - astratta e prospettiva assiologia - sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it, sezione papers;
- **RUOTOLO M.**, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium Iuris*, 2003, fasc. 1, p. 417-428;
- **RYNGAERT C.**, *Universal criminal jurisdiction over torture: a state of affairs after 20 years UN Torture Convention*, in *Netherlands Quarterly of human rights*, 2005, Vol. 23/4, pp. 571-611;
- **SACCUCCI A.**, *Profili di tutela dei diritti umani: tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 2005;

- **SAULLE M. R.**, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli, 1999;
- **SCHEFOLD D.**, *L'osservanza dei diritti dell'uomo nei trattati internazionali da parte del giudice italiano*, in www.forumcostituzionale.it, sezione papers;
- **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 I)*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, fasc. 2, p. 269 ss.
- **SCOVAZZI T.**, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 685 ss.;
- **SILEONI S.**, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 3, pp. 719-721;
- **TAGNANI S.**, *Il divieto internazionale di tortura*, in www.federalismi.it, 2013, fasc. 15;
- **TARDU M. E.**, *The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, p.303 ss ;
- **TEGA D.**, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 193-210;
- **TERRASI A.**, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, fasc. 3, p. 591 ss. ;

- **TREVES T.**, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005;
- **TRIONE F.**, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006;
- **TURCHETTI S.**, *Legge 'svuota carceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?* in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2010;
- **UĞUR ERDAL e HASAN BAKIRCI**, *Article 3 of the European Convention on human rights: a practitioner's handbook. The absolute nature of the prohibition and the inherent obligations of article 3*, OMCT handbook series vol. I, 2006, pp. 211-228;
- **VECA M. L.**, *La tortura*, in www.decifircas.altervista.org;
- **VERRI P.**, *Osservazioni sulla tortura, e singolarmente sugli effetti che produsse all'occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribuì la pestilenza che devastò Milano l'anno 1630*, a cura di Claudio Paganelli, edizione elettronica del 26 novembre 1995, scaricabile al sito www.liberliber.it ;
- **VIGANÒ F.**, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2013;
- **VIGANÒ F.**, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014;

- **VIGANÒ F.**, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42 ss;
- **VIGANÒ F.**, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012;
- **VIGANÒ F.**, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2014;
- **VIGANÒ F.**, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, vol.IV, 2011, pp. 2645-2704;
- **VIGANÒ F.**, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 243-298;
- **VIGANÒ F.**, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013;
- **VIGANÒ F.**, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014;
- **WELCH M.**, *Fare l'impensabile. Genealogia della tortura moderna*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 3, pp.41-64;

- **YUTAKA ARAI-YOKOI**, *Grading scale of degradation: identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of human rights*, 2003, Vol. 21/3, pp. 385-421;
- **ZAGREBELSKY V.**, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro.it*, V, 2006, p. 353 ss.
- **ZAGREBELSKY V.**, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 69-107;
- **ZANGHÌ C.**, *Il caso Oçalan: una valutazione giuridica in una vicenda "politica"*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 1999, p. 39 ss.
- **ZANGHÌ C.**, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006;
- **ZICCHITTU P.**, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 1, p. 161 ss.
- **ZIRULIA S.**, *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014;
- **ZIRULIA S.**, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012, 26 giugno 2012.

Giurisprudenza Corte EDU

Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, sent. 10 gennaio 1978;
Corte EDU, *Danirna, Norvegia, Svezia e Olanda c. Grecia*, sent. 5 novembre 1969;
Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, sent. 25 aprile 1978;
Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, sent. 26 marzo 1985;
Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, sent. 7 luglio 1989;
Corte EDU, *Tomasi c. Francia*, sent. 27 agosto 1992;
Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, sent. 27 settembre 1995;
Corte EDU, *Ribitsh c. Austria*, sent. 4 dicembre 1995;
Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 1996;
Corte EDU, *Aksoy c. Turchia*, sent. 26 novembre 1996;
Corte EDU, *H. L. R. c. Francia*, sent. 29 aprile 1997;
Corte EDU, *D. c. Regno Unito*, sent. 2 maggio 1997;
Corte EDU, *Aydin c. Turchia*, sent. 27 settembre 1997;
Corte EDU, *A. Regno Unito*, sent. 23 settembre 1998;
Corte EDU, *Assenov e altri c. Bulgaria*, sent. 28 ottobre 1998;
Corte EDU, *Selmouni c. Francia*, sent. 28 luglio 1999;
Corte EDU, *Labita c. Italia*, sent. 6 aprile 2000;
Corte EDU, *Messina c. Italia*, sent. 28 settembre 2000;
Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, sent. 21 novembre 2000;
Corte EDU, *Natoli c. Italia*, sent. 9 gennaio 2001;
Corte EDU, *Dougoz c. Russia*, sent. 6 marzo 2001;
Corte EDU, *Peers c. Grecia*, 19 aprile 2001;
Corte EDU, *Z. e altri c. Regno Unito*, sent. 10 maggio 2001;
Corte EDU, *Price c. Regno Unito*, sent. 10 luglio 2001;

Corte EDU, *Indelicato c. Italia*, sent. 18 ottobre 2001;
Corte EDU, *Lorsé e altri c. Paesi Bassi*, sent. 4 febbraio 2003;
Corte EDU, *Van der Ven c. Paesi Bassi*, sent. 4 febbraio 2003;
Corte EDU, *Ganci c. Italia*, sent. 30 ottobre 2003;
Corte EDU, *M. C. c. Bulgaria*, sent. 4 dicembre 2003;
Corte EDU, *Carbonara e Ventura c. Italia*, sent. 11 dicembre 2003;
Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, sent. 22 giugno 2004;
Corte EDU, *Madonia c. Italia*, sent. 6 luglio 2004;
Corte EDU, *Slimani c. Francia*, sent. 27 luglio 2004;
Corte EDU, *Musemici c. Italia*, sent. 11 gennaio 2005;
Corte EDU, *Mayzit c. Russia*, sent. 20 gennaio 2005;
Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, sent. 6 giugno 2005;
Corte EDU, *Labzov c. Russia*, sent. 16 giugno 2005;
Corte EDU, *Gallico c. Italia*, sent. 28 giugno 2005;
Corte EDU, *Siliadin c. Francia*, sent. 25 luglio 2005;
Corte EDU, *Martinelli c. Italia*, sent. 24 gennaio 2006;
Corte EDU, *Sejdovic c. Italia*, (Grande Camera), sent. 1 marzo 2006;
Corte EDU, *Scordino c. Italia*, (Grande Camera), sent. 29 marzo 2006;
Corte EDU, *Léger c. Francia*, sent. 11 aprile 2006;
Corte EDU, *Viola c. Italia*, sent. 29 giugno 2006;
Corte EDU, *Vincent c. Francia*, sent. 24 ottobre 2006;
Corte EDU, *Andreï Frolov c. Russia*, sent. 29 marzo 2007;
Corte EDU, *Kantyrev c. Russia*, sent. 21 giugno 2007;
Corte EDU, *Attanasio c. Italia*, sent. 13 novembre 2007;
Corte EDU, *Schiavone c. Italia*, sent. 13 novembre 2007;
Corte EDU, *Lind c. Russia*, sent. 6 dicembre 2007;
Corte EDU, *Ercolano c. Italia*, sent. 8 gennaio 2008;

Corte EDU, *Bagarella c. Italia*, sent. 15 gennaio 2008;
Corte EDU, *Kafkaris c. Cipro*, (Grande Camera), sent. 12 febbraio 2008;
Corte EDU, *Dorokhov c. Russia*, sent. 14 febbraio 2008;
Corte EDU, *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008;
Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, sent. 10 giugno 2008;
Corte EDU, *Aleksandr Makarov c. Russia*, 12 marzo 2009;
Corte EDU, *Lyubimenko c. Russia*, sent. 19 marzo 2009;
Corte EDU, *Bychkov c. Russia*, sent. 5 marzo 2009;
Corte EDU, *Ben Kheimas c. Italia*, sent. 24 febbraio 2009;
Corte EDU, *Abdelhedi c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *Ben Salah c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *Bouyahia c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *C. B. Z. c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *Darraji c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *Hamraoui c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *Soltana c. Italia*, sent. 24 marzo 2009;
Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, sent. 25 agosto 2009;
Corte EDU, *Enea c. Italia*, sent. 17 settembre 2009;
Corte EDU, *Trabelsi c. Italia*, sent. 13 aprile 2010;
Corte EDU, *Visloguzov c. Ucraina*, sent. 20 maggio 2010;
Corte EDU, *Gäfgen c. Germania*, (Grande Camera), sent. 1 giugno 2010;
Corte EDU, *Kundla c. Polonia*, (Grande Camera), sent. 26 ottobre 2010;
Corte EDU, *Alikaj e altri c. Italia*, sent. 29 marzo 2011;
Corte EDU, *Toumi c. Italia*, sent. 5 aprile 2011;
Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, (Grande Camera), 24 sent. maggio 2011;

Corte EDU, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, sent. 12 gennaio 2012;

Corte EDU, *Cara-Damiani c. Italia*, sent. 27 febbraio 2012;

Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, sent. 12 gennaio 2012;

Corte EDU, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, sent. 10 aprile 2012;

Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, sent. 17 luglio 2012;

Corte EDU, *M. e altri c. Bulgaria*, sent. 31 luglio 2012;

Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013;

Corte EDU, *Cirillo c. Italia*, sent. 29 gennaio 2013;

Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, (Grande Camera), sent. 9 luglio 2013;

Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, sent. 18 marzo 2014;

Corte EDU, *Alberti c. Italia*, sent. 24 giugno 2014;

Corte EDU, *Saba c. Italia*, sent. 1 luglio 2014;

Corte EDU, *Trabelsi c. Belgio*, sent. 4 settembre 2014;

Corte EDU, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, sent. 21 ottobre 2014;

Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, (Grande Camera), sent. 4 novembre 2014.

