

STEFANIA CARNEVALE

TORTURA E MALTRATTAMENTI IN CARCERE:
I PRESIDI DI DIRITTO PROCESSUALE E PENITENZIARIO
A SUPPORTO DEGLI STRUMENTI SOSTANZIALI

A M. che si cucì la bocca

SOMMARIO: 1. Prospettive capovolte: la tortura da mezzo di accertamento e punizione a problema di accertamento e punizione. – 2. Il ruolo del personale medico: il referto come primario strumento di conoscenza e prova. – 3. Il ruolo del garante dei diritti dei detenuti: l'incerto statuto penale e processuale di una figura in evoluzione. – 4. Il ruolo degli inquirenti: la prontezza e l'effettività delle indagini, la vulnerabilità della vittima. – 5. I pungoli alle procure: (ancora) sul ruolo dei garanti e su quello della magistratura di sorveglianza. – 6. La riforma dell'ordinamento penitenziario: frammenti sopravvissuti e garanzie smarrite.

1. *Prospettive capovolte: la tortura da mezzo di accertamento e punizione a problema di accertamento e punizione*

È un susseguirsi di ribaltamenti a contraddistinguere il fenomeno della tortura. Le questioni giuridiche di cui è disseminata la sua storia costringono a continui capovolgimenti di visione, come se per addentrarvisi fosse necessario assumere la postura rovesciata di chi in passato subiva il rigore dei tormenti e da lì assistere al disorientante sovvertimento di categorie e prospettive: il reo che diventa vittima, i tutori della legge penale che la profanano, le forze dell'ordine che si convertono in forza disordinata, tramutando Dike, violenza domata dalla ragione, in Hybris, sopraffazione priva di misura.

Un'autentica inversione ha d'altro canto connotato anche l'approccio dei moderni ordinamenti alla materia. Per secoli, le sevizie perpetrate ai danni delle persone private della libertà dai loro custodi sono state strumenti elettivi di accertamento dei reati e punizione dei colpevoli: per il loro tramite, si mirava all'ottenimento di apporti dichiarativi in grado di dissipare i dubbi sulla condotta criminosa e condurre alla certa individuazione degli autori¹. Nel tempo presente, in cui analoghi comportamenti sono banditi ai più alti livelli delle fonti del diritto

¹ A riguardo si veda la fondamentale ricostruzione di P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953. Più di recente, M. SBRICCOLI, "Tormentum id est torquere mentem". *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 110 ss. e 120 ss.; T. PADOVANI, *Giustizia criminale*, vol. 3, *Tortura*, Pisa University Press, 2015, p. 40 ss.

to² e finalmente stigmatizzati dalla legge penale³, esigenza primaria è piuttosto giungere al *loro* accertamento e alla sanzione dei responsabili. I maltrattamenti inflitti nei luoghi di detenzione da *mezzo di ricerca della prova* sono oggi diventati difficoltoso *oggetto di prova*, fatti la cui dimostrazione è irta di ostacoli per le condizioni di tetra separatezza in cui vengono consumati.

All'indubbia trasmutazione assiologica non ha invero corrisposto, sul versante empirico, un effettivo contrasto ai trattamenti inumani o degradanti intenzionalmente inferti da chi esercita funzioni di vigilanza e cura sulle persone ristrette. I manuali del passato, come il *De maleficis* o il *Malleus maleficarum*, che disciplinavano con minuzioso sadismo la pratica dei tormenti sul corpo dell'accusato e del condannato⁴, hanno così ceduto il posto ai prontuari del presente su come perseguire efficacemente chi si macchi di queste ignominiose condotte⁵. Sono numerosi i testi varati dagli organismi internazionali che si prefiggono come obiettivo «la lotta contro l'impunità», assurta a impellenza dei

² Dalla Costituzione (art. 13 comma 4), dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (art. 3), dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 7) e dagli altri strumenti internazionali appositamente varati: la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con l. 3 novembre 1988, n. 498 (d'ora innanzi CAT); il relativo Protocollo opzionale, adottato il 18 dicembre 2002 e ratificato con l. 2 novembre 2012 n. 195 (d'ora innanzi OPCAT); la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26 gennaio 1987 e ratificata dall'Italia con l. 2 gennaio 1989, n. 7. Un'attenzione insistente a torture e maltrattamenti è dedicata dalle Mandela Rules (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adottate dall'Assemblea generale dell'ONU il 17 dicembre 2015): la questione ricorre ripetutamente alle regole 1, 7 lett. d), 8 lett. d), 30 lett. b), 32 lett. d), 34, 43, 57 § 3, 71, 76.

³ L. 14 luglio 2017, n. 110 che ha introdotto nel codice penale gli artt. 613-bis e 613-ter. Sul lungo percorso che ha preceduto la riforma, v., fra i molti, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014; A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2014, p. 129 ss.; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016; M. PASSIONE, *Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura*, in *Giur. pen.*, 1 giugno 2017.

⁴ Il disciplinamento della tortura occupa larga parte delle prime trattatistiche di procedura criminale. Uno spazio consistente vi è riservato nel *De maleficiis* di Alberto Gandino (1287), nel *Directorium Inquisitorum* (1376) di Nicholas Eymerich e nel *Malleus maleficarum* (1486) di Iacopo Sprengher e Heinric Kramer. Sul punto, v. P. FIORELLI, *op. cit.*, vol. I, p. 132 ss. e 168 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, vol. II, Roma, 1995, 277 ss.; D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 29, 1999, p. 49 ss.

⁵ V. ad es. C. GRIFFARD, *The Torture Reporting Handbook. How to document and respond to allegations of torture within the international system for the protection of human rights*, Human Rights Centre, University of Essex, 2000; C. FOLEY, *Combating Torture. A Manual for Judges and Prosecutors*, Human Rights Centre, University of Essex, 2003; E. SVANIDZE, *Effective Investigation of Ill-Treatment. Guidelines on European standards*, 2nd ed., Council of Europe, 2014.

nostri tempi⁶. Emblematico di questa copiosa e singolare produzione è l'*Istanbul Protocol*, stilato dall'ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite con l'intento di offrire puntuali istruzioni per la proficuità delle indagini e l'acquisizione di prove in caso di violenze patite dalle persone ristrette⁷. Analoghi crucci animano gli interventi dei diversi organismi del Consiglio d'Europa: dal Commissario per i diritti umani⁸, al Comitato europeo per la prevenzione della tortura⁹, sino alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che con la sua feconda giurisprudenza offre il più risoluto sprone ad inerzie e inettitudini degli Stati membri.

Sotto questo profilo, il 2017 è stato per l'Italia un anno nero: sono state ben cinque le condanne collezionate per violazioni intenzionali dell'art. 3 della Convenzione, che hanno segnato un disonorevole record per un paese dalle tradizioni giuridiche nobili e dai precetti costituzionali limpidi¹⁰. Alcuni di questi casi (*Bartesaghi Gallo*, *Blair*, *Azzolina*) sono il dolente epilogo dei procedi-

⁶ *Combating Impunity* è il capitolo qualificante di European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (d'ora innanzi CPT), *14th General Report. 1 August 2003-31 July 2004*, Strasbourg, 2004 (disponibile in <https://rm.coe.int/1680696a80>). Vi si evidenzia (p. 14, § 25) come in assenza di azioni tempestive ed efficaci a fronte di segnalazioni di *ill-treatment* «tutti coloro che sono propensi a maltrattare le persone private della libertà giungeranno rapidamente alla conclusione, a ragione, che possono farlo in assoluta impunità» così da vanificare tutti gli sforzi diretti a favorire serie politiche di promozione dei diritti dell'uomo. In caso di inerzia giudiziaria «i colleghi, i superiori, le autorità incaricate dell'inchiesta – contribuiscono in definitiva alla disgregazione di quei valori che costituiscono la base stessa di una società democratica».

⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Istanbul Protocol. Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, United Nations, New York and Geneva, 2004, submitted to the United Nations High Commissioner for Human Rights on the 9th of August 1999 (disponibile in <https://www.obchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf>). Il documento raccomanda, fra l'altro, specifiche tecniche di raccolta d'informazioni, l'accuratezza dei referti e di altre forme di documentazione, la predisposizione di indispensabili sistemi di tutela per i dichiaranti.

⁸ V. *Opinion of The Commissioner for Human Rights Concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police* del 12 marzo 2009 (disponibile in <https://rm.coe.int/opinion-of-the-commissioner-for-human-rights-thomas-hammarberg-concern/16806daa54>).

⁹ Così il già citato quattordicesimo rapporto del CPT, a cui devono aggiungersi, CPT, *23rd General Report. 1 August 2012 - 31 July 2013*, Council of Europe, Strasbourg, 2013 (disponibile in <https://rm.coe.int/1680696a9b>), recante come parte speciale indicazioni per la formazione di prove mediche dei maltrattamenti (§ 71 ss.); e il più recente CPT, *27th General Report. 1 January - 31 December 2017*, Council of Europe, Strasbourg, 2018 (disponibile in <https://rm.coe.int/16807bc1cf>), dove una sezione è dedicata ai requisiti che dovrebbero contraddistinguere i meccanismi di garanzia nazionali a tutela delle persone ristrette (§ 68 ss.).

¹⁰ Secondo le tabelle statistiche fornite dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (disponibili in https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2017_ENG.pdf) nel 2017 sono state rese 13 decisioni per violazione dell'art. 3 sotto il profilo della proibizione della tortura: di queste, 8 hanno riguardato la Russia, 1 la Georgia e 4 l'Italia.

menti seguiti ai fatti di Genova, che potrebbero considerarsi eccezionali¹¹. Altri (*Cirino e Renne, Tiziana Pennino*), tuttavia, concernono vicende emerse dalle viscere di un comune istituto detentivo¹² o di un ordinario comando di polizia¹³. Capovolgendo la prospettiva, com'è proficuo in questo campo, si è trattato perciò di un anno fulgido, perché ha registrato l'ampiezza di un fenomeno, squarciando un velo di estesa noncuranza.

Del resto l'Italia era stata già raggiunta nel recente passato da altre condanne, per violazioni sostanziali o procedurali, che tratteggiavano scenari foschi: i casi *Cestaro* (2015)¹⁴, *Saba e Alberti* (2014)¹⁵, *Labita* (2000) e *Indelicato* (2002)¹⁶ compongono un puzzle dove si mescolano violenze praticate trasversalmente su singoli o su gruppi di persone, in istituti di pena o in luoghi di temporanea custodia, nella vigenza di regimi di restrizione ordinari o speciali. Dall'ultimo rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura si apprende che presso tutti gli istituti penitenziari italiani visitati (tranne uno) sono stati segnalati episodi, reputati credibili, di sopraffazioni fisiche¹⁷. Anche il volume che raccoglie le raccomandazioni del Garante nazionale delle persone private della libertà personale dedica una sezione a questo scomodo argomento¹⁸. Se a questi autorevoli pronunciamenti si aggiunge il proliferare di episodi segnalati dalle cronache degli ul-

¹¹ Corte EDU, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, 22 giugno 2017 (ric. n. 12131/13 e 43390/13). Corte EDU, *Blair e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017 (ric. n. 1442/14, 21319/14 e 21911/14); Corte EDU, *Azzolina ed altri c. Italia* (ric. n. 28923/09 e 67599/10).

¹² Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017 (ric. n. 2539/13 e 4705/13). Una lucida e approfondita analisi sulla vicenda che ha condotto alla pronuncia della Corte europea è offerta da P. BUFFA, *Tortura e detenzione: alcune considerazioni in tema di abusi, maltrattamenti e violenze in ambito detentivo*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, p. 125 ss.

¹³ Corte EDU, *Tiziana Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017 (ric. n. 21759/15).

¹⁴ Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015 (ric. n. 6884/11).

¹⁵ Condanne per maltrattamenti inflitti rispettivamente in carcere e in una camera di sicurezza: Corte EDU, *Alberti c. Italia*, 24 giugno 2014 (ric. n. 15397/11); *Saba c. Italia*, 1° luglio 2014 (ric. n. 36629/10).

¹⁶ Relativi a denunce di sevizie e angherie praticate a Pianosa sui ristretti soggetti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen., seguite da indagini negligenti e lacunose: Corte EDU, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000 (ric. n. 26772/95); *Indelicato c. Italia*, 18 ottobre 2001 (ric. n. 31143/96).

¹⁷ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy (8-21 April 2016)*, Strasbourg, 2017 (disponibile in <https://rm.coe.int/pdf/16807412c2>), § 30 ss. Le segnalazioni riguardano in particolare maltrattamenti fisici consistenti in schiaffi, pugni e calci inflitti da personale di custodia solitamente dopo alterchi verbali o a fronte di detenuti in stato di agitazione. Fra i contesti di emergenza della violenza vengono inclusi (sic) casi di tentati suicidi o atti di autolesionismo. A questo allarmante rilievo segue la descrizione, indicata come puramente esemplificativa, di cinque episodi.

¹⁸ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Norme e normalità. Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti. Raccolta delle Raccomandazioni 2016-2017*, p. 108 ss. V. anche, della medesima Autorità, la *Relazione al Parlamento 2018*, p. 137 ss. Entrambi i documenti sono disponibili in http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub_rel_par.page.

timi mesi e degli ultimi anni¹⁹, non sembra fuori luogo diagnosticare un inquietante quadro di diffuse pratiche di maltrattamento delle persone tenute in custodia. Si tratta, come è evidente, di condotte episodiche e minoritarie²⁰ ma che non paiono iscriversi nell'area dell'assoluta eccezionalità²¹. Anche perché in questo ambito, come tutti i moniti espressi dagli organismi internazionali lasciano intendere, la cifra oscura dei comportamenti non denunciati o neppure trapelati è da reputare consistente. L'affiorare di segnali non sporadici, di sintomi ripetuti, di informazioni frammentarie ma persistenti disvela una porzione sotterranea e largamente sottovalutata – o peggio accettata – di *ill-treatment* o *degrading treatment* delle persone private della libertà, la cui dimensione non si riesce a calcolare ma soltanto a intuire. Ricomponendo i tasselli tratti dai procedimenti giudiziari avviati o conclusi si evince che le torture o i maltrattamenti, secondo le cupe gradazioni in cui possono declinarsi le violazioni dell'art. 3 della Convenzione euro-

¹⁹ Una puntuale ricostruzione dei casi più gravi si trova in L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella, Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, Il Saggiatore, 2011. L'orribile catalogo è aggiornato da A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, p. 1-4. Le cronache hanno portato in seguito alla luce numerose altre vicende oggetto di accertamento giudiziale: diverse testate giornalistiche hanno dato conto, ad esempio, delle denunce di un detenuto per il trattamento subito durante le detenzioni a Parma e Piacenza, del caso della "cella 0" di Poggioreale e della "squadretta" di Regina Coeli, della vicenda che ha coinvolto una persona ristretta nel carcere di Genova, di una nuova condanna per maltrattamenti perpetrati nell'istituto di Asti, degli esposti del garante regionale dei detenuti sul carcere di Viterbo. Su alcuni di questi casi, v. V. MANCA, *Lezioni di vita carceraria: "Galera, botte ed omertà". Parte seconda*, in *Giur. pen.*, 23 aprile 2016; R. DE VITO, *Carcere e tortura: la "lezione" di Parma*, in *Quest. giust.*, 8 aprile 2016; L. MANCONI, *La violenza nelle carceri, una vergogna che deve finire*, in *Corriere della Sera*, 29 dicembre 2018.

²⁰ Lo stesso CPT, *Report to the Italian Government*, cit., esordisce puntualizzando che molti detenuti durante le visite hanno espresso giudizi positivi sul modo con cui erano stati trattati dal personale operante negli istituti visitati. Grazie agli interventi della polizia penitenziaria ogni anno si sventano migliaia di suicidi (nel 2017 1.135) e si evita che atti di autolesionismo (9.510 nello stesso anno) sfocino nell'irreparabile. Non è quindi da porre in dubbio che i comportamenti maggioritari siano – com'è ovvio e doveroso – corretti.

²¹ Sotto questo profilo sembrano particolarmente significative le vicende alla base della sentenza *Saba c. Italia*, cit., che ha visto sottoposti a giudizio una settantina di agenti di polizia penitenziaria per episodi di violenza definita «inumana» dalla nostra magistratura (§ 13 e 45); nonché quelle sottese alla condanna *Cirino e Renne c. Italia*, dove la Corte europea, basandosi sulle ricostruzioni giudiziali interne, ha richiamato pratiche «generalizzate» di maltrattamenti, inflitti «sistematicamente» a persone recluse mediante misure prese in via «rutinaria» (§ 29, 83 e 84). La Cassazione, in quest'ultimo caso, aveva perciò sussunto le condotte nella fattispecie di cui all'art. 572 c.p. previa modifica del *nomen iuris* attribuito dal giudice di merito, orientatosi per il meno grave reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.). Il delitto di maltrattamenti, difatti, «sanziona comportamenti abituali caratterizzati da una serie indeterminata di atti di vessazione e umiliazione» (Cass., Sez. VI, 21 maggio 2012, n. 30780, Bucci e a., in *C.e.d. rv.* 253291 e *Foro it.*, 2014, II, c. 260, che però dichiarerà prescritta anche questa più grave fattispecie).

pea²², non sono tanto tesi a ottenere contributi collaborativi destinati al processo penale, ma hanno piuttosto, e più di frequente, scopi «punitivi e di rappresaglia volti a provocare l'umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime»²³, o funzioni di supposta deterrenza rispetto a comportamenti scorretti e mal tollerati²⁴. Il primo e più tradizionale intento dei patimenti inflitti dai custodi ai custoditi, ottenere confessioni, sembra perciò essere arretrato – almeno in Italia – a favore delle altre finalità enumerate nella definizione internazionale di tortura²⁵.

Le vessazioni fisiche e psicologiche perpetrate, in particolare, nei luoghi di detenzione ben si inscrivono nella categoria concettuale del diritto penale del nemico²⁶. La figura, calata nella realtà carceraria, si rivela obliquamente calzante, assumendo una coloritura esistenzialista, riferita non agli orizzonti di politica criminale, ma ai bassifondi delle prassi quotidiane. L'intento di distruzione del nemico, come si è tante volte osservato, passa per la sua de-umanizzazione²⁷. Non può non rilevarsi allora come l'ambiente e le condizioni di vita giochino un ruolo considerevole in questo processo di svilimento del detenuto da soggetto di diritti a oggetto di violenze: più il carcere è inumano in senso "oggettivo" e non intenzionale, per il suo endemico affollamento, per il suo degrado o le sue sacche di opprimente segregazione, più è facile che trattamenti deliberatamente vessatori possano prendere piede, perché il contesto sembra tacitamente legittimarli. Il primo antidoto a questa piaga dovrebbe pertanto ricercarsi in un miglioramento degli spazi e dei tempi della pena, la cui normalizzazione e appressamento agli stili di vita esterni è in grado di produrre benefici effetti preventivi.

Sul piano repressivo, l'aver finalmente previsto una norma penale *ad hoc* non basta. Con la legge 14 luglio 2017 n. 110 si è almeno colmato, pur con molte per-

²² M. ORLANDI, *Detenzione (principi CEDU in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, 2013, § 4; F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Art. 3*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 66 ss.; A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 226 ss. e 234 s.

²³ Così, richiamando le conclusioni dei giudici interni, Corte EDU, *Bartasagbi Gallo c. Italia*, cit., § 114.

²⁴ V. ancora Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, cit., § 29, dove le torture vengono ricondotte allo scopo di «punire o intimidire detenuti problematici e fungere da deterrente per possibili disordini».

²⁵ «Punishing the victim», «intimidating or coercing the victim or a third person», «any reason based on discrimination of any kind», che seguono a «obtaining information or a confession» (art. 1 CAT).

²⁶ Lo evidenzia con dovizia di argomenti anche P. BUFFA, *op. cit.*, p. 133 ss., p. 142, 155. Sulla tendenza a considerare le persone detenute come un nemico assoluto, v. altresì M. PALMA, *Considerazioni a margine*, in S. Buzzelli (a cura di), *I giorni scontati*, Roma, Sandro Teti editore, 2012, p. 16.

²⁷ Ormai celeberrimo il percorso tracciato da G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi Editore, Bologna, 2007, p. 109 ss., contestato coralmemente dalla dottrina penalistica italiana (*ibidem*, *passim*).

sistenti zone d'ombra, un vuoto giuridico scandaloso²⁸. Ma sembra miope continuare a concentrare l'attenzione, convogliare le critiche e indirizzare le proposte di riforma sui soli profili di costruzione della fattispecie penale. Se è indubitabile che un delitto comune contribuisca a distrarre dall'aspetto qualificante la tortura, che i requisiti addossati su condotta ed evento possano intralciare l'accertamento precludendo a temi di prova sfocati o d'impervia verifica, che il regime della prescrizione possa a sua volta contribuire alla mancata sanzione dei responsabili, l'ampio clima di impunità, accettazione o connivenza²⁹ non può osteggiarsi con il solo diritto sostanziale. Il neo introdotto art. 613 *bis* c.p. è un seme che va piantato in un terreno fertile, nutrito da altre previsioni capaci di formare un *humus* favorevole perché possa attecchire e metter radici. La disposizione penale non deve cadere su un suolo cosparso dai sassi dell'omertà, o sulla crosta poco profonda d'indagini superficiali e tardive, altrimenti qualunque tentativo di accertamento che ne germinerà è destinato a rinsecchire in archiviazioni quasi scontate. E qualora il procedimento superi la soglia delle indagini, quel germoglio non deve soffocare fra i rovi delle complicità, delle falsificazioni o dei depistaggi, come è accaduto in non pochi casi giudiziari. Occorre allora preparare il terreno buono, così da accompagnare le norme penali – di nuovo e vecchio conio³⁰ – con una rete di sostegno e di rinforzo, agendo sugli strumenti circostanti e corroboranti. Per farlo, le ripetute esortazioni degli organismi internazionali ad indagini pronte ed effettive, alla accurata raccolta di prove, all'indipendenza degli inquirenti vanno calate nell'ordito della disciplina processuale e penitenziaria interna. Su questo reticolo di previsioni di contorno, in grado di fornire idoneo supporto alla nuova fattispecie e farne da placenta, non è sinora stata avviata una riflessione paragonabile a quella sviluppata sul versante sostanziale. Eppure, la coltre d'immunità

²⁸ Ampiamente critiche le reazioni alla norma di nuovo conio. Cfr., *ex multis*, T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *questa rivista*, 2016, p. 27 ss.; G. FLORA, *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino: dagli abusi dei torturatori agli abusi del legislatore. Note a margine dell'introduzione di un'esangue fattispecie di tortura*, in *Indice pen.*, 3/2017, p. 980 ss.; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 10/2017, p. 224 ss.; A. PUGIOTTO, *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, 2/2018, p. 389 ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. processo*, 2018, p. 153; C. FIORIO, F. URBINATI, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 95 ss.; S. AMATO, M. PASSIONE, *La legge italiana: un profilo giuridico*, in *Studi quest. crim.*, 2/2018, p. 51 ss.

²⁹ Evidenziato limpidamente nel caso di Asti dalla magistratura italiana e, *de relato*, dalla Corte europea: v. Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, cit., § 31, dove si dà atto delle numerose prove del clima d'impunità in cui ha potuto agire il personale penitenziario, dovuto all'acquiescenza delle cariche amministrative di alto livello e alla complicità dei colleghi.

³⁰ Possono in questi casi venire in rilievo fattispecie come quelle previste dagli artt. 572, 608, 610, 612, 582 c.p.

che ammantata la materia va osservata anche da questa diversa angolatura. Con questo intento le considerazioni che seguono si concentreranno sul contesto carcerario³¹, prendendo partitamente in esame l'apporto delle diverse figure in grado d'intervenire nei casi di violenze ai danni dei detenuti.

2. *Il ruolo del personale medico: il referto come primario strumento di conoscenza e prova*

Il primo profilo da arare è quello che attiene alla emersione e alla trasmissione della notizia di reato, poiché non è facile farle valicare le mura del carcere. Per le violenze che lasciano segni sul corpo un ruolo centrale assume il personale medico, che con la sua capillare presenza nei luoghi di reclusione dovrebbe incarnare il più efficace presidio per l'incolumità delle persone detenute. Questa è una delle ragioni, seppur non molto enfatizzata, per cui dieci anni fa l'assistenza dei ristretti è stata affidata al Servizio sanitario nazionale³². Con lo spostamento di competenze si puntava non solo a trattamenti più simili a quelli di cui godono le persone libere, a una gestione più trasparente dell'accesso alle cure e a una maggiore permeabilità degli istituti al territorio d'appartenenza, ma anche al superamento del rapporto di stretta colleganza fra i sanitari operanti in carcere e i dipendenti dall'amministrazione penitenziaria, che facilita reciproche coperture.

Non sembra tuttavia che la riforma abbia tracciato, quanto all'ultimo profilo, uno spartiacque significativo: le vicende emerse prima e dopo il suo varo sono accomunate da omissioni o vaghezze nella refertazione dei maltrattamenti. Eppure il personale medico è tenuto a visite frequenti e interviene prontamente in caso di eventi critici³³; quello infermieristico, cui spetta la distribuzione dei farmaci nelle sezioni, entra in contatto quotidiano con gran parte della popolazione detenuta. Chiunque presti la sua assistenza (anche) in carcere è poi per

³¹ Sottolinea i nessi genetici e storici fra tortura e carcere R. DE VITO, *La tortura in carcere*, in *Studi quest. crim.*, 2/2018, p. 97 ss.

³² Art. 2 commi 283 e 284 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 e d.p.c.m. 1° aprile 2008, recante «modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria». Sulle modalità organizzative precedenti alla riforma, v. C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2002, p. 98 ss. Sulle tappe e le ragioni del passaggio, v. A. BERNASCONI, *Art. 11*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5ª ed., Padova, Cedam, 2015, p. 125; G. STARNINI, *Il passaggio della sanità penitenziaria al Servizio sanitario nazionale*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 1/2009, p. 3 ss.; C. CANTONE, *La riforma della sanità penitenziaria: problemi e percorsi possibili*, in *Riforma della sanità penitenziaria*, Quaderni dell'Istituto superiore di studi penitenziari, 11/2012, p. 12 ss.

³³ Sotto questa dizione il gergo penitenziario include tentativi di suicidio, atti di autolesionismo, colluttazioni fra detenuti o fra questi e il personale.

legge vincolato (artt. 365 c.p. e 334 c.p.p.) a segnalare comportamenti aventi possibile rilevanza penale: all'obbligo di tempestivo referto si affida il cruciale compito di documentare le circostanze del fatto, i mezzi con cui è stato commesso e gli effetti che ne discendono.

Per questa ragione i *Medical registers e reports* sono le pietre angolari su cui si ergono le sentenze della Corte europea su torture e abusi. Una corretta e completa refertazione medica è infatti indispensabile per decretare violazioni dell'art. 3 della Convenzione confacenti al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio³⁴. Sin dai primi casi decisi in materia dalla Commissione, *the medical findings* venivano qualificati come «*the most important objective evidences*»³⁵, per la loro attitudine a catturare segni e tracce con immediatezza e spiccata capacità dimostrativa. A partire dagli anni 90, con le condanne *Tomasi e Selmouni c. Francia*, la giurisprudenza di Strasburgo ha tuttavia introdotto, per alleggerire i ricorrenti da uno standard probatorio troppo gravoso, un criterio presuntivo a favore di chi lamenta *ill-treatments* in costanza di detenzione: il mero raffronto fra la condizione di integrità fisica prima della restrizione e la successiva presenza di lesioni è elemento sufficiente a fondare la responsabilità statale, a meno che le autorità nazionali non siano in grado di offrire convincenti spiegazioni capaci di escludere soprusi ai danni del custodito³⁶. Il rovesciamento dell'onere dimostrativo implica che giustificazioni poco persuasive bastano per provocare una condanna europea. Se perciò sul piano interno non si fosse dato corso alla trasmissione della *notitia criminis*, la descrizione di ferite o ecchimosi nella cartella del detenuto potrebbe essere una base probatoria sufficiente per ottenere ristoro dalla Corte dei diritti dell'uomo. Nessun dubbio ragionevole può nondimeno sussistere sull'esistenza di segni corporei lasciati dalle supposte violenze, che devono risultare da certificazioni mediche: la presunzione elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo copre solo la genesi delle tracce, ascritta alle condotte di chi aveva in custodia il ricorrente, ma non la loro presenza.

Stando ai repertori giudiziari, domestici ed europei, nemmeno questo requisito viene sovente integrato e la documentazione sanitaria nei casi di maltrattamenti risulta con sorprendente frequenza sciatta, contraddittoria o del tutto mancante³⁷. Per compensare le lacune sistematicamente riscontrate, i giudici di Strasbur-

³⁴ Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 gennaio 1978 (ric. n. 5310/71), § 161.

³⁵ Se ne dà conto ancora nel caso *Ireland v. United Kingdom*, cit., § 93.

³⁶ Corte EDU, *Tomasi v. France*, 27 agosto 1992 (ric. n. 12850/87), § 108-111; *Ribitsch v. Austria*, 4 dicembre 1995 (ric. n. 18896/91), § 34; *Selmouni v. France*, 28 luglio 1999 (ric. n. 25803/94) § 87; da ultimo, *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., § 41. Si veda a riguardo A. ESPOSITO, *La sentenza Labita*, cit., p. 234 ss.; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2011, p. 226 ss.

³⁷ Con questa amara constatazione si apre la sezione del rapporto del CPT dedicata alla raccolta e trasmissione degli elementi di prova risultanti dagli accertamenti medici in caso di maltrat-

go hanno ulteriormente ammorbidito la loro posizione sino a considerare eloquenti anche referti smaccatamente approssimativi, e a ritenerli anzi – proprio per questa ragione – argomento a supporto di possibili torture³⁸. L'approdo è senza dubbio ardito e naturalmente applicabile al solo piano internazionale, dove non è in gioco la responsabilità penale di un individuo ma quella convenzionale di uno Stato: i canoni fondanti i procedimenti interni non potrebbero tollerare prove legali o regole di giudizio sfavorevoli all'imputato³⁹.

Ciò nondimeno, gli arresti giurisprudenziali sulla soglia di *fumus* necessaria perché scatti l'obbligo di trasmettere una notizia di reato qualificata richiamano per altra via il personale sanitario ai suoi doveri. Proprio in ragione della natura insostituibile di questi contributi per le indagini e l'azione, non occorrono, come si richiede per la denuncia del pubblico ufficiale, elementi che inducano ragionevolmente a ritenere *probabile* la commissione di un reato⁴⁰. L'obbligo, penalmen-

tamento (CPT, 23rd General Report, cit., § 72). Paradigmatici, fra i ricorsi italiani giunti alla Corte europea, i casi *Labita*, cit. e *Indelicato*, cit., sfociati in condanne per violazioni non sostanziali dell'art. 3 Cedu, bensì procedurali, proprio a causa della totale assenza di refertazioni sanitarie. Il clima di diffuse violenze e fisiche e psicologiche era stato tuttavia descritto non solo dai detenuti, ma anche dal magistrato di sorveglianza di Livorno nella sua relazione al Ministero della Giustizia del 2 settembre 1992. Anche le gravi vicende occorse nel carcere di Asti, che hanno portato alla condanna dell'Italia nel più recente caso *Cirino e Renne*, cit. non sono trapelate grazie alla trasmissione di notizie di reato, ma risultano emerse accidentalmente da intercettazioni telefoniche (lo sottolinea P. BUFFA, *op. cit.*, p. 19). Nei più noti casi giudiziari interni si sono sovente aperte dolorose parentesi dedicate all'accertamento di sospette alterazioni di referti.

³⁸ Nel 2009, con la sentenza *Volkan Özdemir v. Turkey*, 20 ottobre 2009 (ric. n. 29105/03), anticipata da una significativa *dissenting opinion* nel caso italiano *Labita*, cit.

³⁹ Cfr. tuttavia l'orientamento che dilata la nozione di dolo omissivo così da configurare la responsabilità per maltrattamenti anche in assenza di intenti programmatici. In materia di sofferenze durevoli patite da persone soggiornanti in una struttura di assistenza pubblica, v. ad es. Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, n. 3965, Fiorillo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 511, secondo cui chi ha oneri di protezione, come il responsabile del servizio, può risponderne penalmente quando tolleri la situazione o non si attivi in modo efficiente pur essendo in condizione di impedire l'evento. A commento, R. BLAIOTTA, *Maltrattamenti nelle istituzioni assistenziali e dovere costituzionale di solidarietà*, *ivi*, p. 514 ss. Più di recente, v. Cass., sez. VI, 1° febbraio 2018, n. 10763, P.C., in *C.e.d. rv.* 273372-01.

⁴⁰ E che giustificano approfondimenti preliminari per verificare la presenza degli ingredienti della supposta fattispecie. Così Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2014, n. 12021, Kutufà e a., in *C.e.d. rv.* 258339. Per la pacifica necessità «di individuare gli estremi di un reato con sicurezza di dati obiettivi e di raccogliere quanto necessario per la denuncia», G. FUMU, *Art. 332*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV, 1990, p. 50 ss. Cfr., per la nozione di notizia di reato come informazione «nuda», R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, Jovene, 2010, p. 16, che tuttavia, con riguardo agli obblighi penalmente sanzionati del pubblico ufficiale, ritiene debbano sussistere con sicurezza gli estremi della fattispecie (p. 24). Sulle carenze definitorie del concetto di notizia di reato, v. A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato: condizioni, poteri ed effetti*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 147 e 201. Sul grado di fondatezza atto a sorreggere attività investigative incidenti sui diritti fondamentali, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 88 ss.

te presidiato, di informare tempestivamente gli inquirenti sorgerebbe a un livello molto più basso, quello della mera *possibilità* che un delitto perseguibile d'ufficio sia configurabile⁴¹. Il sanitario può pertanto esserne esentato solo quando abbia la certezza tecnica dell'insussistenza di un fatto avente rilevanza penale, secondo un canone più stringente degli standard ricavabili dalle fonti internazionali, dove l'avvio delle indagini è ancorato alla sussistenza di «motivi ragionevoli»⁴².

La sola altra circostanza in cui la legge solleva dall'onere informativo il personale medico è legata alla tutela della persona soccorsa, che potrebbe trovarsi a sua volta esposta al rischio di un procedimento penale se il fatto fosse portato a conoscenza dell'autorità giudiziaria (art. 365 comma 2 c.p.). La valutazione sul punto è senz'altro delicata: da un lato può essere evenienza non infrequente che l'assistito abbia avuto un ruolo attivo nel provocare colluttazioni con il personale di custodia; dall'altro questa versione dei fatti è la via più semplice e calcata per mascherare abusi ai danni dei ristretti⁴³ e impedire così la trasmissione della notizia di reato. Se gli «eventi critici» in cui il legittimo uso contenitivo della forza tracima in eccessi non paiono sporadici, la conformità all'art. 41 ord. pen. è difficile da diagnosticare e da quel sottile crinale dipendono sovente le future e opposte qualifiche di imputato o persona offesa dal reato. Deve però osservarsi come l'art. 334 c.p.p., innovando rispetto al codice previgente, non annoveri più fra i contenuti del referto l'indicazione delle «cause del delitto» (art. 4 c.p.p. abr.),

⁴¹ V., seppur non rese in materia di maltrattamenti, Cass., 9 luglio 1998, n. 9721, Branchi, in *C.e.d. rv.* 213040 e, più diffusamente, Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2013, n. 51780, Cerasoli e altri, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 678 con nota di M. LAMANUZZI, *Omissione di referto, presupposti di fatto, discrezionalità del sanitario*, p. 682 ss. La Corte valorizza la lettera dell'art. 365 c.p., ove allude ai casi «che possono presentare i caratteri di un delitto perseguibile d'ufficio», con un'espressione più sfumata rispetto a quella figurante nell'art. 361 c.p., fattispecie da ritenere assorbita nella prima, speciale, in caso di qualifiche cumulate. Sul punto, G. VIDONI, *Denuncia o referto? Promemoria al legislatore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 491. La differenza sembra del resto trovare conferma nella disciplina processuale, che gradua diversamente i termini per la trasmissione della denuncia (senza ritardo) e del referto (immediatamente o entro quarantotto ore). L'ultima pronuncia citata, con puntualizzazione preziosa per la materia qui in esame, sottolinea come «l'inconveniente pratico determinato dal rischio di un eccesso di referti» e «l'evenienza di una certa quantità di referti inutili» soccombe rispetto all'obbligo costituzionalmente sancito di esercizio dell'azione penale, a cui la trasmissione di informazioni tempestive è funzionale.

⁴² Secondo l'art. 12 CAT le autorità competenti devono avviare immediatamente un'inchiesta imparziale «ogniquale volta vi siano ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura sia stato commesso». V. anche *Opinion of the Commissioner for Human Rights*, cit., § 69, dove, per l'avvio di inchieste contro sospetti abusi da parte delle forze di polizia si richiedono «*grounds of reasonable suspicion*» e Mandela Rules, regola 71 § 2, che pure affida alla clausola dei «*reasonable grounds*» obblighi di informazione all'autorità giudiziaria.

⁴³ Si vedano ad es. le giustificazioni adottate dal governo italiano nel caso *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., § 41 e 42, giudicate non convincenti dalla Corte EDU.

soppressione che dovrebbe indurre i destinatari dell'obbligo ad astenersi il più possibile da ricostruzioni di esclusiva spettanza della magistratura⁴⁴.

Manca probabilmente nel personale medico impegnato in carcere una piena consapevolezza di questo quadro, che andrebbe nutrita con una adeguata e continuativa formazione. Su questo aspetto insistono instancabilmente tutte le fonti internazionali⁴⁵, mentre nel dicembre scorso il Comitato ONU ci ha mosso a riguardo severi rilievi⁴⁶. In effetti non risulta che in Italia i sanitari operanti nei luoghi di detenzione vengano istruiti sui connotati garantistici del diritto penale, della procedura penale e del diritto penitenziario, sul significato costituzionale della pena e sugli obblighi internazionali in materia di tortura.

Sembra doversene trarre conferma dalla poco commendevole vicenda che ha accompagnato le ultime concitate tappe della riforma dell'ordinamento penitenziario. Nella versione dell'articolato sopravvissuta al cambio di esecutivo la riscrittura dell'art. 11 ord. pen., dedicato all'assistenza sanitaria, apportava due rilevanti innovazioni: veniva esplicitato l'obbligo per il medico di certificare eventuali tracce di violenza riscontrate durante la visita di primo ingresso in carcere e di accompagnarne l'annotazione con documentazione fotografica. La prima disposizione – tanto apparentemente pleonastica quanto in concreto essenziale proprio in ragione delle sistematiche carenze emerse dalle prassi penitenziarie – è confluita nel decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, entrato di recente in vigore. La seconda, tesa a corroborare l'altra dotandola di più solida capacità dimostrativa e caldeggiata dalle fonti internazionali⁴⁷, è stata sorprendentemente soppressa proprio su richiesta della Conferenza delle regioni, enti a cui fanno capo i servizi sanitari. Le scarse giustificazioni addotte a sostegno del deprecabile emendamento alludono a compiti «impropri» e «incongrui» per il personale medico⁴⁸, come se non fosse notoria l'importanza vitale del materiale fotografico per

⁴⁴ Rimarca la natura di atto meramente informativo del referto G. FUMU, *Art. 334*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 56.

⁴⁵ Art. 10 CAT. Il già richiamato *Istanbul Protocol* è per larga parte dedicato proprio al personale medico (v. in particolare la parte V). Si veda anche CPT, *23rd General Report*, cit., § 82.

⁴⁶ Committee against Torture, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 18 dicembre 2017, § 31.

⁴⁷ V. ancora *Istanbul Protocol*, cit., § 106: «colour photographs should be taken of the injuries of persons alleging that they have been tortured, of the premises where torture has allegedly occurred (interior and exterior) and of any other physical evidence found there. A measuring tape or some other means of showing scale on the photograph is essential. Photographs must be taken as soon as possible, even with a basic camera, because some physical signs fade rapidly and locations can be interfered with». Seguono istruzioni tecniche e raccomandazioni sulla tracciabilità della catena di custodia. Similari inviti sono avanzati in CPT, *23rd General Report*, cit., § 74.

⁴⁸ «Appare improprio e incongruo il compito assegnato al sanitario di documentare con fotografie eventuali lesioni sospette, sussistendo già l'obbligo di legge dell'obbligo di referto che deve essere completo ed esaustivo circa la descrizione dello stato di fatto del paziente» (*Documento con-*

l'accertamento di questi reati, o fosse denigrante, in un'epoca ad altissimo tasso di tecnologia che trabocca di immagini fotografiche, espletare questo elementare compito invece di affidarsi all'eshaustività della scrittura⁴⁹.

3. *Il ruolo del garante dei diritti dei detenuti: l'incerto statuto penale e processuale di una figura in evoluzione*

Entrano fisiologicamente in contatto con possibili vittime di maltrattamenti anche le diverse categorie di garanti dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale. Questi organismi, ormai usciti dall'infanzia giuridica⁵⁰, presentano una fisionomia ancora piuttosto asciutta e conseguentemente ambigua⁵¹, condizionata dalla genesi spontanea e dalla loro peculiare doppia ascendenza: quella degli strumenti internazionali contro la tortura o i trattamenti inumani e degradanti, che hanno prospettato l'esigenza di autorità indipendenti di vigilanza sui luoghi di restrizione della libertà; e quella degli statuti o dei regolamenti locali, che le hanno effettivamente date alla luce.

Le convenzioni internazionali sono state le prime, almeno in Italia, a prevedere meccanismi di garanzia non giurisdizionali aventi la specifica funzione di visitare i luoghi di detenzione e controllare il rispetto dei diritti fondamentali di chi vi è ristretto, con particolare riguardo all'integrità fisica e psichica. Antesignani

segnato dalla conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del 6 settembre 2018 della Conferenza unificata, in Commissione Giustizia della Camera, Resoconto della seduta del 18 settembre 2018 sullo Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario. Atto del Governo n. 39. Allegato 3, p. 29 s.).

⁴⁹ Peraltro, le stesse regole sugli gli obblighi di conservazione delle cartelle cliniche ospedaliere (elaborate a partire dal Decreto del Ministero della Sanità del 14 febbraio 1997) alludono espressamente anche a «fotografie e filmati», includendole da decenni fra il materiale utilizzabile a fini diagnostici.

⁵⁰ È a cavallo del nuovo millennio che l'esigenza di introdurre un organo non giurisdizionale a tutela dei diritti dei detenuti, in origine concepito come difensore civico penitenziario, si affaccia: v. F. DELLA CASA, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio» delle situazioni detentive: il difensore civico della libertà personale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 71 ss. ID., *Suggerimenti, influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *Cass. pen.* 2004, p. 3487; M. GEMELLI, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, in *Giust. pen.*, 2007, p. 530.

⁵¹ Ancora sulle origini e sull'inquadramento delle diverse figure di garanzia fra le autorità indipendenti, v. G. FANCI, *Il Garante nazionale delle persone private della libertà personale*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, p. 10 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Un'authority di cartapesta*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 416 ss. Sull'ambiguità del ruolo cfr. anche P. BUFFA, *Riflessioni su una banale e strisciante controriforma*, in *Quest. giust.*, 2/2015, p. 40; F. FIORENTIN, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.* 2009, dossier n. 2, p. 107 ss. Sulle conseguenze più recenti dei nodi irrisolti, v. L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 564 ss.

delle figure interne, il Comitato (contro la tortura) delle Nazioni Unite⁵², insieme al Comitato europeo (per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) del Consiglio d'Europa ne configurano l'ideale paradigma di azione⁵³, fondato sui poteri di ingresso nelle strutture detentive, di raccolta di informazioni e di formulazione di raccomandazioni alle amministrazioni coinvolte. Tuttavia, i garanti territoriali dei diritti dei detenuti nascono come emanazioni degli enti locali e i loro atti istitutivi s'impennano su funzioni meno scomode, quelle che coinvolgono più direttamente le amministrazioni del territorio: favorire il diritto alla salute, allo studio o alla formazione professionale dei ristretti, seguirne i progetti di reinserimento sociale, assicurare loro la fruizione di servizi, sensibilizzare l'opinione pubblica sul mondo della privazione della libertà.

Si è al cospetto di una genealogia ibrida e di una singolare commistura di compiti, che può disorientare e in certi casi indebolire l'azione di queste figure. È però indubitabile che la legge statale, quando finalmente è intervenuta a regolare i poteri, abbia inclinato in modo netto verso la prima matrice: non serve visitare a sorpresa il carcere (art. 67 ord. pen.) o le camere di sicurezza della polizia (art. 67 *bis* ord. pen.), né parlare riservatamente con i detenuti (art. 18 comma 1 ord. pen.) o riceverne la corrispondenza senza margini di controllo (artt. 18 *ter* comma 2 e 35 ord. pen.) per seguire progetti e attività risocializzative⁵⁴. Per questo i garanti vengono già guardati – seppur non ancora formalmente riconosciuti – dalle Nazioni Unite come meccanismi di prevenzione della tortura⁵⁵. La qualifica spetta ufficialmente al solo garante nazionale⁵⁶, la cui fisionomia è smaccata-

⁵² Cui si è aggiunto nel 2007 il Sottocomitato per la prevenzione della tortura e degli altri trattamenti inumani o degradanti.

⁵³ È soprattutto il secondo, per le sue funzioni preventive, a rappresentare il calco con cui sono stati forgiati gli *ombudsman* interni. Sulle origini internazionali degli organismi domestici, L. CESARIS, *op. cit.*, p. 565 ss.

⁵⁴ È noto infatti come l'apporto dei garanti sia stato, sin dalle origini, invocato e avvertito nel mondo penitenziario come completamento o surrogato delle mansioni di vigilanza e tutela dei diritti intramurari dei detenuti, assegnate dalla legge alla magistratura di sorveglianza, che (per scarsità di risorse ed eccesso di compiti) non era sempre in grado di farvi fronte. Sul punto, F. DELLA CASA, *Per un più fluido*, cit., p. 72 ss.; ID., *Suggerimenti*, cit., p. 3488.

⁵⁵ Committee against Torture, *Concluding observations*, cit., § 5 lett. a) dove si annoverano fra gli aspetti positivi riscontrati nel sistema italiano, «*the existing preventive mechanisms at the regional and city levels*». Con questa qualifica del resto l'Italia ha presentato la rete dei garanti territoriali all'ufficio dell'Alto commissario per i diritti umani e al Sottocomitato per la prevenzione della tortura, con nota del 25 aprile 2014.

⁵⁶ Sulla istituzione dell'organo, v. C. FIORIO, *Art. 7 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014 n. 10. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale* in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 1232 ss.; G. DI ROSA, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, Cedam, 2014, p. 130 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 155 ss.; L.

mente ricalcata sui paradigmi sovranazionali, e che proprio grazie a questo crisma è dotato di poteri direttamente scaturenti dalle convenzioni in materia⁵⁷.

Mancano nondimeno previsioni che definiscano con chiarezza lo statuto penale e processuale di questi organi, quale che sia l'estensione territoriale delle rispettive competenze o l'ampiezza delle loro facoltà: ogni garante può imbattersi in sospetti episodi di tortura, violenza o sopraffazione. La lacuna è da colmare al più presto, poiché le possibilità assegnate dalla legge di ordinamento penitenziario espongono facilmente chi assuma questo ruolo all'incontro con fatti dotati di rilevanza penale.

Va stabilito anzitutto se sussista un obbligo inderogabile di denunciarli, atteso che non è stato sinora chiarito se i garanti siano da annoverare, o con quali limiti, fra i pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio o gli esercenti un servizio di pubblica necessità⁵⁸.

Poiché nessuna abilitazione è prevista per ottenere la carica, né le persone private della libertà sono tenute a valersi di chi la riveste, è sicuramente da scartare la ricorrenza della prima ipotesi configurata dall'art. 359 c.p. Alla seconda, assai nebulosa, potrebbe al più giungersi escludendo la sussistenza delle altre qualifiche⁵⁹.

Se è indubitabile che la funzione di garanzia assuma rilievo pubblico, essa non sembra definibile «amministrativa» in senso tecnico, o almeno non in tutti gli ambiti di intervento di chi la esercita. Il garante non esprime il volere dell'autorità di promanazione, da cui anzi si distingue per autonomia di operato e orientamento. Nemmeno è facile riconoscere nei margini e nelle modalità del suo agire quell'esercizio di poteri autoritativi o certificativi che connota la pubblica funzione: anche quando destinatario di segnalazioni o reclami generici, l'organo non ha il potere di imporre comportamenti, autenticare atti, rilasciare certificati,

SCOMPARIN, *Il garante nazionale*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 283 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 155 ss.

⁵⁷ E in particolare da quelli discendenti dalla ratifica dell'OPCAT. Il garante nazionale è stato infatti riconosciuto come meccanismo di prevenzione pochi mesi dopo la sua istituzione, dovuta alla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

⁵⁸ Per l'ambito delle qualifiche, v., fra i molti, A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, p. 556 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento agli artt. 357 e 358 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 1995, p. 448 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4^a ed., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 167 ss.; G. BENUSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Lavis (TN), Wolters Kluwer, CEDAM, 2016, p. 18 ss.

⁵⁹ Certo è che non sono solo atti amministrativi a chiamare i garanti ai loro compiti, come la norma penale parrebbe richiedere. Si danno comunque casi in cui alla categoria in questione sono stati ascritti anche soggetti la cui attività è prevista per legge (v. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2002, Panarelli e altro, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3002).

ma solo di chiedere informazioni o spiegazioni e sollecitare soluzioni, mentre le relazioni sulle attività svolte hanno contenuto illustrativo, più che attestativo. Pare d'altro canto piuttosto scontato che il carattere di servizio di pubblica utilità ammantando le sue mansioni, stante l'ampiezza del concetto ricompreso fra l'esercizio di poteri e le mere prestazioni d'opera materiali. Il vero nodo da sciogliere è se la qualifica contrassegni l'espletamento di tutte le funzioni di garanzia. La connotazione pubblicistica dovrebbe senz'altro accompagnare le visite para-ispettive e la trattazione di formali reclami, anche oralmente esposti. Più problematica appare la veste con cui si interloquisce in via riservata con i detenuti nelle forme del colloquio, che naturalmente può preludere o essere già in origine teso a ufficiali richieste di intervento, ma potrebbe anche essere vissuto altrimenti. Non a caso, le altre figure enumerate agli artt. 35 e 67 ord. pen. ricoprono tutte un *munus publicum*⁶⁰, mentre quelle considerate dall'art. 18 ord. pen. sembrano spostare il piano su contatti di natura più complessa o equivocabile.

Se infatti anche i garanti risultassero sottoposti a stringenti obblighi di trasmissione delle notizie di reato apprese durante l'intero arco di esercizio delle funzioni (artt. 362 c.p. e 331 c.p.p.), si porrebbe il problema del rapporto, delicatissimo, con la volontà dei loro interlocutori che fanno assegnamento su una confidenzialità fiduciaria non dissimile da quella caratterizzante i colloqui con il difensore. La vittima di violenze è spesso spaventata da non improbabili ritorsioni e può comprensibilmente chiedere – almeno in prima battuta – che quanto rivela, o accenna, in via riservata non venga riportato ad altri⁶¹. È raro che i garanti, per la (necessitata) saltuarietà dei loro interventi, riscontrino segni visibili di abusi, ricevendo con più frequenza esitanti allusioni, racconti di vicende passate, casomai lontane nel tempo, il cui livello di plausibilità in assenza di qualsivoglia strumento di verifica può risultare difficile da valutare. Può essere perciò complicato raggiungere il grado di *fumus* che deve sorreggere le denunce obbligatorie dei pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio⁶². Anche e soprattutto in questo caso può poi concretizzarsi il tangibile rischio di esporre il detenuto a nuove incriminazioni, specie quando l'andamento dei fatti risulti nebuloso.

⁶⁰ Salvo, per il diritto di visita, le cariche interne alla confessione cattolica, ovvero l'ordinario diocesano e l'ispettore dei cappellani, incaricati comunque di compiti di governo e coordinamento.

⁶¹ L'*Istanbul Protocol*, al § 97, sottolinea come i detenuti si trovino in situazioni di pericolo potenziale molto più elevato rispetto alle persone non tenute in custodia. Per questa ragione è comune imbattersi in rifiuti di parlare o di parlare pubblicamente, «*as prisoners are far too intimidated to trust anyone, even when offered talks in private*». La natura e lo scopo del colloquio andrebbero perciò preliminarmente chiariti e acconci strumenti di protezione attivati. V. anche CPT, *14th General Report*, 2004, § 28: «*it is also not uncommon for persons to allege that they had been frightened to complain about ill-treatment*».

⁶² V. *supra*, nota 40.

In assenza di chiare indicazioni normative, il codice di autoregolamentazione e il codice etico adottati dal garante nazionale prevedono l'immediata comunicazione delle notizie di reato all'autorità giudiziaria⁶³, ma al contempo pongono l'accento sulla necessaria protezione dei dati raccolti e sul consenso espresso dell'interessato alla loro ostensione⁶⁴. Il punto di equilibrio fra la tutela dell'interlocutore privato della libertà e l'obbligo di denuncia non può del resto essere affidato a fonti secondarie, ma va stabilito dalla legge come già opportunamente accade per tutti gli altri soggetti incaricati di salvaguardare i diritti fondamentali delle persone assistite: esercenti professioni sanitarie (art. 365 comma 2 c.p.), responsabili di comunità terapeutiche (art. 362 comma 2 c.p.), difensori (art. 334 *bis* c.p.p.).

Andrebbe regolato conseguentemente anche il contributo conoscitivo dei garanti nei procedimenti penali che da quelle⁶⁵ o altre notizie prendano l'abbrivio, sotto il profilo di eventuali segreti collegati all'ufficio e all'esercizio delle funzioni. Una volta assegnata all'organo la veste di incaricato di pubblico servizio si enterebbe nell'incerta orbita di tutela dell'art. 201 c.p.p., presidio dai tratti opachi⁶⁶ e che mal si attaglia ai casi in esame, dove non è in gioco l'interesse dell'amministrazione statale ma quello dei ristretti⁶⁷, e mancano fonti da cui trarre vincoli di non rivelare i fatti appresi⁶⁸. Se fossimo al cospetto di stretti obblighi di denuncia e di parola, i detenuti andrebbero subito avvisati di queste conseguenze giuridiche non appena il colloquio piegasse verso fatti di possibile rilevanza penale, con la verosimile conseguenza che nessuno ne verrebbe più messo a parte. Del resto il segreto d'ufficio comprime il titolare fra il netto dovere di deporre e quello, altrettanto rigido, di tacere, entrambi portatori di possibili controindicazioni per i soggetti da tutelare. Il legame di affidamento che si instaura con le persone

⁶³ Art. 3 comma 3 e art. 4 lett. e) del Codice di autoregolamentazione, adottato con delibera del 31 maggio 2016 e aggiornato con le delibere del 20 settembre 2016 e 10 maggio 2017; art. 11 del Codice etico, adottato con delibera del 31 ottobre 2017.

⁶⁴ Art. 4. lett. b) del Codice di autoregolamentazione e art. 8 del Codice etico.

⁶⁵ Ma sugli episodi che ricadono entro i confini dell'obbligo di denuncia, si ritiene che la successiva opposizione del segreto sia da escludere: v. M. T. STURLA, voce *Prova testimoniale*, in *Dig. pen.*, 1999, X, p. 426.

⁶⁶ Sulla indeterminatezza dell'istituto, sui margini di discrezionalità che sottende e sulla difficoltà di individuarne fonti e ragion d'essere, v. R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 94 ss.

⁶⁷ Seppure il segreto d'ufficio possa anche essere «strumento volto alla tutela di diritti individuali». Così R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁸ Gli atti istitutivi di regola non prevedono disposizioni sul punto, né ordini superiori o istruzioni di servizio sono qui ravvisabili, salvo non voler dar risalto a mere prassi dell'ufficio (sulle fonti del segreto v. L. SCOMPARIN, *Testimonianza*, in *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coord. da E. Marzaduri, II, Torino, Utet, 1999, p. 58; V. anche R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 96, nota 4). Per il Garante nazionale potrebbero valere, come fonte legittimante, le disposizioni richiamate in nota 64.

private della libertà dovrebbe condurre più opportunamente ad avvicinare il garante, con un'apposita previsione ritagliata sulle peculiarità del caso, alle figure di cui all'art. 200 c.p.p., la cui disciplina si estende già praticamente a tutti gli altri profili che instaurano rapporti di assistenza con i detenuti: oltre a sanitari, difensori e ministri di culto, il segreto professionale copre anche i dipendenti del SERT⁶⁹ e gli assistenti sociali⁷⁰.

4. *Il ruolo degli inquirenti: la prontezza e l'effettività delle indagini, la vulnerabilità della vittima*

Nonostante le difficoltà, numerose notizie di reato giungono agli inquirenti, il cui intervento – per sortire effetti utili – dovrebbe essere tempestivo se non immediato: la prontezza delle attività investigative è il chiodo su cui regolarmente battono tutte le convenzioni e le raccomandazioni in materia, come principale arma contro l'impunità della tortura⁷¹.

Si registra invece una tendenziale riluttanza ad avviare procedimenti così indigesti. Le indagini si risolvono, non di rado, in timidi atti intrapresi dopo mesi o anni dai fatti e che irrimediabilmente preludono ad archiviazioni o prescrizioni. Le molte condanne che ha subito l'Italia sotto questo profilo⁷² imprimono un marchio singolare a un paese che ha fra i suoi principi costituzionali l'obbligatorietà dell'azione e ne vanta un rafforzativo specifico proprio per i casi di violenze in carcere.

È d'altra parte difficile giustificare la violazione degli obblighi procedurali con l'oggettiva difficoltà degli accertamenti da compiere, dato che molti fattori distintivi smentiscono l'assunto e portano piuttosto a conclusioni di segno inverso: la scena del crimine è circoscritta, impenetrabile a persone non autorizzate, non esposta ad intemperie che possano cancellare tracce; nei luoghi di reclusione dovrebbero essere capillarmente presenti impianti di videosorveglianza; il personale

⁶⁹ Art. 120 comma 2 t.u. stup. Sull'importanza di questa estensione, anche per via dei più stretti confini entro cui il giudice potrebbe ordinare la deposizione rispetto alle ipotesi di segreto d'ufficio, R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁷⁰ Art. 1 l. 3 aprile 2001, n. 119.

⁷¹ V. ad es. ancora CPT, 14th *General report*, 2004, § 35; Mandela Rules, regola 71; M. PALMA, *op. cit.*, p. 25. Il controllo su questo parametro è sempre compiuto dalla Corte di Strasburgo per valutare il rispetto degli obblighi procedurali.

⁷² Dalle tabelle elaborate dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (in https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf) si ricava che sono 13 i procedimenti in cui l'Italia è stata giudicata per mancanza di indagini effettive sulle violazioni dell'art. 3 CEDU nel periodo 1959-2017. Nessuna violazione, nello stesso periodo, risulta a carico di Regno Unito, Francia, Finlandia, Danimarca, Austria, Irlanda. Sono 11 i casi registrati per Spagna e Croazia, 7 per la Grecia, uno per Germania e Albania.

che vi opera ha, a vario titolo, obblighi di referto e di denuncia, nonché consuetudine alle attività di documentazione; molti degli astanti possono assumere prontamente funzioni di polizia giudiziaria; l'offeso non può recarsi altrove o rendersi irreperibile e così pure i sospettati e i testimoni, tutti riuniti in un piccolo spazio, agevolmente accessibile, senza bisogno di ricerche, rogatorie, scambi di atti e informazioni, complicati coordinamenti.

Si tratterebbe quindi di indagini apparentemente semplici, se condotte con la necessaria tempestività. A questo scopo basterebbe ricorrere agli strumenti che il codice di rito offre, anche per la indispensabile tutela del personale che potrebbe essere ingiustamente sospettato di azioni illecite e ha perciò tutto l'interesse a una pronta verifica dell'accaduto. Sarebbero da valorizzare soprattutto gli accertamenti tecnici irripetibili, corredati di documentazione video-fotografica in grado di fissare gli scenari così come si presentano, e gli incidenti probatori condotti con il necessario tempismo. Vi sono qui tutti i requisiti che sorreggono questi istituti, come il rischio di dispersione dei segni, specie sui corpi, il pericolo imminente di violenze o minacce sulle fonti dichiarative, cui si aggiungono oggi le previsioni dedicate alla vittima vulnerabile.

Il doppio binario recentemente tracciato per questi ultimi casi presenta molteplici profili discutibili, o addirittura sovversivi del sistema⁷³. Ma non v'è dubbio che la vittima di tortura o trattamenti inumani dovrebbe essere figura archetipica di vulnerabilità, una volta conferita rilevanza giuridica a questo stato. Nel caso Asti la Cassazione ha ravvisato una fattispecie, l'art. 572 c.p.⁷⁴, che rientrerebbe oggi nello speciale regime processuale dell'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. Sotto questo profilo, il ricorso all'art. 613 *bis* c.p. potrebbe addirittura rivelarsi controproducente, poiché la nuova figura non è stata ancora inclusa in nessuna lista di reati connotati dalla fragilità della vittima. Le ipotesi di sospetta tortura ricadrebbero comunque appieno nelle condizioni tratteggiate in via generale dall'art. 90 *quater* c.p.p., per tipologia delittuosa, modalità e circostanze del fatto, ricorso alla violenza e finanche posizione di dipendenza dell'offeso custodito in un luogo di detenzione. Del resto vulnerabilità e soggezione sono condizioni evocate insisten-

⁷³ Per tutti, v. O. MAZZA, *Il contraddittorio attuato di fronte ai testimoni vulnerabili*, in D. Negri, R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

⁷⁴ Cass., Sez. VI, 21 maggio 2012, Bucci e a., cit., valorizzando il contesto di «natura para-familiare, in quanto caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia». Non condivide la qualificazione giuridica G. LEINERI, *Quale inquadramento giuridico per la tortura subita in carcere? Maltrattamenti in famiglia o abuso di autorità contro arrestati o detenuti?*, in *Foro it.*, 204, II, c. 260. V. altresì, C. FIORIO, F. URBINATI, *op. cit.*, p. 99.

temente dai testi internazionali⁷⁵, e così pure dalla nostra Corte costituzionale⁷⁶ e da quella europea⁷⁷, per le persone private della libertà.

Si affaccia qui un altro paradosso: la legge processuale è congegnata per dar credito alla vittima vulnerabile, mentre la parola del detenuto è marchiata dal discredito. Il torturato è ancora, come in passato, contrassegnato da *mala fama*. Purgare l'infamia, sanare la cattiva reputazione o l'ombra dei sospetti – sino alle confutazioni di Beccaria – era uno degli scopi della tortura⁷⁸. Nel gioco di specchi deformanti e realtà capovolte che contraddistinguono questo fenomeno, il problema del torturato è ancora il marchio di disonore e inattendibilità: la *mala fama*, da presupposto della tortura come metodo di accertamento, è divenuta ostacolo all'accertamento della tortura, perché le dichiarazioni del detenuto tendono ad essere percepite come intrinsecamente inattendibili⁷⁹.

Alla soggezione del detenuto s'aggiunge spesso l'omertà di chi lo circonda⁸⁰, con inquietanti assonanze con il clima in cui operano le associazioni di stampo mafioso e che legittima, proprio per questi peculiari connotati ambientali, strumenti di contrasto fuori dall'ordinario. Nei casi di maltrattamenti, invece, sottomissione e reticenze delle possibili fonti dichiarative sembrano combinarsi a una sorta di resistenza passiva di chi investiga⁸¹ cui fanno da contraltare le esortazioni dei giudici di

⁷⁵ V. *Istanbul Protocol*, § 97, dove si raccomandano speciali misure di protezione, non dissimili da quelle previste dal nostro binario speciale per la vittima vulnerabile, nel caso in cui la persona che lamenti di aver subito abusi e violenze debba deporre in un procedimento penale. V. anche Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto al Parlamento* 2018, cit., p. 179 ss.

⁷⁶ Per la Corte costituzionale lo stato di detenzione «il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile» impone oneri di speciale protezione della dignità e dei diritti (Corte cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, § 3.1).

⁷⁷ Corte EDU, *Bouyid v. Belgium*, 28 settembre 2015 (ric. n. 23380/09), § 107 e *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., § 45.

⁷⁸ V. sul punto, M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in *Rechtsgeschichte*, 14/2009, p. 48 ss; F. COLAO, "Post tenebras spero lucem". *La giustizia criminale senese nell'età della riforma leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 173 ss. Per un commento alle obiezioni levate da Beccaria nel cap. XVI *Dei delitti e delle pene*, si veda, volendo, S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2/2014, p. 313 ss.

⁷⁹ Nel caso *Alberti c. Italia*, cit., la Corte di Strasburgo ha rimproverato la grande importanza attribuita ai precedenti e alla personalità del ricorrente (§ 31), che ha portato a ritenere l'interessato e le sue doglianze di maltrattamento «come poco credibili a priori» (§ 67). Si veda anche *Opinion of the Commissioner for Human Rights*, cit., dove si raccomanda di non trascurare le prove a supporto di una denuncia e di non accettare acriticamente «evidence, particularly police testimonies, against a complaint» (§ 69).

⁸⁰ R. DE VITO, *La tortura*, cit., p. 101 ss.

⁸¹ Emblematico il caso *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., dove la Corte EDU ha rilevato l'assenza di sforzi investigativi, la scarsità delle fonti interrogate, l'avanzamento di una richiesta di archivia-

Strasburgo ad assicurare l'effettiva indipendenza dei soggetti incaricati delle indagini⁸². Per prassi, si tende ad avvalersi di appartenenti a corpi diversi da quello dei sospettati, anche se per la Corte dei diritti non si tratta di accorgimento inderogabile, la cui mancanza, specie se riferita a singoli atti, comporta un'automatica violazione degli obblighi procedurali. Resta ferma però la regola generale che richiederebbe l'assenza di qualsiasi legame gerarchico o istituzionale fra investigatori e inquisiti, unita ad una autonomia d'azione effettiva e non formale⁸³.

Il necessario distacco potrebbe allora essere più opportunamente presidiato da una diversa provenienza degli inquirenti, ottenibile o con il ricorso a nuclei centrali e specializzati⁸⁴, o con lo sradicamento dell'inchiesta dal *locus delicti*. La distanza geografica è da sempre la soluzione individuata dalla legge per salvaguardare serenità investigativa e di giudizio, dapprima con la rimessione obbligatoria (art. 60 c.p.p. abr.), poi grazie a criteri speciali di attribuzione della competenza (artt. 11 c.p.p. e 41 *bis* c.p.p. abr.)⁸⁵. Il rimedio è allo stato adottabile esclusivamente per procedimenti che coinvolgano magistrati, anche nella veste di persone sottoposte alle indagini o imputati. E tuttavia, il "legittimo sospetto" canonizzato dal criterio normativo per il *dominus* dell'azione dovrebbe opportunamente estendersi alle sue braccia operative, altrimenti la *ratio* della previsione rischia di essere del tutto vanificata dal persistere di comprensibili inibizioni a procedere contro collaboratori o colleghi⁸⁶. Allontanare il procedimento dal luogo di

zione stereotipata cui è seguita una risposta giudiziale laconica (§ 50-52). P. BUFFA, *op. cit.*, p. 168, richiamando le chiose di Zimbaro all'esperienza di Stanford, evoca «il male dell'inerzia che consente la persistenza di tali comportamenti da parte degli altri».

⁸² V. ad es. Corte EDU, *Mikheev v. Russia*, 26 gennaio 2006 (ric. n. 77617/01), § 116; *Ramsabai and others v. the Netherlands*, 15 maggio 2007 (ric. n. 52391/9), § 62 e 63. V. anche Istanbul Protocol, § 74 e 79; sulla selezione e preparazione degli inquirenti necessaria per affrontare casi di torture indugia il § 90 dello stesso testo.

⁸³ Così Corte EDU, Grande Camera, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011 (ricorso n. 23458/02), § 300 e 322. Per l'enunciazione della regola, v. Corte EDU, Grande Camera, *Oğur v. Turkey*, 20 maggio 1999 (ric. n. 21594/93), § 91 e 92.

⁸⁴ Alcuni corpi di polizia già prevedono soluzioni simili: è il caso del Nucleo investigativo centrale della polizia penitenziaria.

⁸⁵ Per le origini e la ragion d'essere della soluzione adottata, v. GIUS. SABATINI, *La competenza surrogatoria ed il principio del giudice naturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 961, dove si ricostruisce l'«antica e salda tradizione» fondata sulla necessità di «conservare (...) al procedimento le condizioni essenziali al suo normale svolgimento»; M. SCAPARONE, *L. 22/12/1989 n. 879. Norme sulla connessione e sulla competenza nei procedimenti relativi a magistrati e nei casi di rimessione. Premessa*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 323 ss.; E. RUBIOLA, *La nuova disciplina della competenza nei procedimenti relativi a magistrati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 644 ss.

⁸⁶ Su come la polizia giudiziaria, godendo di ampi spazi di autonomia specie nelle prime fasi dell'indagine, sia in grado di condizionarne gli esiti in maniera significativa e di filtrare gli elementi destinati a sorreggere l'azione, v. G. TRANCHINA, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, p.

consumazione dei fatti da accertare anche quando le condotte sono ascritte ad appartenenti alla polizia sembra il più efficace antidoto a omertà, inerzie e indugi, da arginare per via legislativa. Se valicare il distretto fosse eccessivo, basterebbe prevedere per questi casi uno slittamento verso territori più prossimi, purché sufficienti a spezzare il rapporto di familiarità che potrebbe impedire l'effettività delle indagini.

5. *I pungoli alle procure: (ancora) sul ruolo dei garanti e su quello della magistratura di sorveglianza*

Per evitare stalli investigativi si potrebbe anche puntare su alcuni stimoli alle procure, valorizzando istituti esistenti.

I garanti dei detenuti, se non scontassero assenza di mezzi economici, sarebbero in grado di giocare un ruolo importante anche sotto questo profilo. Si potrebbe infatti ipotizzarne l'intervento nel procedimento penale quali enti rappresentativi degli interessi lesi dal reato⁸⁷, figura ormai oscurata dalla proliferazione delle parti civili⁸⁸, ma più idonea a soddisfare gli obiettivi qui considerati. Come noto, il danno statutario o d'immagine è l'escamotage giurisprudenziale alla base della proliferazione di attori privati nell'agone penale. È un dialelle che andrebbe tuttavia evitato: gli organi di garanzia non ricevono un nocumento dai torti patiti dai detenuti, ma proprio da questo rischio traggono la loro ragion d'essere. Sarebbe bene perciò che non entrassero in concorrenza con le persone tutelate per ottenere ristori monetari dai dubbi fondamenti, come accade per molti dei soggetti oramai disinvoltamente legittimati ad avanzare pretese risarcitorie. L'ente rappresentativo instaura rapporti più limpidi: garantisce un rinforzo simbolico e fattivo all'accertamento penale, necessita di consenso all'intervento, non chiede denaro. E seppure dotato di facoltà decisamente minori nella fase processuale, vanta poteri surrogatori dell'offeso anche prima dell'azione (art. 91 c.p.p.): prerogativa preziosa nei casi di tortura o maltrattamenti, dove è proprio la fase investigativa che va maggiormente sorvegliata e spronata.

157 e 159. Sulla «inazione tacita della polizia giudiziaria», v. C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 203 ss.

⁸⁷ Soggetto processuale introdotto dopo una «lunga e tormentata strada», densa di contrasti in sede dottrinale, giurisprudenziale e legislativa, che «ha portato il nuovo codice di procedura penale ad optare, tra azione penale privata ed azione civile risarcitoria, per una terza via completamente nuova» (G. BARONE, *Enti collettivi e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1 e 10 ss.).

⁸⁸ Lo rimarca D. CHINNICI, *Gli «enti esponenziali di interessi lesi dal reato»: figli legittimi del «nuovo» codice, ma ancora eredi del «vecchio» status di parti civili. Una delle (tante) questioni irrisolte*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 446 ss.

A questo scopo potrebbe indirettamente concorrere anche la magistratura di sorveglianza, a cui la legge affida rilevanti poteri in materia di accertamento di eventuali trattamenti inumani e degradanti. I tradizionali compiti di vigilanza, relazione al Ministro della Giustizia (art. 69 comma 1 e 2 ord. pen.) e raccolta di doglianze (art. 35 ord. pen.) possono sortire effetti deterrenti e propulsivi, oggi rafforzati dai nuovi rimedi giurisdizionali. In caso di vessazioni in corso, il reclamo teso a bloccare gravi e attuali pregiudizi inferti ai diritti dei detenuti (art. 35 *bis* ord. pen.) è strumento prezioso, perché in grado non solo di sfociare in ordini cogenti per l'amministrazione penitenziaria ma anche di fare da ponte con il procedimento penale (art. 331 c.p.p.). È d'altra parte possibile che i pronti interventi dei direttori degli istituti facciano cessare più rapidamente le sospette violazioni⁸⁹, se sussunte nella categoria degli eventi critici che impongono immediati trasferimenti del detenuto.

A quel punto ipotetiche stagnazioni investigative potrebbero essere osteggiate anche grazie alla proposizione del reclamo compensativo di cui all'art. 35 *ter* ord. pen., imperniato proprio su condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione europea. Lo strumento viene principalmente utilizzato per questioni legate al sovraffollamento, o comunque per riparare a situazioni ambientali oggettivamente inumane o degradanti⁹⁰. Eppure, il presupposto che ne legittima l'attivazione è sufficientemente ampio per abbracciare ipotesi di afflizioni, fisiche o psicologiche, volontariamente inferte, specie se continuative. Il confine fra contesto detentivo di per sé pregiudizievole per la dignità o la salute e intenzionalità del trattamento umiliante può risultare sottile e sbiadito: basti pensare a soggiorni prolungati in reparti di isolamento con celle lisce, magari al freddo e senza indumenti o soffrendo altre restrizioni intense e pervasive⁹¹. Sono frangenti in cui è difficile tracciare ferme linee di demarcazione fra obiettive carenze strutturali, o legittime necessità di prevenire gesti autolesionistici, e volontà di infliggere punizioni *ultra legem*.

⁸⁹ Anche in considerazione dei possibili esiti discordanti dei tre gradi in cui si articola il reclamo giurisdizionale, nonché della subordinazione del giudizio di ottemperanza all'esaurimento delle impugnazioni (art. 35 *bis* comma 5 ord. pen.). Il difetto di tempestività è la critica più frequente che viene mossa all'istituto: v. fra gli altri E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario*, cit., p. 241 ss.; M. BORTOLATO, *Art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 412. C. FIORIO, F. URBINATI, *op. cit.*, p. 108; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 142.

⁹⁰ Ma per l'ampiezza del rinvio, v. 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, § 10; D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, *ivi*, 12/2018, p. 81.

⁹¹ Il rimedio risarcitorio è già stato fruttuosamente attivato in casi di condizioni disumane legate alla sorveglianza particolare (Mag. Sorv. di Udine, ord. 19 maggio 2016, G.G., in *Arch. pen. web*, 2/2016). Fra i fattori soppesati dalla magistratura di sorveglianza per diagnosticare la violazione dell'art. 3 Cedu cominciano ad affacciarsi anche le mancate cure (v. Mag. Sorv. di Spoleto, ord. 25 agosto 2015, M.L., inedita). A riguardo, R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter. Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Quest. giust.*, 11 marzo 2015.

I limitati strumenti a disposizione della magistratura di sorveglianza non consentono di accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo di torture, abusi o maltrattamenti, né la natura di mero indennizzo del rimedio compensativo impone di soffermarsi su questo profilo. Ma nei casi-limite in cui privazioni deumanizzanti lambiscono la soglia della rilevanza penale, il rimedio penitenziario potrebbe trovarsi a convivere con le fasi iniziali del procedimento scaturito da una *notitia criminis*. La legge omette di disciplinare nessi di pregiudizialità fra i due ambiti. Si ritiene solo che il buon esito del reclamo, refrattario all'esatta quantificazione del danno, non precluda l'avanzamento di ulteriori pretese risarcitorie nelle sedi a ciò deputate⁹². È legittimo però supporre che nei primi e cruciali stadi dell'inchiesta penale il magistrato di sorveglianza, sollecitato *ex art. 35 ter* ord. pen., sarebbe portato a interloquire con il titolare delle indagini, se l'oggetto delle due attività cognitive risultasse parzialmente collimante. Si otterrebbe così uno stimolo istituzionale che potrebbe contribuire a evitare tentennamenti e imprimere un passo più deciso all'investigazione.

6. *La riforma dell'ordinamento penitenziario: frammenti sopravvissuti e garanzie smarrite*

L'imponente disegno riformatore dell'ordinamento penitenziario germinato dai lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale e dalla legge delega n. 103 del 2017 apportava numerose novità per la prevenzione e la repressione dei maltrattamenti dei detenuti. Le proposte avanzate intervenivano chirurgicamente su una serie di istituti chiave, così da intessere una vera e propria rete di supporto per gli strumenti sinora considerati⁹³. Parte di queste manipolazioni è fortunatamente sopravvissuta al prolungato travaglio della novella, intercorso a cavallo fra

⁹² Per G. GIOSTRA, *Art. 35-ter*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 417, la pretesa compensativa «in tanto potrà avere qualche possibilità di sopravvivere ai prevedibili rilievi di incostituzionalità, in quanto le si riconosca natura "additiva" rispetto ai rimedi tradizionali». Adduce argomenti a conforto F. FIORENTIN, *Il condannato. Il danno da esecuzione della pena detentiva*, in G. Spangher (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 481 ss.; ID., *Art. 35-ter*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., Milano, 2017, III, p. 2379. Sulla possibilità di qualificare il ristoro fisso accordato come un «mero indennizzo anticipatorio», o «acconto risarcitorio standardizzato», cfr. anche R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter*, cit., che non esclude almeno la piena risarcibilità dei danni arrecati alla salute. In termini più problematici, C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015, p. 14 ss.

⁹³ Le proposte elaborate dalla Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, sono consultabili in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018, *sub Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*.

due legislature e in un montante clima di insofferenza verso i diritti delle persone private della libertà⁹⁴. Altre porzioni del progetto, pure in grado d'incidere sul fenomeno in esame, sono andate perdute, lasciando l'amarezza di un'occasione mancata e difficilmente ripetibile.

Nell'art. 1 comma 3 della legge di ordinamento penitenziario si trova oggi incastonata la solenne proclamazione del divieto di ogni violenza fisica e morale sui detenuti, richiamo esplicito al monito costituzionale e che segna un impegno a garantirne l'attuazione nei luoghi dove le sopraffazioni sono più diffuse e recondite. La norma manifesto marca una discontinuità da tolleranze passate con l'intento di inaugurare un nuovo corso. La proibizione netta viene a sua volta assistita e fortificata da altre importanti previsioni, capaci di incidere sui contesti che facilitano i soprusi: le prime fasi della cattura, la distanza dai familiari, la perdita di contatti con il difensore, l'isolamento disciplinare e giudiziario.

Quanto al primo profilo, la riforma – come già osservato – dedica attenzione alla visita medica d'ingresso in carcere, con particolare accento proprio sulla necessità di documentare tempestivamente possibili tracce di violenza (art. 11 comma 7 ord. pen.), benché la garanzia sia stata sfregiata dall'asportazione della clausola sulla documentazione fotografica⁹⁵. Viene poi suggellato il diritto di interpellare sin dall'inizio della detenzione i difensori e i garanti dei diritti dei detenuti, per la prima volta accostati dalla legge così da smarcare i secondi dalle “persone diverse dai congiunti”, dispensarli dalle relative autorizzazioni e sottolinearne il precipuo ruolo (art. 18 comma 2 ord. pen.).

I contatti con l'esterno risultano rinsaldati anche dall'insistenza sul criterio di territorialità, che impone all'amministrazione penitenziaria di destinare i detenuti a luoghi prossimi alla dimora o al nucleo di riferimento sociale e di motivare con-

⁹⁴ Sull'iter della riforma, E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2018, p. 175 ss.; G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, *ivi*, 4/2018, p. 119 ss.; F. GIANFILIPPI, “Tendono alla chiarezza le cose oscure”: il carcere e l'esecuzione penale nello schema di decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario, in *Quest. giust.*, 14 febbraio 2018; F. DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2018; E. N. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in *La giustizia penale riformata*. Supplemento a *Arch. pen.*, 1/2018, p. 763; EAD., *Il progetto “estivo” di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 207 ss. Fra i primi commenti dei decreti approvati (D.Lgs. 123 e 124 del 2018), v. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018; M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 3/2018, p. 119 ss.; F. GIANFILIPPI, *La riforma povera di mondo: una prima lettura dei decreti legislativi 123 e 124/2018 in materia di ordinamento penitenziario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 28 Novembre 2018; L. CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen.*, 9 dicembre 2018; F. FIORENTIN, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2018.

⁹⁵ V. *supra*, § 2.

gruamente sia le deroghe sia i dinieghi alle istanze di avvicinamento (artt. 14 e 42 ord. pen). Per le persone maggiormente isolate, come gli stranieri o gli allocati in istituti lontani dal contesto di appartenenza, si contemplavano inoltre colloqui a distanza mediante connessione internet. L'innovazione puntava a tutelare gli affetti, ma sarebbe stata in grado anche d'innalzare il livello di protezione dei più emarginati evitando vuoti di notizie e consentendo il riscontro di segni di violenza. Si tratta di un altro segmento non recepito dai decreti attuativi della delega e perciò rimesso alle buone prassi delle singole amministrazioni.

Fra gli scampoli approvati della riforma si annoverano invece propizie rivisitazioni dell'isolamento giudiziario e disciplinare (art. 33 ord. pen.). Il distacco dalla ordinaria vita comunitaria è la pre-condizione tipica in cui s'innescano trattamenti inumani o degradanti, aventi non di rado l'obiettivo di intensificare sanzioni, avvertite come troppo lievi, a inosservanze delle regole che scandiscono la quotidianità detentiva⁹⁶. In passato il supplizio poteva configurarsi quale castigo accessorio alla pena capitale⁹⁷. Oggi tende piuttosto a prendere le forme della punizione disciplinare aggiuntiva: un *surplus* di sofferenza, inflitto con una sorta di *autodichia* del personale di sorveglianza, che travalica i limiti di legge. La previsione di nuove garanzie che attorniano l'isolamento (art. 33 ord. pen.), quali la possibilità di effettuare colloqui visivi, il diritto di mantenere condizioni di vita normali e di proseguire il percorso di recupero (art. 36 ord. pen.), possono allora contribuire al contenimento di questi rischi. Obiettivo conseguibile anche grazie alla rivisitata composizione del consiglio di disciplina, con l'espunzione dal collegio del medico, che riguadagna funzioni di sola cura e quella neutralità necessaria a sorvegliare le modalità esecutive della sanzione irrogata da altri soggetti (art. 40 comma 2 ord. pen.). È stata invece scartata la facoltà per i garanti dei detenuti di presenziare ai giudizi disciplinari e di accedere ai relativi atti, così come si è rinunciato alla minuziosa regolamentazione delle perquisizioni mediante denudamento, pratica invasiva e umiliante, in cui possono annidarsi occasioni di *ill-treatment*⁹⁸. Nonostante queste abrasioni e impoverimenti, della riforma rimangono lacerti preziosi per risaldare le norme sostanziali e far sì che la *violenza punitiva* resti un'efficace iperbole e non la fotografia di un'intollerabile realtà.

⁹⁶ Significativamente, la regola 60 delle Regole penitenziarie europee (Racc. 11 gennaio 2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa) e la regola 43 delle Mandela Rules accostano la materia disciplinare al rischio di tortura.

⁹⁷ Per una ricostruzione storica, v. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Rizzoli, 1991.

⁹⁸ Le Mandela Rules riservano infatti all'argomento un'intera sezione (regola 50 e ss.). Minuziose indicazioni si rinvergono anche nella regola 54 delle Regole penitenziarie europee.