

OPINIONE

ELENA MARIA CATALANO

Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria *

Una riflessione sul tema della confessione estorta si snoda inevitabilmente tra i due poli costituiti, da un lato, dalla cornice garantista del nostro processo penale, dall'altro, dalla presenza di zone grigie e di erosioni striscianti del divieto di mezzi coattivi di escussione delle fonti di prova personali, riscontrabili soprattutto nella fase delle indagini preliminari. La mancanza di un adeguato approfondimento psicologico in ordine all'assunzione e alla valutazione della prova accentua l'impatto delle prassi *borderline* sulla tenuta del principio di legalità, sul comune sentire della collettività e sull'assetto complessivo dei rapporti tra individuo e autorità.

Privilege against self-incrimination is a fundamental pillar of our criminal justice system. However, borderline practices and pretrial detention can be regarded as the functional equivalent of an attempt to obtain an involuntary confession from a prisoner by torturous methods. Borderline practices can seriously undermine the rule of law as well as the freedom of the individual from the oppressive power of the State.

SOMMARIO: 1. - Il tema antistorico della confessione estorta nella cornice garantista del moderno processo penale. - 2. Le fallacie del sistema sotto il profilo giuridico, etico, epistemologico. - 3. I paradossi del senso comune. L'apparente irrazionalità del silenzio dell'imputato. - 4. Necessità di approfondimento psicologico nella valutazione della confessione. - 5. Il secondo paradosso del senso comune. La produttività della tortura. - 6. Le prassi *borderline*. - 7. L'uso della custodia cautelare *ad eruendam veritatem*. - 8. L'irrazionalità di mezzi coercitivi di escussione dell'imputato rispetto ai valori dello Stato costituzionale di diritto. - 9. La tortura come espressione del potere. Limiti e aporie della nuova fattispecie penale. - 10. Incompatibilità tra regolamentazione legislativa della tortura giudiziaria e contenuti intrinseci del principio di legalità. - 11. La tolleranza verso l'impiego di metodi coercitivi e la normalizzazione del male. "Cattivi si diventa." - 12. La confessione estorta negli ingranaggi del processo politico: uno strumento di creazione del capro espiatorio.

1. Il tema antistorico della confessione estorta nella cornice garantista del moderno processo penale

Può destare perplessità una discussione sulla confessione estorta in un contesto - quello del nostro quadro costituzionale e sistematico - in cui nessun spazio è concesso per l'esercizio di pressioni indebite sull'imputato, in cui l'interrogatorio si configura come uno strumento di difesa, in cui la presunzione di innocenza trova consacrazione nella Costituzione, così come l'ampio riconoscimento del diritto al silenzio. Non solo l'art 111, co. 4, Cost. menziona il diritto al silenzio nel modulare una regola di esclusione probato-

* Testo, parzialmente rielaborato e corredato di un apparato bibliografico, della relazione al Convegno "Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura", organizzato dall'Associazione "Franco Bricola" e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, 9-10 marzo 2018, Atti in corso di pubblicazione.

ria, ma è lo stesso legame genetico tra il nuovo art. 111 Cost. e l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ad incorporare nella nozione costituzionale di giusto processo quel diritto al silenzio che secondo la Corte europea appartiene al cuore del concetto di *fair trial*. A livello di normativa ordinaria il nostro sistema garantisce il diritto dell'imputato alla autodifesa passiva sia nella fase delle indagini, attraverso il riconoscimento del diritto al silenzio, sia nel corso dell'esame dibattimentale attraverso la garanzia di un vero e proprio *right not to be questioned* che dispensa l'imputato dal comparire dinanzi al giudice anche solo per pronunciarsi in ordine alla sua disponibilità a essere esaminato.²

La dottrina costituzionalistica definisce la libertà di autodeterminazione facoltà primordiale dell'uomo e la inquadra tra le libertà fondamentali, rilevanti ex art. 2 Cost.³ Correlativamente, l'art. 188 c.p.p. vieta l'impiego di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. La carenza di una esemplificazione rende difficile individuare il punto di rottura oltre il quale un interrogatorio protratto diventa una violenza morale. Un approccio casistico era stato prospettato da Vassalli nel solco delle disposizioni tedesche⁴. Si possono menzionare «maltrattamenti, stanchezza, attacchi corporali, propinamento di sostanze, inganni, tormento o ipnosi». Anche nel nostro sistema è pacifico che l'art. 188 c.p.p. ricomprende due ordini di ipotesi, il primo inerente a strumenti tecnici quali l'ipnosi, la narcoanalisi, il *lie detector*, il secondo inerente a modalità di assunzione della prova comunque manipolatrici della psiche, quali interrogatori estenuanti, inganni e minacce, lusinghe e favori. La negazione di qualsiasi rilievo al consenso della persona interessata evidenzia il carattere "assoluto" del principio che tutela la libertà morale della persona. Peraltro, l'art. 188 c.p.p. protegge, altresì, l'interesse processuale al corretto accertamento dei fatti, attesa la dubbia attendibilità

¹ AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, 3589.

² Sulla distinzione v., per tutti, AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 408. Sulla materia v., oltre all'opera classica di GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, GIARDA, *Persistendo l'reo nella negativa*, Milano, 1980; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006.

³ V. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 112.

⁴ G. VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona umana*, in *Riv. pen.*, 1972, 407. V. anche G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1641. Sui contenuti dell'art. 188 c.p.p. v. CATALANO, *Commento all'art. 188*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Corso, Piacenza, 2008, 692.

degli strumenti proscritti dalla medesima norma.

Una confessione estorta che possa superare la rete dei divieti codicistici dovrà essere sottoposta al vaglio della verifica della compatibilità con i principi costituzionali per essere ritenuta utilizzabile, nel solco degli orientamenti della Consulta e delle Sezioni unite sulla prova incostituzionale o illecita.⁵ Si pensi all'azione illecita posta in essere da un privato che costringa l'imputato a scrivere una dichiarazione confessoria. È appena il caso di rilevare come anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel recente caso Aleksandr Kononov c. Russia, del 28 novembre 2017, abbia ribadito come l'uso della confessione estorta violi l'art. 6, co. 1, della Convenzione. Al riguardo, il testo novellato dell'art. 191 c.p.p. si presta a fungere da norma di chiusura rispetto a ipotesi di confessioni estorte che sfuggano dalle maglie dei divieti del codice. La legge sul reato di tortura ha infatti modificato l'art. 191 c.p.p. relativo alle "prove illegittimamente acquisite", attraverso l'aggiunta del co. 2-bis, che pone il divieto di utilizzare informazioni o dichiarazioni ottenute mediante il delitto di tortura, salvo che contro le persone accusate di tale delitto ed al solo fine di provarne la penale responsabilità.⁶

Al di là delle sanzioni processuali, è la stessa definizione di confessione recepita nella nostra tradizione giuridica che vale a ridurre la possibilità di prassi abusive. La confessione deve essere volontaria ed esplicita. La dichiarazione confessoria è tale se resa liberamente dal soggetto in assenza di condizionamenti quali la violenza fisica ma anche la coercizione morale, la lusinga o l'inganno. «Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi di estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o artificio la contraria volontà, una confessione ...rientra nel concetto di tortura giudiziaria»⁷.

⁵ V. Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 316, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*. V. Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, I, 117; Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465; Cass., Sez. un., 20 ottobre 2002, Carnevale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 322. V. per tutti C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, *passim*. Per un inquadramento generale della materia v. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

⁶ FIORIO, URBINATI, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *questa Rivista*, 2018, 1, 8, si chiedono provocatoriamente: «Questo ci porta ad indagare se, fuori dai casi di tortura, residuino degli spazi di utilizzabilità della prova illegittimamente acquisita oppure se la nuova formulazione non aggiunga nulla all'articolo in cui è inserita». V. anche, in diversa prospettiva, CASSIBBA, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, 4, 109.

⁷ FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1954, II, 4. Sui caratteri della confessione

Non rientrano nella nozione di confessione accolta dal nostro sistema le ipotesi di confessione implicita e priva di contenuto narrativo. Al contrario, nel sistema statunitense, una Corte Suprema profondamente divisa ha ravvisato una sorta di confessione implicita nella risposta “sì” dell’imputato a tre domande: «Crede in Dio? Gli chiede perdono quando fa qualcosa di male? Gli chiederà perdono per quello che ha fatto?».⁸ Forme analoghe di pretesa confessione implicita non dovrebbero avere diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

2. Le fallacie del sistema sotto il profilo giuridico, etico, epistemologico

Le coordinate della cornice sistematica e costituzionale del processo sono estremamente lineari. Eppure alcune norme si prestano a creare una situazione di squilibrio e aprono una serie di buchi neri nel sistema, alcuni di carattere strettamente processuale, altri di carattere etico-epistemologico, altri corrispondenti a prassi devianti.

Prima di tutto viene in rilievo la mancata previsione della presenza obbligatoria del difensore durante l’interrogatorio, istituto che, pur essendo assistito dalla facoltà dell’imputato di opporre una *recusatio respondendi* integrale, si caratterizza per la possibilità dell’accompagnamento coattivo⁹. L’istituto dell’accompagnamento coattivo non può non esercitare una pressione sull’imputato. Il «semplice fatto che l’imputato possa essere condotto con la forza e assoggettato alle domande di un potente funzionario è di per sé sufficiente a creare una atmosfera che spinge a rispondere»¹⁰. Secondo Kierkegaard «l’individuo nella sua angoscia di non essere colpevole, ma di essere considerato tale, diventa colpevole»¹¹.

Un altro buco nero riguarda la mancata messa a punto delle regole sulla competenza. Sotto questo profilo la recente legge sul reato di tortura rappresenta una occasione persa. La frequenza di vicende caratterizzate da ritardi e disfunzioni nei procedimenti per reati commessi da appartenenti alla polizia

nella nostra tradizione giuridica v. BELLAVISTA, *Confessione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 917 ss.; MACCHIA, *Confessione nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 25 ss. V. più di recente LUPARIA, *La confessione dell’imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.

⁸ Il contestatissimo caso *Thompkins* ha provocato un marcato indebolimento del diritto al silenzio. L’assunto della Corte è che se l’indagato non invoca il suo diritto al silenzio significa che vi ha implicitamente rinunciato. *V. Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010).

⁹ V. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell’imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzie, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387.

¹⁰ Così DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, trad. it., Bologna, 1991, 279.

¹¹ KIERKEGAARD, *Il concetto dell’angoscia* (1844), in *Le Grandi opere filosofiche e teologiche*, a cura di Fabro, Milano, 2013, 461.

giudiziaria nell'esercizio delle loro funzioni rende necessaria una riforma delle norme sulla competenza. Appaiono emblematiche le vicende relative al caso Cucchi, il giovane romano deceduto dopo l'arresto da parte di militari impegnati in una operazione di polizia giudiziaria. Un intervento legislativo si impone in virtù dell'imperativo contenuto nell'art. 13, co. 4, Cost. secondo cui è punita ogni forma di violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà¹². La norma costituzionale pone l'esigenza di rendere effettiva la punizione dei colpevoli. Nel solco di questi obiettivi un gruppo di ricerca dell'Università di Milano, facente capo al Professor Amodio, ha elaborato, sul modello francese, uno schema di proposta legislativa sulla competenza per i procedimenti riguardanti ufficiali e agenti di polizia, procedimenti che andrebbero rimessi ad altro giudice secondo i criteri di circolarità adottati per i magistrati.

Rappresenta un ulteriore elemento distonico rispetto alla tutela della libertà morale dell'imputato l'emergere di una logica processuale di tipo cooperatorio, tale da dar vita, nel caso di sospensione del procedimento con messa alla prova, a una sorta di anticipata esecuzione di pena verso un presunto innocente.¹³

Entro questa logica, possono rivivere quegli orientamenti che ritenevano il comportamento non collaborativo dell'imputato contrario ai postulati del buon senso e ai canoni ordinari dell'etica¹⁴. Si sentiva l'influsso della doppia anima della confessione in senso religioso e liberatorio.

Nella prospettiva messa in luce da Foucault nelle Lezioni di Lovanio, il soggetto che confessa riconosce di meritare la punizione e così la legittima nell'ambito del patto sociale.¹⁵ L'impostazione che

¹² A ben vedere la Costituzione individua così una precisa base normativa in materia di tortura che risale all'entrata in vigore della stessa Costituzione. V. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*; V. BUZZELLI, *Tortura: una questione irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2013. V. anche *Tortura di stato. Le ferite della democrazia*, a cura di Gianelli e Paternò, Roma, 2004.

¹³ Con riferimento alla sentenza costituzionale n. 91 del 2018 v. PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 89. V. anche CENTORAME, *"Onori e oneri" della confessione: dai collaudati schemi della collaborazione processuale alle nuove frontiere della retributive justice*, in *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, a cura di Luparia-Marafioti, Torino, 2015, 110. Molto critico NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Padova, 2017, 85.

¹⁴ V. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, London, 1843, 18; FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1956, 384, secondo il quale è interesse dell'imputato dare «le più ampie dimostrazioni della propria innocenza».

¹⁵ FOUCAULT, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione nella giustizia*, trad. it., Torino, 2013, 199.

ricollega la confessione all'ermeneutica del soggetto -ovvero alla comprensione del gesto- viene a saldare diritto e psicanalisi, scienza che del resto ha mostrato una precoce impronta giudiziaria. Nel 1945 apparve su "The Gentleman's Magazine" di Filadelfia una novella di Poe, "The imp of the perverse", che attribuisce la pulsione a confessare a perversione o all'istinto della perversità, ovvero all'impulso per cui noi agiamo in un certo modo per la sola ragione che non dovremmo agire in quel modo¹⁶.

È innegabile che, in un sistema in cui la pena possiede una finalità rieducativa, la confessione può essere considerata un passo verso l'emenda. Ma la -comunque delicata- questione incentrata sulla cauta valorizzazione della autocritica dell'esperienza criminosa si deve coordinare con i valori fondamentali del sistema: la tutela della libertà morale della persona e la presunzione di innocenza. In prospettiva schiettamente processuale appare fuori luogo il richiamo alla pretesa funzione di emenda e di rieducazione riferibile alla confessione così come al comportamento collaborativo dell'imputato.

Altrimenti dietro l'esaltazione dell'autocritica dell'esperienza criminosa possono riecheggiare logiche e valori del processo politico che tritura la dignità dell'individuo: «se accetti di firmare la confessione ti metti sulla via della redenzione agli occhi del partito; se rifiuti perché innocente sei un colpevole incallito».¹⁷

3. I paradossi del senso comune. L'apparente irrazionalità del silenzio dell'imputato

La riflessione che si snoda tra i due poli del diritto al silenzio e della libera confessione rischia di arenarsi nelle secche di due paradossi del senso comune. Il primo è il luogo comune per cui l'innocente avrebbe tutto l'interesse a parlare e il colpevole a tacere. Sul piano epistemologico, la resistibile affermazione del principio *nemo tenetur se detegere* sconta la vischiosità della concezione radicata nel senso comune secondo la quale l'imputato innocente

V. al riguardo MARCHETTI, *La confessione dell'imputato tra ricerca della verità ed ermeneutica del soggetto*, in *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, a cura di Luparia-Marafioti, Torino, 2015, 9 ss.

¹⁶ POE, *The imp of the perverse* (1945), trad. it., *Il folletto della perversità*, in POE, *Nuovi racconti straordinari. Poesie scelte*, ed. per il club del libro, Milano, 1961, 421.

¹⁷ LONDON, *La confessione nell'ingranaggio del processo di Praga*, dedicato a tutte le vittime innocenti dei processi, trad. it., Milano, 1969, 167.

non ha interesse a tacere, bensì a reclamare il diritto di parlare. Ne consegue, tra l'altro, una larvata rilevanza probatoria del silenzio dell'imputato. Del resto, nella nostra giurisprudenza, qualche sporadica decisione valorizza il silenzio dell'imputato quale elemento dimostrativo a carico.¹⁸

Peraltro, in linea di principio, il raccordo tra riconoscimento dello *ius tacendi* e irrilevanza probatoria del silenzio costituisce un dato ampiamente condiviso nella nostra cultura giuridica. Qualche segnale inquietante deriva dagli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo relativi a casi nei quali il silenzio dell'accusato aveva assunto valenza probatoria, alla stregua della normativa varata dal Regno Unito.¹⁹ La Corte esclude in linea di principio una violazione dei canoni del *fair trial* a condizione che il contegno non collaborativo dell'imputato assuma in concreto una particolare efficacia dimostrativa²⁰. La prospettiva gnoseologica adottata dalla Corte europea evidenzia il significato equivoco delle scelte autodifensive dell'imputato. Tuttavia, tale approccio epistemologico coinvolge il rischio di perdere di vista il significato profondo dello *ius tacendi*.

¹⁸ Si pensi a quegli orientamenti giurisprudenziali di stampo inquisitorio che attribuiscono al silenzio dell'imputato valore di chiusura del costrutto probatorio a carico. V. Cass., sez. II, 4 aprile 2005, Mangone, in *Guida dir.*, 2005, 25, 87; Cass., Sez. VI, 11 marzo 1985, Torregiani, in *Cass. pen.*, 1986, 977. V. anche Id., Sez. V, 14 febbraio 2006, A., in *Cass. pen.*, 2007, 2575: «In virtù del principio *nemo tenetur se detegere*, l'imputato può non rispondere su fatti leggibili *contra se* e negare la propria responsabilità anche contro l'evidenza; tuttavia, al giudice non è precluso valutare la condotta processuale del giudicante, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del libero convincimento, può ben considerare, in concorso di altre circostanze, la portata significativa del silenzio mantenuto dall'imputato su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo. Nel caso di specie l'imputato non aveva giustificato la propria presenza all'interno di una scuola elementare in cui era stato sorpreso insieme ad altri a smontare infissi». V. anche Cass., Sez. V, 12 aprile 2010, in *Mass. Uff.*, n. 233903. Di recente v. Cass., Sez. II, 11 novembre 2016, n. 53010, in *Riv. pen.*, 2017, 155. Cass., Sez. II, 1° marzo 2017, Cazanave, *ivi*, n. 269507 ammette la valorizzazione quale elemento probatorio a carico della mancata presenza al dibattimento dell'imputato. Altra giurisprudenza ha avuto modo di precisare come non sia consentito al giudice valorizzare, ai fini della decisione, comportamenti -commissivi od omissivi- dell'imputato, che siano manifestazione di diritti soggettivi e di facoltà processuali che l'ordinamento gli attribuisce quali espressioni del diritto di difesa e di libera scelta della strategia processuale ritenuta più opportuna; strategia che ben può porsi in atto anche attraverso il silenzio. V. Cass., Sez. V, 22 dicembre 1998, Sica, in *Cass. pen.*, 2000, 725. V. anche Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, Montagna, in *Cass. pen.*, 2011, 1174.

¹⁹ V. Corte EDU, 20 aprile 2010, Adetoro c. U.K. Di recente v. Corte EDU, 17 aprile 2015, O' Donnell c. U.K.

²⁰ Corte EDU, Sez. III, 6 giugno 2000 Averill c. U.K. Nel caso di specie le domande vertevano su schiacciati prove a carico che richiedevano con evidenza una spiegazione da parte del ricorrente, costituite dal ritrovamento sul suo corpo di tracce dei guanti e del passamontagna usati per l'omicidio. I criteri di relativizzazione possono essere rappresentati dal grado di coazione esercitato sull'imputato, nonché dal peso relativo delle prove a carico. V. CHIAVARIO, sub art. 6, in *Commentario della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 198, con riferimento al caso Murray.

Per altro verso questa impostazione compromissoria sottovaluta il raccordo tra autodifesa e difesa tecnica. Il diritto al silenzio costituisce proprio il portato della ristrutturazione del processo inglese compiuta nel corso del diciottesimo e del diciannovesimo secolo attraverso, tra l'altro, la previsione dell'intervento del difensore²¹. Nella prima età moderna, invece, l'assenza del difensore faceva ricadere sull'accusato il compito di sostenere le proprie ragioni. L'opera di Smith, che rimanda la suggestiva immagine dell'accusatore privato e dell'accusato in alterco tra loro, ha potuto suggerire la definizione consapevolmente caricaturale di "*accused speaks*" trial o di *lawyer-free criminal trial*, dove l'accusato è chiamato a difendersi da solo di fronte ad una giuria²². La pretesa di restare in silenzio avrebbe avuto il significato di una rinuncia a confutare le prove a carico ovvero di un abbandono della partita che preludeva alla sicura sconfitta. Le fonti rilevano come nessun accusato abbia mai rivendicato un così autodistruttivo diritto²³. Il quadro muta radicalmente con la previsione della attribuzione della funzione difensiva al patrono dell'imputato. Spetta *in primis* al difensore, d'accordo con il suo assistito, il compito di elaborare la strategia difensiva e di rappresentare al giudice, con la pacatezza e la professionalità che gli sono proprie, la versione dei fatti della difesa.

Ritagliare la funzione difensiva sulla figura del difensore tecnico vale a neutralizzare quell'alone di sospetto che circonda l'opzione dell'imputato di tacere e ad evitare che il contegno dell'imputato sia letto attraverso chiavi deformanti quali il paradosso del mentitore che «se parla mente, se tace ha qualcosa da nascondere»²⁴.

Questo paradosso del senso comune corrisponde a un buco nero nel sistema dei valori informatori del processo penale. L'irrilevanza probatoria del silenzio dell'imputato, infatti, non dipende solo dalla sua incapacità euristica, dall'essere un elemento epistemologicamente debole. La necessità di considerare il rifiuto di collaborare come elemento probatoriamente neutro ha so-

²¹ Non appaiono significativi i precedenti sporadici cenni presenti ad esempio in BACON, in *Life and Letters of Francis Bacon*, a cura di Spedding, Ellis, Heath, Londra, III, 1868, 114: «*by the laws of England no man is bound to accuse himself*» (lettera a Giacomo I, 1603). V. MATTEUCCI, *Le origini del costituzionalismo moderno*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da Firpo, IV, t. I, *L'Età moderna*, Torino, 1980, 558, con riferimento al ruolo di Coke.

²² SMITH, *De Republica Anglorum*, 1565. Testimoniano la vitalità dell'"*accused speaks trial*", ancora nel corso del diciottesimo secolo, i casi Russen, OBSP (1777); Murdock, OBSP (1755); Derby, *Surrey Assize Proceedings* (1752).

²³ L'enfasi retorica posta sulla dimensione dialettica dell'"*accused speaks trial*" è stata bollata come assurda (*preposterius*) da LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, 2003, 62.

²⁴ CATALDO NEUBURGER, GULOTTA, *Trattato della menzogna e dell'inganno*, Milano, 1996, 201.

prattutto una giustificazione etico-politica ed esprime il riconoscimento in capo all'imputato di una sfera inviolabile di diritti di fronte alla quale si deve arrestare la stessa ricerca della verità.²⁵

4. Necessità di approfondimento psicologico nella valutazione della confessione

Costituisce un analogo e simmetrico buco nero nel sistema l'assenza di approfondimento psicologico delle tecniche di esame del potenziale testimone e dell'imputato, che apre il varco all'ingresso nel nostro sistema di tecniche d'esame aggressive o capaci di impiantare falsi ricordi. Allo stesso modo, il giudice deve procedere con cautela nella valutazione della confessione, soppesando gli indici di attendibilità enucleati nel contesto delle scienze umane che rivelano come la confessione possa essere l'atto irrazionale di chi, in un momento di debolezza, si illude di superare un pericolo immediato.

La valutazione della confessione deve tener conto del grado di suggestionabilità di un individuo, della sua inclinazione ad aderire acriticamente alle informazioni fornitegli, del grado di accondiscendenza alle richieste della autorità, della possibilità che un individuo menta per proteggere il vero autore del reato o per espiare un senso di colpa per un evento del passato.²⁶ Solo a queste condizioni di approfondimento psicologico può condividersi l'orientamento della giurisprudenza assolutamente prevalente secondo il quale la confessione può costituire prova sufficiente della responsabilità del confitente, indipendentemente dall'esistenza di riscontri, purché il giudice prenda in esame le circostanze obiettive e subiettive che hanno determinato e accompagnato la dichiarazione e dia ragione, con logica motivazione, delle circostanze che

²⁵ V. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, 245 ss.

²⁶ In questi termini v. MONTALBANO, *La confessione nel diritto vigente*, Napoli, 1958, 57 e GUDJONSON, *The Psychology of Interrogations, Confessions and Testimony*, Chichester, 1998, 370, che si spinge fino ad indagare sul rapporto tra *suggestibility, compliance e acquiescence*. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018, 242, distingue tra false confessioni interiorizzate -rese da chi arriva a credere di aver commesso un crimine- false confessioni accondiscendenti, false confessioni volontarie, rese, ad esempio per mania di protagonismo.

Di recente v. CAMON, *La fase "che non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Padova, 2017, 103. V. anche CORDERO, *La confessione nel quadro decisorio*, in *La giustizia e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, a cura di De Cataldo Neuburger, Padova, 1988, 53; GULOTTA, *Verità e realtà processuale*, in *Il processo invisibile. Le dinamiche psicologiche nel processo penale*, a cura di Forza, Venezia, 1997, 279; ARAMINI -GULOTTA, *La confessione*, in *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico. Civile, penale, minorile*, Milano, 2010, 543.

escludono intendimenti autocalunniatori o l'intervenuta costrizione dell'interessato.²⁷ Potrebbe al contrario ritenersi che la confessione debba sempre essere corroborata ovvero possa essere posta a fondamento di una condanna solo in presenza di riscontri esterni che ne confermino la veridicità.

Un buco nero ulteriore è dato dal fatto che la psicologia occupa uno spazio ancora troppo ridotto nella formazione e nell'aggiornamento dei giuristi. La psicologia è rimasta ai margini anche nella costruzione di un sistema di tutela dei diritti umani nel quadro della lotta alla tortura. Ne consegue, ad esempio, la difficoltà di dimostrazione della tortura fisica e psicologica, per la mancanza della capacità di comprendere le dinamiche psicologiche di un carnefice che non sembra un mostro e di una vittima la cui freddezza e il cui distacco non vengono riconosciuti per quello che sono: la messa in atto di una difesa dissociativa quale conseguenza di un trauma estremo.²⁸

5. Il secondo paradosso del senso comune. La produttività della tortura

Il secondo paradosso del senso comune è quello per cui «il costringere colla violenza una persona a riconoscere o indicare qualcosa senza sua voglia è un modo di procedere così umaneamente ovvio che riesce difficile immaginare un'età in cui non potesse essere conosciuto».²⁹ Anche secondo Wigmore «*it is far pleasanter to sit comfortably in the shade rubbing red pepper into a poor devil's eyes than to go about in the sun hunting up evidences*».³⁰

Secondo Sbriccoli, il successo della tortura è che «dà frutti straordinari... Fosse stata un mezzo inefficace non sarebbe durata così a lungo. Nessun altro metodo sarebbe stato in seguito capace di portare a punizione un numero

²⁷ V., da ultimo, Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2017, Militello, in *Mass. Uff.*, n. 271980; Id., Sez. VI, 3 ottobre 2013, Amato, in *Cass. pen.*, 2015, 1548. Cfr. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 302 ss.

²⁸ SABATO, *Come provarlo. La scienza indaga sui diritti umani*, Roma-Bari, 2010, 130 e 153.

²⁹ FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1954, I, 3.

³⁰ WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1923, § 2251, 827, con riferimento alle parole e all'esperienza di Sir James Stephen. V. la decisione della Corte Suprema statunitense nel caso Chavez v. Martinez del 27 maggio 2003. Martinez, ferito gravemente a seguito di un alterco con la polizia, viene interrogato al pronto soccorso secondo questi toni: «Sto morendo...Se stai per morire dimmi cosa è successo... Non dico niente finché non mi curano». La Corte suprema ha escluso violazioni del quinto emendamento sul rilievo che Martinez non fu mai incriminato né le sue dichiarazioni furono usate contro di lui in un procedimento penale. Nella *dissenting opinion* il giudice Ginsburg sottolineò come l'azione della polizia avesse violato sia il quinto emendamento sia la *due process clause* che garantisce il diritto di essere libero da ogni forma di *coercive questioning*.

altrettanto alto di colpevoli veri; di ottenere comunque una quantità enorme di informazioni istruttorie su nomi, armi, refurtive, tempi, luoghi, circostanze; di risolvere non pochi casi importanti o delicati strappando la confessione a malcapitati innocenti, pagando per tutto questo il prezzo, allora sopportabile, della crudeltà del mezzo e di un (non grande) numero di errori giudiziari»³¹. Proprio “*habemus reum confitentem*” era, nell’antica Roma, l’adagio teso ad esprimere compiacimento per un caso così semplice come quello in cui l’accusato confessava³². Tuttavia sull’altare di questa semplicità e di tale criterio utilitaristico non si possono sacrificare principi fondamentali del sistema. Si pensi al principio giusnaturalistico radicato nella tradizione occidentale per cui «in caso di conflitto tra i due interessi fondamentali del procedimento, deve preferibilmente provvedersi alla tutela della libertà e dell’innocenza», sulla scorta di un’analitica disamina comparativa delle conseguenze derivanti, in ipotesi, dall’ingiusta condanna di un innocente e dall’erronea assoluzione di un colpevole³³. Ne consegue che «*it is better five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die*»³⁴. La tortura riduce invece l’imputato a *res*. L’*actus trium personarum* che è il processo si riduce a una forza sola: «quel che resta dell’accusato è una *res*, una *figura ficta* praticamente senza voce che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti compreso l’altro se stesso che agisce... da accusatore, come gli altri due»³⁵.

6. Le prassi *borderline*

Il problema della confessione estorta è sempre stato vivo nella prassi proprio in ragione della produttività della medesima. Si pensi a comportamenti riconducibili alla categoria della *oppression*, già stigmatizzati dalla Corte europea nel caso Gäfgen c. Germania del 30 giugno 2008. Gäfgen è stato minacciato di essere messo in una cella con robusti individui che avrebbero abusato di lui al fine di ottenere informazioni sul nascondiglio di un bambino, rapito a fini di estorsione, che in realtà era già stato ucciso. Si inquadrano in un ambito contiguo i ricorrenti tentativi di legittimare forme di violenza fisica o psicologica allo scopo di salvare vite

³¹ SBRICCOLI, Tormentum id est torquere mentem in *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, Milano, 2009, 123.

³² FOUCAULT, *Mal fare, dir vero.*, cit., 202.

³³ Cfr. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1905, 16.

³⁴ V. KIDDER, *History of the Boston Massacre*, Albany, 1870, 234.

³⁵ SBRICCOLI, Tormentum id est torquere mentem in *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, cit., 119.

umane in imminente pericolo secondo una logica analoga alla teoria della *ticking bomb* o alla c.d. *rescue doctrine*.³⁶

Su un piano diverso si collocano i comportamenti *borderline* addirittura catalogati nei manuali per gli investigatori nel sistema angloamericano. I manuali americani insegnano tecniche di interrogatorio che non solo possono essere causa di confessioni false, ma che a ben vedere muovono dagli stessi presupposti dell'Inquisizione: l'assunto della accusa ovvero l'assunto della colpevolezza è infalsificabile. Sul presupposto della infalsificabilità dell'ipotesi di accusa la circostanza «la strega ha una buona reputazione» veniva interpretata come indizio di colpevolezza alla luce del criterio di valutazione «fa parte della sua natura fingere». Il dato «la strega ha una cattiva reputazione» veniva interpretato come indizio di colpevolezza alla luce del criterio di valutazione «perché se la merita»³⁷.

È significativo e sconcertante come le astuzie suggerite dall'Inquisitore Eymerrick quali l'astuzia consistente nel fingere di sapere tutto assomiglino ai nove passi illustrati nei manuali destinati a orientare le forze di polizia nella conduzione dell'interrogatorio³⁸.

³⁶ V. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1768, in relazione al caso esaminato da Corte EDU, Sez. V, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania, ovvero in relazione alla sentenza della Corte europea che ritiene l'utilizzabilità della confessione dibattimentale, mentre esclude i frutti dell'albero avvelenato della prima confessione. «Nel caso di specie, il giudice di Strasburgo ha potuto concludere per la non violazione dell'art. 6 co. 1 Conv. eur. dir. uomo soltanto sulla considerazione che la colpevolezza dell'accusato si era fondata unicamente sulla confessione liberamente resa in dibattimento; al tempo stesso, per verificare l'autenticità delle confessioni, il giudice si è servito pure d'elementi probatori indipendenti e autonomi. Le conclusioni della Corte europea, dunque, sembrano non intaccare la validità della teoria dei frutti dell'albero avvelenato... Pare complicato ritenere effettivamente volontaria la *contra se declaratio* dibattimentale: l'accusato era stato avvertito dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte, ma era altrettanto consapevole che gli elementi reperiti a seguito di queste concorrevano a formare il patrimonio probatorio, essendo stata rigettata dal giudice la richiesta della difesa di dichiarare la loro inammissibilità. Risulta così evidente la fallacia del ragionamento sostenuto dal giudice europeo: a suo dire, l'impiego delle prove reali rinvenute grazie alla confessione estorta e quindi viziata non era sufficiente ad affermare l'iniquità del procedimento, poiché la sentenza si era basata in modo determinante sulle dichiarazioni *contra se* rese in dibattimento. La Corte trascurava, però, di rilevare che queste ultime, in buona sostanza, non erano altro che il frutto dei frutti della confessione avvelenata». Nel nostro sistema non trova applicazione in giurisprudenza la teoria dei frutti dell'albero avvelenato. V. Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, c. 245.

V. anche SUNG, *Torturing the Ticking Bomb Terrorist: An Analysis of Judicially Sanctioned Torture in the Context of Terrorism*, 23 *B.C. Third World L.J.* 193 (2003).

³⁷ MASSANO, *La psicologia giudiziaria ai tempi dell'Inquisizione*, in *Psicologia e Giustizia*, 2006, anno VII, n. 1-2, 10. Sul presupposto della infalsificabilità dell'ipotesi di accusa la circostanza «la strega è impaurita» veniva letta come indizio di colpevolezza alla luce del criterio ermeneutico «perché sa di essere colpevole». La circostanza «la strega in carcere è sicura di sé» veniva letta come indizio di colpevolezza alla luce del criterio interpretativo «ostenta sicurezza come tutte le streghe».

³⁸ MASSANO, *La psicologia giudiziaria ai tempi dell'Inquisizione*, in *Psicologia e Giustizia*, 2006, anno VII, n. 1-2, 1.

Questo modo di procedere non solo ora come allora può sfociare in false confessioni e errori giudiziari, ma si presta a contagiare le informazioni rese da imputati e testimoni in fase dibattimentale.

Questi metodi si ispirano ad una psicologia discutibile, ma che gode nella prassi di un certo credito.

Una minor sensibilità empirica caratterizza l'approccio all'escussione delle fonti di prova personali nel nostro sistema. Tuttavia non mancano nel nostro Paese manuali e approcci paragonabili al modello Reid³⁹.

Al riguardo è appena il caso di rilevare come il divieto di mezzi coattivi di assunzione della prova rappresenti estrinsecazione della garanzia fondamentale della libertà morale e debba, pertanto, trovare applicazione anche nella fase delle indagini preliminari la quale costituisce proprio, del resto, il terreno elettivo per l'esercizio di pressioni indebite da parte degli inquirenti sulle fonti di prova personali, in assenza della mediazione del giudice. Così, nel caso dell'omicidio di Marta Russo, la studentessa uccisa nel 1997 nei viali dell'Università La Sapienza di Roma, i metodi di acquisizione delle dichiarazioni del teste-chiave Gabriella Alletto, sentita prima come persona informata sui fatti e poi indagata per favoreggiamento, si caratterizzano per l'abbandono non solo dei principi accusatori ma dei canoni del moderno processo penale e per un ritorno a criteri e metodi inquisitori fino alla minaccia di una incriminazione e di una condanna a una gravissima pena per lo stesso omicidio per il quale si chiedevano lumi⁴⁰. Gli inquirenti fanno balenare alla Alletto l'ipotesi per cui «se lei si ostina a non dire la verità significa che contro la verità ci sono 24 anni di reclusione. Il che significa che l'omicidio l'ha fatto lei»⁴¹. Peraltro, anche in questa ipotesi di accertata adozione di metodi investigativi caratterizzati da esplicite minacce, rivolte a un potenziale teste, di incriminazione per lo stesso omicidio oggetto di indagine, la giurisprudenza ha escluso la ricorrenza di illecite pressioni e di forme di tortura psicologica.⁴² In situa-

³⁹ V. INBAU-REID-BUCKLEY-JAYNE, *Criminal Interrogation and Confessions*, Burlington, 2013. Nel nostro sistema il manuale di GARAVINI, *Primo intervento delle Forze di polizia, strategie operative di supporto nella conduzione di situazioni di crisi e di emergenza*, Roma, 2002, 82, afferma che «il primo passo per ottenere in maniera forzata la collaborazione di chi non vuole collaborare è quello di operare una pressione psicologica». Chiosa FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018, 245: «tali tecniche ...possono indurre un soggetto con particolare vulnerabilità psicologica a rendere dichiarazioni inattendibili».

⁴⁰ CHIAVARIO, *Sui tre gradi di giudizio nessun passo indietro*, in *Guida dir., I grandi processi. Il caso Marta Russo*, dossier mensile n. 9, ottobre 1999, 97.

⁴¹ BERETTA ANGISSOLA-FIGA TALAMANCA, *La prenderemo per omicida*, Roma, 2001, 197.

⁴² V. Corte ass. Roma, 1° giugno 1999, Scattone, in *Guida dir., I grandi processi. Il caso Marta Russo*, cit., 45 che dà rilievo alla assenza di «scene di violenza fisica, tali da legittimare l'impiego di una parola

zione analoga, il codice avrebbe semmai imposto la formulazione di un avvertimento circa la possibilità di indagini a carico, accompagnato da un invito a nominare un difensore.

Il caso Marta Russo ha riacutizzato, *ante* 11 settembre 2001, il dibattito sulla confessione estorta e sulla tutela della libertà morale della persona, temi che parevano retaggio della tradizione garantista settecentesca. Anche se basta pensare alle sevizie usate nei confronti dei brigatisti rossi per provocare la delazione per rendersi conto di come tali prassi devianti non appartengano a un remoto passato⁴³.

Eppure ancora ai nostri giorni, nel caso Marta Russo, la Corte d'assise si è orientata nel senso di escludere anche in astratto la configurabilità di torture psicologiche. Da questo punto di vista è utile la previsione espressa del "trauma psichico" contemplata dalla nuova fattispecie di tortura.

Le coordinate del sistema legislativo e costituzionale diventano sempre più nitide. Ciononostante una serie di smagliature continua ad aprirsi nel tessuto del sistema processuale, anche se non è più riproponibile il crudele concetto di *vis modica* al quale è stato dato rilievo, negli anni Cinquanta, nel processo a Egidi, il biondino di Primavalle accusato dell'omicidio di Annarella Bracci e poi prosciolto. «La sentenza di merito, che pure si è rifiutata di dar credito al quadro di efferate sevizie subite dall'imputato, non ha escluso che fosse stata usata una *vis modica*, ritenuta tutto sommato tollerabile». È da aggiungere che non erano stati compiuti «tempestivi accertamenti medici relativi alla origine di cicatrici allo zigomo e alla gamba» e che la perizia tardiva non aveva consentito di appurare l'origine delle lesioni riscontrate sul corpo di Egidi⁴⁴.

come tortura».

⁴³ V. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013. V. la sentenza della sez. I pen. del Tribunale di Padova, pronunciata il 15 luglio 1983, nei confronti di funzionari e agenti della Polizia di Stato per le torture praticate a danno di cinque brigatisti rossi sospettati del sequestro del generale USA James Dozier, avvenuto a Verona il 17 dicembre 1981. V. la documentazione raccolta nel volume *Le torture affiorate*, Tivoli, 1998, 346-371.

⁴⁴ Cass., Sez. I, 14 dicembre 1957, Egidi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 567. V. RAFARACI, *Vis modica e altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di Negri-Pifferi, Milano, 2011, 112. Nel caso Egidi la polizia fece ricorso all'opera di due agenti provocatori che simularono di fronte a Egidi gravi maltrattamenti ad opera della polizia, offrendo così una chiara rappresentazione del trattamento cui Egidi sarebbe andato incontro se avesse continuato a professarsi innocente. Egidi rese una confessione circa le modalità dell'omicidio di Annarella Bracci, facendo riferimento all'uso di un lungo chiodo, secondo una dinamica smentita dalla autopsia. Egli ha poi ha rettificato la confessione su sollecitazione degli agenti provocatori affermando di aver usato un coltello. V. CONSO, *Considerazioni sul processo Egidi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 567. Si pensi anche al caso di Gulotta, torturato ai fini di

Sulla rivista “*L’Esprit*” apparve un dibattito intitolato “*La torture modérée*” che prendeva spunto dalle parole del P.M. Tartaglia nella requisitoria per il processo Egidi il quale, dopo aver constatato prosaicamente come «tutti i detenuti più o meno vengono percossi specie se si ostinano a negare», aveva richiamato «un grande giurista che arriva ad ammettere una qualche moderata violenza purché non provochi troppi danni». In effetti Carnelutti aveva affermato che «la tortura deve essere respinta perché non offre alcuna garanzia di verità della risposta del torturato non perché lo costringe a rivelare un segreto. Se ci fosse un mezzo di coercizione che fornisse tali garanzie senza cagionare notevoli danni al corpo dell’imputato non ci sarebbe alcuna ragione perché non venisse applicato».⁴⁵

Carnelutti ha rettificato parzialmente la propria opinione nel corso del dibattito sul caso Egidi: «il Pubblico Ministero ha invocato una mia opinione a proposito della tortura moderata. La tortura medievale mirava non tanto a fornire al giudice una prova ma al reo i benefici del pentimento, il tutto sotto la influenza del diritto canonico. Se vi fossero dei mezzi non tormentosi (per rivelare la verità); se ci fosse sicurezza della loro efficacia così come della loro innocuità non ci dovrebbe essere nulla in contrario ad applicarli. Ma la confessione è confessione solo a patto di implicare il pentimento e solo a questa condizione la rivelazione del delitto giova senza nuocere al reo... L’interesse della società può essere sacrificato a quello dell’individuo»⁴⁶. Questo discorso va inquadrato nell’ottica della concezione medicinale della pena. Nella Postilla allo scritto di Carnelutti, Piero Calamandrei ribadisce con vigore che «la negazione del diritto al silenzio porta a legittimare la tortura. Allo stesso punto si arriva quando si dà alla confessione e quindi alla tortura una finalità religiosa di pentimento»⁴⁷.

Carnelutti mette in evidenza un altro aspetto della vicenda Egidi ovvero il fatto che «la stampa gli si accaniva contro con una crudeltà ancora più deplorabile di quella degli ufficiali di polizia che lo hanno torturato»⁴⁸.

Al riguardo non è azzardato ipotizzare un nesso tra inaudita gogna mediatica

estorcergli la confessione dell’omicidio di due carabinieri nel 1976. V. GULOTTA, con Biondo, *Alkamar. La mia vita in carcere da innocente*, Milano, 2013.

⁴⁵ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Roma, 1947, 168.

⁴⁶ CARNELUTTI, *A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 234.

⁴⁷ CALAMANDREI, *Postilla a F. Carnelutti, A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 239.

⁴⁸ CARNELUTTI, *Dibattimento penale e pubblicità*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 232.

e abbandono di ogni canone garantista nella conduzione del processo reale. A proposito dell'omicidio di Marta Russo sul "Corriere della sera" del 12 agosto 1997 si leggono le affermazioni di Dacia Maraini: «in questo omicidio il garantismo è fuori luogo». "La Repubblica" ha usato il titolo: "Uccisero per un gioco crudele" (13 luglio 1997).⁴⁹ Un grande Maestro della procedura penale ha di recente messo in luce come le degenerazioni del sistema processuale vadano di pari passo con le degenerazioni della cronaca giudiziaria⁵⁰. Quanto al processo Egidi, la sentenza di condanna è stata annullata dalla Cassazione. Una ricostruzione della vicenda dà rilievo al fatto che, nel momento in cui «uno dei giudici di Cassazione entra nella cella di Lionello Egidi, questi, scambiandolo per un questurino, corre a rifugiarsi in un angolo della cella», proteggendosi la testa con le braccia, come da rappresentazione iconografica della tortura, illustrata dalla bellissima poesia riprodotta sulla locandina di questo convegno⁵¹. La Cassazione ha stigmatizzato il fatto che la polizia si fosse accordata con due individui che simulavano di aver subito violenze all'interno dello stessa caserma. I due agenti provocatori non mancarono di prospettare all'Egidi i vantaggi derivanti dalla confessione che egli avrebbe sempre potuto ritrattare di fronte al magistrato.

7. L'uso della custodia cautelare *ad eruendam veritatem*

L'art. 239 del codice di procedura penale del 1865, che richiedeva al giudice di interrogare l'imputato sui dettagli e sui riscontri della sua confessione, rimandava proprio a un copione che si ritiene retaggio di un oscuro passato: confessione di fronte alla polizia seguita dalla ritrattazione di fronte alla autorità giudiziaria⁵².

⁴⁹ V. VINCI, *Uccisero per un gioco crudele. Quei due potrebbero rifarlo*, in "La Repubblica", 13 luglio 1997. Nell'estate del 1997 il procedimento era nella fase delle indagini preliminari. V. CATINO, *Sociologia di un delitto: media, giustizia e opinione pubblica nel caso Marta Russo*, Roma, 2001, nonché PEZZUTO, *Marta Russo. Di sicuro c'è solo che è morta*, 2016, *passim*.

⁵⁰ AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi media fiction*, Milano, 2016, *passim*.

⁵¹ V. MARCHESI, *I processi del secolo*, Firenze, 2008, p. 239. La poesia è "Torture" di Wislawa Szymborska.

⁵² V. MONTALBANO, *La confessione nel diritto vigente*, cit., 5. Scriveva al riguardo Limoncelli nel 1952: «Non c'è bisogno di ricorrere al truculento sottointeso della tortura... le coazioni del volere non sono legate solo a una costrizione cruenta... le ben note sofferenze delle carceri diventano un tormento anche per i meglio agguerriti ...La privazione della libertà è una cosa da agire sempre efficacemente sulle coscienze le più diverse». V. LIMONCELLI, *La confessione*, in *Riv. pen.*, 1952, 113. L'art. 239 del codice di procedura penale del 1865 stabilisce che «nel caso che l'imputato si renda confesso del reato, il giudice gliene farà spiegare tutte le circostanze, lo interrogherà sopra tutto ciò che può chiarire e comprovare la sua confessione, e se vi siano agenti principali o complici; e si farà indicare i testimoni che fossero informati del fatto. Se l'imputato ritratta la sua confessione gli si chiederanno i motivi della sua ritrattazione».

L'esperienza dell'imputato che dopo un periodo di carcerazione passa dal mutismo ad una incauta loquacità non è retaggio degli anni Cinquanta, ma ha rappresentato il prodotto del *modus procedendi* degli inquirenti nella stagione di Mani Pulite, adottato sull'implicito assunto della maggiore fragilità dei colletti bianchi di fronte all'esperienza di una carcerazione preventiva.⁵³

La tendenziale strumentalizzazione della custodia cautelare a indebite pressioni finalizzate ad ottenere dichiarazioni autoaccusatorie o chiamate in cor-reità ha indotto il legislatore del 1995 a modificare l'art. 274 del codice di procedura penale aggiungendo la prescrizione per cui l'esigenza cautelare del pericolo per la genuinità della prova non poteva essere individuata nel rifiuto dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti. Era stato in un primo tempo ritenuto superfluo l'inserimento di un articolo che proibisse l'impiego delle misure cautelari al fine di ottenere dichiarazioni dall'imputato. Rivelatasi errata questa supposizione, le esigenze cautelari riconducibili al pericolo di inquinamento di prove sono state riformulate attraverso la menzione di "specifiche ed inderogabili" esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di "concreto ed attuale pericolo" per l'acquisizione o la genuinità della prova. L'ineffettività della riscrittura dell'art. 274, secondo moduli stilistici ampollosi e ipertrofici, trova un illustre precedente letterario nelle grida manzoniane.

L'enfatica ridefinizione delle esigenze cautelari perseguiva l'obiettivo, ampiamente fallito, di orientare la discrezionalità dei singoli magistrati nell'applicazione delle misure cautelari, a fronte degli eccessi verificatisi all'epoca di Tangentopoli. Già la Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale enunciava chiaramente l'intento del legislatore di «escludere rigorosamente ogni strumentalizzazione delle misure cautelari -ed in particolare della custodia cautelare- a finalità di stimolo ad una partecipazione attiva dell'imputato alla formazione del materiale probatorio»⁵⁴. Ma le norme sono state interpretate come se prevedessero l'attuazione della custodia in carcere quando l'indagato impedisse di proseguire nelle investigazioni⁵⁵. Costituiva un fenomeno emblematico di tale tendenza quello che si risolveva in una «sospensione della cattura». Come è noto, la legge n. 332 del 1995 ha

⁵³ LAMI, Omnis tenetur se detegere, *L'abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, sintesi a cura della dott.ssa Lami della relazione del prof. Amodio, in *Cass. pen.*, 1995, 2437.

⁵⁴ *Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale* (in *G.U., suppl. ord.* n. 2, del 24 ottobre 1988, n. 250).

⁵⁵ V. Cass., Sez. fer., 18 agosto 1991, Schiavone, in *Cass. pen.*, 1993, 1507. Per la tendenza a desumere dalla non collaborazione il pericolo di reiterazione dei fatti criminosi v. Cass., Sez. VI, 25 gennaio 1993, Damiani, in *Mass. Uff.*, n. 193293. V. LAMI, Omnis tenetur se detegere, cit.

introdotto la previsione per cui l'interrogatorio di garanzia non può essere preceduto dall'interrogatorio investigativo da parte del pubblico ministero. Questo intervento rispondeva alla esigenza di contrastare le prassi devianti di impiego dell'interrogatorio da parte del pubblico ministero *ad eruendam veritatem* attraverso la minaccia del carcere. L'esibizione dell'ordinanza di custodia cautelare già emessa ma non ancora eseguita nel corso dell'interrogatorio da parte dell'organo dell'accusa rappresentava l'equivalente della medioevale *territio* ovvero dell'esposizione degli strumenti di tortura. Se l'indagato avesse reso dichiarazioni gradite al p.m., l'ordinanza sarebbe stata prontamente revocata dal g.i.p.⁵⁶

La legge n. 332 del 1995 ha altresì introdotto la previsione contenuta nell'articolo 141-*bis* c.p.p. secondo la quale «ogni interrogatorio di persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza, deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica»⁵⁷. È appena il caso di ricordare come solo con la riforma del 2001 sia diventata obbligatoria l'assistenza del difensore all'interrogatorio di garanzia.

La riforma del 1995 non ha determinato la scomparsa delle prassi devianti, ma ha innescato la proliferazione di nuove distorsioni applicative nel ricorso alla custodia cautelare. Così, la prospettazione del pericolo di reiterazione ovvero di commissione di nuovi reati può rappresentare tuttora un comodo espediente per giustificare il mantenimento della custodia in carcere. Ad esempio «se l'indagato si è dimesso dalla carica di amministratore delegato della società nell'interesse della quale sarebbe stata commessa la corruzione contestatagli, il pericolo di reiterazione può essere ricollegato dal giudice alla possibile persistenza di legami dell'indagato con altri amministratori»⁵⁸.

In prospettiva psicologica l'indagato si trova dolorosamente a sperimentare una situazione di doppio vincolo. Il modello esplicativo del doppio vincolo, sviluppato dalle teorie sulla schizofrenia, si caratterizza per la compresenza di una ingiunzione primaria e di una ingiunzione secondaria, meno esplicita, in conflitto con la prima. Così, l'ingiunzione primaria negativa che vieta, ad

⁵⁶ LAMI, *Omnis tenetur se detegere, L'abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, sintesi a cura della dott. ssa Lami della relazione del prof. Amodio, in *Cass. pen.*, 1995, 2437.

⁵⁷ V. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzie, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387.

⁵⁸ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, 2014, 15.

esempio, l'applicazione di misure cautelari sul solo presupposto del silenzio dell'indagato si scontra spesso nella prassi con un'ingiunzione secondaria, comunicata con mezzi più sottili -proveniente talora dallo stesso difensore- che suggerisce all'indagato sottoposto a misura cautelare di collaborare con l'autorità giudiziaria.⁵⁹ Peraltro il soggetto preso in questa situazione di doppio vincolo è tenuto a dissimulare la propria comprensione del metamessaggio e, tuttavia, a conformare il proprio comportamento all'ingiunzione secondaria, mostrando di non aver compreso o colto il segnale metacomunicativo.⁶⁰ Al riguardo è indubbio che una minor sensibilità empirica caratterizza la nostra cultura, che rivela scarsa attenzione a un approccio psicologico o epistemologico alla confessione e alle dichiarazioni dell'imputato in genere.

8. L'irrazionalità di mezzi coercitivi di escussione dell'imputato rispetto ai valori dello Stato costituzionale di diritto

Come si è già sottolineato, l'uso di mezzi comunque coercitivi o manipolatori nell'escussione dell'imputato è irrazionale rispetto allo scopo di garantire una ricostruzione attendibile dei fatti oggetto del processo⁶¹.

Il ricorso alla coercizione fino alla ipotesi estrema della tortura presentava un legame apparentemente solido con una nozione malata di verità. L'impiego della tortura appariva razionale, entro certi limiti, in un sistema -quello delle prove legali- che faceva dell'imputato il proprio perno di prova⁶².

Inoltre, la apparente razionalità della tortura si ricollegava alla logica interna del sistema inquisitorio di ricerca della prova che era un metodo monologante in cui l'inquisitore elaborava una propria

⁵⁹ Di «provvedimenti cautelari ...condizionati dall'inconfessabile obiettivo di favorire la collaborazione processuale» parla FERRUA, *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 246.

⁶⁰ Sulle situazioni di doppio vincolo v. BATESON, *Verso una teoria della schizofrenia*, in *Verso un'ecologia della mente*, Milano, 2000, 244.

⁶¹ V. *supra*, § 4. Con riferimento alla tortura v. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria, diretta da Luigi Firpo, Milano, 1984, § XVI, *Tortura*, 63. V. anche VERRI, *Osservazioni sulla tortura* (1777), Milano, 1997.

⁶² V. LANGBEIN, *Torture and the law of proof* (1976), Chicago, 2006, *passim*. Nella nostra dottrina v. GARLATI GIUGNI, *Inseguendo la verità*, Milano, 1999; DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 75; SBRICCOLI, *Tormentum id est torquere mentem*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, Milano, 2009, 112. Come è noto, l'intento di raggiungere la certezza assoluta approdava ad un risultato moralmente inaccettabile.

teoria e cercava nella confessione dell'imputato la conferma della validità della propria ipotesi accusatoria in un percorso autopoietico⁶³.

Tuttavia, il ricorso alla coercizione non garantiva l'accertamento dei fatti e, quindi, l'impiego della confessione estorta era irrazionale rispetto allo scopo di accertare la verità. Come già rilevato, Sbriccoli lega il successo della tortura alla sua produttività, produttività per quale si pagava il «prezzo, allora sopportabile, della crudeltà del mezzo e di un (non grande) numero di errori giudiziari». Il prezzo della crudeltà del mezzo e di un numero non grande di errori giudiziari appare un prezzo troppo elevato da pagare alla luce dei valori informativi del moderno processo penale.

Il moderno processo penale è un processo nel quale la dignità dell'uomo è rispettata, il che rende tollerabile un certo margine di errore. Sarebbe invece incompatibile con il quadro costituzionale un processo dal quale, comunque vadano le cose, la civiltà esca umiliata⁶⁴.

Merita di essere rimarcata l'incompatibilità dell'uso di ogni forma di coercizione con la concezione per cui quello che conta nel processo non è la ricerca della verità a tutti i costi ma l'accertamento dei fatti secondo certe garanzie.

Del resto, la tortura e i metodi coercitivi di escussione dell'imputato sono irrazionali rispetto ai valori dello Stato costituzionale di diritto⁶⁵. Non solo la tortura è incompatibile con il contratto sociale, in quanto entra in conflitto con la prima legge di natura che induce ciascuno ad autopreservarsi⁶⁶. Ma la stessa idea di ordinamento giuridico si fonda sulla soggettività giuridica dei suoi membri, che presuppone e comporta la capacità di volere autonomo dei medesimi⁶⁷. La società costituzionale trova le sue radici

⁶³ MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, 225. V. anche CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, n. 2, 313.

⁶⁴ CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 120

⁶⁵ Sulla distinzione tra razionalità rispetto allo scopo e razionalità rispetto al valore v. AMODIO, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 906.

⁶⁶ FILANGIERI, *La scienza della legislazione (1780-1785)*, a cura di Frosini, Roma, 1984, t. I, 449.

⁶⁷ LA TORRE-LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 174. V. le affermazioni di Papa Giovanni Paolo II nel discorso del 30 marzo 2000 all'Associazione Nazionale magistrati: «Il rispetto dei diritti della persona

ideali nel controllo della violenza in nome della dignità e della libertà umane⁶⁸.

Nel condannare i metodi coercitivi di escussione dell'imputato, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Kolu contro Turchia del 2 agosto 2005 ha sottolineato come vengano in rilievo «*normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable et dont la raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6*»⁶⁹.

Tanto il riconoscimento del diritto al silenzio è essenziale allo Stato liberaldemocratico che il diritto al silenzio viene convenzionalmente retrodatato di circa un secolo per farlo coincidere con un mutamento radicale dell'assetto istituzionale: la nascita della monarchia costituzionale inglese.⁷⁰

esclude il ricorso a una detenzione motivata soltanto dal tentativo di ottenere notizie significative per il processo».

⁶⁸ IGNATIEFF, *Il male minore. L'etica politica nell'era del terrorismo globale*, trad. it., Milano, 2006, 207.

⁶⁹ Nel caso di specie il ricorrente narra: «*On m'a conduit devant le tribunal de paix, accompagné de huit policiers. Ils sont entrés avec moi dans le hall de la salle d'audience. La juge S.K. est arrivée pour m'auditionner et a d'abord posé des questions sur mon identité. J'y ai répondu. La juge m'a demandé de raconter les faits. A ce moment, les huit policiers présents ont commencé à m'insulter et à me menacer. Ils disaient qu'ils me ramèneraient à la direction pour me torturer si je n'acceptais pas les accusations. Alors j'ai dit à la juge que je n'allais pas déposer tant que les policiers étaient présents. Sans doute très fâchée, la juge a jeté sa robe de magistrat et a dit je n'ai pas de temps à perdre avec toi, j'ai un dîner de Ramadan à l'Hôtel de police. Rédigez-moi son ordonnance de détention et préparez-moi une déposition calquée sur ses déclarations initiales!'. Pendant que le greffier préparait l'ordonnance, les policiers tapaient, dehors, ma déposition avec une autre machine à écrire*».

⁷⁰ V. le tradizionali impostazioni di WIGMORE, *A Treatise on the Angloamerican System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. V, Boston, 1940 e di LEVY, *Origins of the Fifth Amendment. The Right Against Self-Incrimination*, Chicago, 1968. Parzialmente diversa l'impostazione di MC NAIR, *The Early Development of The Privilege against Self-Incrimination*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, 67. Per una impostazione innovativa del tema v. MOGLEN, *The Privilege in British North America: The Colonial Period to the Fifth Amendment*, in *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*, Chicago, 1997, 145. Un marcato scarto tra enunciazioni di principio e realtà storica del processo inglese di *common law* connota la ricostruzione che, nel solco degli insegnamenti di Wigmore, convenzionalmente retrodata di circa un secolo l'attuazione di un vero e proprio diritto al silenzio, facendola risalire all'introduzione, nel 1641, del divieto di deferire il giuramento *ex officio* all'accusato dinanzi alle Corti ecclesiastiche, divieto che avrebbe proiettato i suoi riflessi anche sui procedimenti di competenza delle Corti di *common law*. Al contrario, se per diritto al silenzio si intende il totale ripudio di metodi ostili di escussione dell'accusato in ogni fase del processo, l'indifferenza dell'ordinamento verso la scelta difensiva non collaborativa matura solo successivamente, nel corso del diciottesimo e del diciannovesimo secolo, fino al riconoscimento di una vera e propria *freedom of non cooperation*. La portata eversiva di tale libertà spiega la tendenza degli storici del diritto angloamericano a forzare l'evoluzione delle forme processuali e a far coincidere simbolicamente le origini del diritto al silenzio

Come tale evoluzione è stata condizionata dalla trasformazione dello scenario politico e costituzionale, così simmetricamente le tendenze involutive nella tutela del diritto al silenzio che ciclicamente si registrano nei diversi sistemi assumono il significato di spia di una situazione di allarme sociale o di sofferenza dell'ordine costituzionale. Si pensi al periodo del Maccartismo negli Stati Uniti o allo sviluppo della legislazione premiale italiana coevo alla fase dell'emergenza terroristica fino ai recenti orientamenti della Corte suprema statunitense sul 5° emendamento che segnalano un arretramento nel livello di civiltà giuridica di un sistema pesantemente indebolito nei suoi principi dai metodi della lotta al terrorismo.⁷¹

Allo stesso modo, nel processo inquisitorio dell'*ancien régime* occupava un ruolo di primo piano il ricorso a mezzi coercitivi di ricerca della confessione che rivelava, sul piano etico-politico, una concezione monolitica, autoritaria dei rapporti tra Stato e cittadino.⁷² Negli equilibri dei sistemi inquisitori rivestiva inoltre un ruolo non secondario la funzione di emenda del reo o di purgazione dell'infamia svolta dalla confessione e dalla tortura.⁷³

9. La tortura come espressione del potere. Limiti e aporie della nuova fattispecie penale

Il ricorso a metodi coercitivi e in specie alla tortura possiede quindi un potente significato politico che rinvia ad una concezione autoritaria dei rapporti tra Stato e individuo. Il persistente dibattito sulla tortura si spiega proprio alla luce del preciso significato politico della tortura come espressione del potere, già messo in luce dall'illuminista Thomasius.⁷⁴ Appare credibile l'assunto che «il fine

con radicali mutamenti dell'assetto istituzionale. Nella nostra dottrina v. CATALANO, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, 4018.

⁷¹ V. GODSEY, *The New Frontier of Constitutional Confession Law- The International Arena: Exploring the Admissibility of Confession Taken from Non-Americans Abroad*, in *Georgetown L. Jour.*, vol. 91, 2003, 851. Nella nostra dottrina v. MIRAGLIA, *Paura e libertà. Legislazione antiterrorismo e diritto di difesa negli Stati Uniti*, in *Quest. giust.*, 2004, 298. Si pensi anche al gesto di protesta della magistratura francese che ha fatto seguito alla riforma del 2000 e che ha condotto a controriforme di marca repressiva. Sulla materia v. PRADEL, *La loi n. 2002-307 du 4 mars 2002: un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence*, in *Rec. Dalloz*, n. 21, 2002, 1693.

⁷² Il processo inquisitorio può venire emblematicamente rappresentato dall'*Ordonnance criminelle* del 1670. Sul raccordo tra uso della tortura e concezione del processo che voglia una verità positivamente accertata v. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano, 1953, 25.

⁷³ NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 102. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 7, fa, altresì, riferimento a una funzione di educazione delle masse.

⁷⁴ THOMASIUS, *Dissertatio de tortura, ex foris christianorum proscribenda*, Halle, 1705. V., di recente, SERGES, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in *Momenti di*

del potere è il potere, il fine della tortura è la tortura».⁷⁵ La tortura era una manifestazione del potere del sovrano consistente nell'«arte di trattenere la vita nella sofferenza suddividendola in mille morti»⁷⁶. Attraverso questo strumento del potere si è creata la stregoneria dal nulla.

Ai nostri tempi, nei quali si registrano fenomeni di “diritto flessibile”, nonché la progressiva erosione della sovranità economica e politica degli Stati, «si assiste a un paradossale rafforzamento del potere punitivo degli Stati medesimi. Come se la sanzione punitiva fosse l'unica prerogativa statale rimasta».⁷⁷ Ne può derivare una diffusa impunità di chi fa ricorso alla tortura o a metodi coercitivi in genere.

Nel nostro sistema il problema viene in rilievo sia a livello processuale sia a livello penitenziario e di custodia di polizia⁷⁸. Rappresenta, al riguardo, un rimedio inadeguato il nuovo art. 613-*bis* c.p. che punisce con la reclusione da quattro a dieci anni chiunque, con violenze e minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, o che comunque si trovi in condizioni di minorata difesa, se il fatto è commesso mediante più condotte o se lo stesso comporta un trattamento inumano e degradante⁷⁹.

Storia della giustizia, a cura di Pace, Santucci, Serges, Roma, 2011, 215.

⁷⁵ ORWELL, 1984 (1949), trad. it., Milano, 2000, 272.

⁷⁶ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione* (1975), trad. it., Torino, 2014, 37.

⁷⁷ V. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, cit.; RUOTOLO, *Recensione del libro di Patrizio Gonnella “La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica”*, in *Antigone, Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, Anno VIII, 2013, n. 1, 188.

⁷⁸ Una posizione a parte occupa il tema delle *extraordinary renditions*, ovvero di «*extrajudicial transfer[s] of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment*». Così Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2012, El-Masri c. ex-Repubblica iugoslava di Macedonia. Si tratta di una prassi intrapresa dalla CIA dopo l'11 settembre 2001 con la collaborazione di molti Stati europei. La Corte europea il 23 febbraio 2016 ha pronunciato la sentenza Nasr e Ghali c. Italia relativa al caso di *Abu Omar*, un imam egiziano che era stato sequestrato a Milano e consegnato dagli agenti della CIA alle autorità egiziane che lo torturarono. V. LIGUORI, *Extraordinary renditions nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Abu Omar*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 777; SCOVAZZA, *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2016, 158-159. In ordine alla politica del presidente Trump v. le preoccupazioni espresse da SATTERTHWAITÉ-ZETES, *Rendition in Extraordinary Times* (2018) *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers* 596.

⁷⁹ Il secondo comma dell'art. 613-*bis* prevede che la pena sia della reclusione da cinque a dodici anni se i fatti sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio. Restano fuori dall'area della rilevan-

La definizione di tortura accolta dal nostro ordinamento non si allinea con la nozione radicata nella tradizione sovranazionale. Come rilevato dal Comitato ONU contro la tortura, elemento essenziale delle fattispecie penali che configurano la tortura è la qualifica soggettiva dell'autore del reato in termini di funzionario pubblico o di persona che agisca a titolo ufficiale. La qualifica soggettiva è un elemento essenziale perché il divieto di tortura costituisce un limite ai pubblici poteri. La delusione per la legge che ha introdotto

za penale le sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti. Molti dubbi sono già sorti in dottrina circa la configurabilità dell'ipotesi contemplata dal secondo comma dell'art. 613-bis in termini di circostanza aggravante o in termini di fattispecie autonoma di reato. In ogni caso, la definizione di tortura accolta dal nostro ordinamento non si allinea con la nozione radicata nella tradizione sovranazionale. V. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio, la reazione del diritto*, a cura di Zagato-Pinton, Padova, 2010, p. 3. Vengono in rilievo quali elementi della fattispecie: la gravità della sofferenza fisica o mentale inflitta; l'intenzionalità della condotta; la partecipazione a vario titolo dell'autorità statale; la finalità. Il punto di riferimento per le riflessioni sul tema è costituito dall'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984 (*United Nations Convention Against Torture*). La definizione di tortura accolta dall'art. 1 CAT si incentra su «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualsiasi 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 su 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». Sulla materia v. per tutti, di recente, F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. internaz.*, 2018, 151.

Nella più incerta impostazione adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la tortura si caratterizza per la volontarietà delle sofferenze estreme inflitte, laddove a una soglia inferiore di gravità si collocano i trattamenti inumani. Di recente v. TIGRINO, *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana e esigenze dell'accertamento penale*, in *questa Rivista*, 2018, 3. V. in generale sul tema MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Zagrebelsky-Manes, Milano, 2011, 299. Connotazioni diverse assumono i trattamenti degradanti, tali da determinare nella vittima sentimenti di paura, angoscia e inferiorità. Così Corte EDU, Keenan c. Regno Unito, 3 aprile 2001. Tra le pronunce più significative in materia v. Corte EDU, Selmouni c. Francia, 28 luglio 1999. V. anche DE SALVATORE, *L'incidenza degli "atti atipici di tortura" sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'assise di Lecce*, in *Cass. pen.*, 2017, 4530. La Corte europea dei diritti dell'uomo non manca di dare rilievo allo scopo dell'agente di ottenere una confessione. V. i casi Gurgurov c. Moldavia, 16 giugno 2009 e Gäfgen c. Germania, 1 giugno 2010. La Corte europea si è pronunciata anche sulle tecniche di deprivazione sensoriale adottate dalla polizia del Regno Unito nei confronti dei sospetti terroristi arrestati in Irlanda del Nord nel caso Irlanda c. Regno Unito del 18 gennaio 1978. Negli interrogatori furono usate le c.d. "cinque tecniche" di disorientamento sensoriale: la costrizione a stare in piedi per ore; la privazione del sonno; l'incappucciamento; la alimentazione insufficiente; la sottoposizione a un forte sibilo. La Corte ritenne che queste tecniche costituissero trattamento inumano e degradante laddove la Commissione aveva ravvisato una ipotesi di tortura.

in Italia il delitto di tortura permea le Osservazioni conclusive del Comitato ONU contro la tortura del 6 dicembre 2017⁸⁰.

Sotto un diverso profilo, il problema della tortura e della confessione estorta è tornato di drammatica attualità a seguito della recrudescenza della minaccia terroristica e a seguito delle problematiche sollevate dalle audizioni dei detenuti nel carcere di Guantanamo, cui ha fatto riscontro, a livello tecnico, l'elaborazione di proposte, nella dottrina statunitense, volte a consentire la tortura, in caso di "interrogatorio di salvamento"⁸¹.

10. Incompatibilità tra regolamentazione legislativa della tortura giudiziaria e contenuti intrinseci del principio di legalità

Il concetto di *rule of law* indica la subordinazione al diritto anche del potere statale ovvero la posizione di un limite all'esercizio del potere legislativo. Il principio di legalità diventa una scimmiettatura di se stesso, nel momento in cui viene storpiato fino a coprire deviazioni tali giustificare l'emanazione di mandati di tortura.

Il concetto di legalità ricomprende il concetto di misura, nonché quel principio di proporzione che avvicina il diritto all'arte e alla filosofia⁸².

Il concetto di *rule of law* deve essere letto in relazione a quel "*substantive due process*" il quale impedisce alle autorità statali di tenere una condotta «*that shocks the conscience*»⁸³. Il principio di legalità deve essere costruito in modo da inglobare alcuni limiti fondamentali e insuperabili⁸⁴. Stupisce che siano sta-

⁸⁰ Il Comitato ONU contro la Tortura ha individuato criticità nella fattispecie penale italiana in relazione agli aspetti dello scopo della condotta, dell'autore della condotta, della disciplina della prescrizione.

⁸¹ È paradossale che già MANZONI, *Storia della colonna infame*, in *Opere*, I classici Rizzoli, Milano, 1973, 855, definisse la «tortura cosa morta e passata alla storia».

⁸² PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 febbraio 2014. V. anche AINIS-SGARBI, *La Costituzione e la bellezza*, Milano, 2016, 75.

⁸³ V. la decisione della House of Lords UKHL 71, *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, 8 dicembre 2005, secondo la quale la Commissione speciale d'appello per l'immigrazione non può usare prove in odore di tortura, benchè questa sia stata posta in essere da autorità estere senza complicità di quelle britanniche. V., al riguardo, nella nostra dottrina, DI PAOLO, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. pen.*, 2006, 2640.

⁸⁴ V. VIOLA, *Alle origini del rule of law: la legge umana secondo Tommaso D'Acquino*, in *Rule of Law. Il governo della legge ieri e oggi*, Torino, 2011, p. 11. «*In common with the Due Process Clause, the privilege against self-incrimination safeguards the freedom of the individual from the arbitrary power of governmental authorities*». Così la già citata *dissenting opinion* del giudice Ginsburg nel caso Chavez v.

te avanzate proposte anacronistiche proprio in un sistema come quello statunitense in cui sono ritenuti *self-evident* «*these truths that all men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness*». In questo sistema le *exclusionary rules* -che hanno costituito il modello per la costruzione della sanzione dell'inutilizzabilità- sono state introdotte non solo per garantire l'attendibilità dell'accertamento ma soprattutto per assicurare la moralità dei pubblici poteri⁸⁵.

Ciononostante, l'autorevole giurista americano Alan Dershowitz suggerisce che in eccezionali circostanze sia consentito ai giudici emettere un mandato per la tortura.⁸⁶

Non è sostenibile l'assunto che vorrebbe confinare la tortura entro i limiti segnati dalla presenza di circostanze straordinarie. Come il professor Kadish ha sottolineato, «*when torture is no longer unthinkable, it will be thought about*»⁸⁷. Il rischio è quello di scivolare lungo un piano inclinato (*slippery slope*). La logica di bilanciamento degli interessi può condurre impercettibilmente dall'ammissibilità dell'"interrogatorio di salvamento" dei colpevoli all'introduzione dell'"interrogatorio di salvamento" degli innocenti⁸⁸.

11. La tolleranza verso l'impiego di metodi coercitivi e la normalizzazione del male. "Cattivi si diventa"

Qualsiasi forma di legalizzazione della tortura seppur in casi estremi abitua la società alla normalità della violenza come espressione della banalità del male.⁸⁹ Da un lato, i torturatori vengono addestrati a diventare insensibili alla violenza. Dall'altro lato, affiora il lato morboso dell'umanità ben rappresentato da Bosch nel "Trittico del giardino di delizie" che andrebbe letto come una contemplazione dello sguardo ironico dell'autore posato su una uma-

Martinez, nonché GRISWOLD, *The Fifth Amendment Today*, Cambridge, 1955, 51.

⁸⁵ KAMISAR-LA FAVE-ISRAEL-KING-KERR, *Modern Criminal Procedure*, St. Paul, 2008, 618.

⁸⁶ V. DERSHOWITZ, *Reply: Torture Without Visibility and Accountability is Worse Than With It*, 6 *U. Pa. J. Const. L.* 326 (2003); DERSHOWITZ, *The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss*, 48 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 275 (2003).

⁸⁷ KADISH, *Torture, the State and the Individual*, 23 *Isr. L. Rev.* 353 (1989).

⁸⁸ STRAUSS, *Torture*, 48 *N.Y. Law Sch. L. Rev.* 203 (2004). Nella nostra cultura, sui concetti di "tortura di salvamento" e di "interrogatorio di salvezza", finalizzato a salvare vite umane, v. LA TORRE-LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 135.

⁸⁹ V. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1963), trad. it., Milano, 2001, 183 ss.: «la capacità di distinguere il bene dal male è compromessa».

nità grottesca, morbosa, impazzita.

L'impatto delle variabili situazionali sul comportamento umano può far emergere il lato sadico di persone normali, come è avvenuto nel caso dell'esperimento di Stanford. Nel 1971 studenti sani ed equilibrati accettarono di partecipare a un esperimento psicologico in cui, all'interno di un istituto carcerario simulato ma molto realistico, alcuni assunsero il ruolo di detenuti e altri di agenti di custodia. L'esperimento dovette essere interrotto perché questo gioco di ruoli è bastato a trasformare un ragazzo comune in un aguzzino e a trasformare la vittima in colpevole. L'esperimento è raccontato dal professor Zimbardo, che lo ha guidato, nel volume "Effetto Lucifero. Cattivi si diventa" (*"How good people turn evil"*).⁹⁰ Del resto, nei dipinti surreali di Escher, Angeli e Demoni si confondono.

Forme di legalizzazione di metodi coercitivi portano a un fraintendimento della responsabilità da comando, oltre che alla deformazione del principio di legalità. Sotto il primo profilo, si diffondono pratiche generalizzate di maltrattamento che sono deresponsabilizzanti per i subalterni. Primo Levi afferma che i mostri esistono ma sono pochi, mentre sono assai più numerosi i ciechi esecutori di ordini inumani.⁹¹

Anche forme di blanda tolleranza verso l'impiego della coercizione conducono alla "normalizzazione del male". Si pensi alla vicenda di maltrattamenti nel carcere di Asti, oggetto di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, vicenda che si è consumata grazie alla tolleranza dell'amministrazione penitenziaria.⁹² Si pensi altresì al metodo sistematico di tortura per estorcere informazioni dai brigatisti rossi posto in essere dal c.d. professor De Tormentis.⁹³

12. La confessione estorta negli ingranaggi del processo politico: uno strumento di creazione del capro espiatorio

I temi della confessione estorta e della legalizzazione della tortura di salvamento evocano due spettri, uno appartenente al passato prossimo e uno ap-

⁹⁰ ZIMBARDO, *The Lucifer effect. How good people turn evil* (2007), trad. it., *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa*, Milano, 2008.

⁹¹ LEVI, *Se questo è un uomo* (1947), Torino, 1984, p. 245.

⁹² La Corte europea dei diritti dell'uomo il 26 ottobre 2017 ha pronunciato sentenza con la quale ha condannato l'Italia per violazione del divieto di tortura (caso *Cirino e Remme c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2017, con nota di CANCELLARO).

⁹³ V. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

partenente al passato remoto: in primo luogo, il rito medioevale dell'espulsione del capro espiatorio, che serviva a canalizzare l'ansia e gli umori violenti della collettività. Il capro espiatorio era spesso un soggetto debole, emarginato, la cui espulsione costituiva un rito catartico per l'intera collettività⁹⁴. Così le streghe erano spesso donne povere, nubili, vedove o "strane". Attraverso la confessione estorta e la tortura si è creato il capro espiatorio della stregoneria⁹⁵. Analogamente l'imputato è, di per sé, un soggetto particolarmente indifeso.

Un altro spettro appartiene al passato prossimo: la confessione negli ingranaggi del processo politico, quale il processo farsa descritto da Artur London.⁹⁶ Nel corso di tali processi dimostrativi, gli imputati si sono trovati schiacciati tra gli ingranaggi di un meccanismo che ha ottenuto il risultato di farli funzionare come automi dai quali sarebbero uscite parola per parola le prescritte confessioni. «Le deposizioni al processo erano lezioni imparate a memoria dagli accusati ...Le domande del procuratore generale e del Presidente del tribunale vengono fatte proprio nel momento indicato preliminarmente nel mio verbale. Esse ripetono parola per parola quelle che ho imparato studiando il mio testo. Non una parola diversa, non una esitazione. Anche loro hanno imparato bene la parte. Nessuna domanda da parte del mio difensore. Non è prevista dal copione».⁹⁷

Non si tratta solo dei residui di un drammatico passato. A cavallo di questo millennio, in Libia, sei sanitari hanno passato otto anni in carcere con l'accusa di avere deliberatamente disseminato l'AIDS in un ospedale pediatrico.⁹⁸ L'accusa fondò il caso sulle confessioni dei medici e delle infermiere che avevano ammesso di aver iniettato il virus ai bambini. I sanitari si professarono in seguito innocenti sostenendo che le confessioni erano state estorte sotto tortura. A Luc Montagnier, uno degli scopritori del virus, fu affidato l'incarico di

⁹⁴ BALESTRACCI, *Il gioco dell'esecuzione capitale. Note e proposte interpretative*, in *Gioco e diritto nell'Italia di Comune*, a cura di G. Ortalli, Roma-Treviso, 1993, 193.

⁹⁵ V. LEVACK, *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*, Roma-Bari, 2008, 22. Cfr. LA TORRE-LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura?* *Ascesa e declino dello Stato di diritto*, cit., 34. V. SPEE, *Cautio Criminalis. I processi contro le streghe* (1631), trad. it., Salerno, 2004.

⁹⁶ LONDON, *La confessione nell'ingranaggio del processo di Praga*, trad. it., Milano, 1969, 285, 295 e 309. V. CHIAROMONTE, *La Cosa senza volto*, in *La stampa*, 21 ottobre 1970, che parla del «partito Moloch (la cosa secondo Sartre) che divora e maciulla le sue vittime».

⁹⁷ LONDON, *La confessione nell'ingranaggio del processo di Praga*, cit., 427: «Anche i magistrati tradiscono i loro doveri coprendosi dietro gli ordini ricevuti dalla direzione del partito... le deposizioni al processo erano lezioni imparate a memoria dagli accusati, dal presidente del tribunale, dai procuratori, dagli avvocati».

⁹⁸ La vicenda è ricostruita da SABATO, *Come provarlo. La scienza indaga sui diritti umani*, Roma-Bari, 2010, 37.

una nuova inchiesta che riuscì a dimostrare come il virus circolasse già molto prima che i sei sanitari prendessero servizio in ospedale. La Corte d'appello e la Corte suprema confermano la condanna a morte, commutata poi in ergastolo. Infine, in base a un trattato che consentiva ai cittadini bulgari di scontare la pena in patria, i sanitari bulgari -compreso il palestinese cui la Bulgaria aveva concesso la cittadinanza- vennero rimpatriati e ad essi vennero concesse la grazia e la libertà. Nel rievocare la vicenda, Luc Montagnier ricorda «il clima di isteria collettiva» e afferma che ciò che lo aveva «colpito è aver saputo che gli accusati erano stati torturati... bisognava assolutamente trovare un colpevole».⁹⁹

A prescindere dalla ricostruzione in concreto delle singole vicende, vengono in rilievo una serie di problemi connessi in astratto all'impiego della tortura *ad eruendam veritatem*: il problema della prova della tortura a fronte di una vittima distaccata e di un carnefice ordinario; il problema della distorsione del principio di legalità; il ricorso alla tortura come strumento di potere; il problema della creazione del capro espiatorio; il problema, infine, della catena di comando.¹⁰⁰ La tortura appare come la terapeutica della comunità che serve a ristabilirne l'equilibrio: etimologicamente si torcono le membra e si raddrizza il legno storto.¹⁰¹

Al riguardo, la nuova legge sul reato di tortura rischia di essere svuotata di significato dalla introduzione di una fattispecie che non contiene l'indicazione dello scopo, che non delinea con chiarezza un reato proprio e che contempla elementi aggiuntivi che elevano troppo la soglia della tortura.¹⁰² Viene meno lo

⁹⁹ MONTAGNIER- NIAUSSAT- HARROUARD, *Il Nobel e il monaco*, Firenze, 2012, 83 ss.

¹⁰⁰ SABATO, *Come provarlo*, cit., 131 e 153. Sulla tortura come strumento di potere v. di recente RUOTOLO, *Recensione del libro di Patrizio Gonnella "La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica"*, in *Antigone, Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, Anno VIII, 2013, n. 1, 188; DEL COCO, *Verità, confessione e meccanismi sanzionatori nelle tecnologie del potere*, in *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, a cura di Luparia-Marafioti, Torino, 2015, 51.

¹⁰¹ DI CESARE, *Tortura*, Torino, 2016, p. 98.

¹⁰² V. i rilievi di PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, 27. V. anche, con varietà di posizioni, AMATO-PASSIONE, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2019; COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2018; EAD., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, 38; FALCINELLI, *Il delitto di tortura. Prove di oggettivismo penale*, in *questa Rivista*, 2017; MARCHI, *Il delitto di tortura. Prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, n. 7/8,155; LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, n. 10, 181; VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014, 11.

snodo centrale del rapporto tra l'uso di mezzi coercitivi e il ruolo del potere statale che abdica alla funzione di proteggere gli individui, specie i più deboli. Questo snodo è ben rappresentato dal film "*A few good men*" ("Codice d'onore") avente ad oggetto le vicende di due *marines* congedati con disonore, per aver eseguito l'ordine di un superiore, ordine moralmente sbagliato prima che illegittimo, di punire un loro compagno, poi imprevedibilmente deceduto. Il film si conclude con il grido di dolore di uno dei due *marines*: «*We did nothing wrong!*». L'altro *marine*, Dawson, replica: «*Yeah we did. We were supposed to fight for people who couldn't fight for themselves*».