

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/12/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37671-la-pena-di-morte-e-la-tortura-nel-diritto-internazionale-svizzero>

Autore: Baiguera Altieri Andrea

La pena di morte e la tortura nel diritto internazionale svizzero

LA PENA DI MORTE E LA TORTURA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE SVIZZERO

del Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur. svizzero

and.baiguera@libero.it
baiguera.a@hotmail.com

1. Il Protocollo n. 6 alla Convenzione sull' abolizione della pena di morte (entrato in vigore per la Svizzera addì 01/11/1987)

Ai sensi dell' Art. 1 Protocollo n. 6, in tutto il Consiglio d' Europa, dunque anche in Svizzera, la pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato. Tuttavia (Art. 2 Protocollo n. 6), uno Stato europeo può prevedere, nella propria Legislazione interna, la pena di morte soltanto per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra. Tale dato normativo non è applicabile ad altri casi per analogia, in conformità alla nota natura chiusa e tassativa delle fattispecie del Diritto Penale in Occidente. Inoltre, la reintroduzione eccezionale della pena di morte per motivazioni di Diritto Penale Militare va comunicata, senza indugio, al Segretario Generale del Consiglio d' Europa. In tutti gli altri casi, l' Art. 3 Protocollo n. 6 impedisce ulteriori motivi di deroga al divieto della pena capitale. Del pari (Art. 4 Protocollo n. 6) , non è ammessa alcuna riserva, a differenza di quanto solitamente accade nei Trattati Internazionali.

Qualora lo Stato ratificante il Protocollo n. 6 sia composto da una molteplicità di Ordinamenti reciprocamente sovrani, nella ratifica dev' essere specificato il territorio od i territori che non intendono aderire all' abolizione della pena di morte (comma 1 Art. 5 Protocollo n. 6). Ciononostante, ogni Stato Parte può, in qualsiasi momento successivo, estendere l' applicazione del Protocollo in questione a qualsiasi altro territorio indicato nella Dichiarazione (comma 2 Art. 5 Protocollo n. 6).

L' Art. 6 Protocollo n. 6 rimarca, con estremo nitore, la coerenza necessaria, integrale ed immutabile dei precedenti cinque Articoli summenzionati. Infine, l' Art. 7 Protocollo n. 6 apre tale Accordo alla firma di tutti gli Stati componenti il Consiglio d' Europa. Sono possibili pure ratifiche tardive (Art. 8 Protocollo n. 6). Nel caso della Svizzera, le Norme or ora esaminate risultano in vigore dallo 01/11/1987, fatto salvo l' Emendamento del Protocollo 11, recante data 11/05/1994.

2. Il << II Protocollo >> facoltativo al Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici volto ad abolire la pena di morte (entrato in vigore per la Svizzera addì 16/09/1994).

Nel primo e nel quarto capoverso del Preambolo del II Protocollo, gli Stati Parte nuovamente, eppur necessariamente, dichiarano una *ratio* basilare per il Diritto e la Criminologia occidentali: << ... gli Stati Parte sono persuasi che l' abolizione della pena di morte contribuisca a promuovere la dignità umana e lo sviluppo progressivo dei diritti dell' uomo ... e sono persuasi che ogni misura adottata in vista dell' abolizione della pena di morte è da considerare un progresso riguardo alla tutela del diritto alla vita >>

Altrettanto scontato, ancorché non inutile, è pure l' Art. 1 del II Protocollo : << nessuna persona soggetta alla giurisdizione di uno Stato Parte al presente Protocollo può essere giustiziata. Ogni Stato Parte adotta tutte le misure necessarie ai fini dell' abolizione della pena di morte nella sua giurisdizione >>

Viceversa, malsortito ed eccessivamente novecentesco risulta il comma 1 Art. 2 II Protocollo. Ivi è contemplata la possibilità di esprimere una riserva, in sede di ratifica, con attinenza alla possibilità di applicare la pena di morte << in tempo di guerra, a seguito di una condanna per

un crimine di carattere militare, di estrema gravità, commesso in tempo di guerra >>.

Assai utili e pragmatici risultano gli Artt. 3, 4 e 5 del II Protocollo. Tali asserti normativi riconoscono la potestà suprema del << Comitato ONU per i diritti dell' uomo >>, il quale è competente a ricevere ed esaminare denunce e segnalazioni da parte sia di Autorità Governative (Art. 4 II Protocollo) sia di privati cittadini e/o di eredi di privati cittadini (Art. 5 II Protocollo) vittime di una condanna alla pena capitale non legittimamente pronunciata durante un regolare scontro bellico.

Il II Protocollo è ratificabile pure oltre i confini del Consiglio d' Europa (comma 1 Art. 7 II Protocollo). Le ratifiche e le eventuali riserve di Diritto Penale militare sono depositate presso il Segretario generale dell' ONU (comma 2 Art. 7 II Protocollo). Anzi, i commi 3, 4 e 5 Art. 7 II Protocollo auspicano un' adesione globale all' Accordo qui in parola, pur se non manca la consueta, pesante e ridondante arte declamatoria e generalistica del Diritto Internazionale Pubblico.

Alla luce del trecentenario ed inviolabile Principio del Federalismo svizzero, risulta particolarmente interessante l' Art. 9 del II Protocollo, a norma del quale << le disposizioni del presente Protocollo si applicano senza eccezione o limitazione alcuna a tutte le unità costitutive degli Stati federali >>. Del resto, la frammentazione normativa territoriale, a prescindere dal caso non problematico della Svizzera, può sovente divenire un ostacolo tecnico-giuridico da non sottovalutare.

3. La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (entrata in vigore per la Svizzera addì 26/06/1987)

La *ratio* umanitaria e democratico-sociale della Convenzione 26/06/1987 rinvia le proprie radici storico-giuridiche nell' Art. 55 della Carta ONU sui diritti dell' uomo, nell' Art. 5 della Dichiarazione universale sulla dignità umana, nonché nell' Art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Pertanto, la Convenzione 26/06/1987 non proviene dal caso, bensì da trecento anni di solida Civiltà garantistico-accusatoria.

Il comma 1 Art. 1 Convenzione 26/06/1987 offre una lodevole ed assai utile definizione autentica del lemma << **tortura** >>, la quale consiste in << qualsiasi atto con il quale siano inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire ed esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito >>

Il comma 1 Art. 2 Convenzione 26/06/1987 impone agli Stati ratificanti di impedire la tortura per mezzo del Potere Giudiziario, di quello Amministrativo e di quello Legislativo. Inoltre, lo stato di guerra, la minaccia di guerra, l' instabilità politica interna, nonché l' ordine di un superiore non giustificano l' impiego della tortura, così come, del resto, teorizzato da Kelsen, negli Anni Quaranta del Novecento, durante il tristemente noto << Processo di Norimberga >> (commi 2 e 3 Art. 2 Convenzione 26/06/1987).

L' Art. 3 Convenzione 26/06/1987 impedisce l' estradizione verso uno Stato in cui viene abitualmente praticata la tortura o altre << violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce dei diritti dell' uomo >>. Inoltre, ciascuno degli Ordinamenti che sottoscrive la Convenzione qui in parola è tenuto a prevedere la tortura come reato previsto e punito (anche) nel proprio Diritto Penale interno (comma 1 Art. 4 Convenzione 26/06/1987).

La precettività del divieto di tortura vige anche sugli aerei, sulle navi e pure qualora il reo abbia agito all' estero per un periodo determinato prima di rimpatriare (comma 1 Art. 5 Convenzione 26/06/1987).

Ex Art. 6 Convenzione 26/06/1987, ogni Stato Parte, sul cui territorio si trovi un individuo sospettato di aver commesso atti di tortura, reca l'obbligo di porre il responsabile, o presunto tale, in stato di detenzione, in attesa di decidere sulla possibilità o, viceversa, l'impossibilità dell'extradizione. Qualsiasi persona reclusa in tanto in quanto inquisita per tortura conserva il diritto inviolabile di comunicare, senza particolari restrizioni, con l'Ambasciata dello Stato di cui possiede la cittadinanza. Nel caso in cui il presunto autore di torture non possa essere estradato, egli va ogni modo sottoposto a regolare Processo nel Paese nel quale è stato scoperto ed arrestato (comma 1 Art. 7 Convenzione 26/06/1987). Ogni individuo incriminato per tortura << *fruisce della garanzia di un trattamento equo in ogni stato del Procedimento* >> (comma 3 Art. 7 Convenzione 26/06/1987). Solitamente, ex Art. 8 Convenzione 26/06/1987, il soggetto recluso in via cautelare per aver agito tortura viene estradato nello Stato sul cui territorio si sono materialmente concretizzati gli atti illeciti. Comunque, gli Stati Parte della Convenzione esaminata nella presente sede si concedono reciprocamente la massima assistenza giudiziaria, specialmente per reperire ed esaminare i necessari elementi probatori (comma 1 Art. 9 Convenzione 26/06/1987).

Il divieto di torturare è (*rectius* : dovrebbe essere) parte integrante della formazione deontologica di Militari, Medici, Agenti di Custodia e Magistrati (comma 1 Art. 10 Convenzione 26/06/1987). Anzi, ogni Stato Parte si impegna a vigilare sui metodi pratici d'interrogatorio e di trattamento carcerario. In buona sostanza, è statuita una << *tolleranza zero* >> nei confronti di maltrattamenti ed abusi psico-fisici contro i ristretti nei Penitenziari (Art. 11 Convenzione 26/06/1987). Pertanto, è sempre e comunque garantito il diritto di querela in capo a detenuti, testimoni e persone informate sui fatti (Art. 13 Convenzione 26/06/1987). Da tali garanzie scaturisce l'obbligo di risarcire equamente il torturato e/o i suoi eredi. Inoltre, le dichiarazioni confessorie ottenute con metodi disumani ed illeciti non possono rivestire alcun valore probatorio in sede processuale (Artt. 14 e 15 Convenzione 26/06/1987).

L' Art. 17 Convenzione 26/06/1987 istituisce il << *Comitato contro la tortura* >>, composto da << *esperti di riconosciuta competenza nel campo dei diritti dell'uomo* >>. Essi sono eletti dagli Stati Parte a scrutinio segreto, nel corso di apposite riunioni biennali convocate dal Segretario generale dell'ONU. Il loro mandato ha una durata quadriennale e sono rieleggibili. A sua volta (Art. 18 Convenzione 26/06/1987), il Comitato (contro la tortura) elegge un proprio << *Ufficio* >> per un periodo di 2 anni e con uno specifico Regolamento interno. Tale Ufficio delibera << *con la maggioranza dei membri presenti* >>. Ogni spesa è rimborsata dall'ONU. La *ratio* principale del Comitato e dell'Ufficio del Comitato consiste nell'inviare per iscritto Rapporti contenenti ammonimenti e proposte di cambiamento agli Stati Parte responsabili di casi di torture psico-fisiche nel loro territorio e, anzitutto, nei loro Penitenziari. Qualora la tortura sia conclamata e sistematica, il Comitato apre un'inchiesta inviando ispettori (Artt. 19 e 20 Convenzione 26/06/1987).

Quando uno o più cittadini o domiciliati di uno Stato Parte siano maltrattati e vessati in un altro Stato Parte, il Comitato, entro 12 mesi, deve intervenire. Se la causa non rinviene una soluzione, diviene necessario l'intervento superiore e potestativo del Segretario generale dell'ONU (Art. 21 Convenzione 26/06/1987). Il Comitato può ricevere ed esaminare denunce di soggetti privati che si reputano vittime di atti di tortura e che hanno inutilmente esaurito tutti gli strumenti giuridici rimediali esperibili ai sensi del Diritto interno dello Stato Parte di appartenenza. Le delazioni sono rigettate (Art. 22 Convenzione 26/06/1987). Infine, il Comitato presenta agli Stati Parte ed all'Assemblea generale dell'ONU un Rapporto annuale sulle attività intraprese (Art. 24 Convenzione 26/06/1987).

A parere di chi redige, la Convenzione qui esaminata non costituisce un << *Testo Normativo* >> nel tradizionale senso kelseniano, in tanto in quanto mancano sanzioni cogenti ed applicabili a livello pratico. L'unico pregio consiste nelle definizioni autentiche contemplate dalla Parte 1 (Artt. dall' 1 al 16). Si tratta, infatti, di qualificazioni tecniche utili per la Dottrina e la Giurisprudenza. Per il resto, ci si trova purtroppo di fronte alla consueta ed inutile retorica tipica del

peggior Diritto Internazionale Pubblico.

4. Aspetti meta-geografici e meta-temporali della tortura e della pena capitale

La maggior parte degli Autori, sin dal primo Novecento, ritiene oggi inutile la tortura, in tanto in quanto la *ratio* del Diritto Penitenziario dev' essere la rieducazione del reo. Similmente, l' ergastolo, le pene corporali e le pene detentive di lunga durata sono prive di senso giuridico e di proporzionalità. Anche nella Bibbia vengono deplorate le sanzioni eccessivamente crudeli, poiché una brutalità abnorme non risulta né deterrente né risocializzativa. Giustamente, SCOTT (1940) asseriva, ben prima del termine del secondo conflitto bellico mondiale : << *si può ritenere assiomatico che, quanto più il castigo è severo, tanto più ne è evidente il fallimento da un punto di vista rieducativo.. La punizione severa ha un effetto estremamente brutalizzante sulla maggior parte dei detenuti: porta alla disperazione, fa sì che essi si sentano praticamente in lotta con la società ... in nessun caso la detenzione può avere un effetto rieducativo sul criminale "professional" >>*

Purtroppo, e viceversa, non sono mancati giudizi favorevoli sulla tortura << *ai fini della pace pubblica e per il benessere degli altri uomini >>* (WISEMAN 1686). Addirittura ELLENBOROUGH (1812) reputava la pena di morte << *necessaria per la sicurezza dell' interesse pubblico >>. Nell' Ottocento, nella Common Law inglese, decine di Magistrati si esprimevano a favore di sanzioni barbariche, come il << gatto a nove corde >>, lo strangolamento o la fustigazione. Secondo STEKEL (1935) esisterebbe persino un nesso causa – effetto tra le continue pene corporali e la nascita di pericolose parafilie nel delinquente abituale.*

Sotto il profilo definitorio, SCOTT (*ibidem*) afferma che << *la tortura è una forma di violenza o un metodo di supplizio decretato dallo Stato ed eseguito da pubblici ufficiali debitamente autorizzati o designati dalle autorità giudiziarie >>. BERG (1938) psicologizza il concetto di << tortura >>, la quale, sin dall' antichità greco-romana, << è il soddisfacimento dell' esigenza di vendetta che un gruppo di individui o la società intera manifestano ... poiché quanto più il leader dimostra di essere un sostenitore dell' utilizzo della vendetta contro i nemici del gruppo sociale che dirige, tanto più egli si ritrova rispettato dai suoi seguaci più prossimi >>. KRAFFT - EBING (1925) sostiene che torturare in pubblico i condannati provoca piacere nelle masse popolari ed aumenta il consenso politico. Esiste od esisterebbe, pertanto, una vera e propria << estasi >> collettiva di fronte al dolore del torturato (v. il concetto psico-patologico-forense di << algolagnia >>).*

Purtroppo, oggi si ipostatizzano le torture di matrice fisica e sovente si dimenticano i patimenti psicologici. Il luogo principale di applicazione delle torture psichiche è, attualmente, il carcere, poiché << *la tortura mentale indotta dalla prigionia, con i suoi effetti distruttivi, non è affatto calcolabile. Su alcune nature umane, l' isolamento psicologico ha effetti più paralizzanti e devastanti di qualunque forma di segregazione fisica. La tesi che la prigionia moderna sia una casa di cura o di riposo, in cui si eccede in indulgenza e beneficenza è sbagliata >> - SCOTT, *ibidem*).*

B I B L I O G R A F I A

BERG, *The Sadist*, London, 1938

ELLENBOROUGH, *Hansard*, London, 1812

KRAFFT – EBING, *Psychopathia Sexualis, with Especial Reference to the Antipathic Sexual Instinct: A Medio – Forensic Study*, New York, 1925

SCOTT, *A History of Torture*, by T Werner Laurie, London, 1940 (Tradotto in lingua italiana da Bigliuzzi, Edizioni Mondadori 2014)

STEKEL, *Sadism and Masochism*, London, 1935

WISEMAN, *The Law of Laws: or the Excellency of the Civil Laws*, 1686

Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur. svizzero