

L'AMBIGUA CONSISTENZA DELLA  
TORTURA TRA MILITARIZZAZIONE DEL  
DIRITTO PENALE E CRIMINI CONTRO  
L'UMANITÀ\*

**Criminalia**  
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 28.07.2018

*Lucia Risicato*

SOMMARIO 1. La tortura come perno del processo di militarizzazione del diritto penale — 2. *Segue*: tentativi di legittimazione *versus* obblighi internazionali di criminalizzazione — 3. La definizione di tortura accolta dalla Convenzione di New York e le sue caratteristiche strutturali — 4. *Segue*: gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT — 5. Tortura e trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza CEDU: storia di un confine difficile — 6. *Segue*: *Cestaro v. Italy* e gli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU — 7. La tortura nello statuto della Corte penale internazionale — 8. Esistono ancora obblighi di criminalizzazione inattuati? — 9. La lentezza del legislatore italiano e la sua resistenza culturale: brevi note critiche sugli artt. 613 *bis* e *ter* c.p. — 10. Il cedimento del garantismo penale e la perdita di tassatività delle fattispecie incriminatrici.

*Nello stato di emergenza mondiale in cui viviamo, l'omicidio extragiudiziale, la tortura e la detenzione segreta non si attirano più le condanne della maggioranza, non provocano ribrezzo e vergogna. Tanto la cultura popolare quanto le politiche degli Stati li hanno fatti sembrare normali*

P. MISHRA, *L'età della rabbia. Una storia del presente*, Milano, 2018

## 1. La tortura come perno del processo di militarizzazione del diritto penale

L'incriminazione della tortura<sup>1</sup> implica il riconoscimento, auspicabilmente globale, dell'eguale dignità di ogni essere umano, come ribadito dall'art. 1 della Dichia-

---

\* Il presente lavoro costituisce il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta il giorno 23 marzo 2018 presso l'Università degli studi di Firenze nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale "La recente legislazione penale".

<sup>1</sup> In argomento, solo tra i contributi più recenti (e senza alcuna pretesa di completezza), E. SCARROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018; G. BORGNA, *Il sistema di prevenzione istituito dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU sulla tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, fasc. 3/2013, 705 e ss.; A. CHIESSI – G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 314; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Studium Iuris*, 2018, 5 e ss.; P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto alla nuova legge che criminalizza la tortura*, in *Politica dir.*, fasc. 3/2017, 415 e ss.; M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 271 e ss.; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale ita-*

razione universale dei diritti umani. La modernità giuridica «passa attraverso l'abolizione della tortura come pena, come strumento di prova e come pratica di polizia», segnando l'ascesa dello Stato di diritto<sup>2</sup>.

Tuttavia, la pubblicazione nel 2004 delle sconvolgenti immagini che mostravano il brutale trattamento riservato ai prigionieri iracheni da parte degli americani ha rimesso in questione il carattere universale di questo divieto. In nome del pragmatismo, la guerra al terrorismo sembra porre di nuovo in discussione la valutazione sovrana, da parte di ogni Stato, dei mezzi *accettabili* di contrasto, anche a costo della violazione dei diritti umani: è il tramonto del *Rechtsstaat*?

Certo è che la lotta al terrorismo rappresenta uno degli ambiti privilegiati del processo di *militarizzazione del diritto penale*: «metamorfosi di un'inquietudine democratica», l'uso di metodi e indagini che richiamino uno stato di eccezione è spesso accompagnato da argomenti empatici verso le vittime e da richiami alla tolleranza zero verso crimini e criminali<sup>3</sup>.

Esteso, nel corso del tempo, alla maggior parte degli Stati (democratici e non), questo paradigma rischia troppo facilmente di far degenerare l'offensiva al crimine in guerra ai diritti umani: attraverso una sorta di "legittima difesa anticipata" si giunge all'investitura legale di ogni mezzo efficace, anche se inumano. La deco-

---

*liano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 151 e ss.; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017, 181 e ss.; A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 131 e ss.; M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 323 e ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 158 e ss.; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in *Quaderni cost.*, fasc. 2/2018, 389 e ss.; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015, 3 e ss.; ID., *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in AA. VV., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2017, 335 e ss.; ID., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in AA. VV., *Momenti di storia della giustizia*, a cura di L. Pace, S. Santucci, G. Serges, 2011, Roma, 213 e ss.

<sup>2</sup> M. LALATTA COSTERBOSA, in M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 85.

<sup>3</sup> M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, 21 e ss. Dopo gli attentati dell'undici settembre 2001, negli Stati Uniti la *war on terror* mutava lessico e categorie garantistiche: un processo di de-giurisdizionalizzazione delegava l'accertamento dei reati a commissioni amministrative militari, mentre lo scandalo del carcere di Abu Ghraib costringeva il *Military Commission Act* dell'ottobre 2006 a limitare il divieto di tortura "ai casi più gravi", autorizzando il Presidente degli Stati Uniti a interpretare le Convenzioni di Ginevra secondo la sua peculiare sensibilità politico-istituzionale.

struzione del sistema penale dilata progressivamente la figura del nemico (de-individualizzato e de-umanizzato), escludendo sia le garanzie del diritto penale che quelle del diritto internazionale per creare una sorta di “buco nero” nella legalità, spettro di Banquo della tortura giudiziaria, contro il quale le Corti sovranazionali, con esiti alterni, combattono<sup>4</sup>.

Questa premessa può essere utile a chiarire:

- a) il rapporto tra tortura e diritto penale del nemico. L’invadenza delle recenti scelte di incriminazione in materia di lotta al terrorismo rivela, da un lato, la connessione cruciale tra opzioni di politica criminale e modelli di democrazia e, dall’altro, la crescente atrofizzazione di fondamentali diritti di libertà: del “cittadino” come del “nemico”. Il primo accetta una restrizione delle sue libertà in nome della “sicurezza”<sup>5</sup>; il secondo viene per contro privato di ogni *status*: non solo di *civis*, ma persino di essere umano (si pensi alle involuzioni arretrate - a livello internazionale - da vicende come quelle di Guantanamo e di Abu Ghraib sul piano della tenuta elementare dei diritti umani<sup>6</sup>).
- b) La formidabile lentezza del legislatore italiano, turbato da ondate non innocue di populismo penale, nell’introdurre il reato di tortura, nonostante le numerose condanne della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>7</sup>.
- c) L’altrettanto formidabile reticenza del Parlamento a configurare la tortura come reato proprio tradendo lo spirito delle Convenzioni internazionali, che la

---

<sup>4</sup> Il paradigma della guerra contro il crimine condivide con il crimine di guerra l’inversione del rapporto tra criminale e norme. M. DELMAS-MARTY, *loc. ult. cit.*, ricollegandosi a quanto scritto da Hannah Arendt sulla banalità di Eichmann (molto più terrificante di tutte le atrocità naziste considerate nel loro insieme) e citando alcuni studi della penalista quebecchiana Hélène Dumont, sottolinea che i criminali di guerra “sono degli obbedienti e non dei devianti” (definizione che viene solitamente utilizzata per rappresentare i criminali). Degli obbedienti, e talvolta degli eroi agli occhi dei loro compatrioti.

<sup>5</sup> Si veda il fondamentale studio criminologico di D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine ed ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004. A livello *lato sensu* penalistico, cfr. tra gli altri F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1003 e ss., E. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.*, 2006, I, 181 e ss. e D. SCATOLERO, *Vittime, insicurezza e territorio: prospettive d’azione*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2/1992, 179 e ss.

<sup>6</sup> In argomento, tra gli altri, M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l’inumano?*, cit., 21 e ss.; G. FLETCHER, *Black Hole in Guantanamo Bay*, in *Journal of International Criminal Justice*, II, 1, 2004, 121 e ss.; M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, cit., 273 e ss.

<sup>7</sup> *Infra*, § 9.

considerano come un delitto che gravita intorno al rapporto tra autorità ed individuo, di cui esprime una delle più odiose forme di perversione<sup>8</sup>.

- d) L'incongruenza tra l'oggetto delle pronunce CEDU richiamabili in materia e la formulazione del delitto di cui all'art. 613 *bis* c.p.<sup>9</sup>.
- e) L'oscura formulazione delle fattispecie di nuovo conio, del tutto inidonea a ricomprendere proprio i casi per cui la CEDU ci ha condannati<sup>10</sup>.

## 2. *Segue*: tentativi di legittimazione *versus* obblighi internazionali di criminalizzazione

L'ambivalenza della considerazione culturale e politico-criminale della tortura è oggi impressionante. Assai indicativa, sotto questo punto di vista, è l'imbarazzante vicenda dei c.d. *Torture Memos*<sup>11</sup>: dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001, l'amministrazione Bush ha avviato un azzardato percorso ermeneutico volto a definire minuziosamente i confini *giuridici* della tortura, impartendo direttive documentali sulla soglia di dolore "sostenibile" da sospetti terroristi durante gli interrogatori<sup>12</sup>. Adottando un'accezione a dir poco restrittiva del concetto di "grave sofferenza", i *Memos* l'hanno definita come un dolore qualitativamente equivalente a quello che accompagna lesioni del calibro della perdita di un organo, del danneggiamento *irreparabile* di organi vitali o persino del rischio di morte. Anche il dolo (specifico) richiesto per gli atti di tortura *stricto sensu* intesi contribuiva a delimitare concettualmente questa nozione alle sole ipotesi in cui l'inflizione di estremo dolore fosse l'obiettivo perseguito *in via diretta* dal soggetto attivo<sup>13</sup>, con conseguente esclusione della punibilità in tutti i casi in cui, invece, lo scopo principale del torturatore fosse quello di ottenere informazioni.

---

<sup>8</sup> Così T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2013, 28-29. In argomento, efficacemente, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 396 e ss.

<sup>9</sup> *Infra*, § 6.

<sup>10</sup> *Infra*, §§ 9 e 10.

<sup>11</sup> Su cui v. ampiamente P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 215 e ss.

<sup>12</sup> Tra le "tecniche d'interrogatorio rinforzate" ritenute legittime rientravano la privazione prolungata del sonno, l'assunzione coattiva di posizioni vessatorie e il c.d. *waterboarding*: tutte pratiche che, come meglio vedremo nei paragrafi successivi, in base alle convenzioni internazionali di riferimento rientrano o nel *genus* tortura o in quello, parallelo e affine, dei trattamenti inumani o degradanti. Sulla questione v. diffusamente M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 323 e ss.

<sup>13</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 216.

Nel 2009, comprensibilmente, l'amministrazione Obama revocò i *Memos* ripristinando – non senza qualche esitazione<sup>14</sup> – il rispetto degli obblighi internazionali gravanti sugli USA. L'eco negativa dei documenti in parola ha tuttavia ingenerato il sospetto di una crescente “normalizzazione” della tortura come strumento giuridico legittimo, a dispetto della sua unanime condanna.

Quella che ci accingiamo a svolgere è un' *actio finium regundorum* del concetto, dei suoi rapporti con i trattamenti inumani o degradanti e dell'effettiva – e certo tardiva – ricezione, da parte dell'Italia, degli obblighi internazionali di criminalizzazione cui pure ha da tempo aderito. È un delitto antico, declinato nel corso dei secoli in nuove inquietanti forme di manifestazione e mai scomparso.

Esso si colloca naturalmente nell'intersezione tra il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto umanitario e il diritto penale internazionale. Le principali Convenzioni in materia di diritti dell'uomo sanciscono, come vedremo, un divieto *assoluto* di tortura<sup>15</sup>.

La tortura costituisce anche violazione del diritto umanitario, sia ove avvenuta nell'ambito di conflitti armati a carattere internazionale, sia in caso di conflitti interni. Ma il diritto umanitario viene in considerazione pure in un altro contesto. Oggi, infatti, l'epurazione dello straniero-nemico comincia con i respingimenti in alto mare, denominati anestetivamente – con eloquente impostura linguistica – operazioni di *push back*. Da anni, in special modo, l'Italia stipula accordi variamente denominati con la Libia per i respingimenti, sebbene la Grande Camera, con sentenza 23 febbraio 2012, abbia già condannato il nostro Paese per violazione degli artt. 3 e 13 CEDU e 4 del Protocollo 4 CEDU, a causa di un respingimento avvenuto il 6 maggio 2009<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> V. le amare considerazioni critiche di M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 323., secondo la quale anche col cambio di linea politica Bush-Obama la definizione di tortura «presenta delle crepe nelle quali è sempre possibile cadere e impantanarsi».

<sup>15</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 187.

<sup>16</sup> In quella data tre imbarcazioni con circa duecento persone a bordo, provenienti dalla Libia, furono intercettate nelle acque internazionali a sud di Lampedusa mentre cercavano di raggiungere clandestinamente le coste italiane. Le autorità di frontiera italiane trasferivano gli stranieri sulle proprie imbarcazioni per poi ricondurli immediatamente a Tripoli, senza fare parola del rimpatrio agli interessati e consegnandoli alle forze dell'ordine libiche in palese violazione dei loro diritti. I giudici di Strasburgo, dopo aver rilevato che il respingimento si era svolto sotto la giurisdizione dello Stato italiano, in base ai principi del diritto internazionale e all'unanimità hanno accolto il ricorso presentato da tredici cittadini eritrei e da undici somali: cfr. *Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23.2.2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) con nota di S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*. Particolarmente pregnanti, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, sono i profili di contrasto tra l'operazione di respingimento in alto mare e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU: alla

Da ultimo, trattandosi di una *grave violazione* ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, chiunque commette tortura può essere chiamato a rispondere di crimini di guerra e finanche di crimini contro l'umanità<sup>17</sup>.

In considerazione della sua poliedricità, anche gli elementi costitutivi di questa fattispecie – che ora dovranno essere ricostruiti e analizzati – risultano “elastici” e forse intrinsecamente poco tassativi, dando adito a dubbi ermeneutici che non sono stati certo risolti o attenuati dal “nostro” art. 613 *bis* c.p.

### **3. La definizione di tortura accolta dalla Convenzione di New York e le sue caratteristiche strutturali**

Fondamentale, nella materia qui discussa, è il riferimento alla Convenzione ONU *contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (c.d. CAT o UNCAT), approvata a New York il 10 dicembre 1984, divenuta efficace il 26 giugno 1987 (dopo l'adesione del ventesimo Stato membro) e ratificata dall'Italia con l. 3 novembre 1998, n. 498<sup>18</sup>. Questo documento, sottoscritto da ben 162 Paesi, defi-

---

stregua di tale norma è proibito eseguire estradizioni, espulsioni o altre misure di allontanamento quando vi sia il fondato motivo di ritenere che, giunto nel Paese di destinazione, lo straniero vada incontro a un rischio effettivo di torture o trattamenti inumani o degradanti. Sin dal 2009 era già ben noto alla comunità internazionale, grazie al Comitato contro la tortura, a *Human Rights Watch* e ad *Amnesty International*, che gli stranieri illegalmente presenti in Libia, compresi i potenziali richiedenti asilo, fossero sistematicamente arrestati e detenuti in condizioni igienico-sanitarie allarmanti, e non di rado torturati. Del resto, anche al di fuori dei centri di detenzione gli immigrati irregolari erano soggetti marginali perennemente esposti al rischio di atti di razzismo e xenofobia.

Anche il rimpatrio libico degli stranieri nei Paesi d'origine si pone in contrasto palese con l'art. 3 CEDU, essendo assai concreto il rischio dei fuggitivi rimpatriati di essere esposti a maltrattamenti e torture (monitorate e denunciate, del resto, da organizzazioni internazionali).

La Grande Camera ha poi evidenziato il contrasto tra le massive operazioni di respingimento e il divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 4 del Protocollo 4 CEDU, chiarendo oltretutto che il divieto si applica anche nel caso di allontanamenti in alto mare: ciascuno degli espulsi deve avere la possibilità di avanzare alle autorità competenti argomenti contro il proprio allontanamento, cosa che nei *refoulements* in mare è stata e continua ad essere negata.

Il contrasto con l'art. 13 CEDU è, infine, strettamente legato ai profili già esaminati: nei respingimenti in alto mare i migranti non vengono informati né del rimpatrio né dell'esistenza di rimedi giurisdizionali per evitare il *push back*.

<sup>17</sup> Cfr., in special modo, F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, cit., 155 e ss.

<sup>18</sup> V., da ultimo, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 48 e ss. L'A. rammenta che l'idea di un atto di fonte sovranazionale focalizzato sulla tutela degli individui rispetto a qualsiasi specie di tortura nacque nel 1977, a Siracusa, dall'iniziativa assunta da un comitato di esperti in seno all'Associazione

nisce formalmente la tortura all'art. 1 come «*qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, per propositi quali ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, intimidirla o far pressione su di lei o intimidire o far pressione su una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito*». Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate. La CAT esclude altresì la rilevanza esimente sia dell'adempimento di un ordine illegittimo vincolante, sia dell'evenienza di situazioni eccezionali, quali guerre o instabilità politica interna.

La fattispecie di tortura così delineata si contraddistingue:

- a) per il *forte dolore* provocato alla vittima, in qualsiasi modo;
- b) per il *dolo specifico* di ottenere confessioni o informazioni, punire, intimidire, far pressione o discriminare;
- c) per la natura *propria* dell'illecito, tipico – come ribadito dal nostro art. 13 Cost. – delle situazioni in cui il privato si trovi, per qualsiasi ragione, in minorata difesa rispetto a un pubblico agente o a chiunque agisca su sua istigazione o col suo consenso espresso o tacito;
- d) per la controversa *lawful sanctions clause*, alla cui stregua non rappresentano tortura le sofferenze legate all'irrogazione e all'esecuzione di sanzioni *legittime*.

A) Il riferimento espresso al carattere “forte”, “acuto”, “grave” della sofferenza serve – come meglio si vedrà in seguito<sup>19</sup> – a tracciare una virtuale linea di confine tra tortura e trattamenti inumani o degradanti. In una prospettiva di omogenea progressione lesiva, i trattamenti inumani o degradanti rappresenterebbero un livello “basico” di sofferenza ingiustificata non necessariamente acuta, mentre la tortura consisterebbe in un'ipotesi peculiare di maltrattamento o lesioni qualificata dall'intensità del dolore.

---

Internazionale di Diritto penale: la bozza elaborata in quella sede costituirà, appunto, il nucleo del documento approvato nel 1984.

<sup>19</sup> *Infra*, § 6.

Questa distinzione, impostata sulla crescente percezione soggettiva della sofferenza, fisica o psichica<sup>20</sup>, si presta a consistenti dubbi sul piano logico ed assiologico. Non manca, del resto, chi imposta la linea di confine tra tortura e trattamenti inumani o degradanti sulla condizione di maggiore o minore impotenza della vittima, che solo nella tortura vera e propria resterebbe nella sfera di controllo dell'aggressore. Così procedendo, in verità, si rischia di "assorbire" i secondi nel *genus* della prima, di cui del resto costituiscono categoria ontologicamente affine e prodromica. Beninteso, la sovrapposizione tra i due concetti, un tempo negata, è oggi emersa dalla più recente giurisprudenza CEDU, che ha finalmente riconosciuto la difficoltà, se non la conclamata impossibilità, di distinguere le fattispecie in questione in modo nitido e con differenti conseguenze sul piano sanzionatorio. Il legislatore italiano del 2017 si è poi spinto (troppo) oltre, configurando la tortura *stricto sensu* intesa come reato *abituale* e il trattamento inumano o degradante come reato *istantaneo*, con tutte le perplessità che siffatta diversa qualificazione finisce con l'implicare<sup>21</sup>.

B) La CAT prevede la natura *intenzionale* della tortura, ma nessuno ha mai inteso, per evidenti ragioni, limitare il delitto di tortura ai soli casi di dolo intenzionale: la *ratio* sottesa all'art. 1 CAT è, semmai, quella di escludere dal perimetro applicativo del fenomeno le condotte colpose (che tuttavia possono senz'altro integrare trattamenti inumani o degradanti).

È semmai il dolo *specifico*, peraltro assente nell'art. 613 *bis* c.p.<sup>22</sup>, a qualificare le condotte di tortura: la causazione di forte dolore deve essere finalizzata a ottenere informazioni o confessioni, a intimidire, punire o discriminare. Il quadro teleologico, seppur ampio, tracciato dall'art. 1 CAT non deve ritenersi tassativo, ben potendo spaziare fino a ricomprendere tutti i casi di minorata difesa della vittima ad esso assimilabili in via interpretativa.

C) La Convenzione di New York riconduce la tortura alla sua dimensione etimologica di *distorsione* dei rapporti tra cittadino e autorità<sup>23</sup>, causata da abusi di

---

<sup>20</sup> La definizione contenuta nell'art. 1 CAT non consente di circoscrivere la fattispecie ai soli casi di lesioni o danni all'integrità fisio-psichica. Il Comitato per la prevenzione della tortura ha infatti qualificato come tortura la c.d. *tortura bianca*, concepita per non lasciare alcuna traccia sul corpo della vittima. Sono parimenti ascrivibili alla tortura quelle condotte omissive gravemente pregiudizievoli per l'incolumità fisio-psichica del soggetto passivo: si pensi alla privazione prolungata del cibo o del sonno. Sul punto, tra gli altri, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 191 e ss.

<sup>21</sup> *Infra*, § 9.

<sup>22</sup> *Infra*, § 9.

<sup>23</sup> Per una breve ma efficace sintesi storica del fenomeno v., da ultimo, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 30 e ss.



pubblici funzionari con la probabile connivenza, espressa o tacita, delle gerarchie statali. La c.d. tortura privata rileva, in tale contesto, solo se il privato agisca su istigazione del pubblico agente. Il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (CPT), organo del Consiglio d'Europa istituito dall'art. 17 CAT, ha precisato come il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti riguardi tutti gli atti compiuti in contesti di custodia o controllo (carceri, ospedali, scuole, gerarchie militari, istituti minorili, psichiatrici e geriatrici *anche privati*, purché le mansioni svolte abbiano connotazione pubblicistica)<sup>24</sup>. Incerta è la rilevanza delle azioni commesse da privati nell'indifferenza delle autorità pubbliche: sotto questo punto di vista la scelta del legislatore italiano, che ha configurato – nella sua ipotesi base – la tortura come reato *comune*, può probabilmente definirsi *felix culpa*.

D) La nozione di tortura delineata dall'art. 1 CAT non ricomprende, come già accennato, le sofferenze derivanti *unicamente* da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate. La clausola *de qua*, assai discussa già in sede di lavori preparatori, aveva in origine l'intento – non commendevole – di escludere che le pene corporali applicate in ossequio alla legge islamica ricadessero nella nozione giuridica di tortura. Tuttavia, il CPT ha giustamente incluso queste ultime nell'ambito applicativo della Convenzione, onde prevenire il rischio che ripugnanti punizioni siano qualificate dagli Stati firmatari come “legittime” a fini elusivi del divieto<sup>25</sup>.

Dalla definizione convenzionale di tortura emergono i primi, irrisolti problemi ermeneutici legati alla configurazione di una fattispecie incriminatrice che non abbia carattere meramente simbolico: l'abuso dei pubblici funzionari deve essere strumentale all'ottenimento di confessioni o informazioni e causare una *forte* sofferenza fisiopsichica, la cui entità non pare tuttavia graduabile con parametri efficaci sia riguardo ai trattamenti inumani o degradanti, sia rispetto alle fattispecie di maltrattamenti e di lesioni personali gravi o gravissime. Non è un caso che sul dato asseritamente qualificante del livello di sofferenza si sia avviluppata, e solo in tempi recenti sviluppata, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 192.

<sup>25</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 194. La dottrina, da sempre discorde sul significato della *lawful sanctions clause*, è divisa tra chi ritiene – come accade in Italia – che sanzioni *legittime* siano unicamente quelle rispettose degli standard internazionali minimi e chi, invece, priva la clausola in esame di qualunque significato precettivo.

<sup>26</sup> *Infra*, § 5.

#### 4. *Segue*: gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT

L'adesione alla Convenzione contro la tortura determina una serie vincolante di impegni: l'art. 4 CAT prevede uno specifico *obbligo di incriminazione* degli atti costituenti tortura con sanzioni penali *adeguate* alla gravità del fatto: obbligo adempiuto dall'Italia solo nel 2017, dopo due richiami nel 1999 e nel 2007 per le carenze dell'apparato normativo sia dal punto di vista della tipicità delle condotte punibili, sia da quello – invero deprimente – della prescrizione<sup>27</sup>. Gli artt. 2 e 16 impongono agli Stati firmatari un parallelo *obbligo di prevenzione* della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. Curiosamente, i trattamenti inumani o degradanti non vengono coperti da omologo vincolo.

La lettera dell'art. 4, beninteso, non impone la creazione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, ma intende assicurare la punibilità delle condotte descritte dall'art. 1 CAT attraverso congrue disposizioni penali preesistenti. Tuttavia è indiscutibile che il rischio di pene inadeguate e di volatili termini di prescrizione *possa* essere scongiurato solo attraverso un'autonoma fattispecie di reato, che evidenzi la gravità dei fatti in essa ricompresi e ne permetta il monitoraggio a livello internazionale. Ciò non è probabilmente accaduto nel nostro Paese nemmeno con l'art. 613 *bis* c.p.

#### 5. Tortura e trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza CEDU: storia di un confine difficile

Nella CEDU il divieto di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti discende, nitido, dall'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 1 e 8 della stessa Carta: in tale prospettiva, esso ha carattere assoluto, universale ed è in capo a *chiunque* (non solo, quindi, ai pubblici funzionari).

La copiosissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia deve nondimeno dividersi idealmente in due fasi. In un primo, e più risalente, momento, la Corte EDU si è occupata del confine assiologico tra tortura e trattamenti inumani o degradanti, con esiti – come ora vedremo – assai insoddisfacenti. In tempi più recen-

---

<sup>27</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 197. Il profilo sostanziale non esaurisce gli interventi reclamati dalla CAT. Il trattato prevede, infatti, altri divieti ed obblighi volti a prevenire e a punire gli atti di tortura: si pensi al principio di *non refoulement*, all'inutilizzabilità delle prove ottenute a mezzo di tortura, alla necessità di intraprendere – anche d'ufficio – indagini rapide per accertare l'avvenuta commissione di atti di tortura.

ti, grazie soprattutto a una serie di pronunce contro l'Italia<sup>28</sup>, l'obbligo di incriminazione della tortura e gli strumenti per realizzare tale obiettivo da parte degli Stati inadempienti sono stati, invece, tracciati in modo particolarmente efficace.

Il primo criterio discrezionale tra tortura e trattamenti inumani o degradanti delineato dalla Corte EDU faceva leva sull'esistenza di una serie progressiva di soglie di sofferenza, il cui livello minimo era rappresentato dai trattamenti *degradanti*, seguito a uno stadio intermedio dai trattamenti *inumani* fino a culminare nella *tortura* propriamente intesa, consistente nell'inflizione di sofferenze forti e crudeli: un maltrattamento insensato e brutale, tale da meritare autonoma considerazione<sup>29</sup>.

L'accertamento dell'intensità del dolore, che ha natura fatalmente soggettiva dovendo il giudice valutare la sofferenza *percepita*, non può che prendere in considerazione le circostanze del caso concreto e le caratteristiche fisiche della vittima (età, sesso, condizioni generali e mentali, etc.).

L'applicazione di questa soglia di gravità ha tuttavia prodotto esiti contraddittori sin dai primi arresti significativi degli anni Settanta. Paradigmatica la vicenda *Ireland vs United Kingdom*<sup>30</sup>. Quattordici prigionieri irlandesi, arrestati nel 1971 dal Regno Unito come sospetti terroristi, subirono in una base militare britannica la combinazione di "cinque tecniche d'interrogatorio" (simili a quelle descritte, parecchi decenni dopo, nei *Torture Memos*) utilizzate dalla polizia britannica: furono incappucciati, tenuti in piedi contro un muro, esposti a un rumore assordante e persistente ed infine privati di sonno, cibo ed acqua. Nel 1976, la Commissione europea dei diritti dell'uomo qualificò unanime l'interrogatorio "rinforzato" qui descritto come un'ipotesi di tortura. Tuttavia, nel 1978, la Corte EDU, a larga maggioranza (13 voti favorevoli contro 4), espresse avviso contrario, pronunciandosi nel senso dei trattamenti inumani o degradanti: nonostante l'elemento finalistico coincidesse con uno di quelli tradizionalmente tipici della tortura, tali sistemi di coercizione, pur avendo causato intensa sofferenza fisica e mentale, non avrebbero provocato un dolore *di gravità sufficiente*.

---

<sup>28</sup> Cfr. Corte Edu, sez. IV, *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11; Corte Edu, sez. I, *Bartesa-ghi Gallo e altri c. Italia*, 22 giugno 2017, ric. nn. 12131/13 e 43390/13; Corte Edu, sez. I, *Azzolina e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 28923/09 e 67599/10; Corte Edu, sez. I, *Blair e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 1442/14 e altri; Corte Edu, sez. V, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 2539/13 e 4705/13; Corte Edu, sez. IV, *Nasr e Ghali c. Italia*, 23 febbraio 2016, ric. n. 44883/09 (contro le c.d. *extraordinary renditions*, in merito alla nota vicenda Abu Omar), su cui v. ampiamente, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 392-393.

<sup>29</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 200.

<sup>30</sup> Corte Edu, *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71.

Più di recente, il Comitato per la prevenzione della tortura ha affermato che l'imposizione di una condizione di privazione sensoriale e l'interdizione assoluta di comunicare provocano in chi le subisce una sofferenza in tutto assimilabile alla tortura<sup>31</sup>.

I repertori di Strasburgo offrono un ricco, indesiderabile ventaglio di atroci maltrattamenti qualificati come tortura, e tuttavia in alcuni casi i giudici non hanno ritenuto *abbastanza elevata* la soglia di dolore inflitta. Incerti, allo stesso modo, gli esiti applicativi dei due criteri supplementari della *durevolezza* degli effetti della sofferenza e della *finalità* perseguita dall'agente. Beninteso, tanto più è intenso il patimento, tanto meno rilevante sarà l'obiettivo prefissato dal torturatore<sup>32</sup>.

L'unico criterio discretivo – ancora troppo generico – utile a distinguere tortura e trattamenti inumani o degradanti sarebbe costituito dal carattere prettamente intenzionale della prima: i secondi, per contro, non sarebbero necessariamente dolosi.

La giurisprudenza di Strasburgo più recente adotta indirizzi più flessibili, confermando come il confine (forse impossibile) tra tortura e trattamenti inumani o degradanti non sia comunque per nulla netto. A riguardo, la Grande Camera<sup>33</sup> ha precisato che l'asticella della soglia del dolore è necessariamente dinamica, essendo legata agli standard europei di tutela dei diritti fondamentali: aderendo a questa impostazione, oggi la tortura abbraccia anche i trattamenti inumani o degradanti, specie quando le operazioni dei corpi di polizia (e qui ritorniamo naturalmente alla configurazione della tortura come reato proprio) siano caratterizzati da atti di violenza del tutto *gratuiti*, privi di alcun nesso con le iniziative in corso o vistosamente sproporzionati: è, tra gli altri, il caso dell'importante sentenza *Cestaro contro Italia*, su cui è utile formulare riflessioni più accurate.

## 6. *Segue: Cestaro v. Italy* e gli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU

Secondo la sentenza *Cestaro*<sup>34</sup>, che ha condannato l'Italia per l'insensato atroce pestaggio di cittadini inermi avvenuto durante il G8 del 2001 a Genova nei locali

---

<sup>31</sup> M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 326: «a oggi, una riapertura del dossier da parte della Commissione europea dei diritti dell'uomo è stata richiesta dal governo irlandese, in quanto gli elementi informativi che gli furono forniti in occasione del primo giudizio erano falsati, a causa del volontario occultamento di ulteriori elementi cruciali da parte del governo britannico in occasione dell'udienza».

<sup>32</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 201.

<sup>33</sup> Corte Edu, Grande Camera, *Selmouni v. France*, 28 luglio 1999, ric. n. 25803/94.

<sup>34</sup> Corte Edu, *Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, con nota di C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, 1709 e

della scuola Diaz-Pertini, per determinare se un abuso possa essere qualificato come tortura occorre – ancora una volta – valutare «l'inumanità dello stesso e la capacità di arrecare sofferenze molto gravi e crudeli. Tale specificità dipende da una serie di elementi, come la durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o mentali, e, a volte, il sesso, l'età, lo stato di salute della vittima etc.». In questo caso, tuttavia, l'inflizione di una crudele sofferenza è del tutto *arbitraria*, non potendo trovare alcun tipo di giustificazione né in esigenze legate all'ordine pubblico, né, tantomeno, in eventuali tentativi di invocare una presunta “sospensione dei diritti civili” legata all'evenienza del vertice internazionale in corso. Tanto basta, per i giudici di Strasburgo, a ritenere violato il divieto di tortura sancito dall'art. 3 CEDU.

Dopo aver precisato che la competenza della Corte europea dei diritti umani non si estende alla verifica della corretta applicazione del diritto penale da parte degli organi giudiziari interni, la sentenza ribadisce che compito del Collegio è quello di valutare le responsabilità internazionali degli Stati, in cui incorreranno i Paesi che non abbiano apprestato efficace protezione contro l'inosservanza dell'art. 3 CEDU. Ciò non ingenera necessariamente l'obbligo, per i singoli ordinamenti, di coniare una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, ma quello di far sì che il sistema penale *nel suo complesso* fornisca reale protezione contro tortura e trattamenti inumani o degradanti, assicurando che i fatti in causa siano acclarati tramite un'indagine ufficiale e che i responsabili, se individuati, siano puniti con sanzioni *adeguate* (a prescindere dalle concrete modalità della penalizzazione)<sup>35</sup>.

Il nucleo dell'incompatibilità convenzionale è rappresentato proprio dall'inadeguatezza delle sanzioni comminate per gli atti di tortura e dall'esiguità dei termini di prescrizione correlati alle singole fattispecie delittuose di volta in volta in questione. Nel caso *Cestaro*, la Corte EDU ha denunciato, quale peculiare problema *strutturale* italiano, la lacunosità delle ipotesi criminose applicabili ai casi di tortura, lesioni e maltrattamenti, paventando quasi esplicitamente la possibilità che tra gli

---

ss. Nello stesso senso cfr. Corte Edu, sez. III, 17 marzo 2015, Pres. Casadevall, *Chinez c. Romania*, ric. n. 2040/12; Corte Edu, sez. II, 24 giugno 2014, Pres. Karakaş, *Alberti c. Italia*, ric. n. 15397/11; Corte Edu, sez. XII, 1 luglio 2014, Pres. Karakaş, *Saba c. Italia*, ric. n. 36629/10; Corte Edu, Grande Camera, 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, ric. n. 23458/02, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 643; Corte Edu, Grande Camera, 1 giugno 2010, Pres. Costa, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05; Corte Edu, sez. I, 28 luglio 2008, Pres. Rozakis, *Vladimir Romanov c. Russia*, ric. n. 41461/02; Corte Edu, Grande Camera, 28 luglio 1999, Pres. Wildhaber, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94; Corte Edu, 18 dicembre 1996, Pres. Ryssadal, *Aksoy c. Turchia*, ric. n. 21987/93; Cass. sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, in *DeJure/Juris Data*.

<sup>35</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 205.

obblighi procedurali imposti dall'art. 3 CEDU vi sia quello di introdurre fattispecie criminose apposite. L'analisi delle previsioni di nuovo conio ci consentirà, nondimeno, di verificare come questo particolare adempimento sia stato di fatto aggirato<sup>36</sup>.

## 7. La tortura nello Statuto della Corte penale internazionale

Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale<sup>37</sup>, come già ricordato, prevede la tortura sia come crimine di guerra, sia come crimine contro l'umanità, accogliendone *prima facie* una nozione assai ampia che tuttavia si affina attraverso il riferimento ai rapporti particolari tra agente e vittima, per il crimine contro l'umanità, e al dolo specifico perseguito dal soggetto attivo, per il crimine di guerra<sup>38</sup>. L'art. 7, § 2, lett. e dello Statuto definisce la tortura come crimine contro l'umanità in questi termini: «*“Tortura” è l’inflizione intenzionale di un dolore o di una sofferenza gravi, fisici o mentali, su una persona in custodia o sotto il controllo dell’accusato*». La nozione in questione, applicata al territorio dei crimini di guerra, si arricchisce, all'art. 8 [§ 2, lett. a ii 1) e lett. c i 4)] del ventaglio dei fini già contemplati dalla Convenzione di New York sulla tortura di Stato: «*ottenere informazioni o confessioni, punizioni, intimidazioni o coercizioni per qualsiasi motivo fondato su intenti discriminatori*». Ritorna quindi la classica configurazione di reato proprio (commesso da un soggetto che pure è genericamente definito *perpetrator* dallo Statuto) alla luce delle caratteristiche intrinseche dei crimini di guerra, dove i gruppi armati sono pubblici agenti. Quest'impostazione non riguarda la più ampia nozione della tortura come crimine contro l'umanità, anche qualora essa avvenga in un conflitto armato.

<sup>36</sup> *Infra*, § 9.

<sup>37</sup> Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, stipulato il 17 luglio del 1988 ed entrato in vigore il primo luglio 2002, qualifica la Corte come organo indipendente, dotato di personalità internazionale e permanente, competente a giudicare i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e i crimini di aggressione definiti dagli artt. 6-8 dello Statuto, cui si aggiungono i reati contro l'amministrazione della giustizia previsti dall'art. 70. Sul punto v., tra gli altri, G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e “Statuto di Roma”*, in AA. VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2002, 534 e ss.; E. AMATI – M. COSTI – E. FRONZA – P. LOBBA – E. MACULAN – A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3ª ed., Torino, 2016, 18 e ss. Da ultimo, ampiamente, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 63 e ss., cui si rinvia per un'analisi dettagliata di tutte le carte internazionali che fanno menzione espressa della tortura.

<sup>38</sup> F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, cit., 166 e ss.

In questo contesto, non manca chi ritiene che le definizioni di tortura e di trattamenti inumani contenute nello Statuto di Roma deporrebbero a favore del superamento della concezione elaborata dalla giurisprudenza CEDU, che vede la prima come forma “aggravata” dei secondi, consentendo l’emancipazione dal problema annoso e ambiguo della fissazione di soglie eterogenee – percepite come tali dalla vittima – d’intensità del dolore<sup>39</sup>. Rimane invece costante la configurazione qualificata della tortura come reato proprio, unitamente alla valorizzazione del dolo specifico del soggetto attivo.

## **8. Esistono ancora obblighi di criminalizzazione inattuati?**

Vedremo tra breve quale sia l’eco – in verità distorta e debole – delle Convenzioni internazionali e della giurisprudenza CEDU nelle fattispecie introdotte con la legge n. 110/2017<sup>40</sup>.

Al di là del dato normativo di nuovo conio, tuttavia, il divieto di tortura dà vita a tutta una serie di obblighi strumentali collaterali ma non certo accessori, espressi tramite raccomandazioni ripetutamente rivolte – spesso invano – all’Italia: «l’imprescrittibilità del reato; l’impossibilità di invocare l’ordine superiore come scriminante; la non concedibilità di attenuanti o di provvedimenti di clemenza individuale e collettiva; l’inutilizzabilità probatoria; il divieto di allontanamento verso paesi che torturano; la procedibilità d’ufficio del reato; la giurisdizione universale e l’obbligo di svolgere indagini tempestive ed efficaci; la sospensione in caso di rinvio a giudizio del pubblico ufficiale imputato di tortura e la sua destituzione in caso di condanna definitiva; finanche – secondo le raccomandazioni del CPT – il numero di matricola sul casco degli agenti impegnati in operazioni di ordine pubblico e il divieto di tortura come parte integrante nella formazione professionale delle forze dell’ordine»<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 215.

<sup>40</sup> *Infra*, § 9.

<sup>41</sup> A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 403. Da ultimo, F. 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.*, fasc. 4/2018, 109 e ss., evidenzia acutamente la discrasia tra debolezza sostanziale e vigore processuale della l. n. 110/2017.

Molti di questi obblighi sono colpevolmente assenti nella legge 110 del 2017<sup>42</sup>, ingenerando la sensazione che dietro le numerose omissioni del legislatore italiano si celi, con una certa chiarezza, l'intento di non inibire l'operato delle forze dell'ordine in un'epoca in cui la militarizzazione del diritto penale allenta la tenuta delle garanzie fondamentali della nostra materia. Si è puntato al ribasso, nella convinzione che una cattiva legge sia meglio di una legge assente: il varo faticoso di una norma su un delitto impronunciabile è stata presentata, al contrario, come una conquista di civiltà, correggibile negli esiti infelici tramite un'accorta opera – già iniziata durante i lavori preparatori<sup>43</sup> – di ortopedia ermeneutica.

Il punto è che una cattiva legge non è meglio di nulla<sup>44</sup>. La struttura dell'art. 613 *bis* e il singolare ambito di operatività dell'art. 613 *ter* c.p. relegano, prevedibilmente, la tortura e la sua istigazione nell'alveo del diritto penale simbolico, senza grossi margini per interventi correttivi di portata, per dir così, puntuale e limitata.

## 9. La lentezza del legislatore italiano e la sua resistenza culturale: brevi note critiche sugli artt. 613 *bis* e *ter* c.p.

Con un imbarazzante ritardo di trentatré anni sulla Convenzione di New York del 1984, l'Italia ha introdotto due distinte fattispecie incriminatrici in tema di tortu-

<sup>42</sup> A. PUGIOTTO, *loc. ult. cit.* Assente dalla versione definitiva del testo è, del resto, persino l'originaria previsione dell'istituzione di un fondo di sostegno per le vittime di tortura (in applicazione dell'art. 14 della Convenzione ONU del 1984).

<sup>43</sup> V. tra gli altri, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura. Riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014; I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014; T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., 27 e ss.; F. 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.

<sup>44</sup> Al quesito, oggi sterile, se una cattiva legge sia meglio di nulla risponde assai efficacemente A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 404: «domandarselo oggi, significa formulare un interrogativo esclusivamente retrospettivo. E tuttavia, andrà pur detto che – in chiave di politica del diritto – una cattiva legge è come aria in vena: uccide l'argomento principe di un insostenibile *horror vacui* normativo. Complica il futuro, perché ci sono più probabilità di scrivere una buona normativa *ex novo* che modificarne una esistente, tanto più se approvata a fatica. Regala un argomento facile facile, ma di sicura presa, a chi volesse opporsi ad una sua pur necessaria futura novella: "Che cosa volete ancora?". Comporta uno slittamento di tutela penale, dalla certezza di un'adeguata previsione legislativa alle incerte capacità taumaturgiche di un'eventuale sua interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata: come se il diritto vivente giurisprudenziale potesse davvero soddisfare, in egual misura, le esigenze presidiate dal principio costituzionale di stretta legalità penale».



ra: l'art. 613 *bis* c.p., che tipizza faticosamente una sorta di reato abituale *comune* (nella sua forma base) e a dolo generico, e l'ancora più improbabile art. 613 *ter* sull'istigazione *del pubblico ufficiale* a commettere tortura.

La tipicità traballante della fattispecie di cui all'art. 613 *bis* c.p. descrive, al primo comma, la condotta di chi, «con violenze o minacce *gravi* ovvero agendo con *crudeltà*, cagioni *acute* sofferenze fisiche o un *verificabile trauma psichico* a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, cura o assistenza, ovvero che si trovi in minorata difesa». Il fatto è però punibile solo «se commesso *mediante più condotte* ovvero *se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona*».

Il testo eredita, se possibile, i lati peggiori della versione precedente<sup>45</sup>, rappresentandone nel contempo un'ulteriore degenerazione. La tortura diventa un reato *comune*, già punibile se commesso da chiunque, tradendo sostanzialmente lo spirito della Convenzione di New York ma abbracciando gli orientamenti emersi dalla giurisprudenza CEDU. Tuttavia, la peculiare relazione tra autore e vittima richiesta dal testo riporta inevitabilmente l'alveo applicativo della fattispecie, anche nell'ipotesi di cui al primo comma, agli abusi commessi su soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale o in condizioni di minorata difesa.

Sul piano strutturale, il problema più evidente resta però un altro: gli elementi della *gravità* della violenza o della minaccia, unitamente al dato surreale della *verificabilità* del trauma psichico<sup>46</sup>, aggravano la prova della commissione di un fatto che assume qui l'incredibile veste di un reato abituale proprio, in cui i singoli episodi criminosi *non* costituiscono reato salvo che integrino gli estremi del trattamento disumano o degradante. Il rapporto di omogeneità di progressione lesiva che caratterizzerebbe il crescendo tra trattamenti inumani o degradanti e tortura viene così invertito: il singolo trattamento inumano o degradante è punibile, mentre per la confi-

---

<sup>45</sup> Il testo in precedenza approvato dalla Camera dei deputati puniva «chiunque, con violenza o minaccia, ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, cura o assistenza, intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche a causa dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose o al fine di ottenere da essa, o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o infliggere una punizione o vincere una resistenza».

<sup>46</sup> T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., 30, non esita a definire assurda l'aggiunta dell'aggettivo *verificabile*: Ogni requisito della fattispecie tipica deve poter essere, prima ancora che verificabile, *verificato*. Diversamente, sarebbe impossibile giustificare una sentenza di condanna.

gurazione – assai più grave – della tortura sarà necessario accertare la reiterazione di sofferenze *acute* o di traumi psichici *verificabili* prolungata nel tempo<sup>47</sup>.

Il secondo comma della fattispecie contempla invece quella che sembra *prima facie* una (mera) circostanza aggravante «se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio». L'aggravante restituisce la tortura alla sua dimensione peculiare di reato proprio, ma in modo assai ambiguo. Non è mancato chi, valutando l'assetto complessivo della fattispecie, che al terzo comma prevede una causa di non punibilità per i fatti previsti dall'ipotesi aggravata (configurando acrobaticamente...l'esimente di un'aggravante speciale), ha tentato di qualificare la tortura aggravata come una fattispecie autonoma di reato<sup>48</sup>. Neanche l'interpretazione ortopedica qui suggerita, tuttavia, sfugge a un rilievo dirimente: considerando la tortura commessa dal pubblico ufficiale come fattispecie delittuosa autonoma piuttosto che circostanza aggravante, si giungerebbe alla conclusione paradossale di ritenere inapplicabili proprio al delitto più grave i consistenti aumenti di pena previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 613 *ter* c.p. se dalla tortura derivano lesioni personali, anche gravi o gravissime, o la morte del soggetto torturato. La tortura di Stato assumerebbe, così, la veste di un reato meno pesantemente sanzionato rispetto alla c.d. tortura privata, con tutto ciò che ne consegue.

Tracce evidenti della *lawful sanctions clause* infelicemente prevista dalla Convenzione di New York sono presenti nel terzo comma dell'art. 613 *bis* c.p., alla cui stregua la tortura aggravata di cui al secondo comma non sarebbe applicabile «nel caso di sofferenze risultanti *unicamente* dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». La specificazione in esame, certamente superflua stante la generale operatività dell'art. 51 c.p., ripropone tutti i problemi di opportunità già esaminati a proposito della *lawful sanctions clause*: come può essere *legittima* l'inflizione reiterata di sofferenze acute da cui derivino lesioni personali, verificabili traumi psichici o morte? Siamo certamente al di fuori del bilanciamento di interessi tipico delle cause di giustificazione. La questione rinvia, semmai, al problema dei limiti scusanti di un ordine illegittimo vincolante che tuttavia risulti, nel caso di specie, mani-

<sup>47</sup> La contraddizione è rilevata, tra gli altri, da A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 406: l'esito paradossale è quello di elevare alla soglia di tortura ciò che convenzionalmente tortura non è, «creando altresì le condizioni per punire con livelli sanzionatori dolomiticamente condotte anche di gravità decisamente inferiore».

<sup>48</sup> Si veda ancora una volta A. PUGIOTTO, *loc. ult. cit.*

festamente criminoso, parendo arduo – in base ai principi generali del nostro ordinamento – qualificare legittima l'inflizione *reiterata* di sofferenze acute.

Come indicato in apertura, la scelta del legislatore italiano di riprodurre la discussa esimente in esame rinvia al *favor* culturale recentemente manifestato verso il ritorno a tecniche d'interrogatorio "rinforzate" nell'ambito della crescente militarizzazione del diritto penale verso i nuovi nemici, variamente individuati, della società. E l'ambivalente considerazione giuridica della tortura *lato sensu* giudiziaria si ripropone, ora cristallizzata in un testo di legge che, da un lato, reprime gli abusi di privati e pubblici ufficiali nei confronti di soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale e, dall'altro, esclude la punibilità degli abusi *legittimi* (se è concesso l'eclatante ossimoro) dei pubblici ufficiali.

Le insidie di un testo così strutturato, soggetto a termini di prescrizione *ordinari* a dispetto delle reiterate raccomandazioni della Corte di Strasburgo, sono talmente numerose che una loro avvilente esemplificazione non riesce a renderle tutte visibili: giusto per citare i casi più evidenti, il fatto non sarà punibile se commesso con violenza o minaccia non grave (come se il nostro codice penale distinguesse violenze o minacce serie e facete), se il trauma psichico non sia "verificabile", ovvero eziologicamente riconducibile in via esclusiva alla tortura, o se la sofferenza della vittima non dovesse essere ritenuta "acuta" in base ai labili standard soggettivi di percezione del dolore su cui si è invano cimentata la Corte di Strasburgo.

Non meno discutibile è l'ipotesi criminosa di cui all'art. 613 *ter* c.p., che contempla un'eccezione al principio generale di cui all'art. 115 c.p. (in tema di non punibilità del tentativo di concorso) qualora «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istighi *in modo concretamente idoneo* altro pubblico ufficiale o altro incaricato di pubblico servizio a commettere il delitto di tortura». Questa disposizione, che pure appare coerente con le Convenzioni internazionali in materia, subordina la rilevanza penale della condotta istigatoria al dato opinabile dell'*idoneità concreta* della genesi o del rafforzamento del proposito criminoso nell'ambito dei rapporti di subordinazione gerarchica di diritto pubblico. E tuttavia, a parte la questione della dubbia *vis* istigatoria di un semplice incaricato di un pubblico servizio, a suscitare enormi perplessità è l'individuazione dei destinatari della condotta istigatoria nei soli pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, con l'esito grottesco che, se un pubblico ufficiale istiga *in modo concreto* alla tortura un privato cittadino (possibile soggetto attivo del reato di cui all'art. 613 *bis* c.p.), il fatto risulterà non punibile alla stregua dell'art. 115 c.p.

## 10. Il cedimento del garantismo penale e la perdita di tassatività delle fattispecie incriminatrici

A prescindere dallo spettro della militarizzazione del diritto penale e del surrettizio *revirement* della tortura *legittima*, è impossibile leggere le nuove norme penali senza malinconiche considerazioni sulla loro tortuosa e inafferrabile tassatività. Beninteso, il fenomeno non è nuovo e riguarda una sorta di regressione concettuale e linguistica (inarrestabile?) nella tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici.

Il crollo della legalità penale è stato determinato, secondo un'autorevole chiave di lettura, da «una patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in migliaia. All'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno»<sup>49</sup>. La prevedibile conseguenza di questo dissesto legislativo è un diritto penale “massimo”, che si espande magmaticamente fuori da ogni disegno razionale e in sostanziale violazione di tutti i suoi classici principi garantistici. O, per contro, un diritto penale “simbolico”, che si traduce in norme-manifesto palesemente inapplicabili<sup>50</sup>. Come gli artt. 613 *bis* e *ter* c.p.<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Sono le lucide, terribili parole di L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, 140.

<sup>50</sup> Sul simbolismo penale v., per tutti, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 e ss., spec. 537 ss. e, nella letteratura più recente, S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.

<sup>51</sup> La tassatività impalpabile delle nuove fattispecie vanifica, di fatto, anche gli effetti indiscutibilmente positivi eventualmente discendenti dall'esistenza di un vincolo di rubrica (su cui, proprio in merito alla tortura, v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 e ss., spec. 1386-1389).