

LA REPRESSIONE PENALE DELLA TORTURA: RIFLESSIONI *DE IURE* *CONDENDO*

di Angela Colella

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'inadeguatezza degli attuali strumenti di contrasto alla tortura. – 3. Gli obblighi costituzionali di criminalizzazione della tortura *ex artt.* 13 co. 4 e 117 co. 1. Cost. – 4. Gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e di persecuzione penale della tortura di matrice normativa e giurisprudenziale. – 4.1. Il diritto internazionale pattizio, il diritto umanitario e il diritto penale internazionale. – 4.2. Il diritto di Strasburgo. – 4.3. Uno sguardo d'insieme. – 5. La concreta conformazione del delitto di tortura: riflessioni *de iure condendo*. – 5.1. La collocazione della norma: nel codice penale militare di pace, in una ipotetica legge di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale o nel codice penale? – 5.2. La sistematizzazione della norma all'interno del codice penale: brevi riflessioni sul bene giuridico tutelato in via primaria. – 5.3. Il soggetto attivo: la tortura come reato comune o come reato proprio? – 5.4. La condotta. – 5.4.1. (Segue): la tortura come reato a forma libera o a forma vincolata? – 5.4.2. (Segue) La necessità di un riferimento espresso all'omissione. – 5.4.3. (Segue): la tortura come reato permanente o come reato abituale? – 5.5. Il soggetto passivo del reato e i presupposti della condotta. – 5.6. L'evento: la necessaria individuazione di una "soglia minima di gravità" per i fatti di tortura. – 5.7. L'elemento soggettivo. – 5.7.1. (Segue): la necessità del dolo intenzionale. – 5.7.2. (Segue): la tortura come reato a dolo generico o come reato a dolo specifico? – 5.8. Il trattamento sanzionatorio: la fissazione della cornice edittale e le circostanze aggravanti. – 5.9. I rapporti con altre figure di reato. – 5.10. La necessità di un'esplicita esclusione dell'applicabilità di esimenti che sottraggano i fatti di tortura all'area della punibilità. – 5.11. La necessità della previsione di una qualche forma di *superior responsibility*. – 6. Una bozza di articolato. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Così si legge nella Replica del Governo italiano alle Osservazioni effettuate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) in relazione alla visita effettuata nel nostro Paese dal 16 al 23 giugno 2006:

«Con specifico riguardo all'inserimento e alla definizione formale del delitto di tortura nel codice penale italiano, l'assenza di tale reato nel codice penale non significa affatto che la tortura in Italia esista. Se, da un lato, la tortura non esiste in quanto è una pratica del tutto lontana dalla nostra mentalità, dall'altro, alcune sezioni del codice penale puniscono severamente comportamenti di questo tipo, sebbene il termine "tortura" in sé non figuri nel codice stesso. Inoltre, stiamo prendendo in considerazione la possibilità, in relazione all'adeguamento del nostro sistema legislativo allo Statuto della Corte Penale Internazionale, di introdurre il delitto di tortura nel nostro ordinamento, ricorrendo ad una definizione più ampia e inclusiva

rispetto a quelle fornite dalle Convenzioni internazionali rilevanti in materia. Però, la sostanza non cambia, con o senza la parola “tortura” nel codice penale»¹.

Non sono necessari complessi studi di politica criminale, né tantomeno accurate indagini criminologiche, per dubitare della fondatezza delle suddette affermazioni: basta aprire le pagine dei quotidiani più diffusi per rendersi conto di come la tortura sia una pratica ben lungi dall’essere sconfitta, anche nell’Italia del XXI secolo.

In un precedente lavoro² – al quale questo idealmente si ricollega – abbiamo avuto modo di ripercorrere dettagliatamente gli episodi di tortura consumatisi nel corso del G8 genovese del 2001.

Basti qui ricordare che molti degli arrestati e dei fermati che si trovavano all’interno della caserma di Bolzaneto sono stati costretti a mantenere per tempi lunghissimi dolorose “posizioni di stazionamento” o a urinarsi e defecarsi addosso, sono stati picchiati violentemente e minacciati di stupro o di morte, hanno assistito impotenti alla distruzione di oggetti personali e al taglio di ciocche di capelli; e che nel corso dell’irruzione alla scuola Diaz i membri del *Genoa Social Forum* sono stati colpiti su tutto il corpo con calci, pugni e manganellate, chi perdendo dei denti chi riportando fratture alle costole, alle gambe, alle mani o ferite anche gravissime alla testa, per essere quindi trasferiti a Bolzaneto e qui marchiati come animali con un pennarello sulla guancia, di modo che fosse possibile distinguerli dagli altri detenuti³.

La cronaca degli ultimi anni registra anche diversi decessi, avvenuti in carcere o al momento dell’arresto, che gli esami autoptici non sembrano poter ricondurre a semplici “incidenti”.

I più noti sono quelli di Stefano Cucchi, morto nel reparto penitenziario dell’ospedale Pertini di Roma dopo aver subito violenze fisiche ad opera dei carabinieri, che l’avevano arrestato perché possedeva venti grammi di *hashish* e alcune pastiglie a torto ritenute di *ecstasy*⁴, e di Federico Aldrovandi, deceduto nel luglio 2009 non in seguito a *overdose* – come sostenuto dagli agenti di polizia che lo avevano fermato nei pressi dell’ippodromo di Ferrara – ma ad ipofissia-asfissia posturale, sul

¹ Tanto le Osservazioni del CPT quanto la Replica del Governo italiano sono reperibili in lingua inglese all’indirizzo <http://www.cpt.coe.int/en/states/ita.htm>.

² A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l’inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1801-1843.

³ Le sentenze della Corte d’Appello di Genova del [5 marzo 2010 \(Bolzaneto\)](#) e del [18 maggio 2010 \(Diaz\)](#), sono state pubblicate in *questa Rivista* rispettivamente in data 21 aprile e 20 aprile 2011, con una nota introduttiva a cura di A. COLELLA e F. VIGANÒ.

Le sentenze della Corte di Cassazione del [5 luglio 2012 \(Diaz\)](#) e del [14 giugno 2013 \(Bolzaneto\)](#) sono state parimenti pubblicate in *questa Rivista* in data 16 ottobre 2012 e 29 ottobre 2013, con una nota introduttiva a cura di A. COLELLA.

⁴ Cfr. Trib. Roma, sent. 25 gennaio (dep. 29 marzo) 2011. La vicenda, alla quale fa cenno il Rapporto annuale 2011 di Amnesty International sull’Italia, reperibile sul sito www.amnesty.it, è stata ricostruita in L. MANCONI-V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, 2011, pp. 71 ss.

cui corpo sono state rilevate ben cinquantaquattro lesioni, indicative nel loro insieme «di uno scontro violento, prolungato e doloroso»⁵.

Ma l'elenco è, tristemente, più lungo.

Aldo Bianzino, portato insieme alla moglie nella casa circondariale di Capanne, a Perugia, perché in casa sua erano state trovate alcune piantine di *marijuana*, nell'autunno 2007 è stato trovato morto sulla brandina dagli agenti del personale penitenziario, seminudo e con la finestra aperta a dispetto del freddo di ottobre, dopo che nel pomeriggio del giorno dell'arresto era stato portato per tre volte fuori dalla cella senza che si sapesse dove né perché, e la notte successiva aveva a lungo urlato per chiedere aiuto⁶.

Giuseppe Uva è morto nel giugno 2008 mentre gli veniva praticato un trattamento sanitario obbligatorio all'ospedale di Circolo di Varese, dopo essere stato colpito brutalmente dagli agenti che lo avevano arrestato e portato in caserma: il decesso è avvenuto perché all'uomo erano stati somministrati farmaci incompatibili con l'alcool che aveva in corpo, ma sul cadavere sono state rilevate ecchimosi sul collo e sul dorso, macchie ematiche sul cavallo dei pantaloni e una frattura al naso, e la sorella del defunto ha notato che i testicoli erano viola e l'ano sanguinava⁷.

Saiudou Gadiaga, arrestato dai carabinieri perché sprovvisto del permesso di soggiorno e già raggiunto da un provvedimento di espulsione, è deceduto nel dicembre 2010 in seguito a un attacco di asma in una cella della caserma Masotti, sede del comando provinciale dei carabinieri di Brescia: ha gridato per una ventina di minuti per chiedere aiuto, picchiando le mani contro la porta della cella, e quando finalmente uno dei carabinieri lo ha fatto uscire si è aggrappato a una porta di ferro e ha tentato di strapparsi di dosso i vestiti e di estrarre dalla tasca dei pantaloni lo spray, senza che nessuno dei militari intervenisse per porre fine alla sua atroce agonia, durata otto lunghissimi minuti⁸.

Non si può tacere, poi, la scioccante denuncia delle gravissime violenze fisiche e psicologiche che sarebbero avvenute nella caserma polifunzionale di Spinaceto, sede

⁵ Cfr. Trib. Ferrara, sent. 6 luglio 2009, e C. App. Ferrara, sent. 10 giugno 2011. Anche questa vicenda, della quale si fa cenno nel Rapporto annuale 2011 di Amnesty International sull'Italia, è stata ricostruita in L. MANCONI-V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, cit., pp. 135 ss.

⁶ La seconda richiesta di archiviazione per omicidio volontario ai danni di Bianzino (avanzata dallo stesso Pubblico Ministero che aveva disposto la perquisizione dell'abitazione dell'uomo) è stata accolta nel dicembre 2010. Cfr. ancora L. MANCONI-V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, cit., pp. 135 ss. Il processo per omissione di soccorso si è concluso con la condanna a un anno e sei mesi di reclusione in primo grado, ridotta di sei mesi in grado d'appello.

⁷ Anche la vicenda di Uva, della quale pure si fa cenno nel Rapporto annuale 2011 di Amnesty International sull'Italia, è stata ricostruita da L. MANCONI-V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, cit., pp. 152 ss. Il 10.6.2014 il Procuratore della Repubblica facente funzione presso il Tribunale di Varese, che aveva in precedenza avvocato a sé il caso dopo la richiesta di archiviazione inizialmente avanzata dal Pubblico Ministero titolare dell'inchiesta, ha chiesto il proscioglimento degli agenti dall'accusa di omicidio preterintenzionale e il rinvio a giudizio dei medesimi per il delitto di abuso di autorità contro arrestati e detenuti.

⁸ L'episodio è raccontato da P. BERIZZI, "Ecco come hanno lasciato morire Saidou". In video l'agonia in caserma del senegalese, pubblicato l'8 novembre 2011 sul sito www.repubblica.it, alla sezione Inchieste.

dei Nocs (i membri del Nucleo operativo centrale di sicurezza). Oltre ai racconti di brutali pestaggi, ciò che più desta inquietudine è la pratica che va sotto il nome di “anestesia”, una sorta di rito di iniziazione che riesce difficile derubricare a semplice atto di nonnismo: la giovane recluta viene picchiata talmente forte da perdere sensibilità alla parte del corpo prescelta e quindi morsa sul gluteo da uno dei capi, che si vanta di riuscire a serrare il morso fino a far toccare gli incisivi⁹.

Una recente sentenza del G.U.P. di Napoli ha invece gettato luce su una terribile vicenda consumatasi all'interno dell'istituto penitenziario minorile di Nisida, nella quale tanto la vittima quanto gli autori degli abusi erano giovani detenuti: nell'arco di due settimane, uno di essi è stato colpito dai tre compagni di cella con schiaffi, pugni e gomitate dietro la schiena e segregato dentro l'armadio; gli sono state praticate sul corpo bruciature con la fiamma dell'accendino; è stato costretto a spogliarsi e a sdraiarsi nudo a terra, dove i compagni di cella gli hanno defecato e urinato addosso, e a cantare una canzone in cui offendeva la memoria della nonna, da poco defunta¹⁰.

Ancora, la notte del 2 marzo 2014, Riccardo Magherini, ex calciatore della Fiorentina, è stato fermato in strada da alcuni Carabinieri, che hanno richiesto l'intervento del 118 per sedarlo. Tre volontari sono arrivati sul posto alle ore 1.21, ma gli operanti hanno impedito loro di avvicinarsi all'uomo, che è rimasto ammanettato in posizione prona mentre almeno un carabiniere alla volta lo teneva fermo a terra con un ginocchio, con le mani o mettendosi a cavalcioni sulla sua schiena. Il medico nel frattempo sopraggiunto ha chiesto agli agenti di togliergli le manette per effettuare la manovra di soccorso, ma i militari hanno riferito di non trovare le chiavi: i primi soccorsi, dunque, sono stati effettuati con Mogherini ancora ammanettato. Solo le indagini della Procura di Firenze, tuttora in corso, potranno accertare se il decesso dell'ex calciatore sia avvenuto in strada o in ospedale e ricostruire nei dettagli la vicenda, che per ora lascia nell'aria il suo sapore greve e non può che farci restare, ancora una volta, attoniti e sgomenti¹¹.

Merita un cenno a chiusura di questa triste rassegna, infine, la nave degli orrori approdata a Lampedusa dal Nord Africa il 4 agosto 2011: più di quattrocento uomini, donne e bambini stipati per giorni in coperta e dentro la stiva e costretti ad assistere impotenti alle violenze sessuali, ai pestaggi e all'omicidio sacrificale di molti dei loro compagni di sventura, gettati vivi in mare dai membri dell'equipaggio perché ritenuti colpevoli di aver fatto andare in avaria il motore del barcone¹².

Si tratta di episodi molto diversi tra loro, che nondimeno potrebbero rientrare in una moderna definizione di “tortura”.

⁹ Cfr. sulla vicenda F. ANGELI-M. MENSURATI, *Denuncia shock: “Pestaggi e soprusi nella caserma dei Nocs”*, in *La Repubblica*, 14 settembre 2011.

¹⁰ Trib. Napoli – G.U.P. Miranda, sent. 4 agosto 2010, imp. B., in *Corr. mer.*,

¹¹ Cfr. L. SERRANÒ, *Le manette furono tolte solo quando era in corso il massaggio cardiaco*, in *La Repubblica*, 1° giugno 2014.

¹² Cfr. F. VIVIANO, *Lampedusa, il racconto degli orrori a bordo. “Donna incinta e bimbo gettati in mare vivi”*, in *La Repubblica*, 1° dicembre 2011.

Ad essi andrebbero aggiunti, tuttavia, le svariate centinaia di quelli che si consumano in silenzio nei luoghi di detenzione e nelle caserme, ma anche nelle case, negli ospizi, nelle scuole, negli ospedali, forse perfino in alcuni collegi universitari, di cui – dati i timori di ritorsioni che in genere spingono la vittima a non denunciare gli abusi subiti – all'autorità giudiziaria non giunge neppure notizia.

Come si può contrastare un fenomeno tanto odioso, che nega lo stesso principio dell'*habeas corpus*¹³, ovvero il più fondamentale tra i diritti di libertà dell'individuo, la cui affermazione non a caso ha preceduto storicamente quella di tutti gli altri?

È evidente l'importanza dei meccanismi di *prevenzione* della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, imperniati sulla *formazione* degli agenti delle forze dell'ordine e del personale medico e sull'*instaurazione di sistemi di sorveglianza* sui luoghi a rischio¹⁴.

Non pare, tuttavia, che un'efficace azione di contrasto possa prescindere dal ricorso agli strumenti della giustizia penale: l'*impunità* dei crimini di tortura è, infatti, una delle cause principali – se non addirittura la principale – della loro persistente ricorrenza¹⁵; e non sembra pertanto possibile rinunciare alla funzione di *prevenzione generale* cd. *negativa* (sotto forma di intimidazione o deterrenza) e cd. *positiva* (sotto forma di orientamento culturale, o di convalida normativa) esercitata dalla sanzione penale¹⁶.

Solo l'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc*, con una pena proporzionata al disvalore del fatto e destinata a trovare effettiva applicazione, potrebbe infatti esercitare un reale effetto deterrente e, al tempo stesso, sconfiggere la convinzione diffusa che, in situazioni emergenziali, la pratica della tortura rimanga pur

¹³ L'art. 39 della *Magna Charta Libertatum*, emanata nel 1215, enuncia per la prima volta il principio secondo cui «Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, spossessato della sua dipendenza, della sua libertà o libere usanze, messo fuori dalla legge, esiliato, molestato in nessuna maniera, noi non metteremo, né faremo mettere la mano su di lui se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del Paese». A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, p. 23, rileva come si tratti «della prima affermazione ufficiale di un valore – l'integrità del corpo umano – opposto ad ogni potere, compreso quello del sovrano, e della prima istituzionalizzazione di una sfera di autonomia individuale rispetto alla quale l'ingerenza esterna deve essere giustificata dal diritto».

¹⁴ A questi meccanismi dedica particolare attenzione la Convenzione ONU per la prevenzione e la repressione della tortura del 1984.

All'art. 10 essa dispone che «1. Ogni Stato Parte vigila affinché l'insegnamento e l'informazione relativi all'interdizione della tortura, siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato del rispetto della legge, del personale medico, degli agenti della funzione pubblica e di altre persone che possono intervenire nel corso della custodia, dell'interrogatorio o del trattamento di ogni individuo arrestato, detenuto o imprigionato in qualsiasi maniera. 2. Ogni Stato Parte inserisce detta interdizione nei regolamenti o nelle istruzioni promulgate in merito agli obblighi e alle competenze di tali persone».

All'art. 11, invece, la suddetta Convenzione afferma che «Ogni Stato Parte esercita una sistematica sorveglianza su regolamenti, istruzioni, metodi e pratiche di interrogatorio e sulle disposizioni relative alla custodia ed al trattamento delle persone arrestate, detenute o imprigionate in qualsiasi maniera, su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione, al fine di evitare ogni caso di tortura».

¹⁵ Cfr. sul punto, in riferimento in generale a tutti i crimini di diritto internazionale, G. WERLE, *Principles of international criminal law*, L'Aja, 2009, p.

¹⁶ Su tali concetti, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, pp. 662 ss.

sempre necessaria e/o che “usare le maniere forti” con certi soggetti – e in particolare con i tossicomani, gli alcolizzati, gli immigrati irregolari, come sembrerebbe suggerire la carrellata degli episodi che abbiamo menzionato *in incipit* – non sia poi così sbagliato.

Guardando più da vicino alla situazione italiana, l'impressione è che, di fronte a vicende come quelle poc'anzi menzionate, la giustizia penale possa fare ben poco; non solo perché, come abbiamo sottolineato, la cd. “cifra nera” è altissima, ma anche perché gli attuali strumenti di contrasto alla tortura si mostrano insufficienti e profondamente inadeguati.

Lo scopo che queste pagine si prefiggono è pertanto quello di dare un contributo alla riflessione sulla concreta conformazione della fattispecie destinata a reprimere la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, spostando per una volta l'oggetto del dibattito dall'*an* al *quomodo* della penalizzazione: che il legislatore italiano debba introdurre una norma siffatta è, infatti, fuor di dubbio, posto che, come vedremo, l'incriminazione della tortura costituisce l'oggetto di veri e propri *obblighi costituzionali*¹⁷.

Nel prosieguo della trattazione cercheremo, pertanto, di sciogliere i principali nodi problematici che si presenterebbero nel momento in cui finalmente si decidesse di introdurre una fattispecie *ad hoc*.

Prima, però, è necessario analizzare *a)* le ragioni per le quali le disposizioni vigenti non si mostrano idonee a contrastare efficacemente i fenomeni della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti e *b)* il *contenuto* degli *obblighi costituzionali* di criminalizzazione cui abbiamo fatto or ora riferimento: aspetti, entrambi, che dovrebbero essere ben presenti al legislatore che si accingesse a un simile intervento e guidarne l'azione, perché egli non cada le numerose insidie che la tipizzazione di tali fenomeni nasconde.

Nel nostro studio *de iure condendo* faremo spesso riferimento alle proposte di riforma che sono emerse nelle ultime due legislature, la XV e la XVI, e – soprattutto – cercheremo di commentare il recentissimo d.l. nn. 10-362-388-395-849-874, risultante dall'unificazione di sei disegni di legge presentati in precedenza e approvato al Senato il 5 marzo 2014¹⁸, nella speranza che lo stesso possa presto diventare legge dello Stato.

Non è facile, tuttavia, mettere da parte lo scetticismo: la storia parlamentare degli ultimi vent'anni ha visto, infatti, un susseguirsi frenetico di disegni di legge finalizzati all'introduzione del delitto di tortura, quasi tutti naufragati prima che potesse iniziare un serio dibattito sul punto; mentre a causa dell'interruzione anticipata della XV legislatura si è arrestato definitivamente in Senato anche l'*iter* legislativo del disegno di legge n. S 1216, già approvato con voto unanime alla Camera ed esaminato in Commissione Giustizia.

¹⁷ Vedi *infra*, § 3.

¹⁸ Sul quale cfr. il commento di [I. MARCHI, Luci e ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?, in questa Rivista, 26 maggio 2014.](#)

Gli unici atti normativi ad oggi adottati per contrastare la tortura rimangono, così, la l. n. 6 del 2001, che ha introdotto un nuovo art. 185 *bis* all'interno del codice penale militare di guerra¹⁹, e il d. lgs. n. 11 del 2007, il quale contiene la disciplina sanzionatoria per le violazioni del regolamento 2005/1236/CE, che vieta il commercio di merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura e per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti²⁰.

Le ragioni dell'inerzia del nostro legislatore sono state individuate nella frammentazione del quadro politico, che determina un'oggettiva difficoltà nella conduzione dei lavori nei due rami del Parlamento, e nella scarsa sensibilità manifestata dai nostri rappresentanti politici – con alcune lodevoli eccezioni – nei confronti della tematica dei diritti umani²¹, anche se è difficile fugare il sospetto che la mancata introduzione di norme incriminatrici *ad hoc* risponda, talvolta, anche al timore che possano essere con ciò assoggettati a pene severe i vertici delle forze dell'ordine, la cui nomina è spesso appannaggio della compagine politica.

Un'ulteriore ragione – forse la prima in ordine di importanza – è poi rappresentata proprio dalla convinzione che le fattispecie codicistiche ordinarie – dalle percosse, alle lesioni, alla violenza privata, all'abuso di autorità contro arrestati o detenuti e finanche al sequestro di persona e all'abuso d'ufficio – siano idonee a reprimere adeguatamente i fatti di tortura e quelli ad essi assimilabili: è la motivazione più spesso addotta nelle repliche alle osservazioni degli organismi internazionali a protezione dei diritti umani, che nondimeno appare – come vedremo nel prossimo paragrafo – alquanto discutibile.

2. L'inadeguatezza degli attuali strumenti di contrasto alla tortura.

Quel che balza all'occhio esaminando il quadro normativo attuale è, innanzitutto, il *deficit* di tutela a fronte delle *forme di tortura a carattere psicologico*: la loro repressione è oggi interamente affidata ai delitti di violenza privata e minaccia di cui agli artt. 610 e 612 c.p., puniti il primo da quindici giorni a quattro anni di reclusione, il secondo – peraltro procedibile a querela – con una multa da 5 a 51 euro e con la reclusione da quindici giorni a un anno nell'ipotesi aggravata.

Ma, a ben guardare, neppure le norme del codice penale deputate a sanzionare le forme di tortura lesive dell'integrità fisica offrono una risposta adeguatamente energica: il delitto di percosse, perseguibile a querela di parte, è punito alternativamente con la reclusione da quindici giorni a sei mesi o con la multa da 5 a

¹⁹ Cfr. tuttavia sul punto le posizioni critiche di A. LANZI-T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. internaz.*, 2004, p. 685 ss.

²⁰ Cfr. sul punto E. SCORZA, *Il divieto di commercio di strumenti utilizzabili per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti*, in *Legislazione penale*, 2007, pp. 679-691.

²¹ Cfr. sul punto M. E. LANDRICINA, *Il crimine di tortura e le responsabilità internazionali dell'Italia*, Roma, 2008, pp. 15-16.

309 euro; mentre la cornice di pena delle lesioni lievi, anch'esse punibili a querela, va dai tre mesi ai tre anni di reclusione.

Qualora non ricorrano nel caso di specie gli estremi delle lesioni gravi o gravissime – come quasi sempre avviene, posto che l'affinamento delle tecniche di tortura consente di infliggere sofferenze fortissime senza lasciare alcuna traccia sul corpo della vittima – anche la repressione della tortura fisica è dunque, in buona sostanza, demandata a fattispecie sprovviste di qualsiasi efficacia deterrente.

Del tutto inadeguato a sanzionare i fatti di tortura è del resto l'art. 608 c.p., che ha per oggetto le restrizioni della libertà ulteriori rispetto a quelle legalmente prescritte (e non intercetta, pertanto, le violenze fisiche e morali sui soggetti *in vinculis*)²², e che comunque è punito con la reclusione da quindici giorni a trenta mesi; e lo stesso può dirsi per i delitti di abuso d'ufficio (punito con la reclusione da sei mesi a tre anni) e di atti persecutori (sanzionati con la reclusione da sei mesi a quattro anni), i quali oltretutto esulano dal tipo legale "tortura".

Cornici edittali come quelle previste per i reati che abbiamo menzionato rendono altissima la probabilità che la pena minacciata dal legislatore non venga di fatto eseguita, in forza dell'applicazione dei più vari "meccanismi di fuga" dalla sanzione penale (*in primis*, la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al servizio sociale), con le evidenti ricadute negative che ciò comporta in chiave di prevenzione generale, posto che non si vede quale effetto dissuasivo possano mai avere sanzioni che si sanno in anticipo destinate a rimanere tali solo sulla carta.

In forza dell'art. 157 co. 1 c.p., inoltre, tutti i suddetti delitti si prescrivono in soli sei anni: troppo pochi perché, nel frattempo, possa giungersi a una sentenza definitiva che accerti nel merito la responsabilità degli imputati²³.

Quanto alla regola della procedibilità a querela, che accomuna molte delle fattispecie ora elencate, essa condanna a rimanere fuori dall'area della repressione penale la gran parte delle violenze qualificabili come tortura, dal momento che per timore di rappresaglie, per profonda prostrazione psicologica o per difficoltà pratiche (specie se si tratta di soggetti detenuti) le vittime non sono spesso nelle condizioni di proporre tempestivamente querela e, comunque, sono fisiologicamente sottoposte a pressioni per rimetterla.

Come abbiamo già messo in luce in passato, la repressione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti è, in buona sostanza, affidata a norme incriminatrici pensate per intercettare fatti di lieve o media entità, che nella migliore delle ipotesi – laddove, cioè, si sia scongiurato l'intervento della prescrizione – consentono di pervenire a condanne il più delle volte troppo tenui rispetto alla gravità del fatto, e

²² Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Commento all'art. 608 c.p.*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p.

²³ Su questo punto, tuttavia, sarebbe estremamente opportuno un intervento generale, volto a rimodellare la disciplina della prescrizione secondo il modello del processo civile (nel quale, intervenuta una causa interruttiva, incomincia a decorrere un nuovo termine di prescrizione) o in conformità a quel che avviene nella quasi totalità dei Paesi europei (nei quali è sufficiente che venga pronunciata una sentenza di primo grado entro il tempo necessario a prescrivere).

quindi fatalmente esposte al rischio di essere di fatto azzerate in forza dell'applicazione sospensione condizionale della pena, delle misure alternative non custodiali, di provvedimenti di amnistia o di indulto, e così via²⁴.

L'intervento del legislatore dovrebbe, dunque, essere rivolto all'introduzione non di una norma incriminatrice purchessia, ma di una fattispecie improntata a standard di effettività ben diversi da quelli delle norme che – con forzature più o meno evidenti – si prestano oggi a coprire il vuoto di tutela a fronte dei suddetti *mistreatments*.

Prima di interrogarci sulla concreta conformazione della suddetta fattispecie conviene, però, soffermarsi sul contenuto degli obblighi costituzionali di criminalizzazione della tortura cui abbiamo fatto poc'anzi riferimento.

3. Gli obblighi costituzionali di criminalizzazione della tortura *ex artt. 13 co. 4 e 117 co. 1 Cost.*

Parlare di un obbligo costituzionale di criminalizzazione della tortura e delle altre forme di *mistreatments*, quantomeno con riferimento alle condotte poste in essere in danno di soggetti *in vinculis*, non è certo un'enfatizzazione: l'art. 13 co. 4 della Costituzione italiana afferma, infatti, che «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», con ciò rivolgendo al legislatore ordinario una precisa richiesta di penalizzazione (l'unica nell'arco dell'intero panorama costituzionale)²⁵.

I lavori preparatori dimostrano come l'intento dei Padri costituenti fosse appunto quello di assicurare agli arrestati, ai fermati e ai detenuti in seguito a condanna una speciale forma di protezione a fronte degli abusi e delle pressioni morali ai quali la loro condizione li rendeva particolarmente esposti, e che la scelta, a questo scopo, della formula «è punita» non fu certo casuale: in essa dovevano infatti ritenersi implicitamente ricompresi il concetto di divieto e quello di punizione, di modo che la stessa doveva intendersi nel senso di «è vietata ed è repressa con punizione»²⁶.

Anche la dottrina costituzionalistica è, di recente, giunta alle medesime conclusioni, denunciando con forza l'inottemperanza del legislatore all'obbligo di criminalizzazione sancito dall'art. 13 co. 4 Cost²⁷.

²⁴ Sia consentito ancora una volta il rinvio ad A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1842.

²⁵ Cfr. sul punto G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 501-506. Come rilevano condivisibilmente gli Autori alle pp. 503-504, la scelta da parte dei costituenti di anticipare in questo caso le valutazioni di politica criminale di regola rimesse al legislatore ordinario rispondeva alla consapevolezza degli arbitri e delle violenze perpetrate, soprattutto dalla polizia, sotto il regime fascista. In questo senso, l'art. 13 co. 4 Cost. è norma che “guarda verso il passato”.

²⁶ Cfr. sul punto FALZONE, PALERMO, COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata coi lavori preparatori*, sub art. 13, p. 69.

²⁷ Cfr. sul punto [A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è, in questa Rivista*, 17 febbraio 2014](#) e, priam ancora, V. ONIDA, *G8, il monopolio della forza*, in *La Repubblica*, 18.11.2008.

Dal momento che il delitto di abuso di autorità contro arrestati o detenuti di cui all'art. 608 c.p.²⁸, normalmente ritenuto attuativo del suddetto obbligo di criminalizzazione a) non tutela il bene giuridico dell'integrità fisio-psichica ma quello della libertà personale intesa come "libertà di movimento"²⁹; b) può essere applicato solo a beneficio di coloro che si trovino formalmente in stato di detenzione o di arresto, e non anche agli altri soggetti privati della libertà (ad esempio, in base a un provvedimento amministrativo in vista dell'espulsione); e c) non pare comunque in grado di esplicare alcun significativo effetto di deterrenza, poiché la pena per esso prevista va, come abbiamo visto, dai quindici giorni ai trenta mesi di reclusione, è gioco-forza concludere come il dettato dell'art. 13 co. 4 Cost. sia rimasto di fatto inattuato, a oltre sessant'anni dall'adozione della Carta costituzionale.

La necessità di una repressione penale effettiva della tortura (e, in misura minore, delle condotte ad essa assimilabili), anche al di fuori dell'ipotesi in cui la vittima sia privata della libertà personale, discende inoltre dall'obbligo di rispettare «i vincoli derivanti (...) dagli obblighi internazionali» sancito, *in primis* proprio per il legislatore, dall'art. 117 co. 1 Cost.; norma, quest'ultima, che funge da "trasformatore permanente" degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione (per lo meno nei casi in cui essi non presentino frizioni evidenti con il nucleo duro delle garanzie penalistiche espresse dagli artt. 25 e 27 Cost.) in altrettanti obblighi costituzionali di penalizzazione, con le evidenti ricadute che ciò comporta nelle ipotesi di indebita restrizione dell'area del penalmente rilevante, secondo le coordinate tracciate dal giudice delle leggi nell'ormai nutrito gruppo di pronunce in tema di sindacato di legittimità costituzionale sulle "norme penali di favore"³⁰.

È proprio alla luce di tale norma che bisogna guardare oggi agli obblighi di incriminazione della tortura di fonte sovranazionale³¹, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

²⁸ Così recita la norma: "Il pubblico ufficiale che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente, è punito con la reclusione fino a trenta mesi. La pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale, rivestito, per ragione del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita".

²⁹ Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Commento all'art. 608*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 5817.

³⁰ Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, pubblicato negli *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, p.

³¹ Cfr. sul punto F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 555 ss.; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia dell'obbligo internazionale di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, pp. 463 ss. Con riferimento agli obblighi di fonte CEDU, cfr. altresì R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legislazione penale*, 2006, fasc. 1, pp. 171-189; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 275-276; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, segnatamente pp. 60-70.

4. Gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e di persecuzione penale della tortura di matrice normativa e giurisprudenziale.

Per ragioni di ordine espositivo, pare opportuno soffermarsi in prima battuta sugli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e di persecuzione penale della tortura discendenti dal diritto internazionale pattizio, dal diritto umanitario e dal diritto penale internazionale, per poi esaminare quelli di natura pretoria che discendono dal diritto di Strasburgo, che rispondono a logiche in parte diverse.

4.1. Il diritto internazionale pattizio, il diritto umanitario e il diritto penale internazionale.

Lo strumento di diritto internazionale pattizio probabilmente più noto, tra tutti quelli che prevedono obblighi di penalizzazione della tortura, è rappresentato dalla *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984.

Per contestualizzare il suddetto strumento nell'ambito delle fonti internazionali in materia, pare opportuno ricordare che *obblighi espressi di criminalizzazione della tortura* erano ben presenti in *strumenti più risalenti, a carattere aspecifico*, tra i quali devono essere per lo meno elencati:

a) nell'ambito del diritto umanitario, le Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949³² e i due Protocolli addizionali del 1975³³;

b) la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948, che all'art. 3 impone la criminalizzazione della tortura inflitta allo scopo di distruggere un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (inquadrata tra le condotte genocidiarie dall'art. 2 § 1 lett. b);

c) la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956, che all'art. 5 richiede siano assoggettate a pena specifiche forme di tortura (ovverosia le mutilazioni, le stigmatizzazioni e le altre marcature di persone in condizione servile al fine di infliggere loro un castigo o per qualsiasi altro motivo);

d) la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965, che all'art. 5 contempla un obbligo di incriminazione della tortura laddove la stessa sia inflitta sulla base di ragioni discriminatorie.

Una richiesta espressa di penalizzazione della tortura era, peraltro, contenuta in un precedente strumento internazionale *ad hoc*: la *Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o ad altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti*, adottata per *consensus* dall'Assemblea generale il 9 dicembre del 1975 a

³² Gli artt. 49, 50, 129 e 146 rispettivamente delle quattro Convenzioni del 1949 sanciscono un obbligo di criminalizzazione, di inchiesta e di effettiva punizione della tortura commessa contro persone protette dalle Convenzioni medesime, che rientra tra le violazioni gravi del diritto umanitario contenute nell'elenco di cui ai successivi artt. 50, 51, 130 e 147.

³³ L'art. 75 del Primo Protocollo e l'art. 4 del Secondo ribadiscono infatti con forza la necessità di una repressione penale della tortura che già aveva trovato espressione nelle citate Convenzioni di Ginevra.

New York, che – pur non avendo natura vincolante e mancando di un meccanismo di controllo – fissava per la prima volta una serie di principi destinati a divenire la matrice di tutti gli atti settoriali in materia di tortura emanati successivamente, a vocazione universale o regionale³⁴.

L'esigenza di combattere il fenomeno con strumenti più incisivi era, tuttavia, così profondamente avvertita dalle *international agencies* e, in particolare, dalle Nazioni Unite, che solo quattro anni veniva adottato, con Risoluzione dell'Assemblea generale n. 34/169 del 17 dicembre 1979, un *Codice di condotta* destinato a regolare l'operato delle forze dell'ordine³⁵. Particolarmente significativo, ai fini della nostra indagine, il fatto che il *Codice* sancisca espressamente che gli agenti delle forze dell'ordine debbano astenersi *non solo dall'infliggere tortura o altri trattamenti inumani o degradanti, ma anche dall'istigare o dal tollerare* la commissione di tali *mistreatments*, e che il divieto di tortura abbia *carattere assoluto*, non potendo costituire giustificazione per le commesse violazioni né l'obbedienza a ordini di superiori, né circostanze eccezionali di emergenza pubblica.

Il 18 dicembre 1982, poi, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvava i *Principi di etica medica relativi al ruolo del personale sanitario, in particolare medici, nella protezione dei prigionieri e dei detenuti contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti*: si trattava questa volta di sei disposizioni indirizzate, in particolare, al *personale sanitario in servizio negli istituti di pena*; disposizioni di *natura inderogabile*, ai sensi del principio 6, che espressamente esclude l'efficacia esimente di qualsiasi circostanza eccezionale.

Fin dal 1979, inoltre, l'Assemblea generale incaricava la Commissione per i diritti umani di redigere una convenzione vincolante contro la tortura. Questa, a sua volta, affidava l'elaborazione del testo, che veniva redatto sulla base delle proposte della delegazione svedese e dell'Associazione internazionale di diritto penale, ad un gruppo di lavoro *ad hoc*³⁶.

Al termine dei lavori preparatori³⁷, e dopo un intenso negoziato, la versione definitiva della Convenzione veniva finalmente approvata con Risoluzione n. 39/46 del 10 dicembre 1984³⁸.

Esaurita questa necessaria premessa, possiamo dunque passare all'analisi del testo della Convenzione.

³⁴ Cfr. sul punto A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005, pp. 115-116, e C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, 2009, in www.diritto.it, p. 6.

³⁵ Il codice di condotta delle Nazioni Unite per i funzionari che applicano la legge è composto soltanto da otto brevi articoli, tra i quali spicca l'art. 5, che sancisce espressamente il divieto di tortura.

³⁶ Cfr. sul punto A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., p. 116, nonché G. CONSO-A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001, p. 310.

³⁷ Si veda in proposito F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, p. 29.

³⁸ Per un commento articolo per articolo della Convenzione, cfr. J. H. BURGERS-H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Dordrecht-Boston-Londra, 1988, pp. 114 ss.

Il suo art. 1³⁹ detta una chiara definizione del crimine di “tortura” sul piano internazionale, evidentemente rielaborata a partire dalla definizione contenuta nella Dichiarazione del 1975. Come il suo diretto antecedente normativo, essa si caratterizza, infatti, per la necessità della contemporanea presenza di tre elementi: a) la *causazione di forti dolori o sofferenze* alla vittima; b) l'*intenzionalità* dell'inflizione delle stesse; e c) la finalizzazione di quest'ultima allo *scopo (alternativo) di ottenere informazioni o confessioni, punire, o intimidire*⁴⁰.

Quella accolta dalla Convenzione ONU è dunque una *definizione piuttosto rigida* di tortura, che limita il potenziale ambito applicativo delle norme incriminatrici adottate in ottemperanza ad essa⁴¹. Il secondo paragrafo della norma chiarisce, peraltro, che tale definizione non pregiudica l'adozione di strumenti di carattere internazionale o nazionale che contengano o possano contenere disposizioni di portata più ampia, con ciò espressamente prevedendo la possibilità che gli Stati firmatari – nel recepire gli obblighi di penalizzazione previsti dalla Convenzione – adottino uno *standard* di tutela più elevato (ad esempio, introducendo un reato a dolo generico invece che a dolo specifico, o un reato comune invece che un reato proprio).

Nonostante l'art. 1 parli di «*qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti*», si ritiene comunemente che assurgano a tortura *anche le sofferenze procurate tramite omissioni* (come la privazione del cibo e dell'acqua), posto che, altrimenti opinando, si offrirebbe il fianco a facili elusioni della Convenzione⁴².

Il successivo art. 2 afferma, poi, che «ogni Stato Parte adotta misure legislative, amministrative, giudiziarie ed altre misure efficaci *per impedire che atti di tortura siano commessi in qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione*», precisando al § 2 che «nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione,

³⁹ Questo il testo dell'art. 1: «*Ai fini della presente Convenzione, il termine “tortura” indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente 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 aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte 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.

Tale articolo non reca pregiudizio a qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata».

⁴⁰ L'elenco dei fini non è esaustivo (come dimostra la formula «*per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione*»), anche se soltanto finalità in qualche misura riconducibili a quelle espressamente previste possono integrare una violazione della Convenzione. Cfr. sul punto C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, p. 9.

⁴¹ Si veda in proposito ancora C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

⁴² Cfr. sul punto M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, p. 304, nonché C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

può essere invocata per giustificare la tortura» e al § 3 che « l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato a giustificazione della tortura»: si tratta, com'è evidente, di disposizioni che presentano relevantissime implicazioni in materia penale, poiché impediscono che esimenti così congegnate possano escludere la rilevanza penale dei fatti di tortura⁴³, e che dunque ribadiscono *in termini negativi* – come vedremo più oltre – l'obbligo di criminalizzazione di questi ultimi.

Il principio sancito dall'art. 2 § 1 si declina, in ambito penalistico, nella norma di cui all'art. 4⁴⁴, che prevede un *obbligo di criminalizzazione* degli atti di tortura, anche nella forma tentata, e così pure delle varie ipotesi di *partecipazione e complicità* nella tortura. La previsione convenzionale non si limita, peraltro, a richiedere che le suddette condotte siano assoggettate a pena, ma impone che le *sanzioni penali* ad esse correlate siano «adeguate» e «tengano conto della loro gravità»⁴⁵: il criterio della proporzione individua, dunque, un ideale minimo edittale, al di sotto del quale la sanzione penale non potrebbe esplicare alcun serio effetto deterrente.

Parallelamente, l'art. 16 introduce un obbligo di penalizzazione per gli «altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura come definiti all'articolo 1, allorché questi atti siano commessi da un pubblico ufficiale o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito». La norma utilizza, per vero, il termine “*proibire*”, che nell'ambito della stessa sembra voler ricomprendere, accanto all'obbligo di penalizzazione appena richiamato, gli *obblighi di prevenzione e di perseguimento penale* dei suddetti *mistreatments*, come si evince dal richiamo agli artt. 10⁴⁶, 11⁴⁷, 12 e 13 della Convenzione.

Sul fronte più propriamente processuale, gli artt. 5, 7 § 1 e 8 della Convenzione delineano un sistema di *mandatory universal jurisdiction*, fondato sulla regola dell'*aut dedere, aut judicare* (secondo il modello già sperimentato sul fronte del diritto umanitario dalle Convenzioni di Ginevra del 1949): ciascuno Stato firmatario, infatti, è tenuto ad

⁴³ Si veda in proposito M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., pp. 311-312.

⁴⁴ «Ogni Stato Parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale. Lo stesso vale per i tentativi di praticare la tortura o ogni atto commesso da qualsiasi persona, che rappresenti una complicità o una partecipazione all'atto di tortura.

Ogni Stato Parte rende tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità».

⁴⁵ Cfr. in proposito C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 42.

⁴⁶ Sebbene la disposizione non presenti una immediata rilevanza penalistica, pare opportuno riportarne il testo: «Ogni Stato Parte vigila affinché l'insegnamento e l'informazione relativi all'interdizione della tortura, siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato del rispetto della legge, del personale medico, degli agenti della funzione pubblica e di altre persone che possono intervenire nel corso della custodia, dell'interrogatorio o del trattamento di ogni individuo arrestato, detenuto o imprigionato in qualsiasi maniera.

Ogni Stato Parte inserisce detta interdizione nei regolamenti o nelle istruzioni promulgate in merito agli obblighi e alle competenze di tali persone».

⁴⁷ Lo stesso vale per l'art. 11, che così recita: «Ogni Stato Parte esercita una sistematica sorveglianza su regolamenti, istruzioni, metodi e pratiche di interrogatorio e sulle disposizioni relative alla custodia ed al trattamento delle persone arrestate, detenute o imprigionate in qualsiasi maniera, su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione, al fine di evitare ogni caso di tortura».

esercitare la propria giurisdizione penale *non solo in relazione ai reati commessi sul proprio territorio, o da un proprio cittadino o ancora – laddove lo ritenga opportuno – nei confronti di un proprio cittadino* (art. 5)⁴⁸; ma anche nel caso in cui, *pur in assenza di un qualsiasi criterio di collegamento*⁴⁹, il presunto autore dei suddetti reati *si trovi sul suo territorio*, sempreché lo Stato medesimo non intenda procedere all'extradizione verso il Paese che ne faccia richiesta (art. 7)⁵⁰.

Secondo uno schema ormai consolidatosi nel panorama internazionale, l'art. 8⁵¹ dispone poi che i reati di cui all'art. 4 siano a pieno diritto *inclusi in ogni trattato di estradizione tra gli Stati contraenti o alternativamente riconosciuti reciprocamente come casi di estradizione tra gli Stati che non subordinano l'extradizione medesima all'esistenza di uno specifico trattato*, mente l'art. 9 incoraggia *l'assistenza giudiziaria tra gli Stati firmatari*, anche per ciò che concerne «la comunicazione di tutti gli elementi di prova di cui dispongono e che sono necessari ai fini del procedimento».

⁴⁸ Recita l'art. 5: «Ogni Stato Parte adotta le misure necessarie a determinare la propria competenza al fine di giudicare in merito ai reati di cui all'articolo 4, nei seguenti casi:

a) qualora il reato sia stato commesso su un territorio sottoposto alla giurisdizione di detto Stato o a bordo di aeronavi o di navi immatricolate in tale Stato;

b) qualora il presunto autore del reato sia un cittadino di detto Stato;

c) qualora la vittima sia un cittadino di detto Stato, se lo Stato lo considera appropriato.

Ogni Stato Parte adotta altresì le misure necessarie a determinare la propria competenza al fine di giudicare i suddetti

reati, qualora il loro presunto autore si trovi su un territorio sottoposto alla sua giurisdizione, ed il detto Stato non lo estradi, in conformità con l'articolo 8, verso uno degli Stati di cui al paragrafo 1 del presente articolo.

3. La presente Convenzione non esclude alcuna competenza penale esercitata in conformità alle leggi nazionali».

Cfr. sul punto M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., pp. 313-314.

⁴⁹ Cfr. sul punto A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2009, p. 179.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 7, «Lo Stato Parte sul cui territorio viene scoperto il presunto autore di un reato di cui all'articolo 4, qualora non provveda all'extradizione, sottopone la questione, nei casi di cui all'articolo 5, alle sue autorità competenti per l'avvio dell'azione penale.

Dette autorità prendono le loro decisioni alle medesime condizioni che per ogni reato di diritto comune di natura grave in virtù della legislazione di detto Stato.

Nei casi di cui al paragrafo 2 dell'articolo 5, i criteri di prova che si applicano ai procedimenti penali ed alla condanna non sono in alcun modo meno rigorosi di quelli che si applicano nei casi di cui al paragrafo 1 dell'articolo 5.

Ogni persona perseguita per una qualsiasi delle trasgressioni di cui all'articolo 4, beneficia della garanzia di un trattamento equo in tutte le fasi della procedura».

⁵¹ Questo il testo dell'art. 8: «I reati di cui all'articolo 4 sono a pieno diritto inclusi in ogni trattato di estradizione tra gli Stati Parti. Gli Stati Parti si impegnano ad includere dette trasgressioni in qualsiasi trattato di estradizione che verrà concluso tra loro.

Se una Parte che subordina l'extradizione all'esistenza di un trattato è investita di una domanda di estradizione proveniente da un altro Stato Parte con il quale non è vincolata da un trattato di estradizione, detto Stato Parte può considerare la presente Convenzione come base giuridica dell'extradizione per quanto riguarda tali reati. L'extradizione è subordinata alle altre condizioni previste dalla legislazione dello Stato richiesto.

Gli Stati Parti che non subordinino l'extradizione all'esistenza di un trattato, riconoscono reciprocamente dette infrazioni come casi di estradizione, alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato richiesto.

Tra gli Stati Parti, detti reati sono considerati, ai fini dell'extradizione, come commessi non solo sul luogo della loro perpetrazione, ma anche sul territorio sottoposto alla giurisdizione degli Stati tenuti a determinare la loro competenza in virtù del paragrafo 1 dell'articolo 5».

Le norme in esame devono peraltro essere lette anche alla luce dell'art. 3⁵², che enuncia per la prima volta il principio cd. di *non refoulement* (ovverosia il *divieto di espellere, respingere o estradare taluno verso uno Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che possa essere sottoposto a tortura*), chiarendo che, al fine di decidere se tali ragioni ostative realmente sussistono, le autorità competenti dovranno tener conto «di tutte le considerazioni pertinenti, ivi compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato di un insieme di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, estese o massicce».

L'obbligo di prevenire la commissione di atti contrari alla Convenzione attraverso l'adozione delle necessarie misure legislative, amministrative e giudiziarie di cui all'art. 2 § 1 viene dunque esteso alle cd. "*violazioni indirette*" della proibizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (compiute, cioè, non *manu propria* da agenti dello Stato sul territorio nazionale, ma in territorio estero da soggetti terzi in esito all'espulsione, all'extradizione o al respingimento disposto dalle competenti autorità nazionali); obbligo che verrà in epoca successiva ancor più ampiamente sviluppato – pur in assenza di un riferimento testuale esplicito nella CEDU – dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Soffermandosi più nel dettaglio sulle modalità di esercizio dell'azione penale, l'art. 12 prevede invece espressamente che le competenti autorità interne «*procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale*, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione», con ciò ancora una volta anticipando gli approdi interpretativi della Corte europea dei diritti dell'uomo: si tratta di una disposizione particolarmente innovativa, poiché – se si eccettuano le Convenzioni di Ginevra del 1949 – nessuno strumento internazionale, almeno tra quelli da noi analizzati, aveva fino a questo momento sancito un simile *obbligo di indagine*.

Com'è agevole rilevare, la disposizione prefigura inoltre un *regime di procedibilità d'ufficio*, teso a rendere più cogente il dovere di inchiesta. A rafforzamento di quest'ultimo si pone, tuttavia, anche la *garanzia*, attribuita ad ogni persona che asserisca di essere stata *vittima di tortura*, di poter sporgere *denuncia dinanzi alle autorità competenti dello Stato*, le quali dovranno quindi *obbligatoriamente attivare un'indagine sollecita e imparziale sui fatti denunciati*, nell'ambito della quale venga garantita la protezione del ricorrente e dei testimoni nei confronti di qualsiasi ritorsione⁵³.

⁵² Ai sensi dell'art. 3, infatti, «Nessuno Stato Parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura. Al fine di determinare se tali motivi esistono, le autorità competenti terranno conto di tutte le considerazioni pertinenti, ivi compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato di un insieme di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, estese o massicce».

⁵³ A norma dell'art. 13, «Ogni Stato Parte garantisce ad ogni persona che pretende essere stata sottoposta alla tortura su qualsiasi territorio soggetto alla sua giurisdizione, il diritto di sporgere denuncia davanti alle autorità competenti di detto Stato, le quali procederanno immediatamente ed imparzialmente all'esame della sua causa. Saranno presi provvedimenti per assicurare la protezione del ricorrente e dei testimoni contro qualsiasi maltrattamento o intimidazione a causa della denuncia inoltrata o di qualsiasi deposizione resa».

Particolarmente interessante è anche l'art. 14⁵⁴, che sancisce in capo alla vittima di tortura «il diritto di ottenere *riparazione* e di essere *risarcita* equamente ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile», prevedendo altresì che, in caso di morte della stessa a seguito di atti di tortura, gli aventi causa abbiano diritto a un risarcimento. Uno specifico strumento volto ad assicurare alle vittime di tortura la completa riabilitazione è, poi, individuato dal successivo art. 15⁵⁵ nell'*inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute tramite tortura* (se non, ai fini della prova del fatto che una dichiarazione sia stata resa, nel procedimento intentato nei confronti del sospetto autore degli atti di tortura)⁵⁶: la norma in esame anticipa, dunque, le conclusioni raggiunte dalla Corte europea nella celebre sentenza *Gäfgen c. Germania* del 2010, di cui si dirà tra breve.

La posizione di particolare rilievo che la Convenzione in commento occupa nell'ambito degli strumenti sovranazionali che prevedono obblighi di tutela penale discende, altresì, dall'istituzione – ad opera degli artt. 17 ss. – di un organismo deputato al controllo del rispetto, da parte degli Stati firmatari – degli impegni assunti con la ratifica della Convenzione medesima: il *Comitato contro la tortura*⁵⁷.

Si tratta del *primo treaty-body istituito a presidio di uno strumento internazionale contenente obblighi di penalizzazione e di persecuzione penale* (per quanto lo stesso sia stato concepito sul modello del Comitato per i diritti umani istituito dal Patto sui diritti civili e politici del 1966, sempre nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, rispetto al quale ha però una competenza più settoriale e specifica).

Ai sensi dell'art. 19, il Comitato ha anzitutto il compito di esaminare i *rapporti periodici* che gli *Stati* contraenti sono tenuti a presentare, a intervalli di quattro anni, sulle misure da essi adottate in esecuzione degli obblighi posti dalla Convenzione. Laddove tuttavia il Comitato «riceva informazioni credibili» sull'infrazione sistematica di tortura in uno Stato firmatario, esso potrà, con la collaborazione dello Stato medesimo, *avviare un'inchiesta riservata in materia, eventualmente visitando il territorio dello Stato* (art. 20)⁵⁸.

⁵⁴ Pare opportuno riportare il testo integrale dell'art. 14: «Ogni Stato Parte garantisce, nel suo sistema giuridico, alla vittima di un atto di tortura, il diritto di ottenere *riparazione* e di essere *risarcito* equamente ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile. In caso di morte della vittima a seguito di un atto di tortura, gli aventi causa della vittima hanno diritto al risarcimento. Il presente articolo non esclude il diritto al risarcimento cui la vittima od ogni altra persona avrebbe diritto in virtù delle leggi nazionali».

⁵⁵ Recita infatti l'art. 15 che «Ogni Stato Parte vigila affinché ogni dichiarazione di cui si sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura non possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura, come prova che una dichiarazione è stata resa».

⁵⁶ In virtù del mancato richiamo alle norme da ultimo esaminate da parte dell'art. 16 – è bene evidenziarlo – né il diritto alla riparazione e al risarcimento, né la sanzione processuale dell'*inutilizzabilità delle dichiarazioni rese* attraverso il ricorso alla tortura operano con riferimento ai trattamenti e alle pene crudeli, inumani e degradanti: ciò che costituisce, probabilmente, l'aspetto più critico della Convenzione.

⁵⁷ Si veda in proposito l'approfondita analisi sulle funzioni del CAT di A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999, pp. 252 ss.

⁵⁸ Cfr. sul punto M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., p. 317.

Il compito di maggior rilievo attribuito al Comitato è, nondimeno, quello di *esaminare i ricorsi provenienti dagli Stati* (art. 21) o *dagli individui* che lamentino di aver subito tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 22), previa tuttavia – nell’uno e nell’altro caso – un’espressa *accettazione* da parte degli Stati che hanno ratificato la Convenzione⁵⁹.

Non trascurabile, poi, è l’attività *interpretativa* svolta dal Comitato attraverso la formulazione di *general comments*, che contribuiscono a definire ulteriormente la portata delle norme della Convenzione⁶⁰.

Analizzando i rapporti degli Stati contraenti, il Comitato ONU ha a più riprese rilevato, ad esempio, come l’adozione di un quadro normativo adeguato ad assicurare la punizione effettiva della tortura e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti sia implicitamente imposta dall’art. 7 del Patto, e come l’intervento di norme penali di favore che indebitamente restringano l’area del penalmente rilevante possa porsi in contrasto con gli obblighi positivi che da tale norma promanano.

Un *treaty body* del tutto analogo è stato poi creato, come noto, dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e delle pene inumani e degradanti del 1987, istitutiva di un sistema di controllo preventivo, di carattere non giurisdizionale, facente capo al Comitato per la prevenzione e la repressione della tortura (più noto come CPT).

Anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura ha a più riprese affermato la necessità dell’incriminazione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti attraverso la previsione di norme penali effettive, e nei suoi rapporti periodici sulla situazione italiana ha ripetutamente lamentato la mancanza di una

Pare opportuno inoltre riportare per intero il testo dell’art. 20, pur molto lungo: «Qualora il Comitato riceva informazioni credibili che a suo parere contengano indicazioni fondate sul fatto che la tortura è praticata sistematicamente nel territorio di uno Stato Parte, esso invita detto Stato a collaborare nell’esame delle informazioni e, a tal fine, a comunicargli le sue osservazioni in merito.

Tenendo conto di ogni osservazione eventualmente presentata dallo Stato Parte interessato e di ogni altra informazione pertinente di cui dispone, il Comitato può, se ritiene che ciò sia giustificato, incaricare uno o più dei suoi membri di procedere ad un’inchiesta riservata e di presentargli urgentemente un rapporto.

Qualora un’inchiesta sia effettuata ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo, il Comitato ricerca la cooperazione dello Stato Parte interessato. In accordo con detto Stato Parte, l’inchiesta può comportare una visita sul suo territorio.

Dopo aver esaminato le conclusioni del membro o dei membri che gli sono sottoposte in conformità al paragrafo 2 del presente articolo, il Comitato trasmette dette conclusioni allo Stato Parte interessato, con tutti i commenti o suggerimenti che riterrà appropriati, tenendo conto della situazione.

Tutti i lavori del Comitato menzionati nei paragrafi da 1 a 4 del presente articolo sono riservati e, durante tutte le fasi dei lavori, ci si sforza di ottenere la cooperazione dello Stato Parte. Una volta terminati i lavori relativi ad un’inchiesta svolta ai sensi del paragrafo 2, il Comitato può, dopo consultazioni con lo Stato Parte interessato, decidere di far figurare un conciso resoconto dei risultati dei lavori nella relazione annuale che predispone in conformità all’art. 24».

⁵⁹ Cfr. in proposito G. CONSO-A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., pp. 310-311; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., p. 119; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 42; M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., 316; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 180.

⁶⁰ Cfr. sul punto A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., p. 120, il quale rileva come la stessa non sia espressamente prevista dalla Convenzione.

norma incriminatrice *ad hoc* e, al tempo stesso, denunciato l'inadeguatezza delle fattispecie ordinarie a reprimere adeguatamente gli episodi di tortura e le fattispecie ad essa limitrofe.

A completamento del quadro normativo non può non essere ricordato il fatto che affermano *expressis verbis* obblighi di penalizzazione della tortura, sia pur solo *in particolari contesti*, una serie di fondamentali strumenti internazionali "aspecifici", tutti ratificati dal nostro Paese: nell'ambito del diritto umanitario, le Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949⁶¹ e i due Protocolli addizionali del 1975⁶²; la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948, che all'art. 3 impone la criminalizzazione della tortura inflitta allo scopo di distruggere un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (inquadrate tra le condotte genocidiarie dall'art. 2 § 1 lett. b); la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956, che all'art. 5 richiede siano assoggettate a pena specifiche forme di tortura (ovverosia le mutilazioni, le stigmatizzazioni e le altre marcature di persone in condizione servile al fine di infliggere loro un castigo o per qualsiasi altro motivo); la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965, che all'art. 5 contempla un obbligo di incriminazione della tortura laddove la stessa sia inflitta sulla base di ragioni discriminatorie.

La Corte penale internazionale, per vero, qualifica la tortura come una delle "microfattispecie" dei crimini di diritto internazionale sui quali essa ha giurisdizione, anche se autorevoli voci dottrinali ritengono che anche la tortura in sé e per sé considerata assurga a crimine di diritto internazionale autonomo (dunque anche laddove non ricorra il cd. *contest-element* che ne fa un crimine di guerra, una forma di genocidio o un crimine contro l'umanità)⁶³.

⁶¹ Gli artt. 49, 50, 129 e 146 rispettivamente delle quattro Convenzioni del 1949 sanciscono un obbligo di criminalizzazione, di inchiesta e di effettiva punizione della tortura commessa contro persone protette dalle Convenzioni medesime, che rientra tra le violazioni gravi del diritto umanitario contenute nell'elenco di cui ai successivi artt. 50, 51, 130 e 147.

⁶² L'art. 75 del Primo Protocollo e l'art. 4 del Secondo ribadiscono infatti con forza la necessità di una repressione penale della tortura che già aveva trovato espressione nelle citate Convenzioni di Ginevra.

⁶³ Con l'espressione *crimini di diritto internazionale (crimes under international law)* G. WERLE, *Principles of International criminal law*, L'Aja, 2009, pp. 29 e 42 fa riferimento a quei crimini previsti da disposizioni appartenenti all'ordinamento giuridico internazionale che descrivono un illecito individualmente rimproverabile, vi ricollegano una pena e sono in grado di fondare *direttamente* una responsabilità penale individuale, *senza necessità di trasposizione negli ordinamenti nazionali*: l'elenco comprende i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, il genocidio e il crimine di aggressione. Essi si distinguono dagli altri *crimini internazionali (international crimes)* contemplati da trattati internazionali che prevedono obblighi espressi di incriminazione, e la cui punizione è subordinata all'implementazione negli ordinamenti nazionali.

Tale definizione e l'elenco dei crimini che ne discende, non sono, peraltro, unanimemente condivisi: secondo la definizione di A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, 2008, pp. 11 e 12, ad esempio, i *crimini internazionali* sono le violazioni delle norme internazionali che implicano la responsabilità penale individuale dei soggetti coinvolti, e rientrano in tale categoria – oltre a quelli sopra citati – anche la tortura (in sé e per sé considerata) e alcune forme di terrorismo internazionale.

Un obbligo di criminalizzazione implicito della tortura, laddove la stessa assurga a crimine di guerra, crimine contro l'umanità o condotta genocidiaria, è infine ricavabile anche dal diritto internazionale penale⁶⁴: lo prevedono gli artt. 2, 3, 4 e 5 dello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia, gli artt. 2, 3 e 4 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda e, soprattutto, gli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale.

Benché la Corte penale internazionale qualifichi la tortura come una delle "microfattispecie" dei crimini di diritto internazionale sui quali essa ha giurisdizione, autorevoli voci dottrinali ritengono, per vero, che anche la tortura in sé e per sé considerata assurga a crimine di diritto internazionale autonomo (dunque anche laddove non ricorra il cd. *contest-element* che ne fa un crimine di guerra, una forma di genocidio o un crimine contro l'umanità)⁶⁵.

L'opinione assolutamente prevalente, ancorché non indiscussa, nella dottrina internazional-penalistica inquadra anzi la tortura tra i crimini internazionali di *jus cogens*⁶⁶, che come tali fanno sorgere in capo agli Stati – a tutti gli Stati della comunità internazionale, indipendentemente dal fatto che abbiano ratificato o meno strumenti *ad*

⁶⁴ Per quel che concerne, in particolare, gli strumenti di carattere pattizio, esso è sancito dagli artt. 2, 3, 4 e 5 dello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia, dagli artt. 2, 3 e 4 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda e, soprattutto, dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale.

La Corte penale internazionale, in particolare, qualifica la tortura come una delle "microfattispecie" dei crimini di diritto internazionale sui quali essa ha giurisdizione, anche se autorevoli voci dottrinali ritengono che anche la tortura in sé e per sé considerata assurga a crimine di diritto internazionale autonomo (dunque anche laddove non ricorra il cd. *contest-element* che ne fa un crimine di guerra, una forma di genocidio o un crimine contro l'umanità).

⁶⁵ Con l'espressione *crimini di diritto internazionale* (*crimes under international law*) G. WERLE, *Principles of International criminal law*, L'Aja, 2009, pp. 29 e 42 fa riferimento a quei crimini previsti da disposizioni appartenenti all'ordinamento giuridico internazionale che descrivono un illecito individualmente rimproverabile, vi ricollegano una pena e sono in grado di fondare *direttamente* una responsabilità penale individuale, *senza necessità di trasposizione negli ordinamenti nazionali*: l'elenco comprende i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, il genocidio e il crimine di aggressione. Essi si distinguono dagli altri *crimini internazionali* (*international crimes*) contemplati da trattati internazionali che prevedono obblighi espressi di incriminazione, e la cui punizione è subordinata all'implementazione negli ordinamenti nazionali.

Tale definizione e l'elenco dei crimini che ne discende, non sono, peraltro, unanimemente condivisi: secondo la definizione di A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, 2008, pp. 11 e 12, ad esempio, i *crimini internazionali* sono le violazioni delle norme internazionali che implicano la responsabilità penale individuale dei soggetti coinvolti, e rientrano in tale categoria – oltre a quelli sopra citati – anche la tortura (in sé e per sé considerata) e alcune forme di terrorismo internazionale.

⁶⁶ Sulla nozione di *jus cogens* e sui crimini che rientrano in tale categoria, e così pure sulla relazione tra *jus cogens* e *obligationes erga omnes* si registrano, tuttavia, molteplici posizioni in dottrina: per un quadro sintetico, cfr. M. C. Bassiouni, *Le fonti e il contenuto*, cit., pp. 65 ss.

Da tale caratterizzazione deriva l'imposizione in capo agli Stati di *obligationes erga omnes* (quali appunto il dovere di perseguire tali crimini o di estradare l'autore, l'imprescrittibilità, la giurisdizione universale). Il divario tra la *law-in-action* e la *law-in-the-books* è, nondimeno, molto profondo: come rileva ancora M. C. Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., p. 67, «la prassi degli Stati mostra che, più spesso che no, è stata consentita l'impunità per i crimini di *jus cogens*, la teoria dell'universalità è lungi dall'essere universalmente riconosciuta e applicata, e il dovere di procedere o di estradare è più in divenire che riconosciuto, tranne che quando derivi da specifici obblighi convenzionali».

hoc – il dovere di persecuzione penale o di estradizione dei loro autori, secondo il principio dell'*aut dedere, aut judicare*; dovere al quale gli Stati medesimi non possono sottrarsi adducendo “giustificazioni” di diritto interno (quali il decorso del termine di prescrizione del reato o l’applicabilità di esimenti della più varia natura), posto che i crimini che assurgono a livello di *jus cogens* sono imprescrittibili e sono soggetti alla giurisdizione universale⁶⁷.

4.2. Il diritto di Strasburgo.

Se, dunque, la Convenzione ONU del 1984 rappresenta, ancor oggi, un fondamentale punto di riferimento nel panorama degli strumenti internazionali volti alla repressione penale della tortura e delle condotte ad essa assimilabili, non può prescindere tuttavia dalle più recenti acquisizioni della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, la quale – muovendo dallo scarno dato testuale dell’art. 3 CEDU, che al più contempla un obbligo implicito di tutela penale a fronte dei suddetti *mistreatments* – ha elaborato veri e propri obblighi di incriminazione, di persecuzione penale e di effettiva punizione dei medesimi.

Non si trova, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo un’affermazione esplicita dell’obbligo di criminalizzazione della tortura. Nondimeno, c’è ampia e consolidata giurisprudenza che riconosce la violazione dell’art. 3 CEDU sotto il versante procedurale laddove lo Stato non ottemperi ai pervasivi obblighi di indagine che da tale norma promanano, o lasci che i fatti di tortura si prescrivano o, ancora, applichi agli autori di fatti di tortura provvedimenti di amnistia o indulto; e negli ultimi anni si registra una significativa giurisprudenza che compie un sindacato sulla congruità della pena inflitta e concretamente eseguita nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili.

Ma andiamo con ordine.

La Corte EDU ha ormai da tempo elaborato – dapprima in riferimento al solo art. 3, che qui ci interessa, per poi “esportare” i medesimi principi anche nell’ambito di applicazione gli artt. 2, 4 e in misura minore 5 CEDU – una serie di obblighi procedurali che operano “a valle” della violazione di dette norme e che si compendiano in quello, più generale, di fare piena luce sulle medesime asserite violazioni.

La *ratio* dell’enucleazione di tali obblighi è evidente: alla luce del carattere solo sussidiario degli strumenti di *law enforcement* che gravitano attorno alla CEDU, è necessario che siano gli stessi giudici nazionali ad accertare in prima battuta le eventuali violazioni dei diritti e delle libertà di matrice convenzionale, pena altrimenti

⁶⁷ La natura cogente del divieto di tortura è stata, peraltro, riconosciuta dal Tribunale per la ex Jugoslavia, a partire dalla sentenza *Furundzija* del 10 dicembre 1998, e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, nella sentenza *Al-Adsani c. Regno Unito* del 21 novembre 2000.

il crollo dell'intero sistema (che non potrebbe, evidentemente, reggere se la Corte dovesse occuparsene direttamente per tutti e quarantasette gli Stati membri).

L'obbligo di attivare i meccanismi della giustizia penale sorge, nondimeno, solo a fronte di violazioni dolose di tali norme, mentre nelle ipotesi – invero piuttosto rare – di violazioni soltanto colpose sarà sufficiente la tutela risarcitoria, purché la somma corrisposta al ricorrente in sede nazionale non sia di molto inferiore a quella generalmente accordata dalla Corte a titolo di equa riparazione in casi analoghi⁶⁸.

Secondo principi ormai consolidati nella giurisprudenza della Corte, è dunque necessario:

a) che l'inchiesta penale sia prontamente avviata d'ufficio, anche laddove manchi la querela del ricorrente, e che la stessa non sia subordinata a condizioni di procedibilità⁶⁹;

b) che le indagini siano diligenti: l'eventuale assoluzione per insufficienza di prove potrà essere censurata dal giudice europeo laddove sia ravvisabile un difetto di diligenza da parte della pubblica accusa. Di regola, la Corte non sovrappone la propria valutazione del materiale probatorio a quella effettuata dai giudici nazionali (che sono i primi tutori delle garanzie convenzionali, e che senz'altro si trovano in una posizione migliore per valutare la fondatezza della doglianza del ricorrente)⁷⁰. Tuttavia, può accadere che essa si spinga a censurare gli apprezzamenti delle Corti interne, laddove questi si mostrino manifestamente contraddittori o superficiali o si fondino su elementi di prova che appaiano *prima facie* inattendibili;

c) che le indagini non vengano affidate a soggetti del corpo di appartenenza del sospetto autore delle violazioni⁷¹;

d) che il processo si svolga in modo rapido, e in ogni caso prima che i reati cadano in prescrizione;

e) che il processo sia trasparente e garantisca il coinvolgimento delle vittime;

⁶⁸ Cfr. sul punto, emblematicamente, le sentenze 8 gennaio 2009, *Iribarren Pinillos c. Spagna* (ric. n. 36777/03) e 16 dicembre 2010, *Romokhov c. Russia* (ric. n. 4532/04).

⁶⁹ Pertanto, non potranno soddisfare i requisiti richiesti dal diritto vivente di Strasburgo i procedimenti nei quali l'azione penale non ha potuto essere esercitata in ragione della mancata autorizzazione a procedere contro gli ufficiali di polizia coinvolti nella vicenda; ipotesi, questa, assai frequente in Turchia, come testimoniano alcune recenti pronunce tra cui la sentenza *Çağlayan c. Turchia* del 21 ottobre 2008 (ric. n. 30461/02).

⁷⁰ Cfr. ad esempio Corte EDU, sent. 15 ottobre 2009, *Antipenkov c. Russia* (ric. n. 33470/03), nella quale la Corte ha ritenuto inadeguata l'inchiesta interna perché le conclusioni del pubblico ministero si erano basate soprattutto sulle testimonianze dei poliziotti coinvolti nella vicenda di maltrattamenti denunciata dai ricorrenti. Paradigmatica, a questo proposito, anche Corte EDU, sent. 20 gennaio 2009, *Celik c. Turchia* n. 1 (ric. n. 39324/02): il ricorrente, percosso violentemente mentre si trovava in visita all'interno di un istituto carcerario, lamentava la violazione procedurale della norma in esame per l'ineffettività dell'inchiesta interna, dal momento che i testimoni oculari dell'accaduto erano stati sentiti per la prima volta solo dopo tre anni, e al direttore del carcere e ai poliziotti era stata accordata l'impunità in applicazione di una legge che prevede la sospensione dei processi a carico dei poliziotti.

⁷¹ Lo ha di recente ribadito l'*Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning independent and effective determination of complaints against the police* del 12 marzo 2009, pubblicata sul sito del Consiglio d'Europa, www.coe.int.

f) che la pena irrogata sia congrua e proporzionata al fatto di reato;
g) che chi è sottoposto ad indagini sia sospeso dal servizio per tutto il corso del processo e, in caso di condanna, licenziato⁷².

Numerosissime sono, poi, le sentenze in cui la Corte – a partire dal leading case *Bati e altri c. Turchia*⁷³ del 2004 – ha ravvisato una violazione procedurale dell’art. 3 Cedu in ragione dell’intervenuta prescrizione del reato⁷⁴: tra queste, si segnalano nella giurisprudenza più recente le sentenze *Erdal Aslan c. Turchia*⁷⁵, *Voiculescu c. Romania*⁷⁶; *Kesere e Kömürkü c. Turchia*⁷⁷, *Alkes c. Turchia*⁷⁸, *Aşici c. Turchia*⁷⁹.

Nelle pronunce *Ali e Ayşe Duran*⁸⁰, *Erdog n Yılmaz*⁸¹ e *Müdet Kömür  *⁸², tutte rese contro la Turchia, la Corte ha invece affermato che, a fronte delle violazioni degli artt. 2 e 3 CEDU, in linea di principio, la concessione di un’amnistia o di indulto non dev’essere permessa; mentre nella sentenza *Turan Cakir c. Belgio*⁸³ del 2009 i giudici di Strasburgo hanno effettuato un’importante precisazione di ordine generale sul tema dell’incidenza delle cause di estinzione del reato e della pena, stabilendo che i procedimenti penali aventi ad oggetto reati commessi da pubblici agenti che ricadono entro lo spettro di applicazione dell’art. 3 CEDU devono necessariamente concludersi con una sentenza che accerti, nel merito, le eventuali responsabilit  degli stessi, e non con una sentenza di tipo meramente procedurale (quali – per limitarsi alle ipotesi pi  frequenti – la sentenza di assoluzione per intervenuta prescrizione o in applicazione di un provvedimento di amnistia o di indulto)⁸⁴.

Tutte le sentenze finora menzionate sono accomunate dal fatto che la Corte ha enunciato i suddetti obblighi di criminalizzazione *in termini negativi*, rilevando a seconda dei casi che l’eccessiva ampiezza di talune cause di giustificazione, la concreta conformazione del precetto, la previsione di una condizione di procedibilit , il decorso dei termini di prescrizione o l’intervento di un provvedimento di clemenza avessero di fatto ristretto indebitamente l’area del penalmente rilevante, in violazione degli

⁷² Sent. 14 febbraio 2008, *Kobets c. Ucraina*, (ric. n. 16437/04) e sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ay   Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.

⁷³ Sent. 3 giugno 2004, *Bati e altri c. Turchia* (ric. n. 33097/96 e 57834/00).

⁷⁴ Cfr. sul punto ancora A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, cit., p. 224. e A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta*, cit., p. 278 e 279.

⁷⁵ Corte EDU, sent. 2 dicembre 2008, *Erdal Aslan c. Turchia* (ric. n. 25060/02 e 1705/03).

⁷⁶ Corte EDU, sent. 3 febbraio 2009, *Voiculescu c. Romania* (ric. n. 5325/03).

⁷⁷ Corte EDU, sent. 23 giugno 2009, *Keser e K  m  rk   c. Turchia* (ric. n. 5981/03).

⁷⁸ Corte EDU, sent. 16 febbraio 2010, *Alkes c. Turchia* (ric. n. 3044/04).

⁷⁹ Corte EDU, sent. 16 marzo 2010, *A  ici c. Turchia* (ric. n. 26625/04).

⁸⁰ Sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ay   Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.

⁸¹ Sent. 14 ottobre 2008, *Erdog n Yılmaz e altri c. Turchia* (ric. n. 19374/03).

⁸² Sent. 21 luglio 2009, *M  det K  m  rc   c. Turchia* n. 2 (ric. n. 40160/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1943.

⁸³ Corte EDU, sent. 10 marzo 2009, *Turan Cakir c. Belgio* (ric. n. 44256/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 850-851.

⁸⁴ In quell’occasione, invero, la violazione procedurale dell’art. 3 appariva macroscopica, posto che il giudizio d’appello promosso dal ricorrente avverso il provvedimento di non luogo a procedere non era stato fissato se non a distanza di sei anni dall’impugnazione, quando il termine di prescrizione era ormai maturato.

obblighi positivi di tutela che ricadono sulle autorità nazionali (e in primo luogo sul potere legislativo, chiamato a predisporre un quadro normativo adeguato).

Meritano di essere approfonditi, poi, i principi in tema di *sentencing* espressi dalla Corte in alcune innovative, recenti pronunce, tra le quali non può non attribuirsi adeguato spazio alla sentenza resa dalla Corte sul celebre caso *Gäfgen c. Germania*⁸⁵, originato da un complessa vicenda che si andrà qui a ripercorrere.

Il ricorrente, sospettato del rapimento del giovane figlio di un banchiere tedesco, veniva arrestato dalla polizia dopo aver ottenuto un riscatto dai genitori del ragazzo. Ritenendo fosse ancora possibile liberare quest'ultimo (che in realtà era già stato ucciso), alcuni poliziotti minacciavano il presunto rapitore di tortura: questi, spaventato, rivelava allora il luogo in cui si trovava il corpo della vittima.

Nel giugno 2008, la quinta sezione, accogliendo l'eccezione del Governo tedesco, aveva escluso che il ricorrente potesse ancora considerarsi "vittima" di una violazione dell'art. 3 Cedu, dal momento che le autorità giurisdizionali interne lo avevano già restituito *in integrum* attraverso: a) il riconoscimento della contrarietà della condotta posta in essere dagli agenti al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti; b) la condanna di questi ultimi; c) la sanzione processuale dell'inutilizzabilità (nel processo a suo carico) delle dichiarazioni che aveva reso sotto minaccia di tortura.

La grande camera, ribaltando tale valutazione, ha invece riconosciuto al ricorrente lo status di "vittima" ex art. 34 CEDU, rilevando come: a) la condanna degli agenti a pene pecuniarie di modesta entità, peraltro condizionalmente sospese, fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità della violazione di un diritto fondamentale come quella da essi perpetrata, e non si mostrasse idonea ad esplicare un adeguato effetto deterrente; b) gli agenti non fossero stati sospesi dal servizio, ma solo trasferiti; c) a oltre tre anni di distanza dall'instaurazione del procedimento amministrativo per ottenere il risarcimento del danno subito, non fosse stata ancora celebrata alcuna udienza⁸⁶.

⁸⁵ Corte EDU, sent. 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1294; (grande camera) sent. 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1311.

⁸⁶ La Corte non ha, invece, preso posizione sulla questione della inutilizzabilità delle prove estorte sotto minaccia di tortura, non ritenendolo necessario ai fini del giudizio sul caso di specie, in cui la condanna del ricorrente si fondava non sulle prove materiali viziate, ma sulle confessioni rese dall'imputato in dibattimento dopo essere stato informato del diritto a rimanere in silenzio e dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in precedenza (circostanza per cui il giudice di Strasburgo hanno ritenuto insussistente la violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 Cedu, da Gäfgen lamentata unitamente a quella dell'art. 3 Cedu). Pur ribadendo che, in linea di principio, le condizioni necessarie a garantire alla vittima di una violazione dell'art. 3 Cedu un'adeguata riparazione ai sensi dell'art. 41 della Convenzione siano il compimento di un'indagine effettiva che conduca all'individuazione e alla punizione dei responsabili, e la possibilità di chiedere e ottenere una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale subito, la Corte ha tuttavia ammesso che, in talune circostanze, si possa e debba individuarne una ulteriore, consistente appunto nell'inutilizzabilità delle prove ottenute in violazione dell'art. 3 Cedu (senza però precisare quando ciò può accadere, a parte l'ipotesi in cui le prove siano state estorte sotto tortura).

Sulla stessa scia si colloca, ancor più di recente, la sentenza *Darraj c. Francia*⁸⁷.

Il ricorrente, portato in caserma per l'identificazione dopo essere risultato sprovvisto di documenti, al rifiuto di essere ammanettato era stato malmenato e insultato dagli agenti, e aveva riportato lividi su tutto il corpo, ferite sul viso e sul collo e una frattura al testicolo destro per cui aveva dovuto essere operato d'urgenza. I poliziotti erano stati condannati in primo grado a quattro e otto mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, rideterminata in secondo grado in 800 euro di ammenda: la Corte, chiamata a valutare, anche in questo caso, se il ricorrente potesse ancora proclamarsi "vittima" di una violazione della Convenzione ai sensi dell'art. 34 Cedu, ha ritenuto che la pena ad essa inflitta fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto e non esplicasse pertanto un adeguato effetto deterrente⁸⁸.

Con la precisazione di cui al § 49 – "*même si on la situe dans la pratique de l'Etat défendeur en matière de condamnation*" – il giudice europeo sembra peraltro aver voluto affermare, in tale occasione, il principio per cui la valutazione sulla proporzione della pena inflitta va effettuata senza tener conto della prassi in materia di *sentencing* affermatasi nel singolo Stato convenuto, e dunque in termini assoluti (e non relativi).

Nella sentenza *Cığırhun Öner c. Turchia*⁸⁹ del novembre 2010, ancora, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 Cedu in ragione dell'ineffettività della risposta sanzionatoria approntata dalle autorità giurisdizionali interne (valutando dunque il profilo dell'efficacia deterrente della pena inflitta nel corso dell'esame della vicenda nel merito).

Nel caso di specie il ricorrente, all'epoca dei fatti dodicenne, veniva fermato da due poliziotti per essere identificato ed, essendosi rifiutato di fornire agli agenti le proprie generalità, veniva condotto in caserma: uno dei poliziotti ordinava all'altro di colpirlo al viso, provocandogli un ematoma sopra lo zigomo destro e un'iperemia all'occhio destro. Nei confronti degli agenti veniva instaurato un procedimento penale, in esito al quale l'agente che aveva colpito il ricorrente veniva condannato in primo grado alla pena di tre anni di reclusione, condizionalmente sospesa, mentre l'altro veniva assolto. In secondo grado, invece, anche quest'ultimo veniva condannato a una pena di tre anni di reclusione – ridotti per buona condotta processuale a dispetto del fatto che non avesse mai partecipato alle udienze –, anch'essa condizionalmente sospesa.

Sul profilo dell'utilizzabilità delle prove estorte attraverso il ricorso alla tortura, cfr. anche la sentenza *Soyhan c. Turchia* del 6 ottobre 2009 (ric. n. 4341/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 299, in cui la Corte, pur ritenendo il ricorso irricevibile perché tardivo nella parte relativa alla violazione dell'art. 3 CEDU, ha riscontrato una violazione degli artt. 6 § 1 e 3 CEDU, perché i giudici nazionali non hanno compiuto la valutazione sull'ammissibilità delle suddette prove prima di esaminare il merito della vicenda.

⁸⁷ Sent. 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia* (ric. n. 34588/07).

⁸⁸ Altri elementi sui quali si è fondato il giudizio di inadeguatezza della reazione approntata dallo Stato francese in questa occasione sono stati, da un lato, la mancata irrogazione di sanzioni disciplinari agli agenti di polizia coinvolti, e, dall'altro, la corresponsione al ricorrente di una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale pari a un terzo di quelle in genere riconosciute dalla Corte in casi analoghi (5000 euro a fronte dei 15000 in genere liquidati a Strasburgo in situazioni simili).

⁸⁹ Sent. 23 novembre 2010, *Cığırhun Öner c. Turchia* (ric. n. 2858/07).

Non può non menzionarsi, infine, la sentenza *Valeriu e Nicolae Roșca c. Moldavia*⁹⁰ dell'ottobre 2009, in cui la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 CEDU in ragione del fatto che gli agenti di polizia responsabili dei maltrattamenti subiti in carcere dai ricorrenti erano sì stati condannati dai giudici nazionali, ma a titolo di abuso di potere e non di tortura, come pure il diritto interno avrebbe consentito di fare. La circostanza che fosse stata irrogata la pena minima e che questa fosse stata sospesa ha certamente assunto un peso rilevante nella decisione, dalla quale pare, tuttavia, di poter trarre il principio per cui la fattispecie astratta sotto la quale va sussunta la condotta contraria all'art. 3 CEDU dev'essere specifica e corredata di un apparato sanzionatorio idoneo a reprimere adeguatamente il fatto di reato.

È peraltro verosimile che, pronunciandosi sulle asserite violazioni dell'art. 3 CEDU in relazione ai fatti del G8 di Genova del 2001, la Corte possa, in un futuro più o meno prossimo, affermare un obbligo di criminalizzazione in termini positivi – proprio come ha fatto nelle sentenze *Siliadin*⁹¹ e *Rantsev*⁹² in tema di art. 4 CEDU – in relazione

⁹⁰ Corte EDU, sent. 20 ottobre 2009, *Valeriu e Nicolae Roșca c. Moldavia* (ric. n. 41704/02).

⁹¹ Corte EDU, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*.

In quell'occasione, la seconda sezione ha condannato la Francia per la mancata previsione di una norma che incriminasse espressamente le condotte vietate dalla norma suddetta. La sentenza è ancora più significativa se si considera che la legislazione francese in vigore all'epoca dei fatti prevedeva, agli artt. 225-13 e 225-14 c.p., norme incriminatrici che, sia pur con qualche forzatura, consentivano di reprimere le condotte poste in essere dagli autori materiali della violazione (una coppia di cittadini francesi che per anni avevano tenuto in stato di servitù domestica una ragazza togolese di quindici anni e sette mesi, facendola lavorare senza sosta per quindici ore al giorno senza mai concederle una giornata di riposo, senza retribuzione, senza regolarizzare la sua situazione amministrativa e senza permettere la sua scolarizzazione). Si trattava tuttavia – come la Corte non ha mancato di rilevare – di fattispecie volte a prevenire lo sfruttamento del lavoro e l'assoggettamento a condizioni di vita e lavoro contrarie alla dignità umana, che presentavano parametri così incerti da consentire interpretazioni diverse da tribunale a tribunale e che, soprattutto, non erano corredate da sanzioni proporzionate alla gravità del fatto: il che era stato già stigmatizzato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella Raccomandazione 1523 (2001), che per vero si doleva del fatto che nessuno degli Stati membri del Consiglio d'Europa – e dunque non solo la Francia – avesse introdotto nel proprio ordinamento penale il reato di schiavitù domestica.

L'iter motivazionale seguito dalla Corte ruota attorno a due argomenti:

a) ribadito il carattere di valore fondamentale, insuscettibile di deroga, della garanzia prevista dall'art. 4 CEDU, i giudici di Strasburgo rilevano anzitutto come gli obblighi positivi discendenti da tale norma comprendano quello di criminalizzare e perseguire penalmente in maniera efficace le condotte volte a mantenere una persona in una forma (più o meno larvata) di schiavitù: «*the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties*» – si legge al § 148 – *correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies*»;

b) adottando una prospettiva “vittimocentrica”, i membri del collegio sottolineano poi come – alla luce del quadro normativo vigente e della concreta applicazione giurisprudenziale delle norme – la vittima della violazione non avesse potuto veder condannati in sede penale gli autori della condotta vietata dall'art. 4 CEDU (ma il testo inglese del § 145 – «*The Court observes that, in the instant case, the applicant, who was subjected to treatment contrary to Article 4 and held in servitude, was not able to see those responsible for the wrongdoing convicted under the criminal law*» – è ancor più pregnante, dal momento che il verbo *convict* significa tanto “condannare, giudicare colpevole” quanto “condannare a pena detentiva”).

alla mancanza, questa volta nell'ordinamento italiano, di una norma incriminatrice della tortura, rilevando una violazione strutturale dell'art. 3 CEDU (che, se possibile, sancisce un diritto ancor più fondamentale del diritto di non essere sottoposti a schiavitù).

In un'ottica di sintesi delle pronunce analizzate nel presente paragrafo, pare opportuno mettere adeguatamente in luce come, nella maggior parte dei casi, il giudice europeo compia le suddette valutazioni sulla congruità della pena rispetto alla gravità del fatto pronunciandosi sull'eccezione, sollevata dal Governo dello Stato convenuto, secondo cui il ricorrente non potrebbe più proclamarsi "vittima" di una violazione ai sensi dell'art. 34 CEDU (essendo, appunto, intervenuta a livello interno una pronuncia di condanna in sede penale)⁹²: alla luce del principio di sussidiarietà, tale questione è infatti strettamente connessa, da un lato, al compimento di un'indagine effettiva che conduca all'individuazione e alla punizione dei responsabili e, dall'altro, alla entità della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno.

In relazione a questo secondo profilo, è peraltro opportuno ribadire che quando vengono in rilievo violazioni dolose degli artt. 2, 3 e 4 CEDU la *restituito in integrum* del ricorrente non può risolversi nella corresponsione a quest'ultimo di una somma di denaro a titolo di risarcimento, per quanto cospicua essa possa essere: la congruità del risarcimento è dunque condizione necessaria, ma non sufficiente (coerentemente con la natura di forma minima di tutela insita nello strumento risarcitorio) perché lo Stato convenuto possa affermare di aver reagito in modo adeguato alla violazione della norma convenzionale (con ciò precludendo, in forza del principio di sussidiarietà, l'intervento della Corte europea).

Nella prospettiva della Corte EDU la sanzione penale è, dunque, l'unica ritenuta in grado di rendere i *core rights* sanciti dalla CEDU non teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi.

Accanto alla funzione di prevenzione generale primariamente attribuitale, la pena svolge, tuttavia, anche una funzione *lato sensu* soddisfattoria nei confronti del soggetto passivo del reato, che – sembra dire la Corte – vanta una pretesa legittima a che lo Stato in tutte le sue articolazioni eserciti lo *jus puniendi*, in prima battuta criminalizzando le condotte poste in essere in violazione di quel diritto e in seconda battuta dandovi concretamente applicazione.

È bene rilevare, peraltro, come le sollecitazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo riguardino non solo l'*an*, ma anche il *quantum* di pena. Non basta, dunque, una tutela penale purchessia, o – se si vuole – l'utilizzo in chiave meramente simbolica degli strumenti penalistici: il legislatore nazionale è tenuto "a fare sul serio" con il diritto penale, corredando la fattispecie di una cornice edittale adeguata ad esercitare

⁹² Corte EDU, sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia* (ric. n. 25965/04), ha poi avuto modo di riaffermare il suddetto obbligo di criminalizzazione in termini positivi – *sempre* in riferimento all'art. 4 CEDU – ma in relazione, questa volta, al traffico di esseri umani.

⁹³ Cfr. per tutte la già menzionata sent. 20 dicembre 2007, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* (ric. n. 7888/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 345.

realmente l'effetto di deterrenza (e nel medio e lungo periodo di orientamento culturale) che da essa ci si attende.

L'adeguatezza del quadro normativo rispetto agli standard di protezione dei diritti e delle libertà convenzionali (e in particolare di quelle sancite dagli artt. 2, 3, 4 Cedu) costituisce, infatti, il presupposto perché la tutela giurisdizionale approntata a livello interno possa dirsi in linea con la Convenzione e superare, pertanto, il vaglio della Corte (chiamata a pronunciarsi sulle asserite violazioni dei diritti umani solo nel caso in cui le autorità nazionali non si siano mostrate in grado di farlo). Laddove, viceversa, manchi, nell'ordinamento interno, una normativa idonea a "intercettare" le condotte vietate dalle suddette norme e a sanzionarle in modo adeguato, difficilmente le pronunce rese dai giudici interni potranno portare all'irrogazione di pene congrue e proporzionate al fatto di reato, come richiede invece il giudice europeo.

4.3. *Uno sguardo d'insieme.*

In un'ottica di sintesi, le fonti che abbiamo rapidamente passato in rassegna convergono nell'affermare un preciso obbligo di criminalizzazione della tortura e delle fattispecie ad essa assimilabili; obbligo che si declina tanto in termini positivi (*sub specie* di richiesta di penalizzazione delle suddette condotte) quanto in termini negativi (*sub specie* di divieto di applicazione di "norme penali di favore" che indebitamente restringano l'area del penalmente rilevante).

Quasi tutti i suddetti strumenti chiariscono inoltre espressamente – vale la pena di sottolinearlo – che lo standard di tutela da essi delineato rappresenta *solo uno* standard *minimo*, senz'altro suscettibile di essere innalzato dal legislatore nazionale attraverso l'introduzione di norme incriminatrici che abbiano un ambito di applicazione più ampio: il legislatore nazionale certamente potrà, in altre parole, discostarsi dalla fattispecie di criminalizzazione previste da questo o quell'atto di diritto internazionale pattizio, ad esempio introducendo un reato a dolo generico invece che a dolo specifico, o un reato comune invece di un reato proprio, o ancora ampliando l'elenco delle condotte suscettibili di essere inquadrare nell'ambito del tipo legale "tortura".

Anche nei casi in cui il riferimento allo *standard* minimo di tutela manchi, d'altra parte, varranno pur sempre considerazioni analoghe, posto che ciò che rileva dal punto di vista del diritto internazionale è unicamente che venga data attuazione agli obblighi di criminalizzazione da esso sanciti: non potrà certo considerarsi inadempiente, dunque, il legislatore nazionale che – facendo addirittura più di quel che è richiesto dalle fonti sovranazionali – descriva una norma strutturata in modo tale da offrire all'interesse protetto una tutela ancor più elevata.

5. La concreta conformazione del delitto di tortura: riflessioni *de iure condendo*.

Analizzati le lacune e i profili di criticità delle fattispecie che, *de iure condito*, sono chiamate a “coprire” l’ambito di applicazione di un’ipotetica norma incriminatrice della tortura, e verificato il contenuto degli obblighi di penalizzazione che discendono dalla nostra Costituzione e dalle fonti sovranazionali, abbiamo dunque tutti gli elementi per sviluppare la nostra riflessione sulla concreta conformazione della suddetta fattispecie.

5.1. La collocazione della norma: nel codice penale militare di pace, in una ipotetica legge di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale o nel codice penale?

Una prima questione da sciogliere attiene alla collocazione dell’introducendo reato di tortura.

Tre sembrano essere le principali alternative: nel codice penale militare di pace⁹⁴, in una ipotetica legge di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale⁹⁵ o all’interno del codice penale.

Quasi tutti i disegni di legge presentati nelle due ultime legislature hanno, invero, optato per l’inserimento della fattispecie di tortura all’interno del titolo XII del codice penale, nel capo I (all’art. 593 *bis*) o nella sezione III del capo III (all’art. 613 *bis*). Anche il d.d.l. approvato alla Camera e attualmente in discussione al Senato cui si è fatto riferimento in incipit ha fatto propria questa scelta, configurando un nuovo art. 613 *bis* c.p. (e, come vedremo, un nuovo art. 613 *ter* c.p., che punisce il delitto di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura).

È questa – ci pare – la soluzione di gran lunga preferibile, poiché, da un lato, la tortura non è necessariamente un reato militare⁹⁶ e, dall’altro, la casistica giurisprudenziale e la cronaca mostrano come tale odioso fenomeno sia purtroppo diffuso anche nei contesti più ordinari (dalle carceri, alle abitazioni domestiche, alle caserme), senza dunque che, nella maggior parte dei casi, ricorra quel *contest element* che fa della tortura, a determinate condizioni, un crimine di diritto internazionale (*sub specie* di genocidio, crimine contro l’umanità o crimine di guerra).

L’introduzione di una nuova fattispecie all’interno del codice penale consentirebbe peraltro di ottemperare, al tempo stesso, anche all’obbligo implicito di criminalizzazione che discende dallo Statuto CPI, senza precludere però la possibilità di applicare l’*introducenda* norma anche al di fuori dei contesti “macro”.

⁹⁴ In questo senso, nella XVI legislatura, il d.d.l. n. S 335, inteso a conferire al Governo la delega per l’adozione di un nuovo codice penale militare di pace.

⁹⁵ Così, sempre nella XVI legislatura, il d.d.l. n. S 1112, contenente disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale.

⁹⁶ Secondo il dettato dell’art. 103 co. 3 Cost., e in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 492 del 1992.

Nulla vieterebbe al legislatore nazionale di delineare, nondimeno, una norma *ad hoc* per la tortura come microfattispecie dei crimini di diritto internazionale che abbiamo poc'anzi elencato, magari nell'ambito di un intervento di più ampio respiro (sul modello del codice di diritto internazionale penale adottato in Germania nel 2002).

5.2. La sistematizzazione della norma all'interno del codice penale: brevi riflessioni sul bene giuridico tutelato in via primaria.

Una volta sciolta l'alternativa in favore della collocazione della norma nel codice penale, rimane tuttavia da risolvere l'ulteriore problema dell'ubicazione della stessa all'interno di quest'ultimo; il che, come è ovvio, dipende dall'individuazione del bene giuridico primariamente offeso dagli atti di tortura e da quelli ad essi assimilabili.

Se non è seriamente dubitabile che la fattispecie sia plurioffensiva – poiché, per limitarci ai beni afferenti alla persona (che peraltro, come vedremo, non esauriscono il quadro degli interessi che essa tutela) essa viola l'incolumità fisio-psichica, la dignità e la libertà morale della vittima – non così immediato è individuare, invece, l'interesse che essa primariamente protegge e che ne determina la collocazione.

I disegni di legge oscillano tra l'integrità fisica e la libertà di autodeterminazione e, conseguentemente, tra l'introduzione del reato all'art. 593 bis c.p. (nel capo dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale) o invece all'art. 613 bis c.p. (nel capo dei delitti contro la libertà morale)⁹⁷.

Poiché – come si evince anche dai numerosi strumenti internazionali *ad hoc* – ciò che ripugna della tortura non è tanto la coartazione della libertà morale, quanto piuttosto l'intensità della sofferenza che essa comporta, dal momento che «anche quando è volta a spezzare la resistenza fisio-psichica della vittima, quel che spaventa è la sua capacità di raggiungere quel risultato tramite il dolore, non il fatto che effettivamente lo raggiunga»⁹⁸, l'inquadramento della fattispecie tra i delitti contro l'incolumità individuale sia più corretto.

Certo, anche la lesione della libertà morale ha un suo peso specifico, tutt'altro che inconsistente: si pensi al caso in cui il torturato, innocente, confessi un crimine che non ha commesso e per il quale non esistono prove contro di lui, e si trovi di conseguenza a scontare una pena ingiusta; o – come accadeva sistematicamente a Bolzaneto – venga costretto a denigrare pubblicamente il proprio credo politico o le proprie idee, invise ai suoi torturatori.

⁹⁷ Secondo G. ZACCHERONI, *La tortura: profili di diritto internazionale*, cit., da questa scelta di fondo discendono conseguenze importanti anche in tema di dolo specifico: «se [la libertà morale] è il bene giuridico che il legislatore intende proteggere con la norma, il dolo specifico è necessario ad anticipare la soglia di rilevanza penale, rendendo vietata non solo la condotta che comporti (nesso di causalità) una confessione, punizione o discriminazione (evento), ma anche la condotta che sia attuata perseguendo (e non necessariamente conseguendo) quello scopo».

⁹⁸ Così, in modo sintetico ed efficace, G. ZACCHERONI, *La tortura: profili di diritto internazionale*, cit.

Poiché, tuttavia, l'integrità psico-fisica è un bene di rango più elevato della libertà morale e – come si è detto – l'offesa alla libertà di autodeterminazione non è il *quid proprium* del delitto di tortura, è più logico che sia la prima a determinare la collocazione della norma.

5.3. Il soggetto attivo: la tortura come reato comune o come reato proprio?

Ben dieci dei diciannove disegni di legge presentati nel corso della XV e della XVI legislatura configurano il reato di tortura come reato proprio, identificando il soggetto attivo nel pubblico ufficiale e nell'incaricato di pubblico servizio, anche nel caso in cui lo stesso agisca per interposta persona (istigando altri alla commissione del fatto, sottraendosi volontariamente all'impedimento dello stesso o acconsentendovi tacitamente)⁹⁹.

All'opposto, il d.d.l. in discussione al Senato contempla una fattispecie comune, punendo con la reclusione da tre a dieci anni *“chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagion(i) acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa”*.

Quel che qui più interessa è verificare se la delimitazione dell'ambito di applicazione della norma alle sole condotte poste in essere dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio *a)* sia rispettosa degli obblighi internazionali – di tutti gli obblighi internazionali – e, prima ancora, *b)* se la stessa determini o meno pericolosi vuoti di tutela.

A favore della configurazione della tortura come reato proprio sembrerebbero apparentemente militare tre diversi argomenti:

1) in primo luogo, la nozione di tortura che si è storicamente affermata in Europa dal XVI al XVIII secolo, come inflizione deliberata ma legittima di sofferenze fisiche e morali *da parte di funzionari dello Stato* (nella duplice funzione di pena o mezzo di ricerca della prova)¹⁰⁰;

2) in secondo luogo, la definizione di tortura fatta propria dall'art. 1 della Convenzione ONU del 1984, che richiede che autore della condotta sia «un funzionario pubblico o (...) qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito»;

3) in terzo luogo, la preoccupazione che, nel caso di configurazione del delitto di tortura come reato comune, «sarebbe marginalizzata, se non azzerata, la specificità

⁹⁹ Torneremo più oltre su quest'ultimo punto, quando ci soffermeremo sull'opportunità dell'introduzione di una qualche forma di *superior responsibility*.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, le belle pagine di G. P. MASSETTO, *La tortura giudiziaria nella dottrina lombarda dei secoli XVI-XVIII*, in A. PADOA SCHIOPPA-G. DI RENZO VILLATA-G. P. MASSETTO (a cura di), *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, 2003, tomo II, pp. 1401 ss.

del disvalore della tortura»¹⁰¹ e l'applicazione pratica della norma potrebbe addirittura «tracimare nella irrazionalità e nel paradosso»¹⁰².

Non si tratta tuttavia – almeno a nostro avviso – di argomenti insuperabili.

In primo luogo, è piuttosto agevole rilevare come alla nozione di tortura poc'anzi espressa se ne sia gradualmente affiancata un'altra – che potremmo definire estensiva – per la quale né la qualità del soggetto attivo né la finalità alla quale è preordinata l'infrazione della sofferenza assumono un peso cruciale.

Quanto alla definizione di tortura adottata dall'art. 1 della Convenzione ONU del 1984, è necessario sbarazzarsi dalla convinzione erronea che le disposizioni internazionali che contemplano obblighi di criminalizzazione vadano lette – con le lenti che il penalista è senz'altro più avvezzo ad utilizzare – come altrettante norme incriminatrici, da trasporre *tout court* nell'ordinamento interno: come abbiamo già messo in luce, l'art. 1 § 2 chiarisce, infatti, che la Convenzione si preoccupa di dettare esclusivamente uno *standard* minimo di tutela, che ben può essere innalzato dal legislatore nazionale ampliando l'ambito di applicazione della norma introdotta in ottemperanza all'*input* di penalizzazione di fonte sovranazionale.

Altri strumenti di diritto internazionale pattizio – come la Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965 e la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna del 1993 – richiedono, d'altronde, che la proibizione della tortura sia garantita anche nei rapporti orizzontali; e nello stesso senso si muove la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di art. 3 Cedu, che da tempo ha realizzato una piena equiparazione tra gli atti di tortura e i trattamenti inumani e degradanti posti in essere da *State agents* e quelli perpetrati da comuni cittadini (ferma in ogni caso la necessità del superamento di una soglia minima di gravità).

È opportuno, dunque, che il legislatore introduca una fattispecie idonea a recepire *tutti* gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione della tortura e delle fattispecie ad essa assimilate che si è assunto con la ratifica degli strumenti che abbiamo elencato in precedenza, e che parimenti tenga conto degli orientamenti della Corte EDU (particolarmente rilevanti, alla luce della giurisprudenza “di apertura” inaugurata dalla Corte costituzionale italiana con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007).

In merito, infine, alla temuta “banalizzazione” del concetto di tortura e all'inconcepibile estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie a fatti che non dovrebbero rientrarvi, è d'obbligo rilevare, da un lato, come la prassi giurisprudenziale nazionale e sovranazionale registri episodi in cui il soggetto attivo era un privato che pure si lasciano pacificamente inquadrare nel tipo legale “tortura” (basti pensare all'orribile vicenda di cui è stato teatro l'istituto penitenziario minorile di Nisida, cui

¹⁰¹ Così sintetizza pregevolmente la *Relazione della II Commissione permanente (Giustizia) sui d.d.l. n. S 324, S 789, S 895, S 954 e S 1216*, Relatore Bucicco, comunicata alla Presidenza del Senato il 24 settembre 2007.

¹⁰² *Ibidem*. Come esempio della fondatezza di un simile rischio, il relatore paventa che la (non meglio precisata) condotta dei genitori che tentino di ottenere dal figlio tossicomane il nome dello spacciatore da cui si rifornisce possa essere sussunta nella fattispecie della tortura invece che in quella dei maltrattamenti in famiglia.

abbiamo fatto cenno nell'introduzione) e, dall'altro, come le esigenze di delimitazione dell'ambito applicativo dell'*introducenda* norma incriminatrice possano essere più efficacemente realizzate attraverso la contemporanea previsione di una fattispecie *ad hoc* per i casi di minore gravità e la tipizzazione di un elemento soggettivo particolarmente ricco; profili, questi, tra i quali ritorneremo in maniera più approfondita nel prosieguo della trattazione.

Optare per la configurazione della tortura come reato comune non significa – si badi – voler equiparare quanto a trattamento sanzionatorio gli atti perpetrati dal *quisque de populo* e quelli posti in essere da soggetti che agiscono in veste ufficiale: è evidente, infatti, che nel secondo caso vengono lesi anche beni giuridici che trascendono la sfera individuale (primi fra tutti, la legalità dell'operato dei pubblici poteri e la stessa fiducia dei cittadini nelle istituzioni e nello Stato di diritto) e che il disvalore della condotta è sensibilmente maggiore dal momento che gli autori del reato sono proprio coloro che avevano il compito di proteggere l'integrità fisio-psichica dei consociati (siano essi appartenenti alle forze dell'ordine o medici che operano all'interno delle strutture carcerarie, per limitarci ai casi più frequenti).

Questa doverosa differenziazione in merito al *quantum* di pena potrebbe, tuttavia, essere demandata ad un'aggravante *ad hoc* per i fatti commessi da pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, esplicitamente sottratta – come vedremo più oltre – al giudizio di bilanciamento.

5.4. La condotta.

5.4.1. (Segue): la tortura come reato a forma libera o a forma vincolata?

Passando ad analizzare i problemi che – sempre nell'ambito della tipizzazione dell'elemento oggettivo – attengono più specificamente alla condotta, occorre anzitutto affrontare il nodo sull'opportunità di configurare la fattispecie di tortura come reato a forma libera (e dunque rinunciando alla tipizzazione delle modalità dell'azione) o non piuttosto come reato a forma vincolata¹⁰³, prescrivendo ad esempio come necessaria l'inflizione di sofferenze o la minaccia di inflizione di sofferenze, o ancor più genericamente adottando la formulazione “con violenza o minaccia” che ricorre in molte delle fattispecie codicistiche tradizionali¹⁰⁴.

¹⁰³ Descrive ad esempio il delitto di tortura come reato a forma vincolata, nell'ambito di quelli presentati nella XVI legislatura, il d.d.l. n. C 1508, che richiede l'utilizzo di violenza fisica o morale. Si tratta dei disegni di legge n. S 1216, C 857, C 1838, S 264, S 1596, S 1884.

¹⁰⁴ La questione – come si vedrà più oltre – è strettamente intrecciata, da un lato, a quella della individuazione di più fattispecie in progressione scalare o, invece, di un unico reato di “tortura”, comprensivo anche dei casi di minore gravità; e, dall'altro, a quella della possibile inclusione tra i soggetti attivi del reato di quanti non rivestono la qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, che abbiamo affrontato nel paragrafo precedente. È evidente, anzitutto, che il requisito della necessaria

Il disegno di legge di recente approvato al Senato richiede, in alternativa, che vengano poste in essere: a) violenze gravi; b) minacce gravi; c) trattamenti inumani; o d) trattamenti degradanti la dignità umana.

Giova sgombrare subito il campo da un equivoco: le fonti sovranazionali di matrice normativa e giurisprudenziale cui si è dato ampiamente rilievo nella parte introduttiva del presente lavoro fissano una netta linea di demarcazione tra il concetto di “tortura”, da un lato, e di “trattamenti inumani o degradanti”, dall’altro, ponendo i tre *mistreatments* in rapporto di progressione scalare.

Poiché, dunque, i “trattamenti inumani o degradanti” sono, al tempo stesso, un *aliud* e un *minus* rispetto alla “tortura”, appare poco condivisibile, alla luce degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione già richiamati, la scelta di introdurre tali concetti in una norma incriminatrice *ad hoc*, facendoli peraltro assurgere ad una delle modalità alternative di realizzazione della condotta. E ciò tanto più per il fatto che i trattamenti inumani o degradanti, a differenza della tortura, non sono incompatibili con l’agire colposo o addirittura incolpevole.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, ad esempio, è stato frequentemente ricondotto nell’alveo dei trattamenti inumani o degradanti il problema del sovraffollamento carcerario, per il quale, da ultimo, il nostro Paese è stato condannato nella celebre sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* dell’8 gennaio 2013¹⁰⁵.

Secondo l’attuale formulazione del disegno di legge in discussione al Senato, di conseguenza, la punibilità del direttore di qualunque istituto di pena in cui lo spazio fisico a disposizione del singolo detenuto sia inferiore a tre metri quadri potrebbe forse essere esclusa – con tutte le incertezze applicative legate alla figura del dolo eventuale – solo sul piano dell’elemento soggettivo: non è, infatti, seriamente dubitabile che la convivenza con persone estranee in un ambiente così angusto (e spesso fatiscente, oltre i limiti del decoro) produca “acute sofferenze fisiche o psichiche”. Ma si tratterebbe, ovviamente, di un risultato inaccettabile, posto che tale condotta esula dal tipo legale “tortura”, e dunque dovrebbe rimanere estranea all’ambito di applicazione del nuovo art. 613 *bis* c.p. già sotto il profilo dell’elemento materiale.

D’altra parte, il ricorso ai concetti di trattamenti inumani o degradanti non avrebbe alcuna reale capacità selettiva: le relative nozioni sono infatti assai più “sfumate” di quella di tortura¹⁰⁶, e non sembrano attenersi al canone di precisione che,

sussistenza di «violenze o minacce gravi» previsto in alcuni dei disegni di legge più recenti sia volto ad espungere dall’ambito di applicazione della nuova fattispecie di “tortura” i casi meno gravi, vuoi per la minore carica offensiva del mezzo utilizzato, vuoi per il fatto che il torturatore non agiva in qualità di *State agent*.

¹⁰⁵ La sentenza è accessibile, in lingua italiana, sul sito del Ministero della Giustizia, al seguente link: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?previousPage=mg_16_1&contentId=SDU810042.

¹⁰⁶ Secondo l’elaborazione dottrinale, nell’ipotesi di pene/trattamenti *degradanti* verrebbero in rilievo essenzialmente *elementi di natura emotiva* (in particolare, l’umiliazione della vittima), mentre la nozione di pene/trattamenti *inumani* coprirebbe le condotte che si caratterizzano per una *sofferenza* fisica o psicologica di particolare intensità (che non deve necessariamente essere sorretta dall’intenzione degli autori della stessa). Il diritto vivente di Strasburgo consente, tuttavia, di attribuire ai suddetti criteri una validità solo tendenziale, dal momento che il confine fra trattamenti inumani e trattamenti degradanti si mostra

sulla scorta del principio costituzionale sancito dall'art. 25 co. 2 Cost., deve necessariamente caratterizzare le norme penali. Non pare, dunque, che rinunciarvi avrebbe effetti negativi in termini di tipizzazione della fattispecie.

Problematico (anche e soprattutto in relazione al profilo dell'abitudine, di cui si tratterà più oltre) il riferimento alle violenze o alle minacce gravi, che sembra per vero un tentativo piuttosto maldestro di "imbrigliare" il tipo legale "tortura" nella struttura dei reati a forma vincolata. Posto che, a ben guardare, tali termini sono sprovvisti di una reale capacità selettiva – affidata, invece, ad altri requisiti di fattispecie, sia sotto il versante oggettivo che sotto il versante soggettivo – parrebbe assai più opportuno rinunciarvi.

Va da sé, ovviamente, che l'eventuale reiterazione della condotta potrebbe avere conseguenze anche significative in punto di commisurazione della pena, sulla scorta dei criteri di cui all'art. 133 co. 1 n. 1) c.p.

5.4.2. (Segue) La necessità di un riferimento espresso all'omissione.

Un secondo aspetto problematico attiene alla necessità o meno di un riferimento espresso alla condotta omissiva.

La definizione di tortura fornita dall'art. 1 della Convenzione ONU del 1984 fa riferimento all'infliczione di sofferenze operata «con qualsiasi atto», e lo stesso fanno la metà delle proposte presentate in Parlamento dal 2006 ad oggi.

Come già abbiamo avuto modo di rilevare, nondimeno, la pedissequa riproposizione di quella definizione è azzardata, poiché si tratta di norme – l'una una disposizione di diritto internazionale pattizio, l'altra una fattispecie incriminatrice di fonte squisitamente nazionale – che rispondono a logiche del tutto diverse e soggiacciono a standard senza dubbio differenti in punto di precisione.

In breve: mentre la norma sovranazionale può "permettersi il lusso" di una descrizione meno rigorosa del precetto penale, giacché dalla stessa non discende alcun effetto diretto pregiudizievole per gli individui, la fattispecie penale interna deve individuare con la massima precisione possibile gli elementi costitutivi del reato, nella consapevolezza che eventuali vuoti di tutela non potranno essere colmati in sede applicativa attraverso il ricorso al procedimento analogico.

Se, dunque, è certamente vero che l'interpretazione dell'art. 1 della Convenzione ONU pacificamente intende la definizione di tortura dettata da tale norma come comprensiva delle sofferenze procurate tramite omissioni (quali ad esempio la privazione del cibo e dell'acqua), un simile orientamento non potrebbe affermarsi per un'ipotetica norma incriminatrice che non contenesse un esplicito richiamo alla condotta omissiva, pena la violazione del principio di tassatività.

nell'applicazione pratica alquanto *incerto*, e sono assai frequenti le pronunce in cui la Corte utilizza l'espressione "trattamento inumano e degradante" quasi si trattasse di un'endiadi.

L'operatività della clausola generale di estensione della punibilità di cui all'art. 40 cpv. c.p., d'altra parte, rimarrebbe pur sempre subordinata alla possibilità di configurare in capo al soggetto attivo una posizione di garanzia; il che invece non sempre accade, specie laddove il torturatore sia un privato cittadino non legato alla vittima da pregressi rapporti di parentela o, più in generale, da vincoli di qualsiasi natura da cui discenda un obbligo giuridico di impedimento dell'evento.

Il riferimento alla condotta omissiva si renderebbe dunque necessario per evitare pericolose lacune (e conseguentemente applicazioni "disinvolute" della norma incriminatrice, in patente violazione del divieto di analogia), che non potrebbero essere colmate neppure attraverso gli ordinari meccanismi di attribuzione della responsabilità omissiva previsti dalla parte generale.

5.4.3. (Segue): la tortura come reato permanente o come reato abituale?

Due tra i disegni di legge quelli presentati nelle due ultime legislature – i d.d.l. n. C 1279 e C 1508 – si prefiggono di attribuire al delitto di tortura carattere permanente attraverso l'utilizzo del verbo "sottoporre" («Chiunque sottopone una persona a tortura mediante violenza fisica o morale», recita ad esempio l'art. 613 bis c.p. nella formulazione del d.d.l. C 1508): il termine – si legge nelle Relazioni di accompagnamento – «rimarcando la natura permanente dell'illecito, segna meglio il confine con i diversi reati di lesione personale, ingiurie e percosse, che hanno natura istantanea».

Non pare, per vero, così scontato che il semplice utilizzo del verbo "sottoporre" valga a conferire alla fattispecie carattere permanente. Certo, si tratterebbe di una soluzione foriera di ricadute positive in tema di prescrizione (profilo, questo, sul quale torneremo più oltre, per sostenere tuttavia – in maniera ancora più radicale – l'imprescrittibilità degli atti di tortura in ossequio agli obblighi internazionali e costituzionali di tutela penale); ma essa non appare scevra da evidenti forzature, perché – come dimostra la giurisprudenza sovranazionale – la tortura è un reato istantaneo, al più ad effetti permanenti.

Analoghe conclusioni devono essere raggiunte per l'eventuale configurazione del delitto di tortura in chiave di reato abituale; lettura, questa, alla quale potrebbe prestarsi anche il disegno di legge attualmente in discussione al Senato, laddove lo stesso richiede l'inflizione di "violenze e minacce gravi", posto che l'uso del plurale non può che riflettere l'intenzione del legislatore di richiedere un *minimum* di reiterazione della condotta, sulla falsariga di quanto avviene nelle fattispecie di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.

Non va dimenticato infatti che, nei contesti di tortura "ordinari" (diversi, per intenderci, dalle situazioni tipo "Guantanamo" o "Bolzaneto"), tutto si svolge in un unico contesto temporale, magari nell'arco di pochi minuti o, al più, di qualche ora; sicché riesce difficile accostare, già su un piano concettuale, il tipo legale "tortura" alle ipotesi paradigmatiche di reato permanente (*in primis*, il delitto di sequestro di persona) o abituale (i già citati delitti di maltrattamenti in famiglia e atti persecutori).

D'altra parte – prendendo spunto dal caso *Gäfgen*, più sopra richiamato – non si vede perché non dovrebbe costituire “tortura” una sola minaccia di applicare corrente elettrica ai genitali, seguita dall'immediata confessione (che rende inutili altre minacce, *a fortiori*, il passaggio all'azione); o perché non dovrebbe rientrare in tale nozione una raffica di pugni o di calci, magari sferrati nell'arco di un solo minuto.

Configurare la fattispecie di “tortura” come reato abituale, in sintesi, restringerebbe notevolmente l'ambito di applicazione della norma, con ciò in gran parte frustrando le ragioni di politica criminale che militano in favore della sua introduzione: un singolo episodio di tortura non varrebbe, infatti, ad integrare il reato, potendosi lo stesso perfezionare «solo con il compimento di una pluralità di atti che devono avere carattere usuale e ripetitivo»¹⁰⁷; il che, invece, raramente accade nella prassi.

Sotto un diverso profilo, eliminare dalla norma incriminatrice della tortura qualsiasi riferimento alla necessità di reiterazione degli atti comporterebbe l'indubbio vantaggio di contribuire a tenerne distinto l'ambito applicativo da quello dei delitti di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori, sulla cui necessità ci si soffermerà più oltre.

5.5. *Il soggetto passivo del reato e i presupposti della condotta.*

A differenza degli altri disegni di legge in discussione nelle ultime legislature, quello approvato alla Camera il 5 marzo 2014 riduce sensibilmente l'ambito applicativo dell'*introducenda* norma incriminatrice della tortura attraverso la delimitazione dei possibili soggetti passivi e la correlativa individuazione di veri e propri presupposti della condotta. L'art. 613 *bis* attualmente in discussione al Senato richiede, infatti, alternativamente, che la vittima di tortura sia:

- a) una persona “privata della libertà personale”;
- b) una persona affidata alla cura, alla custodia, all'autorità, alla potestà o all'assistenza del soggetto agente;
- c) una persona che si trovi “in una condizione di minorata difesa”.

Correlativamente, una norma così congegnata introdurrebbe anche altrettanti presupposti della condotta, ovverosia: a) la preventiva sottoposizione del soggetto passivo a restrizione della libertà personale; b) la sussistenza di una relazione qualificata intercorrente tra l'autore e la vittima di tortura, che vede quest'ultima in posizione *lato sensu* di subordinazione rispetto alla prima; c) la condizione di minorata difesa del soggetto passivo.

Si tratta di una soluzione che ritaglia l'ambito di operatività della norma tenendo conto degli episodi di tortura più di frequente registrati dalla cronaca.

Non vi è dubbio, infatti, che le situazioni nelle quali si rileva un rischio sensibile di sottoposizione a tortura siano quelle in cui il soggetto passivo si trova in condizioni

¹⁰⁷ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2011, p. 227.

lato sensu di detenzione, anche solo temporanea (*in primis*, i provvedimenti precautelari), e che non sono infrequenti le ipotesi in cui tra il torturatore e colui che è sottoposto a tortura vi è una qualche “relazione qualificata”, che vede il secondo in posizione subordinata rispetto al primo: il pensiero corre agli episodi di tortura posti in essere ai danni degli arrestati e dei fermati di Bolzaneto dai medici del pronto soccorso che avrebbero, invece, dovuto offrire loro assistenza sanitaria.

All’esito di una riflessione più approfondita sembra, tuttavia, necessario formulare alcuni *caveat*.

L’unico requisito di fattispecie di cui senza riserve riteniamo opportuna l’introduzione è il riferimento alla *privazione della libertà personale* del soggetto passivo. A questo proposito, sarebbe a nostro avviso di fondamentale importanza precisare, nel testo della norma incriminatrice, l’irrelevanza della previa emanazione di un provvedimento formale di arresto, di fermo, di custodia cautelare, ecc.: come si è evidenziato nel paragrafo introduttivo, infatti, gli abusi più ricorrenti avvengono proprio in occasione dei cd. “piccoli fermi” effettuati dalle forze dell’ordine (nella maggior parte dei casi per sedare un soggetto in apparente stato di alterazione o per procedere alla sua identificazione), senza un preventivo controllo dell’autorità giudiziaria.

Quanto al requisito *sub b)*, siamo dell’idea che la sua introduzione avrebbe come effetto collaterale quello di sovrapporre l’ambito applicativo della norma sulla tortura a quello del delitto di cui all’art. 572 c.p., che come noto – al contrario di quel che farebbe pensare la rubrica – non resta confinato all’ambito familiare, ma si applica anche nei casi in cui il soggetto passivo sia sottoposto all’autorità dell’agente o a lui affidato “*per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia*”. In tale evenienza, la Pubblica Accusa potrebbe contestare, invece della fattispecie di maltrattamenti in famiglia, quella di tortura (punita assai più severamente, e per la cui integrazione sarebbe sufficiente un’unica condotta), anche in relazione a fatti naturalmente destinati a rientrare nella sfera di operatività dell’art. 572 c.p.

Del tutto inopportuno ci sembra, invece, il riferimento alla condizione di “minorata difesa”, all’evidenza ricalcato sull’aggravante di cui all’art. 61 n. 5 c.p.: si tratta a nostro avviso di una formula di oscura interpretazione, non conforme al canone costituzionale di precisione nemmeno sulla scorta della giurisprudenza già formatasi sulla circostanza or ora menzionata. D’altra parte, non sembra che l’introduzione di questa imprecisa previsione valga a colmare vuoti di tutela, perché è piuttosto difficile immaginare situazioni in cui la vittima di tortura si trovi in una (mera) situazione di “minorata difesa” e non sia, al tempo stesso, privata della libertà: si pensi, ad esempio, agli abusi commessi dai giovani detenuti del carcere minorile di Nisida nei confronti del loro compagno di cella.

Un ulteriore effetto collaterale di tale formulazione della norma sarebbe, infine, il suo progressivo, inevitabile avvicinamento al delitto di atti persecutori, con rischi del tutto analoghi a quelli poc’anzi evidenziati in relazione a quello di maltrattamenti in famiglia: un’ulteriore ragione per rinunciarvi, affidando ad altri requisiti di fattispecie il compito di delineare l’ambito applicativo dell’*introducenda* norma incriminatrice.

5.6. L'evento: la necessaria individuazione di una "soglia minima di gravità".

È certamente da condividere l'impostazione adottata dalla maggior parte dei disegni di legge quanto alla necessità di richiedere, ai fini dell'integrazione della fattispecie di tortura, che la sofferenza fisica o morale cagionata al soggetto passivo sia particolarmente intensa.

L'intensità delle sofferenze è infatti connaturata al tipo legale "tortura", e appare conforme alle definizioni contenute negli strumenti di diritto internazionale pattizio e alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale (anche se l'interpretazione evolutiva delle carte dei diritti ha progressivamente determinato un abbassamento della "soglia minima di gravità" che consente di distinguere la tortura *strictu sensu* intesa dalle altre forme di *mistreatments*).

Anche il disegno di legge in discussione al Senato richiede che la condotta, posta in essere con le modalità di cui si è detto poc'anzi, cagioni "*acute sofferenze fisiche o psichiche*" nella vittima. Il ricorso a tale formulazione – o a quella, forse preferibile, di "*sofferenze fisiche o psichiche particolarmente intense*" – pare condivisibile, perché contribuisce a definire l'ambito applicativo della norma (a delineare meglio i confini con le fattispecie di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori).

Il riferimento al concetto di "sofferenza" invece che a quello di "malattia" appare, a nostro avviso, obbligato, poiché, come si è detto, non sempre gli atti di tortura determinano l'insorgere di vere e proprie patologie medicalmente accertabili; e ciò sia in ragione del progressivo raffinamento delle tecniche di tortura, che spesso consentono di non lasciare alcun segno sul corpo della vittima, sia per via della difficoltà di porre in relazione gli eventuali disturbi di carattere psicologico manifestati dalla vittima con l'episodio di tortura denunciato (invece che con la sofferenza connaturata alla condizione di detenzione in cui, nella maggior parte dei casi, la stessa si trova).

Quanto alla previsione di una fattispecie *ad hoc* per i casi di minore gravità, volta a reprimere le condotte inquadrabili, sulla scorta della giurisprudenza internazionale, come trattamenti inumani o degradanti, la stessa si mostra, a nostro avviso, particolarmente problematica per tre distinti ordini di ragioni: in primo luogo, perché la nozione di trattamenti inumani e degradanti presenta contorni poco definiti, e mal si concilia con il principio di precisione in materia penale; in secondo luogo, perché le norme codicistiche esistenti paiono in grado di assicurare una tutela adeguata e proporzionata rispetto ai suddetti *mistreatments*; in terzo luogo, perché l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* comporterebbe rilevanti problemi applicativi in relazione ai suoi rapporti con la norma repressiva della tortura, da un lato, e con le fattispecie di percosse, lesioni, violenza privata, e abuso di autorità contro arrestati e detenuti, dall'altro.

Meglio, dunque, soffermarsi solo sulla nozione di tortura, espungendo anzi dalla relativa fattispecie incriminatrice, come si è detto, qualunque riferimento ai concetti di trattamenti inumani o degradanti.

5.7. L'elemento soggettivo.

5.7.1. (Segue): la necessità del dolo intenzionale.

Un ulteriore elemento forte di tipizzazione, che verrebbe certamente a circoscrivere l'ambito di applicazione della nuova norma alle sole fattispecie concrete che effettivamente rispondono al tipo legale "tortura", è dato dal dolo intenzionale.

Si tratta, per vero, di una soluzione che non è stata praticata dai disegni di legge presentati in Parlamento nelle ultime due legislature, e neppure da quello attualmente in discussione al Senato.

Nondimeno, essa si mostra, al tempo stesso, più aderente al fenomeno nelle sue concrete manifestazioni e maggiormente idonea a tracciare una netta linea di demarcazione tra i fatti suscumbibili sotto la norma incriminatrice *de qua* e quelli inquadrabili, invece, nelle fattispecie ordinarie di lesioni, percosse, ingiuria, minaccia o violenza privata, solo per citare le più rilevanti. È pacifico, infatti, che la tortura consista nell'infliczione *deliberata* di sofferenze fisiche e morali: l'agente può rappresentarsi tale evento come certo, probabile al limite della certezza o soltanto possibile, ma in ciascuna di queste tre evenienze agisce proprio *allo scopo* di realizzarlo; ciò che, invece, non necessariamente accade per i reati che abbiamo ora menzionato, che possono essere tutti commessi con qualsiasi forma di dolo.

L'inserimento di un simile requisito consentirebbe, ad esempio, di escludere con sicurezza dall'ambito di applicazione della norma sulla tortura il già richiamato fenomeno del *sovraffollamento carcerario*¹⁰⁸: un problema gravissimo, che tuttavia non può e non dev'essere all'evidenza affrontato attraverso lo strumento della repressione penale.

5.7.2. (Segue): la tortura come reato a dolo generico o come reato a dolo specifico?

Tutti i disegni di legge presentati nella XV e nella XVI legislatura configurano il reato di tortura come reato a dolo specifico, richiedendo dunque che l'agente persegua un risultato ulteriore, la cui realizzazione è tuttavia irrilevante ai fini della consumazione del reato¹⁰⁹. Più nel dettaglio, essi richiedono che l'agente agisca, alternativamente:

a) al fine «di ottenere segnatamente [dalla vittima] o da una terza persona informazioni o confessioni»;

¹⁰⁸ Che pure può costituire di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU, secondo quanto di recente affermato dalla Corte di Strasburgo. Mi permetto di rinviare sul punto ad [A. COLELLA, La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 1/2011, pp. 237-239.](#)

¹⁰⁹ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2011, p. §

b) «per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale» (o, più genericamente, «per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione»);

c) per «punir[e la vittima] per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso»;

d) allo scopo «di intimidir[e la vittima] o di far pressione su di lei o di una terza persona».

Il riferimento implicito ma lampante è alla definizione di tortura contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU del 1984¹¹⁰, che individua quattro finalità alternative (appunto quelle di ottenere confessioni o informazioni, di punire, di intimidire o far pressione e di discriminare).

La ricca casistica giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, tuttavia, fornisce molti spunti per ritenere che la previsione del dolo specifico verrebbe ad espungere dall'ambito di applicazione della norma le ipotesi – tutt'altro che rare – di inflizione intenzionale di sofferenze fisiche o morali *senza alcun apparente scopo*, per vendetta, per spirito di rivalsa o per puro sadismo. Si pensi, solo per limitarsi ai casi menzionati in incipit, alle tristi vicende avvenute nel carcere minorile di Nisida o agli abusi di cui sarebbe stata teatro la caserma dei Nocs.

Il significato corrente del termine tortura, d'altra parte, oscilla tra due accezioni, una restrittiva e l'altra estensiva: la prima è quella che inquadra il fenomeno come «tormento temporale di varia specie che si infliggeva un tempo legalmente, e che talvolta illegalmente s'infligge ancor oggi, a un imputato o a un testimone, *per ottenere la confessione di un delitto o qualche dichiarazione importante*»¹¹¹; la seconda è quella che lo intende invece come «atto brutale, crudele o qualsiasi forma di grave costrizione praticata su qualcuno per ottenere qualcosa *o solo per sevizia*»¹¹², con ciò ammettendo che possa esservi tortura anche in assenza di un qualsivoglia fine specifico.

Non può che condividersi, dunque, la scelta operata dal legislatore dell'ultimo disegno di legge in discussione al Senato di non fare ricorso al concetto di “dolo specifico” in chiave tipizzante.

¹¹⁰ Questo il testo dell'art. 1: «Ai fini della presente Convenzione, il termine “tortura” indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente 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 aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte 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.

Tale articolo non reca pregiudizio a qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata».

¹¹¹ Così, N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, p. 1915.

¹¹² Ancora N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, p. 1915.

5.8. Il trattamento sanzionatorio: la fissazione della cornice edittale e le circostanze aggravanti.

Abbiamo già detto che uno dei principali aspetti problematici del quadro normativo attuale è la profonda inadeguatezza delle cornici edittali previste per i reati che vengono correntemente applicati *in loco* della fattispecie di tortura; inadeguatezza che si riverbera, poi, sulla determinazione del tempo necessario a prescrivere, che quasi sempre è troppo breve per consentire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità con una sentenza definitiva.

Il trattamento sanzionatorio è dunque uno degli aspetti sui quali il legislatore è chiamato a intervenire per adeguare il nostro ordinamento agli specifici obblighi che promanano dall'art. 2 della Convenzione ONU del 1984 e che, in ambito regionale, discendono dalla sempre più copiosa giurisprudenza della Corte EDU in tema di obblighi procedurali: una pena minima che consenta l'applicazione sistematica di istituti quali la sospensione condizionale o l'affidamento in prova al servizio sociale, ad esempio, limiterebbe sensibilmente l'efficacia generalpreventiva e specialpreventiva dell'introducenda norma, vanificando in gran parte lo scopo dell'intervento legislativo; e, parimenti, non darebbe l'idea di "voler fare sul serio" con l'utilizzo degli strumenti penalistici un legislatore che prevedesse sanzioni tali da non consentire l'applicazione delle misure precautelari e della custodia cautelare in carcere.

Dei venti disegni di legge esaminati, uno fissa una cornice edittale particolarmente ampia, che va da uno a quindici anni di reclusione; due comminano la pena della reclusione da quattro a dodici anni; quattro stabiliscono una pena detentiva compresa tra i tre e i dodici anni di reclusione; ben dodici prevedono la pena della reclusione da quattro a dieci anni; il d.d.l. in discussione alla Camera statuisce la pena della reclusione da tre a dieci anni.

La prima soluzione non persuade, poiché la differenza tra il minimo e il massimo edittale (pari a ben quattordici anni) sarebbe tale da rendere il giudice *legislatore del caso concreto*, in violazione del principio garantistico di legalità della pena¹¹³ e dello stesso principio di separazione dei poteri, e perché la previsione della reclusione inferiore nel minimo a due anni non autorizzerebbe il fermo di indiziato di delitto.

Ma neppure le altre proposte legislative si mostrano convincenti.

Solo l'individuazione di una cornice edittale che va da un minimo di cinque anni di reclusione a un massimo di dieci o dodici, potrebbe, in linea di principio, ritenersi adeguata, poiché – oltre ad apparire proporzionata alla gravità del fatto e al disvalore d'azione – inibirebbe l'operatività dei principali meccanismi di fuga dalla sanzione penale (ovverosia la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al servizio sociale, che può oggi essere concesso anche in caso di condanna a pena detentiva fino a quattro anni).

Per quel che attiene alle circostanze, già si è detto dell'opportunità di prevedere – nel caso in cui il reato venisse configurato come reato comune, come ci sembra

¹¹³ Cfr. sul punto G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., pp. 230 ss.

preferibile – un’aggravante *ad hoc* per il caso in cui il soggetto attivo rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. Aggravante che – nondimeno – per garantire effettivamente una differenziazione del trattamento sanzionatorio, dovrebbe essere così congegnata:

a) in primo luogo, alla stessa dovrebbe ricollegarsi una cornice di pena diversa da quella prevista per il reato base, idonea ad esprimerne per intero il disvalore;

b) in secondo luogo, essa dovrebbe essere necessariamente sottratta al giudizio di bilanciamento, per evitare che la semplice concessione delle attenuanti generiche (sovente concesse di *default* e con il ricorso ad argomentazioni di stile, nonostante le recenti prese di posizione della Suprema Corte¹¹⁴ e la nuova formulazione dell’art. 62 *bis* c.p.) ponga sostanzialmente nel nulla un aggravamento di pena che, per le ragioni già evidenziate, si mostra indispensabile affinché la norma svolga l’auspicata funzione di deterrenza e di orientamento culturale nei confronti dei suoi naturali destinatari.

I disegni di legge esaminati – compreso quello attualmente in discussione alla Camera – configurano poi due ulteriori circostanze aggravanti, rispettivamente per il caso in cui dalle torture derivino lesioni personali per la vittima (ma due delle proposte legislative circoscrivono l’ambito di applicazione della circostanza alle sole lesioni gravi o gravissime) o addirittura la morte della stessa (nel qual caso, la pena è raddoppiata); e alcuni di essi accompagnano le suddette circostanze con la previsione una clausola di riserva, così da permettere che il fatto venga sussunto in un reato più grave.

Al di là della concreta configurazione delle aggravanti ora delineate, nutriamo – assai più radicalmente – notevoli perplessità in relazione all’opportunità stessa della loro introduzione, alla luce dell’orientamento giurisprudenziale consolidato (ancorché non esente da critiche in dottrina)¹¹⁵ che considera l’evento aggravatore come circostanza, come tale destinata a rientrare nel giudizio di bilanciamento: non può che riproporsi, ancora una volta, il rilievo per cui sarebbe sufficiente la concessione delle attenuanti generiche per neutralizzare l’aggravamento di pena che ad esse consegue.

Riteniamo, pertanto, maggiormente auspicabili le due soluzioni seguenti:

a) prevedere esplicitamente che le suddette aggravanti siano sottratte al giudizio di bilanciamento; oppure, preferibilmente,

b) non intervenire con una norma *ad hoc*, di modo che possa trovare applicazione l’art. 586 c.p. (nella lettura costituzionalmente orientata di recente fatta propria dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza n. 22676 del 22.1.2009, imp. *Ronci*).

¹¹⁴ Alludiamo a Cass. Pen., sent. 31440 del 25.6.2008 e, più di recente, Cass., n. 23014 del 19.5.2009, successiva all’entrata in vigore della l. 125 del 2008, che ha introdotto il nuovo co. 3 dell’art. 62 *bis* c.p.

¹¹⁵ Cfr. ancora G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 493 ss.

5.9. I rapporti con altre figure di reato.

Quanto ai rapporti con le altre figure di reato, parrebbe del tutto logico ritenere assorbite nel delitto di tortura – secondo il criterio della sussidiarietà – le fattispecie ordinarie di percosse (come impone, peraltro, il dettato dell'art. 581 co. 2 c.p.) e di minaccia, e così pure – nel caso in cui il reato sia commesso da un agente dello Stato – di abuso d'ufficio, secondo l'orientamento sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità rispetto al delitto di lesioni aggravato *ex art. 61 n. 9 c.p.*¹¹⁶.

Più problematica, invece, la configurabilità di un concorso apparente di norme rispetto al delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., che – al di là della concreta formulazione dell'introducenda norma incriminatrice della tortura – parrebbe destinato a mantenere un residuo ambito di applicazione per lo meno nei casi in cui il soggetto agente riesca ad ottenere dalla vittima di tortura informazioni o confessioni, e dunque vi sia un'effettiva coartazione della libertà di autodeterminazione della stessa.

Quanto alle ipotesi in cui agli atti di tortura facessero seguito le lesioni o la morte della vittima, invece, tutto dipende dalla previsione o meno di aggravanti *ad hoc*: nella seconda evenienza, il fatto andrebbe pacificamente sussunto sotto la fattispecie residuale di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p., mentre nella prima l'operatività della norma ora menzionata sarebbe inibita dal dettato dell'art. 84 c.p., ai sensi del quale le disposizioni relative al concorso di reati non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un reato fatti che costituirebbero di per sé reato.

5.10. La necessità di un'esplicita esclusione dell'applicabilità di esimenti che sottraggano i fatti di tortura all'area della punibilità.

Come abbiamo visto nella parte introduttiva del presente lavoro, gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione della tortura e delle condotte ad essa assimilabili sono formulati, nella maggior parte dei casi, *in termini negativi*: essi impongono, cioè, che l'area di penalizzazione non venga indebitamente circoscritta attraverso l'applicazione di istituti di diritto penale sostanziale come le cause di giustificazione, le scusanti e le cause di estinzione del reato, o di istituti di natura processuale come le condizioni di procedibilità.

La Convenzione ONU del 1984, come si è detto, prevede espressamente che non possano operare, in riferimento ai suddetti *mistreatments*, le scriminanti dell'adempimento dell'ordine del superiore o di un'autorità (art. 2 § 3) e dello stato di necessità (art. 2 § 2); mentre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è ormai consolidata nel ritenere che i delitti di tortura e di trattamenti inumani o degradanti siano imprescrittibili e non possano essere oggetto di provvedimenti di amnistia o di indulto.

¹¹⁶ Cfr. Cass., sez. III, sent. n. 25709 del 14.2.2011, imp. Battaglia e altri.

Di tutto ciò il legislatore italiano dovrebbe tener conto, in primo luogo astenendosi dal delineare esimenti della più varia natura o dal prevedere la procedibilità a querela, e in secondo luogo introducendo accanto alla norma incriminatrice della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti una serie di disposizioni aggiuntive che recepiscano fino in fondo gli *input* di penalizzazione di matrice sovranazionale.

La qualificazione dei suddetti obblighi sovranazionali di criminalizzazione declinati in termini negativi come *altrettanti obblighi costituzionali ex art. 117 co. 1 Cost.* è, infatti, foriera di conseguenze pratiche di rilievo per quel che concerne il profilo della loro *giustiziabilità*: se il principio di legalità del reato e della pena e quello di separazione dei poteri certamente impediscono che il giudice delle leggi possa supplire all'inerzia del legislatore nel dare attuazione agli obblighi enunciati *in termini positivi*, questi conserva invece un notevole margine di intervento in tutti i casi in cui a venire in rilievo *non sia l'assenza di tutela penale, ma il suo ritrarsi*.

A fronte di cause di giustificazione, scusanti, cause di esclusione della punibilità in senso stretto e condizioni di procedibilità che indebitamente restringano l'ambito di applicazione delle fattispecie deputate a reprimere la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, il giudice ordinario potrebbe e *dovrebbe*, infatti, sollevare eccezione di legittimità costituzionale, invocando come norma parametro l'art. 117 co. 1 Cost. e come norme interposte quelle di matrice sovranazionale che sanciscono i suddetti obblighi di criminalizzazione in termini negativi (se del caso, nell'interpretazione emersa in seno agli organi giurisdizionali o paragiurisdizionali istituiti a presidio degli strumenti che li prevedono). Spetterebbe, poi, al Giudice delle leggi rimuovere dall'ordinamento, una volta per tutte e con efficacia *erga omnes*, le norme penali di favore irrispettose dei vincoli derivanti dal diritto internazionale, senza che con ciò si consumi alcuna violazione del monopolio legislativo quanto alle scelte di politica criminale (secondo l'orientamento ribadito, di recente, dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 394 del 2006).

Non sfugge, certo, a chi scrive che solo l'introduzione di una legge costituzionale di siffatto contenuto potrebbe inibire al legislatore ordinario l'adozione, in futuro, di norme di rango primario che violino gli obblighi di criminalizzazione in termini negativi or ora menzionati; ma la previsione di una norma *ad hoc* nella legge di introduzione della fattispecie di tortura costituirebbe comunque un passo in avanti, perché non ci sembra del tutto peregrino sostenere che una simile norma possa trovare copertura costituzionale negli artt. 13 co. 4 e 117 Cost. (e in virtù di ciò dispiegare "una particolare forza di resistenza passiva" a fronte di una legge pariordinata e successiva di segno opposto).

Nessuno dei disegni di legge esaminati contempla norme che esplicitamente escludano la rilevanza delle suddette esimenti, se si eccettuano alcune scarse previsioni in tema di immunità diplomatiche¹¹⁷, senz'altro opportune.

¹¹⁷ Tra i quali, nella XVI legislatura, il d.d.l. n. S 256 e il d.d.l. di recente in discussione alla Camera.

All'opposto, ve ne sono alcuni che sanciscono la non punibilità degli atti di tortura costituenti (*sic*) "oggetto di obbligo legale"¹¹⁸.

Davvero ha dell'incredibile pensare che simili atti possano essere non solo facoltizzati, ma addirittura imposti da una legge dello Stato, indipendentemente da qualsiasi finalità di salvaguardia della sicurezza nazionale alla quale la stessa possa ispirarsi: si tratta, com'è ovvio, di una disposizione che non avrebbe alcuna *chance* di sopravvivere al vaglio di costituzionalità, ai sensi – se non altro – dell'art. 117 co. 1 Cost.

5.11. La necessità della previsione di una qualche forma di superior responsibility.

Del tutto condivisibile appare invece, almeno in linea di principio, la scelta, effettuata dalla gran parte dei disegni di legge discussi in parlamento, di prevedere una qualche forma di *superior responsibility*, sul modello dell'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale¹¹⁹.

Una delle cause dell'impunità del crimine di tortura – che a sua volta costituisce il fattore principale della ricorrenza di tale odioso fenomeno, anche nei Paesi democratici – è proprio l'acquiescenza dei diretti superiori dell'autore dei *mistreatments*: pur essendo a conoscenza dei fatti e/o avendo i poteri necessari a impedirne la verifica, capita infatti assai di frequente che essi si sottraggano a qualsiasi azione di contrasto e/o non denuncino all'autorità giudiziaria l'accaduto, spesso in ossequio a un "malinteso spirito di corpo".

Maggiori dubbi sorgono, tuttavia, in relazione alle concrete modalità con le quali operare in tal senso.

La soluzione concretamente individuata dalla maggior parte dei testi di legge che abbiamo esaminato – che parifica *quoad poenam* a quella del torturatore la condotta del pubblico ufficiale che istighi altri alla commissione del fatto, che si sottragga volontariamente all'impedimento di quest'ultimo o che vi acconsenta tacitamente – non ci persuade, specie con riferimento all'ultima delle suddette condotte: per quanto riprovevole possa essere il comportamento del superiore che non denunci il fatto all'autorità giudiziaria, esso non può comunque essere paragonato, in termini di disvalore, a quello dell'autore materiale del reato.

Un simile accostamento non pare poi così inopportuno, invece, per quel che concerne le ipotesi di istigazione (nelle quali il vero *dominus* dell'azione è, appunto, il superiore, che per non "sporcarsi le mani" si avvale della collaborazione dei propri subordinati), e così pure di mancato impedimento dell'evento; ipotesi che, nondimeno,

¹¹⁸ Si tratta del d.d.l. n. S 1237 della XVI legislatura e del d.d.l. n. S 789 della XV. Una formula analoga conteneva anche l'emendamento al cd. pacchetto sicurezza presentato al Senato il 4 febbraio 2009.

¹¹⁹ In questo senso, ad esempio, il d.d.l. n. S 954, presentato nella XV legislatura. Sul tema della *superior responsibility* cfr. C. MELONI, *Command Responsibility in International Criminal Law*, L'Aja, 2010.

sarebbero comunque assoggettate al medesimo trattamento sanzionatorio previsto per il delitto base in forza dell'art. 40 co. 2 c.p.

Più timidamente, il disegno di legge attualmente in discussione alla Camera prevede l'introduzione di una norma *ad hoc* per il reato di "*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*", comminando la pena della reclusione da sei mesi a tre anni al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istighi un altro p.u. o i.p.s. a commettere il delitto di tortura, sempreché l'istigazione non sia accolta o che, comunque, il delitto non sia commesso (sulla falsariga dell'art. 115 c.p.).

Si tratta di una soluzione piuttosto equilibrata, che avrebbe per lo meno il merito di non inibire l'operatività dell'art. 40 co. 2 c.p. – ferma restando la necessità di ravvisare un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento in capo al superiore – e di consentire l'applicazione, in presenza dei relativi presupposti oggettivi e soggettivi, della disposizione in tema di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p.

Riteniamo, nondimeno, che il tema sia bisognoso di un'ulteriore e più approfondita riflessione, posto che:

a) da un lato, appare evidente il rischio che – come si suol dire – “la montagna partorisca un topolino”, attraverso l'enunciazione di regole cui si perverrebbe semplicemente applicando le norme estensive della punibilità di cui agli artt. 110 e 40 co. 2 c.p.;

b) dall'altro lato, le disposizioni previste dai disegni di legge poc'anzi menzionati non sembrano cogliere il vero nodo, che è rappresentato dalla responsabilità del superiore per omesso impedimento colposo e/o per agevolazione colposa, e dunque per difetto di vigilanza o di controllo sull'operato dei suoi sottoposti.

In relazione al secondo profilo, può in questa sede esclusivamente sottolinearsi l'opportunità dell'introduzione di una disposizione analoga, per struttura e regola di imputazione dell'evento, a quella dell'art. 57 c.p., caratterizzantesi altresì – esattamente come avviene in tema di reati commessi col mezzo della stampa – una congrua riduzione di pena rispetto all'ipotesi “base”.

6. Una bozza di articolato.

A conclusione delle nostre riflessioni, non vogliamo esimerci dall'avanzare alcune proposte concrete per la formulazione della norma incriminatrice sulla tortura.

Art. 1

Nel libro II, titolo XII, capo I del codice penale è inserito il seguente: «Art. 593-bis. – (*Tortura*). – Chiunque, con condotta attiva od omissiva, intenzionalmente cagiona a una persona comunque privata, anche solo temporaneamente, della propria libertà

personale sofferenze fisiche o psichiche particolarmente intense e diverse da quelle necessariamente derivanti dalla privazione della libertà personale, ovvero le prospetta l'infrazione di tali sofferenze, è punito con la pena della reclusione da cinque a dieci anni.

Se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, la pena è della reclusione da sei a dodici anni. La presente aggravante è sottratta al giudizio di bilanciamento di circostanze cui all'articolo 69».

Nel libro II, titolo XII, capo I del codice penale, è inserito il seguente: «Art. 593-ter. – (*Inapplicabilità delle cause di esclusione della punibilità*). – Nessuna circostanza eccezionale, né l'adempimento di un obbligo legale o di un ordine dell'autorità possono valere ad escludere la punibilità del delitto previsto dall'art. 593- bis.

Tale delitto non è soggetto a prescrizione e non può essere oggetto di provvedimenti di amnistia e indulto».

7. Considerazioni conclusive.

Le presenti riflessioni *de iure condendo* potrebbero sembrare del tutto inutili: perché mai, dopo svariati decenni di inerzia, il legislatore dovrebbe finalmente decidersi ad adempiere agli obblighi di penalizzazione previsti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali¹²⁰?

Se questa amara considerazione è profondamente realistica, è altrettanto vero che il passato più e meno recente ha conosciuto mutamenti epocali in tema di diritti umani, che difficilmente avrebbero potuto essere previsti con largo anticipo: basti pensare all'abolizione della schiavitù, o a quella della pena di morte¹²¹.

È forse giunto il momento perché anche la lezione di Cesare Beccaria e di Pietro Verri venga ascoltata e che si gettino le basi per contrastare efficacemente uno dei fenomeni più odiosi del nostro tempo, che nessuna società autenticamente democratica dovrebbe poter tollerare: solo l'adozione di norme incriminatrici effettive, proporzionate e dissuasive potrà garantire che il diritto all'intangibilità della sfera corporea dell'uomo – di ogni uomo – non sia semplice inchiostro su carta.

Affermare *nei fatti* il valore della sacralità dell'individuo, chiunque esso sia e qualunque crimine abbia commesso¹²², è una delle sfide ineludibili dei prossimi

¹²⁰ Uno stimolo in tal senso, come si è anticipato, potrebbe tuttavia giungere dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che nel prossimo futuro sarà chiamata a pronunciarsi sui fatti di Bolzaneto (per i quali è già stato presentato un ricorso nel settembre 2010). Si consenta il richiamo ad A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1838-18.

¹²¹ Cfr. sul punto G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 3 ss.

¹²² Cfr. sul punto G. RAVASI, *Nessuno tocchi Caino*, <http://www.stpauls.it/jesus00/0003je/0003je82.htm>.

decenni. Se non sapremo affrontarla, non potremo che scivolare lentamente verso la barbarie, smarrendo i tratti identitari della nostra stessa civiltà.