

IL REATO DI TORTURA (*)

Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto

di Stefania Amato e Michele Passione

Abstract. *Acclamata da taluni come la rottura di un tabù, perché per la prima volta la parola "tortura" è scritta nel codice penale, la legge 14 luglio 2017, n. 110 pone molti interrogativi: innanzitutto, sulla capacità della fattispecie di reato introdotta (art. 613-bis c.p.) di porsi come effettiva risposta agli obblighi di incriminazione gravanti sull'Italia a seguito del recepimento (senza riserve) della Convenzione ONU, avvenuto con Legge 3 novembre 1988 n. 498.*

Il contributo non ha pretesa di esaustività ma si propone di esaminare, sinteticamente, le disposizioni introdotte dalla L. 110/2017, fornendo spunti di riflessione per una possibile evoluzione migliorativa del testo, nel solco delle indicazioni giunte anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con le sentenze sul G8 di Genova e sulle vicende del carcere di Asti, nonché delle osservazioni critiche abbattutesi sulla nuova legge ad opera del Comitato ONU contro la Tortura (analogamente a quanto già evidenziato in relazione alla normativa francese), per il quale il reato italiano non è in linea con la Convenzione. La nuova fattispecie di tortura viene scomposta e analizzata nei suoi elementi strutturali, rispetto a ciascuno dei quali ci si pone nella prospettiva della sua concreta applicabilità pratica. Quanto al nucleo centrale delle nuove disposizioni (l'incriminazione della tortura quale atto che deve estrinsecarsi in una pluralità di condotte gravi di violenza o minaccia e cagionare acute sofferenze fisiche o un trauma psichico verificabile) le prospettive, de iure condito, non appaiono incoraggianti; la claudicante costruzione dogmatica non consente di essere ottimisti quanto alla capacità dissuasiva di una fattispecie di reato che non sembrerebbe applicabile a fatti come quelli del G8. Tuttavia, pur nella sua complessità, il reato di nuovo conio non sfugge alla possibilità di un sindacato costituzionale, che in questa sede viene, sia pur brevemente, prospettata in relazione a diversi parametri.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il reato di tortura: il soggetto. – 3. La condotta. – 4. L'evento. – 5. L'elemento soggettivo. – 6. L'art. 613-bis, II comma: fattispecie autonoma? – 7. Il *caveat* del terzo comma. –

(*) Il contributo costituisce il testo, rivisto e ampliato, dell'articolo edito in *Studi sulla questione criminale*, n. 2 del 2018 (Carocci). Ringraziamo l'editore per l'autorizzazione alla ripubblicazione.

8. Le aggravanti dei commi IV e V. – 9. L' art. 613-ter c.p. – 10. La modifica all'articolo 191 c.p.p. – 11. La modifica all'articolo 19 del T.U. di cui al D. Lgs. 25 luglio 1998, n.286. – 12. L'esclusione dalle immunità diplomatiche e l'estradizione. – 13. Quello che non c'è: la prescrizione; la tutela delle vittime. – 14. Illuminare l'ombra: guardare avanti.

1. Introduzione.

Dopo tanta attesa, pare che Godot sia arrivato. Ma basta uno sguardo per capire che si tratta di un impostore.

“Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano”: così è intitolata la legge n. 110 del 14 luglio 2017¹. Ma questa legge ha un nome falso²; quasi fosse un' *aberratio*, parla d'altro, e ad altri.

All'art. 613-bis del codice penale compare oggi la fattispecie di “Tortura”, seguita da quella di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura (art. 613-ter) e da altre norme di nuovo conio; ma occorre chiedersi se il nuovo delitto sia quello che da tanto tempo si aspettava, se sia degno di una democrazia moderna e costituisca adempimento degli obblighi internazionali, se risponda al dettato costituzionale e, soprattutto, se servirà allo scopo; in una parola, se la lunga attesa di questa legge abbia avuto un senso o ci consegna uno strumento già destinato a farsi ombra evanescente (quasi ad evocare il titolo di Osvaldo Soriano), norma inapplicabile.

Ci sono voluti ventotto anni, otto mesi e undici giorni perché l'impegno assunto dall'Italia con la promulgazione della legge 498/1988, di ratifica della Convenzione ONU del 1984 contro la tortura, fosse rispettato (come si vedrà, solo formalmente). Sono passati, peraltro, quasi settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica Italiana, che all'art. 13, quarto comma, prevede che sia *punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*, così rendendo la tortura reato *costituzionalmente necessario*: si tratta dell'unico obbligo di incriminazione previsto dalla Costituzione, che segnala in modo limpido (ma non abbastanza per un legislatore miope e timoroso) la natura eversiva dell'uso deviato della forza da parte degli apparati dello Stato, vero e proprio “furto di umanità”³.

Il 3 novembre 1988 a Roma è una bella giornata tiepida. Le cronache raccontano delle imminenti elezioni americane (l'8 novembre sarà eletto George Bush *Senior*) e delle rivelazioni del settimanale del TG1 su Ustica: “siamo ad un passo dalla verità”. Il muro di Berlino divide le due Germanie, il 30 settembre Mikhail Gorbachev è stato eletto presidente dell'Unione Sovietica, la rete internet emette i primi vagiti, i social

¹ Il testo definitivo è quello approvato dalla Camera dei Deputati in quarta lettura; dopo l'approvazione da parte del Senato di un testo che unificava diverse proposte, il 5 marzo 2014, il provvedimento era stato licenziato dalla Camera con modifiche il 9 aprile 2015 e nuovamente dal Senato, con ulteriori modifiche, il 17 maggio 2017.

² A. PUGIOTTO, *Una legge “sulla” tortura, non “contro” la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017)*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2018.

³ A. ZAMPERINI, V. SIRACUSA, M. MENEGATTO, *Accountability and police violence: A research on accounts to cope with excessive use of force in Italy*, in *Journal of Police and Criminal Psychology*, 2017, pp. 172-183.

network non esistono. In questo mondo così lontano il Presidente della Repubblica Cossiga firma la legge che dà “piena ed intera esecuzione” (art. 2) alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984. L’Italia deve quindi attivarsi per ciò che prescrive l’art. 4 del Trattato: vigilare «*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*». Deve inoltre rendere «*tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità*». Deve, in una parola, introdurre nell’ordinamento una fattispecie penale che punisca, in modo adeguato, la tortura.

Su cosa debba intendersi per “tortura” la Convenzione è chiara: ai sensi dell’art. 1, «*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 di 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*».

Dunque: reato proprio (agisce il pubblico ufficiale con abuso di potere, ossia con esercizio arbitrario e illegale di una forza di per sé legittima); condotta a forma libera; dolo specifico. Il comma 2 lascia impregiudicato ogni strumento internazionale o qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere «*disposizioni di più vasta portata*».

A distanza di quasi trent’anni, nel luglio del 2017⁴, in un’Italia profondamente mutata che, nel frattempo, ha vissuto anche pagine nere come quella del G8 di Genova⁵, vengono approvate disposizioni che hanno una portata diversa, sicuramente

⁴ In realtà la legge del 2017 non è, in assoluto, il primo intervento normativo finalizzato a punire fatti di tortura: per ambito applicativo del tutto diverso e limitato, con legge 31 gennaio 2002, n. 6, il legislatore italiano ha introdotto nel codice penale militare di guerra l’art. 185-bis, che punisce “*Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali: salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da due a cinque anni*”.

⁵ Sono anche i procedimenti promossi dalle vittime dei fatti di Genova davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ad avere imposto una (relativa) accelerazione dell’iter legislativo: la prima sentenza, *Cestaro c. Italia*, viene pronunciata dalla Corte di Strasburgo il 7 aprile 2015; segue la sentenza *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia* del 22 giugno 2017 (in entrambi i casi i fatti sono quelli della scuola Diaz-Pertini); *Azzolina e altri c. Italia* e *Blair e altri c. Italia* (relative ai fatti della caserma di Bolzaneto) giungeranno il 26 ottobre 2017, dopo l’entrata in vigore della legge. Nello stesso periodo la Corte EDU emette le sentenze *Pennino c. Italia* (il 12 ottobre 2017) e *Cirino e Renne c. Italia* (il 26 ottobre 2017), affermando la violazione sostanziale e procedurale dell’art. 3 CEDU per l’uso della forza da parte della polizia, nel primo caso, e per gli atti di tortura perpetrati nel carcere di Asti, nel secondo. Tutte le pronunce si

più ristretta rispetto alla Convenzione, nonostante si sia tentato di accreditare la configurazione del reato comune, che può commettere chiunque, quale strumento di ampliamento dell'operatività della norma.

Non è questo il luogo per un esame, anche solo sommario, del travagliato *iter* della nuova legge. Limitiamoci a dire che essa non solo ha lasciato "tutti o quasi scontenti"⁶ quanti attendevano in Italia il superamento di una lacuna ormai intollerabile, ma ha fatto levare voci di protesta, anche internazionali, immediatamente prima e subito dopo la sua approvazione. Prima del voto definitivo della Camera il 5 luglio 2017, è intervenuto il 16 giugno, con una lettera ufficiale fortemente critica, il Presidente della Commissione per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa; pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge, il 6 dicembre 2017, le osservazioni conclusive del Comitato ONU contro la tortura, dopo le audizioni di Ginevra del 14 e 15 novembre, hanno tacciato il nuovo articolo 613-*bis* del codice penale italiano di incompletezza, ristrettezza della definizione e, al contrario, ridondanza per la presenza di elementi superflui, evidenziando, in ogni caso, che la norma non è in linea con la Convenzione e crea spazi di impunità⁷.

Permettiamoci un passo in più: pensiamo che con l'adozione della nuova legge si sia consumato un tradimento della Costituzione e della Convenzione: il cuore dell'obbligo di incriminazione della tortura è la tutela dell'*Habeas corpus*, principio che da più di ottocento anni trattiene la mano del sovrano, preservando l'inviolabilità del corpo del cittadino dalla violenza degli organi coercitivi dello Stato, la cui forza è tanto incommensurabilmente maggiore da poterlo annientare⁸. Di qui la necessità, tradita dalla nuova legge, di concepire la tortura come reato proprio del pubblico ufficiale.

2. Il reato di tortura: il soggetto.

"Crediamo di intenderci; non ci intendiamo mai!"⁹.

pongono nel solco della più che consolidata giurisprudenza di Strasburgo in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 della Convenzione).

⁶ Così S. BUZZELLI, *Tortura: una legge tanto per fare*, 23 febbraio 2018, accessibile a questo [link](#).

⁷ Due le critiche principali mosse dal Comitato: aver configurato la tortura come reato comune e non proprio; non avere previsto il dolo specifico, ossia la direzione degli atti di tortura finalizzata a quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione. Testualmente: «*the definition set forth in new article 613-bis of the Criminal Code is incomplete inasmuch as it fails to mention the purpose of the act in question, contrary to what prescribed in the Convention. Moreover, the basic offence does not include specifications relating to the perpetrator, namely, reference to the act being committed by, at the instigation of, or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity*».

⁸ Non è un caso che la prima affermazione dell'*Habeas corpus* venga fatta risalire alla *Magna Charta Libertatum* concessa nel 1215 dal re d'Inghilterra, per la quale la tortura era forma punitiva crudele, contraria al principio di libertà, da non infliggersi in alcun caso. La *Common Law* inglese, a differenza dei sistemi europei di *civil law*, non ha mai accettato la legalizzazione della tortura come strumento processuale (pur non essendo immune l'Inghilterra, in realtà, dalla tortura praticata nelle segrete stanze delle prigioni: cfr. G.R. SCOTT, *Storia della tortura*, Mondadori, 2014, p. 155).

⁹ L. PIRANDELLO, *Sei personaggi in cerca d'autore*, A. Mondadori Editore, 1948.

Zittite dalla parola ultima dell'opportunità politica, come i rumori del bosco allo sparo del cacciatore, le voci che a lungo hanno animato il dibattito intorno alla legge sulla tortura sono state, per un momento, in silenzio; non solo perché la legge finalmente emanata è scritta così male da lasciare ammutoliti, ma perché è necessario interrogarsi: sarà applicata, questa norma? E quando?

Quando un prestatore di denaro a usura penserà di riottenere il dovuto tormentando il suo debitore, minacciando ripetutamente di mali orrendi lui e sua moglie, picchiandolo senza pietà legato a una sedia, con getti d'acqua gelida per farlo rinvenire ogni volta che sviene, ferendogli lentamente una mano con un taglierino, come in un classico della letteratura *noir*?

Serviva a questo, la norma?

Per qualcuno sì: dopo l'approvazione della L. 110/2017 si è letto: «*la sentenza in parola [Trib. Como, sent. 27 aprile 2017, pres. Costi, est. Mariani] presenta profili di interesse perché dimostra l'opportunità – colta, dopo qualche incertezza, dal legislatore del 2017 – di declinare il delitto di tortura come reato comune e non come reato proprio (...)*»¹⁰.

Non ci si intende.

Colpire la “tortura tra privati” non era (non doveva essere) lo scopo di questa legge. Per rimanere nell'ambito dell'esempio, quella sentenza del Tribunale di Como, condannando per i reati di usura, estorsione, sequestro di persona e lesioni personali aggravate e continuate, irroga ai coimputati pene detentive dai diciassette anni, decrescendo fino ai sei, utilizzando le fattispecie previste dal codice penale contestate dall'accusa. Senza rischio di prescrizione.

Dunque: c'era davvero bisogno d'altro? Sui privati in preda a raptus di crudeltà la mano pesante del codice penale già si faceva sentire¹¹, mentre altri, diversi e poco estemporanei erano i casi seguiti da scandalosa impunità dei colpevoli. Per i fatti della scuola Diaz-Pertini e della caserma di Bolzaneto a Genova la prescrizione ha spazzato via le imputazioni più direttamente pertinenti alla integrità fisica delle vittime e la Corte di Strasburgo ha dovuto prendere atto che «è la legislazione penale italiana applicata nello specifico (...) che si è rivelata nello stesso tempo inadeguata in rapporto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e priva dell'effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni similari dell'art. 3 in futuro»¹².

Eppure il legislatore ha privato la norma dell'immediato potere evocativo del reato proprio del pubblico ufficiale. Quel “chiunque” che dà avvio al primo comma dell'art. 613-bis c.p. ci parla di un reato comune, seppure caratterizzato da una relazione tra l'agente e la vittima. Sul punto: la vittima è “una persona privata della libertà personale o affidata alla sua [di “chiunque”] custodia, potestà, vigilanza,

¹⁰ In questa *Rivista*, 23 febbraio 2018, [Il Tribunale di Como si pronuncia su un caso di tortura tra privati “ante litteram”](#), nota redazionale a Trib. Como, sent. 27 aprile 2017, Pres. Costi, est. Mariani.

¹¹ Si veda anche Trib. Monza, sent. 10 giugno 2016 (dep. 22 agosto 2016), in questa *Rivista*, 3 novembre 2016, con nota redazionale [La configurabilità della tortura \(in senso tecnico\) nei rapporti inter-privati: un caso emblematico oggetto di una recente sentenza del Tribunale di Monza](#), che ha irrogato la pena di 20 anni di reclusione in un caso di sequestro di persona, violenza sessuale e maltrattamenti commessi tra privati.

¹² Corte EDU, sent. *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015, § 225.

controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa". Nient'altro che il tentativo di recupero di un'identità, per il nuovo reato, attraverso l'articolazione di rapporti sbilanciati tra soggetti forti e deboli, dopo che la fisionomia naturale della tortura è stata cancellata con la scelta del reato comune, oltretutto, come si sta per vedere, a dolo generico.

Da rilevare che nel gioco degli avverbi sparisce quel "comunque", previsto in origine dal testo licenziato dalla Camera, in relazione al rapporto di sottoposizione al soggetto forte. Illusionismo non da poco, considerato che in tal modo dal soggetto "comunque" affidato all'autorità, vigilanza o custodia si passa ad uno *status* giuridicamente già formalizzato, escludendosi situazioni antecedenti all'instaurazione di una vera e propria *auctoritas* o *potestas* di un soggetto sull'altro: per intenderci, casi come l'irruzione della polizia nella scuola Diaz – Pertini di Genova, al momento della quale nessun fermo o arresto era stato compiuto¹³.

E dunque, relazioni tra autore e vittima con copertura, *lato sensu*, giuridica: situazioni di protezione o controllo formalizzate per legge o contratto¹⁴; oppure relazioni di fatto: la privazione della libertà personale o la minorata difesa, quest'ultima promossa dal rango di aggravante comune a quello di elemento costitutivo del reato. Con le conseguenti, prevedibili difficoltà applicative: in generale, per le questioni destinate a sorgere in materia di concorso, apparente o reale, di questa fattispecie rispetto ad altri reati: maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p., stalking di cui all'art. 612-bis c.p., caporalato (art. 603-bis c.p.), abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.)¹⁵; nello specifico, quanto alla minorata difesa, la giurisprudenza formatasi sulla circostanza aggravante prevista dall'art. 61 n. 5 c.p.¹⁶, collega l'aggravio di pena a condizioni oggettive conosciute dall'agente e delle quali egli abbia approfittato. Il requisito dell'approfittamento non è previsto, invece, dal comma I dell'art. 613-bis, sembrando sufficiente il ricorrere oggettivo della *deminutio*. La sfida interpretativa potrebbe risiedere nel collegare quest'ultima, nei casi di reato commesso da appartenente alle forze dell'ordine, al *metus publicae potestatis* direttamente riconducibile alla qualifica dell'agente, così parzialmente recuperandosi, per le ipotesi di cui al comma II, l'originario senso dell'incriminazione della tortura: la punizione

¹³ Così A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 14, nota 50. Sempre in tema di avverbi, l'Autore censura il fraintendimento del legislatore, che ha sostituito una sorta di "ovunque" al "comunque" dell'art. 13 comma IV Cost.

¹⁴ Per A. CISTERNA, *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 39, 18, «l'art. 613-bis del codice penale delinea ambiti di applicazione particolarmente dilatati. Scuole, ospedali, case di cura e riposo, famiglie, caserme, fabbriche, aziende agricole e quant'altro sono il luogo in cui possono commettersi prevaricazioni e violenze tali da assumere le connotazioni della vera e propria tortura». Senz'altro da aggiungere all'elenco le REMS (le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza che hanno sostituito gli Ospedali Psichiatrici Giudiziari) e i CPR (Centri di Permanenza per il Rimpatrio dei migranti): non a caso luoghi di elezione per le visite a sorpresa del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

¹⁵ A. CISTERNA, *ibidem*, 18-19.

¹⁶ «L'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa».

della violenza attuata nello squilibrio di poteri tra Stato e cittadino. La strada si presenta, però, in salita, se si considera che la giurisprudenza sull'aggravante nega che le "circostanze di persona" idonee a indebolire la difesa possano individuarsi, per esempio, nella supremazia fisica di un soggetto sull'altro. Difficile, e frustrante per le stesse forze dell'ordine, che si possa giungere ad affermare che una divisa faccia, di per sé, paura e renda la vittima vulnerabile.

3. La condotta.

Il rapporto tra democrazia e tortura è di antica data; si può pensare il contrario, rimuovendo un dato di realtà, ma non è così.

Come vedremo a breve, il legislatore domestico sembra dimentico di opzioni valoriali, che invece si rinvergono nella Carta fondamentale¹⁷, e in prodromi di lungo corso¹⁸.

Eppure, "se non si fa molta attenzione, [anche] la legge se ne va come la neve al sole"¹⁹

Violenze o minacce gravi, ovvero agire con crudeltà.

Son queste, le condotte incriminate.

Non un reato a forma libera, che contempra (e punisca) qualunque efficace tecnica di tormento, come convenzionalmente previsto, ma un'anomala forma vincolata.

Difficile immaginare la punibilità di condotte omissive, neppure in forza della generale clausola di equivalenza di cui all'art.40, comma 2, c.p.²⁰; la lettera della legge l'esclude, a meno di forzature ermeneutiche.

Così, contrariamente a quanto previsto dalla CAT e dalla consolidata giurisprudenza alsaziana, l'aggettivo qualificante accede alla condotta, piuttosto che all'evento: se non è grave non è²¹.

Soprattutto, l'inusuale forma plurale impone di lasciare indenne da sanzione la

¹⁷ Secondo A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 12-13, «nel prescrivere ciò che deve essere punito, l'art.13, 4° comma, Cost. fa riferimento a ogni violenza, non diversamente dall'art.1 della citata Convenzione ONU del 1984, che vieta qualsiasi atto di tortura. Sono due mirabili singolari, che bastano a smontare il sofisma secondo cui un singolo atto di tortura non sarebbe tortura, ma solo un suo innocuo trailer»; cfr. anche G. SERGES, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. Ruotolo – S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2017, 335-391.

¹⁸ Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, art. 9: Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, ogni rigore non necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla Legge.

¹⁹ B. BRECHT, *Il cerchio di gesso del Caucaso, 1944-1945*, 526.

²⁰ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 14; *contra*, sul punto, cfr. D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Archivio penale*, 25 settembre 2017; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Diritto penale e processo*, 2/2018, 156.

²¹ M. PASSIONE, *Il reato che non c'è; quello che ci serve*, in *Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale*, a cura di C. Peroni e S. Santorso, *Mimemis*, 2015, 46 e ss.).

singola azione²², quand'anche gravissima²³.

In alternativa, “la selezione opera sul tipo d'autore”²⁴, volgendo lo sguardo alle abiezioni e al sadismo; ciò che normalmente integra un'aggravante (art. 61 n. 4 c.p.), che pur nella sua evanescenza concettuale pare evocare la gratuità della condotta e la sua particolare antigiusuridicità in relazione ad un comportamento comunque illecito, (cfr. Cass. SS.UU., 23.06.2016, n. 40516, *Del Vecchio*) nel caso di specie si apprezza come elemento costitutivo del reato.

Ferme le puntualizzazioni che potrà eventualmente fornire la giurisprudenza (non direttamente traslabili da quella formatasi sull'aggravante *de qua*, per quanto sopra chiarito), non è possibile confondere la gravità con la crudeltà, e dunque pervenire alla sanzione di una singola condotta “grave”, se non anche “crudele”. Una minaccia con l'arma carica, ad esempio, non può dirsi crudele, e così una singola azione violenta, ancorché cruenta.

“Una cosa mi preoccupa”, che “tutto è legato con tutto”²⁵.

Nella Legge 14 luglio (!), n.110/2017 tutto parla di tortura di Stato, tranne la norma che deve definire il reato.

Infatti, come emerge da queste prime annotazioni e come risulterà chiaro alla fine, è proprio la *Grundnorm* di nuovo conio a condurci su un terreno diverso da quello per il quale è stata introdotta convenzionalmente; il reato, infatti, è stato selettivamente disegnato, ritagliandolo su fattispecie inconferenti rispetto al reale disvalore dell'illecito, il cui criterio esegetico è (dovrebbe essere) la Dignità.

Purtroppo, “lo Stato non si accusa da solo; quando un organismo da lui dipendente si compromette con un crimine quale la tortura, è l'intero sistema che viene messo in causa – così come, tutto sommato, sarà l'intero apparato statale a comprometersi qualora nasconda la verità”²⁶.

4. L'evento.

Nel corpo: acute sofferenze.

Non un dolore (come nella definizione convenzionale), non un pregiudizio.

Un plurale, di nuovo, naturale *pendant* della condotta.

Nello spirito: un verificabile trauma psichico.

Riservata ad altra parte del lavoro una più approfondita disamina di quest'ultima ipotesi di evento, ci limitiamo in questa sede a brevi considerazioni.

²² M. PASSIONE, *Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura*, in www.giurisprudenzapenale.it, 1 giugno 2017.

²³ *Contra*, con motivazione non convincente, P. LOBBA, [Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2017, p. 227.

²⁴ T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, 30, 27 ss.

²⁵ F. DÜRRENMATT, *La morte della Pizia*, Adelphi, 1999, 48.

²⁶ P. VIDAL-NAQUET, *Lo Stato di tortura*, Editori Laterza, 1963, 22.

Innanzitutto, scartata la portata pleonastica del termine (stante l'ampio perimetro di cui all'art.187 c.p.p.), deve preliminarmente segnalarsi la sua anti-scientificità (non esiste la "sindrome del torturato").

Piuttosto, poiché nulla accade per caso, com'è evidente dal raffronto con il contiguo reato di atti persecutori, dalla formula adottata si evince il malcelato sospetto nei confronti della vittima (deviante, ribelle, a volte delinquente), laddove invece per il citato delitto (già messo in sicurezza dal Giudice delle leggi, con sentenza dell'11 giugno 2014, n. 172²⁷)..., per costante interpretazione giurisprudenziale, "non si richiede l'accertamento di uno stato patologico, risultando sufficiente che gli atti abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima" (cfr., *ex multis*, Cass, 10.01.2011, n.16864).

Eppure, il considerando n. 53 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 indica che "È opportuno limitare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta ... svolgendo il procedimento in un modo coordinato e rispettoso, che consenta alle vittime di stabilire un clima di fiducia con le autorità", laddove l'art.1 della stessa disciplina il "Diritto di comprendere e di essere compresi".

Del resto, com'è stato giustamente osservato²⁸, "il dolore è soggettivo, difficilmente misurabile. Il dolore psichico è ancora più difficile da circoscrivere e definire...il dolore prodotto dalla tortura è un dolore che avviene dentro una relazione di potere asimmetrico...la tortura non è logicamente comprensibile al di fuori di una relazione di dominio istituzionale"; ed anche²⁹, "L'incertezza relativa alla sofferenza non permette di ricondurla a regole fisse...così la tortura, in modo particolare, deve produrre in ciascuno un sentimento connesso alla sua costituzione specifica fisica e spirituale".

Impossibile dare una descrizione unica di ciò che avviene, quale traccia resterà, quando il colpo arriva.³⁰

Ma non è finita.

L'impudico legislatore pretende di più.

C'è il reato, viste le premesse, se il fatto è commesso con più condotte, ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Sembrerebbe (o è?) "una sconcertante clausola condizionale ... che riproduce una condizione obiettiva di punibilità"³¹

Ed infatti, mentre la pluralità di condotte non consente di ricondurre l'ipotesi al

²⁷ A. VALSECCHI, [La Corte Costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking](#), in questa *Rivista*, 23 giugno 2014.

²⁸ P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, 2013, 55.

²⁹ J.P. FORNER, *Discurso sobre la tortura*, a cura di S. Mollfulleda, Barcelona, Editorial Critica, 1990, 187.

³⁰ D. DI CESARE, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016, 102, 143, 144, sostiene che "...La prima percossa, e si infrange per sempre la fiducia nel mondo...la tortura viola i confini del corpo, che sono i confini dell'io...il dolore mette in dubbio ogni dualismo di corpo e anima, il dolore non è racchiuso in un frammento del corpo, né affidato a un tragitto nervoso...al contrario, il dolore è dolore percepito. E interpretato...la sofferenza è la risonanza di un dolore".

³¹ T. PADOVANI, *Tortura*, cit., 31.

disposto di cui all'art. 44 c.p. (con il suo corollario dottrinale, che distingue tra condizioni intrinseche – che contribuiscono a determinare l'offesa, e perciò di dubbia costituzionalità – ed estrinseche – estranee ad essa, e previste per ragioni di opportunità), il rinvio a trattamenti inumani e degradanti (si badi, con vocale congiuntiva, e non alternativa³²) lascia del tutto esterrefatti.

Vediamo perché.

Com'è noto, i trattamenti inumani o degradanti “indicano qualcosa di meno e di diverso rispetto alla tortura”³³.

Non a caso, mentre l'art. 4 della CAT impone un vero e proprio obbligo di criminalizzazione della tortura (lasciando agli Stati libertà nell'introduzione di un reato *ad hoc*, purché assistito da pena adeguata al disvalore del fatto, e non scalfito dalla prescrizione)³⁴, l'art.16 della Convenzione non prevede analoga disposizione per i trattamenti inumani o degradanti, malgrado la loro inclusione nell'art. 3 Cedu (non vi è dunque obbligo di incriminazione, e neanche degli ulteriori presidi convenzionali)³⁵.

Il livello distintivo tra le due ipotesi di condotte in violazione di *core rights* convenzionali consiste nell'intensità delle sofferenze inferte (con superamento della c.d. “soglia minima di gravità”, da accertarsi in concreto e al di là di ogni ragionevole dubbio – in ordine crescente: dal trattamento degradante a quello inumano, per finire con la più grave fattispecie di tortura) e nella volontarietà della condotta.

Ed allora, il pasticcio dogmatico pare irreversibile.

La norma di nuovo conio, infatti, pretendendo un trapianto di nozioni giurisprudenziali che scontano il difetto dell'approccio casistico del giudice alsaziano, non soddisfa il necessario rispetto della legalità e tassatività.

Di più.

L'art.613-*bis* c.p., semplicemente intitolato “Tortura”, non solo comprende condotte di diversa natura e gravità (così consegnando lo stigma dell'ignominia a fatti ontologicamente diversi), ma consente (per una sorta di eterogenesi dei fini, se si segue l'*intentio legis* ricavabile dal dibattito parlamentare) di ravvisare tortura ove il crudele

³² Sebbene vi sia chi ha sostenuto (P. DE FRANCESCHI, *Divieto di tortura: dai principi internazionali alla Legge 110/2017*, in www.giurisprudenzapenale.it, 21 ottobre 2017, 14), che “ciò che è inumano è anche degradante, ciò che è degradante è anche inumano”, non possiamo che convenire con chi (F. POCAR, *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 31, 8) ha affermato che la “formula cumulativa costituisce una condizione ulteriore non ammessa dal diritto internazionale”.

³³ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*, in *Studium iuris*, 2017, 7; cfr. anche M. PALMA, *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in F. Corleone – A. Pugiotta (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, 2013, 175-179).

³⁴ Cfr. C.EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, (§ 246), ove si afferma la necessità “che l'ordinamento italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art.3, e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte”, in questa *Rivista*, 9 aprile 2015, con nota di F. Viganò, [La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano](#).

³⁵ F. VIGANÒ, [Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati](#), in questa *Rivista*, 25 settembre 2014, p. 3.

abbia posto in essere un trattamento inumano e degradante.

Invertendo il proverbio, “nel meno ci sta il più”, par di capire.

Si direbbe il delitto perfetto³⁶, ma l'autore è noto.

5. L'elemento soggettivo.

Poco da dire.

Salvo rimarcare, ancora una volta, una nomografia distante dal testo convenzionale, e foriera di ulteriori pietre d'inciampo.

Ed infatti, nel passaggio del testo di legge dalla Camera al Senato, è stato eliminato l'avverbio “intenzionalmente”, che avrebbe consentito di evitare un uso improprio delle incriminazioni³⁷, utilizzando la categoria del dolo eventuale³⁸, vera e propria “rivincita del processo inquisitorio sul processo di parti”³⁹.

Ancora; si è eliminato il riferimento al dolo specifico (che alla Camera era stato opportunamente previsto, evitando il ricorso alla clausola esemplificativa “for such purposes as”, di cui all'art.1 CAT, di difficile trapianto domestico, atteso il *vulnus* al principio di tassatività).

Così, privata delle sue finalità ontologiche (quelle connesse alla condotta di un rappresentante dello Stato), sarà difficile distinguere un dolo di tortura da un dolo di lesione o di violenza privata, o altro; quasi un *understatement* normativo.

La distonia tra quanto concordemente ritenuto dalla Corte EDU, secondo la quale la tortura esige il finalismo di cui all'art.1 CAT, a differenza di quanto previsto per i trattamenti inumani o degradanti (per i quali non è richiesto che l'agente si prefigga il raggiungimento di un determinato scopo, fosse anche quello di causare uno stato di sofferenza), si spiega, ancora un volta, con la confusa sintassi della novella, che riunendo fatti di diverso rilievo ha finito col travolgere una consolidata casistica ed una precisa ermeneutica del testo convenzionale ad opera della Corte Europea⁴⁰.

³⁶ *Si parva licet*, viene a mente la celebre e dolente affermazione di J. P. SARTRE, nel *Saggio introduttivo* a H. Alleg, *La Tortura*, Giulio Einaudi editore, 1958, 7: “oggi sappiamo che non c'è nulla da comprendere; tutto si è compiuto insensibilmente, con abbandoni impercettibili; quando abbiamo levato il capo, abbiamo visto nello specchio un volto sconosciuto, odioso: il nostro”.

³⁷ A. COLELLA, [La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo](#), in questa *Rivista*, 22 luglio 2014.

³⁸ In questo senso non si condivide l'opinione di I. MARCHI, [Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 155 ss., che sostiene che “la descrizione del tipo” [di condotta] “è talmente pregnante, anche in relazione al livello sanzionatorio, da escludere la compatibilità del reato con il dolo eventuale”. Il difetto di coerenza che sottende l'intero impianto normativo non consente di aderire all'assunto, sol che si pensi al fatto che l'art.1 della legge, come già evidenziato, riunisce in un *unicum* la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.

³⁹ F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 477.

⁴⁰ Sull'argomento, si rinvia all'amplessima disamina giurisprudenziale di A. SCUTELLARI, *Trattamenti inumani e nuove schiavitù. Proibizione della tortura e dei trattamenti inumani*, in P. Gianniti (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, Zanichelli Editore, 2015, 715-802.

6. L'art. 613-bis, II comma: fattispecie autonoma?

Quando, esaurito il *rush* finale, la legge 110/17 ha tagliato il traguardo tra le argomentate proteste dei sostenitori del reato proprio, un controcanto pacificatore ha intonato la nota del “ci penserà la giurisprudenza”: saranno le argute manovre interpretative dei giudici chiamati ad applicare la nuova fattispecie a sanarne le falle, state tranquilli.

Pare troppo facile. Eppure voci di rilievo già hanno suggerito “interpretazioni ortopediche”; mentre, dall'altra parte, si segnala saggiamente il rischio dell'eterogenesi dei fini⁴¹.

Il secondo comma dell'art. 613-bis prevede una pena più grave (da cinque a dodici anni) «*se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio*».

L'intenzione del legislatore sembrerebbe chiara: prevedere una circostanza aggravante del reato base. Di “fattispecie aggravate” del reato di tortura parlano i dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati⁴², né l'esame dei lavori parlamentari potrebbe condurre a seriamente dubitare dell'intenzione del legislatore di sottrarre la norma all'effetto stigmatizzante dell'incriminazione “diretta” dell'appartenente alle forze di polizia⁴³; tuttavia la scrittura ambigua della norma ha già indotto taluni a proporre la diversa lettura della fattispecie autonoma di reato, variamente argomentando in ordine alla “stravaganza” dell'ipotesi secondo cui gli ulteriori aggravamenti di pena di cui al quarto comma dell'art. 613-bis, calcolati in misura percentuale sulle “pene di cui ai commi precedenti” diverrebbero, rispetto al secondo comma, “aggravanti di un'aggravante”⁴⁴; o sulla ragionevole inapplicabilità dell'esimente di cui al terzo comma (sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti) se il secondo sia concepito come aggravante⁴⁵; o, ancora, sull'applicazione del criterio del “grado di lesività più intenso” del reato posto in essere dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, analogamente a quanto ricavabile dall'orientamento della Corte di Cassazione sull'autonomia del delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.) rispetto a quello di violenza sessuale (art. 609-bis)⁴⁶.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 20-21.

⁴² Dossier n. 149/2 del 6 giugno 2017 – Schede di lettura; dossier n. 285 del 21 giugno 2017 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale.

⁴³ V. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Legge Orlando (disciplina penale). Il nuovo reato di tortura – Aggiornamento redazionale 2017*, Zanichelli, Bologna, 15.

⁴⁴ F. VIGANÒ, [Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati](#), Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014, in questa *Rivista*, 25 settembre 2014.

⁴⁵ I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, cit., p. 159.

⁴⁶ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 229; secondo l'Autore, peraltro, anche alla luce delle fonti internazionali, i caratteri peculiari della figura di cui all'art. 613-bis secondo comma c.p. sarebbero “tali da alterare la struttura essenziale del reato delineato dal primo comma”.

In effetti, l'applicazione di almeno due dei criteri "forti" di distinzione tra reato autonomo e circostanza individuati dalla dottrina⁴⁷ conduce nella direzione del primo: sebbene esista un rapporto di specialità tra fattispecie "dubbia" e reato – base (con il requisito specializzante, nella prima, della qualifica soggettiva dell'agente), la norma non riporta espressioni quali "la pena è aumentata" ma indica una cornice edittale indipendente (elemento, tuttavia, non dirimente, esistendo nel codice numerose ipotesi di circostanze di reato, ad effetto speciale, nelle quali la pena è indicata ugualmente non in rapporto di proporzione con quella del reato base ma con minimi e massimi autonomi: si pensi alle circostanze aggravanti del furto o della rapina); non vi è, inoltre, alcun rinvio esplicito al giudizio di bilanciamento tra circostanze (richiamo talvolta effettuato dalla legge per sottrarre l'elemento controverso al bilanciamento con altre circostanze, indicativo in termini di certezza della natura circostanziale dell'elemento stesso).

Rimane il problema del rilievo decisivo attribuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 26.6.2002, n. 26351, ric. *Fedi*) al criterio "strutturale" della modalità di descrizione della fattispecie penale: è il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena ad indicare la volontà di qualificare gli elementi come circostanza o come reato autonomo, coerentemente con la discrezionalità del legislatore; se la descrizione è operata *per relationem*, mediante rinvio ad altra figura criminosa (come, nel caso che ci occupa, "i fatti di cui al primo comma"), ci si trova dinnanzi ad una circostanza, e non ad una fattispecie autonoma di reato.

Anche recentemente le Sezioni Unite hanno ribadito l'adesione al criterio strutturale, nel dirimere la questione della natura dell'art. 12 co. 3 D. Lgs. 286/98: cfr. sent. 21.6.2018 n. 40982, ric. *Mizanur*, per la quale la norma configura una circostanza aggravante. La decisione richiama, peraltro, SS.UU. 27.10.2011 n. 4694, ric. *Casani*, nella quale si trattava di questione sovrapponibile a quella in esame, in quanto l'elemento specializzante era la qualifica soggettiva dell'agente: la fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico protetto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico ufficio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, costituisce una circostanza aggravante del delitto previsto dall'art. 615-ter, comma primo cod. pen. e non un'ipotesi autonoma di reato. Malgrado nel caso citato venisse in rilievo l'elemento concernente la qualifica dell'agente, come appena ricordato, non ci si può tuttavia esimere dal ribadire come per il reato di tortura la veste del soggetto attivo costituisca, appunto, un "forte criterio di distinzione.

Da non trascurare, però, la conseguenza paradossale della lettura opposta a quella delle Sezioni Unite, che, volendo approdare alla sottrazione del fatto commesso dal pubblico ufficiale al giudizio di bilanciamento con le attenuanti, ex art. 69 c.p., rischierebbe di escludere la forma di tortura più grave dall'applicazione di tutte le circostanze aggravanti: sia il quarto che il quinto comma dell'art. 613-bis comma parlano di aggravio di pena per le conseguenze derivanti dai "fatti di cui al primo

⁴⁷ F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 1564 ss.

comma”, senza riferimento al secondo; anche se poi si parla di aumento delle “pene di cui ai commi precedenti”, al plurale. Insomma, l’ennesimo pasticcio.

Sarebbe bastato poco per evitare ogni fraintendimento sulla natura della previsione: sarebbe stato sufficiente, come autorevolmente suggerito⁴⁸, «codificare l’ipotesi nell’ambito di un articolo di legge distinto, secondo il modello rappresentato – nello stesso codice penale – dalla violazione di domicilio: che è prevista dall’art. 614 come reato comune, e dall’art. 615 come reato proprio del pubblico ufficiale, più severamente punito».

Ma il legislatore non l’ha fatto.

7. Il *caveat* del terzo comma.

Il terzo comma della norma in commento prevede il *caveat* per il caso di sofferenze risultanti unicamente dall’esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Ricomparsa nel testo finale, con diversa formulazione (in precedenza stabilendosi che la sofferenza dovesse essere *ulteriore*⁴⁹ rispetto a quella derivante dall’azione pubblica), la clausola di riserva⁵⁰ è ovviamente applicabile (per espressa lettera della legge, oltre che *ratione materiae*) solo ai fatti commessi da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio (il che sembrerebbe costituire indice dell’autonomia dei fatti di cui al secondo comma rispetto a quelli commessi dai privati).

La lettura del dibattito parlamentare rende evidente come il Senato abbia ceduto alle sollecitazioni dei sindacati di polizia, timorosi di non poter “fare il loro lavoro”; così, incredibilmente, uno dei relatori del Ddl ha potuto giustificare la disposizione *de qua* affermando che “se magari l’agente rompe il braccio a uno mentre lo arresta, non si può far rientrare nella tortura”.

Com’è chiaro, l’esimente (un limite di tipicità? A differenza delle scriminanti, la norma non prevede la “non punibilità”, ma la mancata applicazione “del comma precedente”) potrebbe ben dirsi pleonastica, ricorrendo in ipotesi le cause di giustificazione di cui agli artt. 51, 52 e 53 c.p., e/o le condizioni di cui all’art. 41 o.p., che giustificano l’uso della forza.

Tuttavia, poiché “in democrazia l’esistenza che è in gioco è quella della Costituzione e dei suoi diritti”, e «nel contesto dell’ordinamento costituzionale, e più in

⁴⁸ F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, cit., 8

⁴⁹ F. VIGANÒ, cit., 22-23 sostiene l’opportunità dell’introduzione del *caveat* nel testo, in accordo con quanto previsto dall’art.1 CAT, “tenendo conto delle peculiarità del quadro normativo italiano ... e del disastroso sistema penitenziario italiano ... specificandosi che l’acuta sofferenza fisica o psichica cagionata alla vittima debba essere ulteriore rispetto a quella che deriva dall’esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti, ivi comprese – dunque – non solo le pene in senso stretto, ma anche le misure di sicurezza, nonché le misure cautelari e precautelari”. (cfr. art. 277 c.p.p., inciso nostro).

⁵⁰ A. CISTERNA, *C’è reato di tortura con acute sofferenze, violenze o minacce*, in *Guida al diritto*, n. 39, 23 settembre 2017, 13-23, parla di “scriminante di natura funzionale”.

generale in uno Stato di diritto, lo Stato come tale non è mai un argomento»⁵¹, non può non segnalarsi come altre fonti del diritto pattizio (cfr. ad esempio, artt.3 CEDU e 4 CDFUE), nell'interpretazione fornita dalle Corti (cfr., *ex multis*, sent. Corte EDU, Seconda Sezione, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*) non prevedano limitazioni legate alla liceità delle sanzioni⁵².

Diversamente opinando, potrebbe prospettarsi il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 613-bis c.p., comma 3, c.p., come introdotto dall'art.1 della L.n.110/2017, per contrasto con l'art.117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU⁵³.

Com'è noto, il sindacato di norme penali di favore è ammesso quando si tratti di evitare zone franche dell'ordinamento, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola. In effetti, una preclusione assoluta dello scrutinio in *malam partem* determinerebbe un chiaro paradosso: il legislatore sarebbe infatti tenuto a rispettare i precetti costituzionali in sede di aggravamento del trattamento penale, mentre potrebbe disattenderli liberamente quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole. In simili frangenti, peraltro, la riserva di discrezionalità legislativa sulle scelte di criminalizzazione resta salva, poiché l'effetto peggiorativo dipende unicamente dalla rimozione di una disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali, e l'effetto in *malam* si genera in ragione della riespansione della norma generale (già dettata dallo stesso legislatore).

Insomma, per dirla tutta, e con parole della Consulta (cfr. sent. n. 394/2006), il sindacato è possibile per le disposizioni che sottraggono una certa classe di soggetti (nel caso di specie, quelli di cui al secondo comma dell'art. 613-bis c.p.) o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma (secondo un criterio di specialità sincronica), maggiormente comprensiva (trattandosi di norme di favore in senso stretto), poiché «*la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto fra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva*».

8. Le aggravanti dei commi IV e V.

Qui abbiamo inequivocabilmente la previsione di circostanze aggravanti, come indica l'espressione "le pene sono aumentate" del comma IV dell'art. 613-bis.

Il legislatore indica progressivi inasprimenti sanzionatori: per il caso in cui dai fatti descritti al primo comma derivi una lesione personale le pene, rispettivamente, di

⁵¹ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, 2013, 148.

⁵² A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 129 ss.

⁵³ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), *La CEDU nell'ordinamento penale italiano*, 2011, spec. 290-291.

cui al primo e secondo comma sono soggette, trattandosi di circostanza aggravante ad effetto comune, all'aumento fino a un terzo. Aumento che è, invece, di un terzo "secco" nel caso di lesione grave e della metà per la lesione gravissima. Per il caso di morte come conseguenza non voluta vi è la reclusione per anni trenta e si perviene all'ergastolo se l'agente cagiona volontariamente la morte della vittima.

La certezza sulla natura di queste previsioni non le pone al riparo, in primo luogo, da problemi applicativi derivanti dalla troppo fluida linea di demarcazione fra la prima circostanza aggravante e l'evento come descritto nella fattispecie base, alla luce dell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza sulla nozione di lesione personale. Questa, com'è noto, può consistere in un'alterazione anatomica anche minima e transitoria (un semplice graffio, un'ecchimosi o una tachicardia prolungata, una crisi ipertensiva⁵⁴), ma anche, sul piano psichico, in un'ansia somatizzata, uno shock, uno svenimento. La nozione di malattia di cui all'art 582 c.p. deve ricondursi a tutte le alterazioni (non necessariamente anatomiche, che possono in realtà mancare) da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico, ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa⁵⁵. Ebbene, se le "acute sofferenze fisiche" ben possono non sfociare in lesione (il classico pestaggio con l'asciugamano bagnato, che non lascia segni), non sarebbe già lesione, alla luce della giurisprudenza richiamata, il "trauma psichico" della fattispecie – base⁵⁶?

I restanti aggravati di pena si prestano, invece, a molteplici censure di irragionevolezza, ex art.3 Cost. e, dunque, non potranno sfuggire all'interpello della Corte, in aderenza alla giurisprudenza costituzionale formatasi sul tema del rapporto tra le "pene fisse" e quelle "proporzionali", il cui riferimento fondamentale è la sentenza n. 50 del 1980⁵⁷, espressione del principio fondamentale per cui il trattamento sanzionatorio del singolo condannato deve essere "individualizzato" e rispondente al canone costituzionale di personalità della responsabilità penale (art. 27 c. 1 Cost.).

Qui gli aumenti sono previsti in misura fissa, senza possibilità di adeguamento alla concreta gravità del fatto se non tramite totale annullamento dell'effetto peggiorativo attraverso la concessione di circostanze attenuanti, pacificamente bilanciabili ex art. 69 c.p.; la tortura aggravata dalla lesione personale gravissima risulta

⁵⁴ Cass. pen., sez. V, 03/11/2017, n. 54005.

⁵⁵ Cass. pen., sez. II, 19/03/2010, n. 18014.

⁵⁶ In questo senso cfr. I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 155.

⁵⁷ Per C. Cost. 14/04/1980, n. 50, deve essere consentito al giudice di tener conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi; e ciò "in aderenza al principio di eguaglianza ed a quello di legalità della pena il quale, in collegamento con l'art. 27 comma 1 e 3 Cost., postula il sistema nel quale l'attuazione della giustizia distributiva esige la differenziazione, più che l'uniformità. Va ribadita l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte, sicché in generale previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale che pone limiti alla potestà punitiva in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale". Nella scia della giurisprudenza successiva, costante sul punto, cfr. la recente sentenza della Consulta 25 settembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 222, in tema di pene accessorie nei delitti di bancarotta.

punita meno gravemente del delitto di maltrattamenti, per il quale è previsto il minimo edittale di sette anni di reclusione (contro i sei dell'ipotesi in parola)⁵⁸; nel caso di morte come conseguenza non voluta la pena (fissa) è di trent'anni di reclusione, incomparabilmente più grave di quella dell'omicidio preterintenzionale (da dieci a diciotto anni), e perfino dell'omicidio volontario.

E, infine, quanto all'ergastolo per il caso di morte della vittima cagionata volontariamente, oltre a doversi rilevare l'inutilità della previsione (l'ergastolo già scatta per l'omicidio aggravato da sevizie o crudeltà) non ci stancheremo mai di ribadire la convinzione della contrarietà della pena perpetua al dettato dell'art. 27 co. 3 Cost.; cui si aggiunge il paradosso di uno Stato che colpisce la tortura, apoteosi di inumanità, con la pena più inumana: quella perpetua.

9. L' art. 613 *ter* c.p.

Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura.

Sebbene più coerente con la Convenzione ONU, il reato di nuovo conio, configurato come proprio, non fa che rivelare ulteriormente l'incongruenza del delitto di tortura, quale reato non necessariamente di Stato.

Anche qui, un vero e proprio guazzabuglio.

Norma preventiva, laddove su tale versante la Legge è totalmente silente (in dispregio agli obblighi convenzionali), ma costruita malissimo.

In primo luogo, la norma non contempla l'ipotesi che l'istigato sia un privato (diversamente da quanto previsto dall'art.16 CAT)⁵⁹.

In secondo luogo, si è eliminata la clausola di riserva, prevista nell'originario testo Camera, in favore dell'art.414 c.p., che a sua volta rimanda all'art.302 c.p. per le ipotesi di istigazione o apologia per delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità (con il rischio di ulteriore confusione nell'individuazione della norma da applicarsi in concreto).

Ancora; la disposizione costituisce l'ennesima eccezione al quasi reato di cui all'art.115 c.p., dando luogo ad una nuova incriminazione, in virtù del particolare disvalore della condotta e delle sue potenzialità lesive (attraverso il richiamo al, pur evanescente, requisito della concreta idoneità dell'azione).

Non connotata dalla pubblicità della condotta (poiché l'istigazione tra pari, o in via verticale, ben potrebbe avvenire in privato, quale prodromica alla messa in atto all'azione illecita), irragionevolmente non è prevista la circostanza aggravante dell'utilizzo di strumenti informatici o telematici (contemplata dall'art. 414 c.p.).

⁵⁸ Cfr. I. MARCHI, *op. cit.*, 165.

⁵⁹ S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in www.giurisprudenzapenale.it, 5 novembre 2017, 14.

10. La modifica all'articolo 191 c.p.p.

La Legge n. 110/2017 interviene anche sul codice di rito, con l'art. 2, introducendo nell'art. 191 c.p.p. il comma 2-*bis*, che vieta l'utilizzo delle dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale.

Oltre alle norme sull'invarianza degli oneri e l'entrata in vigore, si tratta dell'unico articolo della legge rimasto immutato rispetto al testo licenziato dal Senato il 5 marzo 2014. Solidità immeritata, trattandosi di norma ambigua e, tutto sommato, inutile. Ancora una volta, il legislatore fa torto a se stesso, contraddicendo la propria scelta "di fondo" di non porre al centro della scena l'agente funzionario dello Stato con una norma che solo a quel tipo di agente può riferirsi: chi altri, se non la polizia giudiziaria o, addirittura, il magistrato, potrebbe giovare della tortura per estorcere dichiarazioni o informazioni da utilizzare nel processo penale?

Norma inutile, peraltro, perché già l'art. 64 comma 2 del codice di procedura penale stabilisce che "non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti". Identica formula è ripresa dall'art. 188 c.p.p. sulla libertà morale della persona nell'assunzione della prova⁶⁰.

Norma, quella in esame, ambigua e di difficile applicazione. La circostanza che le dichiarazioni o informazioni siano state ottenute mediante tortura andrà soggetta ad accertamento, che non potrà non essere giudiziale⁶¹. Ma, in assenza di qualsiasi meccanismo di sospensione del procedimento per un accertamento incidentale del trattamento cui è stato sottoposto, in ipotesi, il dichiarante, vi è da chiedersi come in concreto potrebbe operare la disposizione, quale sia la soglia di dimostrazione dell'intervenuta tortura demandata alla parte che sollevi l'eccezione, quali gli obblighi del giudice.

11. La modifica all'articolo 19 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

L'art. 3 della Legge n.110/2017 ripristina la previsione di cui alla prima versione licenziata dal Senato nel febbraio 2014; è sufficiente il raffronto con l'esame della norma di cui al previgente testo Camera, che sostituiva l'art.19 della c.d. Legge "Bossi-Fini", piuttosto che integrarlo, per rendersi conto che si tratta di un intervento peggiorativo, che espone i migranti a rischi concreti⁶².

Tuttavia, se si tiene conto che la norma esige la cessazione immediata di

⁶⁰ Così A. CISTERNA, *Colmata una lacuna*, cit., p. 22-23.

⁶¹ *Contra*, F.S. CASSIBBA, [Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2018, p. 109 ss.

⁶² M. PASSIONE, *Fatti e misfatti*, cit., 6.

rimpatri forzati e respingimenti verso quegli Stati sospettati di violazioni sistemiche dei diritti umani, ed esprime l'esigenza di rafforzate garanzie giurisdizionali⁶³, non può non constatarsi con rammarico che è lecito dubitare della capacità dello Stato di rispettare gli impegni, ora e precedentemente, assunti (si pensi all'art.33 della convenzione di Ginevra).

Valgano, in proposito, le osservazioni del Comitato ONU contro la tortura⁶⁴, con le quali si è decisamente stigmatizzato l'accordo tra Polizie italiana e sudanese del 3 agosto 2016, che ha consentito il rimpatrio di una dozzina di cittadini africani, appartenenti ad una minoranza perseguitata, nonché il protocollo d'intesa firmato tra Italia e Libia il 2 febbraio 2017, si è richiamata la nutrita serie di condanne del nostro Paese, ad opera della Corte EDU, ed altresì la L.n.46 del 13 aprile 2017 (c.d. Decreto Minniti – Orlando), per l'incisiva riduzione degli spazi difensivi in materia.

Nel campo che ci occupa, non è consentito abbassare la guardia⁶⁵.

12. L'esclusione dalle immunità diplomatiche e l'estradizione.

L'art. 4 della L. 110/17 prevede, innanzitutto, una esclusione generale dalle immunità ("alcuna forma di immunità", dunque anche l'inviolabilità personale e domiciliare) per gli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un Tribunale internazionale, così risultando l'esclusione più ampia rispetto a quella prevista dal testo licenziato dalla Camera (che parlava unicamente di immunità dalla giurisdizione) e rivivendo il testo del 2014.

È attuato, poi, al secondo comma, l'art. 8 comma I della Convenzione ONU, prevedendosi l'obbligo di estradizione verso lo Stato richiedente dello straniero indagato o condannato per il reato di tortura. Nel caso di procedimento davanti ad un Tribunale internazionale, lo straniero è estradato verso il Paese individuato in base alla normativa internazionale.

13. Quello che non c'è: la prescrizione.

E, infine, un silenzio rumoroso di questa legge: quello sul regime di prescrizione.

È sparita la previsione, contenuta nell'originario art. 3 del testo licenziato dalla Camera il 9 aprile 2015, che aggiungeva l'art. 613-bis all'elenco dei reati per cui il termine di prescrizione è raddoppiato: l'art. 157 comma VI c.p. prevede il raddoppio

⁶³ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 24.

⁶⁴ F. CANCELLARO, [Pubblicate le osservazioni del comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2018, p. 301 ss.

⁶⁵ Cfr. sent. Corte EDU, Quinta Sezione, 4 settembre 2014, *M.V e M.T. c. Francia*, con la quale è stata disposta la sospensione di una procedura di espulsione di cittadini russi da parte della Francia, per il rischio di sottoposizione a trattamenti in violazione dell'art. 3.

dei termini di prescrizione per una serie di reati: tra l'altro, i maltrattamenti (art. 572 c.p.) e fattispecie colpose come l'omicidio stradale o l'omicidio colposo commesso con violazione delle norme contro gli infortuni sul lavoro, e i delitti colposi di danno indicati nell'art. 449 c.p.

Per la tortura, invece, termini ordinari; anche per l'ipotesi del reato commesso dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Peraltro, nell'elenco dei reati per i quali il legislatore concede più tempo alla macchina processuale per portare a termine il suo compito (*rectius*, dopo la recentissima modifica legislativa, per giungere ad una sentenza di primo grado) sono ricompresi la frode in processo penale e il depistaggio in relazione a procedimenti per determinati, gravi reati (art. 375 co. III c.p.). Nemmeno tra questi è stato inserito il reato di tortura.

Immutare artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone connessi al reato, il mendacio o la reticenza davanti all'autorità giudiziaria del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio non meritano, secondo il legislatore del 2017, tempi di prescrizione più lunghi se la frode o il depistaggio sono commessi in un procedimento per tortura: una scelta sconcertante, alla luce dell'esito delle vicende processuali del G8 di Genova e, soprattutto, delle relative sentenze della Corte EDU, che hanno ribadito la necessità che, in materia di tortura o maltrattamenti inflitti da agenti dello Stato, non siano ammesse grazia, amnistia o prescrizione⁶⁶.

14. Illuminare l'ombra: guardare avanti.

Ci si è interrogati, in tanti, se non fosse meglio aspettare ancora piuttosto che avere, dopo tanta attesa, una pessima legge.

L'esperienza da deputata portò Natalia Ginzburg a concludere che «*non si può chiedere troppo a una legge, come se essa avesse la facoltà di rendere migliore e più limpida la società intera*»⁶⁷. Lessico parlamentare.

Un legislatore avveduto, tuttavia, è capace di interventi migliorativi sulle norme quando queste non "vivono" e, dunque, non servono.

Si è sopra fatto cenno ai temi critici che imporrebbero un ripensamento volto ad allineare la nuova fattispecie di tortura alla nozione convenzionale e a garantire una seria tutela alle vittime. Un sano realismo ci induce, però, al richiamo ad altre risorse: anticorpi sociali in grado di guarire la piaga nascosta della tortura, memoria rinnovata di ciò che è stato e non deve più essere, capacità di vedere, coraggio di denunciare.

⁶⁶ Sent. Corte EDU *Cestaro c. Italia*, cit. § 208.

⁶⁷ Atti Parlamentari – Camera dei Deputati, X Legislatura, Discussioni, Seduta del 15 marzo 1989, 29536.