

Dipartimento di giurisprudenza

Cattedra di diritto penale II

IL DELITTO DI TORTURA

RELATORE:

Chiar.mo Prof.
Antonino Gullo

CANDIDATO:

Bruno Langellotto
Matr. 128503

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof.
Maurizio Bellacosa

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

INDICE

Introduzione.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

IL DIVIETO DI TORTURA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Brevi cenni storici.....	4
2. La tortura nella visione delle Nazioni Unite.....	9
3. La tortura nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte EDU.....	16
4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.....	26
5. La tortura in altre Convenzioni internazionali.....	29
6. Considerazioni Conclusive.....	35

CAPITOLO II

IL DIVIETO DI TORTURA NEL NOSTRO ORDINAMENTO

1. La gestione dell'ordine pubblico	37
2. Altri casi italiani di "police brutality"	52
3. Il regime del c.d. "carcere duro"	63
4. L'ergastolo ostativo.....	70
5. Il problema dell'accoglienza dei migranti.....	74
6. Le c.d. "consegne straordinarie".....	79

CAPITOLO III

LA REPRESSIONE PENALE DELLA TORTURA

1. Gli obblighi costituzionali e convenzionali di criminalizzazione.....	85
2. La rilevanza penale dei fatti di tortura prima dell'introduzione dell'art. 613 bis c.p.	
3. Il percorso di introduzione del delitto di tortura nel codice penale.....	93
4. Il delitto di tortura.....	109
4.1. Introduzione.....	109
4.2. Il bene giuridico tutelato.....	110
4.3. Il soggetto attivo del reato.....	113
4.4. Il soggetto passivo del reato.....	118
4.5. Il fatto di tortura.....	121
4.6. L'elemento soggettivo.....	132
4.7. Il trattamento sanzionatorio.....	135
5. La tortura dell'agente pubblico e le altre circostanze aggravanti.....	140
6. L'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura.....	145
Considerazioni conclusive	147

INTRODUZIONE

La tortura, nel XXI secolo, evoca nell'immaginario di molti contesti ormai superati, che appartengono al passato. Un tormento, insomma, che sembrerebbe non riguardare le nostre vite e che pertanto finirebbe per essere legittimato e tollerato con la certezza che in nessun caso potrebbe colpirci.

Tuttavia «l'ipotesi che non possa succederci non può più essere accettata. Tutto può succedere»¹.

Gli orrori della scuola Diaz e della Caserma di Bolzaneto, congiuntamente a numerosi altri esempi, confermano la modernità della trattazione.

In generale, nessuno conviene nel ritenere che la tortura possa essere accettata: il tema della inidoneità della tortura come mezzo di ricerca della prova è stato sostenuto dai maggiori autori dell'Illuminismo, da Verri² a Beccaria³.

Tuttavia, anche se espunta dall'ordinamento quale mezzo probatorio in seguito all'affermazione delle posizioni dei riformatori illuministi, la tortura è stata in taluni casi adoperata dai servizi di sicurezza e dalle forze di polizia.

Invero, diverse sembrerebbero essere le forme di tortura praticate, da quelle note del tardo Medioevo a quelle più evolute e occulte, ancora oggi diffuse negli Stati di diritto.

A tale ultimo proposito, si può altresì avere riguardo alle rilevanti questioni che sul piano del rispetto dei diritti fondamentali sollevano i mezzi di coercizione della volontà degli indagati e finanche, talvolta, alcune espressioni legittime dei poteri coercitivi, come ad es. il c.d. "carcere duro" e "l'ergastolo ostativo".

¹ A. BARAK, *A Judge on Judging. The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Harv. L. Rev.*, 2002, p. 37.

² P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Roma, 1994, p. 67, nel confutare la validità della tortura come mezzo di ricerca della prova sostiene che «non di rado accade, che de' rei robusti e determinati soffrono i tormenti senza mai aprir bocca. Molte altre volte il tormentato si confessa reo del delitto; ma tutti gli orrori non provan eglino abbastanza che quei molti infelici si dichiararono rei di un delitto impossibile e assurdo, e che conseguentemente il tormento strappò loro di un seguito di menzogne, non mai la verità».

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1970, p. 93, aderisce alle tesi del Verri, ritenendo che l'esito della tortura sia «un affare di temperamento e di calcolo, che varia in ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità».

Talvolta gli Stati moderni continuano a giustificare manifestazioni meno evidenti di tortura al fine di porre argine a certe forme di criminalità; in particolare, ci si riferisce a quegli Stati a “democrazia protetta”⁴ i quali prevedono, in condizioni eccezionali, la sospensione dei diritti fondamentali⁵.

In queste circostanze, ci si è persuasi che la tortura sia un efficace strumento di contrasto alle minacce terroristiche. Si giustifica quindi, anche nell’opinione pubblica, un esercizio del potere secondo modalità dispotiche, tipiche dei regimi autoritari, nei confronti di chi si ritiene “diverso”, e si accetta una violazione dei diritti fondamentali contando sul fatto che la medesima triste sorte non riguarderà mai se stessi⁶.

Viene in evidenza il “diritto penale del nemico”, ossia di colui il quale punta a sovvertire il sistema e deve essere fermato in ogni modo, anche attraverso mezzi illeciti.

Da questo punto di vista la prospettazione di una minaccia per la “sicurezza nazionale” è la «premessa ideologica usata come mezzo per ottenere l’appoggio popolare e militare all’aggressione e alla repressione»⁷.

Tuttavia, la necessità di garantire i diritti umani sempre e comunque è sancita dalla Convenzione ONU contro la tortura del 1984⁸, secondo cui «nessuna eccezionale circostanza, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altra emergenza pubblica, può essere invocata come giustificazione della tortura»⁹.

L’analisi introduttiva fin qui sviluppata mostra come ancora oggi le questioni inerenti alla pratica della tortura siano molteplici e attuali, in particolare alla luce

⁴ S. CECCANTI, *Le democrazie protette: da eccezione a regola già prima dell’11 settembre. Atti del Convegno annuale*, Milano, 17-18 ottobre 2003.

⁵ In questo senso la risoluzione “Autorizzazione all’uso della forza militare” del Congresso degli USA del 15 settembre 2001 che, per far fronte all’emergenza occasionata dall’attacco terroristico alle Twin Towers, consente il ricorso all’uso della forza contro le organizzazioni e gli Stati coinvolti in azioni terroristiche.

⁶ V. contributi in M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

⁷ P. G. ZIMBARDO, *L’effetto Lucifero: cattivi si diventa?*, Milano, 2008, p. 595.

⁸ Si tratta della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984.

⁹ A tal proposito, degna di nota è la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, 12 giugno 2008, *Boumediene et al. v. Bush*, la quale prevede che «La legge e la costituzione sono progettate per sopravvivere e rimanere in vigore in tempi straordinari. Libertà e sicurezza possono essere riconciliate; e nel nostro sistema sono riconciliate nel quadro della legge».

dell'odierna esigenza di bilanciare la necessità dell'utilizzo della forza in situazioni di emergenza con la salvaguardia ed il rispetto di diritti fondamentali della persona.

Ciò può avvenire soltanto attraverso le leggi. Come è noto, il nostro Stato ha da poco più di un anno, in evidente ritardo, con L. 14 luglio 2017, n. 110, inserito nel codice penale, tra i delitti contro la libertà morale, gli artt. 613 *bis* e 613 *ter*, che incriminano la tortura e l'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura.

Nel codice di procedura penale, già da tempo l'art. 191 sancisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, tra cui quello avente ad oggetto l'impiego, nei confronti delle persone informate sui fatti, dell'imputato (art. 64 co. 2) o del testimone (art. 499 co. 4) di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», come previsto in via generale dall'art. 188 c.p.p., in materia di «libertà morale della persona nell'assunzione della prova».

La recente legge sopra menzionata ha inoltre introdotto un comma 2 *bis* nell'art. 191 c.p.p., precisando che le «dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le sole persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

Si può in primo luogo rilevare, in proposito, che la criminalizzazione della tortura segna un passo avanti nel nostro Paese, potendo l'esistenza stessa della norma essere ritenuta indice della volontà di sanzionare condotte che sino a questo momento avevano spesso beneficiato dell'impunità.

Procedendo quindi, all'analisi del delitto di tortura, si rende necessario un esame del diritto internazionale ed europeo, al fine di comprendere le sollecitazioni provenienti all'Italia dalle istituzioni sovranazionali, per poi effettuare una valutazione complessiva della norma approvata dal legislatore italiano, specie sotto il profilo dell'effettività al fine di tratteggiarne gli eventuali profili di riforma.

CAPITOLO I

IL DIVIETO DI TORTURA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Brevi cenni storici.

Le prime forme di tortura si possono individuare già nel XX secolo a. C., epoca in cui gli antichi Egizi utilizzavano metodi feroci, in particolare bastonate e frustate, per impaurire, punire, od ottenere confessioni dai criminali o nemici.

Ma è con i Greci¹ e, soprattutto con i Romani, che la tortura si diffuse maggiormente, tant'è che il termine "tortura" deriva dal latino "*torquere*" ossia torcere: dal principio si trattava di una torsione medica al fine di riportare al loro posto le membra, per poi passare a costituire uno strumento giuridico per acquisire confessioni o informazioni².

L'impiego della tortura, in età greca e romana, non aveva luogo sui cittadini liberi,³ ma soltanto sugli stranieri e, fino al II secolo a. C., sugli schiavi.

E' importante tenere presente che nel corso del Principato, e quindi in presenza di un ordinamento dagli aspetti totalitari, la tortura iniziò ad essere praticata altresì sugli uomini liberi, prima in via straordinaria e poi definitivamente⁴.

Ancora nell'ordinamento romano si differenziava la tortura come violenza fisica praticata durante l'esecuzione della pena, chiamata *tormentas et cruciatus* e

¹ In argomento E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1996, p. 19. La tortura era chiamata dai greci "*basanos*", termine che all'origine designava la "pietra di paragone", utilizzata per provare l'oro, e che successivamente venne utilizzato per designare qualsiasi mezzo o procedimento per "mettere alla prova" una persona, e quindi poi, anche la pratica che oggi è chiamata tortura che i Greci utilizzavano tanto in funzione "punitiva" quanto in funzione "giudiziaria", per ottenere dichiarazioni ritenute utili per l'accertamento della verità.

² In argomento G. LATERRA, *Storia della tortura*, Firenze, 2007, p. 25.

³ In Grecia, secondo quanto si rinviene in un passo del *De Mysteriis* di Andocide, un decreto denominato "di Scamandrio", di data incerta, ma presumibilmente della fine del VI sec. a.C. faceva espresso divieto di sopporre i cittadini alla tortura. Plutarco racconta della morte di Focione, riferendo che alcuni cittadini chiesero di torturarlo, prima di mandarlo a morte. Ma per l'evidente incompatibilità con l'ordinamento, nemmeno il suo accusatore accolse la richiesta. In argomento S. TODD, *How to execute People in Forth Century Athens*, p. 31.

⁴ C. RUSSO RUGGERI, *Questiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano, 2002, p. 1 e ss.

utilizzata come “purgazione dall’infamia”⁵, dalla tortura impiegata durante l’interrogatorio per portare alla luce la verità, chiamata “*quaestio per tormenta*”⁶.

Alla fine del IV sec. d.C., dalla pratica della tortura furono escluse alcune categorie di soggetti, tra cui i cardinali, gli alti funzionari, i decurioni (i funzionari che amministravano e governavano le colonie), i senatori, i *milites*, i veterani e la loro prole, fuori dal caso che si fossero resi colpevoli del crimine di lesa maestà, ossia avessero divulgato maldicenze nei confronti dell’imperatore⁷.

Tuttavia già a quel tempo si sollevavano critiche da più parti circa l’attendibilità dello strumento ai fini processuali. Aristotele, nella *Retorica*, osservava che «se si sa resistere, non si dice la verità, mentre poi si dice anche il falso per far terminare la tortura»⁸.

Anche Quintiliano, nell’ *Institutio oratoria*, riteneva che la tortura potesse condurre a dire il falso, in quanto «la bugia ad alcuni sarebbe resa facile per la resistenza al dolore, ad altri indispensabile dalla debolezza»⁹.

La tortura fu altresì impiegata nella persecuzione dei cristiani non solo al fine di ottenere confessioni o informazioni, ma principalmente al fine di spingerli a ripudiare la loro fede, considerato che la professione della fede cristiana era considerata un *crimen lesae maiestatis*¹⁰.

La tortura non venne praticata per pressappoco sette secoli, in quanto con le invasioni barbariche, vi fu il ricorso alle c.d. ordalie: si trattava di prove fondate sul

⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 93.

⁶ Approfondimenti in A. ANSALONI BELLODI, *Ad eruendam veritatem, Profili processuali della quaestio per tormenta*, Bosonia University Press, 2011.

⁷ A. BANFI, *Acerrima indago. Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C.* Torino, 2013, p. 128.

⁸ Lo ricorda T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia Criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015, p. 117.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ In argomento si veda G. SERGES, *La tortura giudiziaria, Evoluzione e fortuna di uno strumento d’impero*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia*, 2011, p. 259. L’Autore afferma che: «Nel Medioevo si diffuse in tutta Europa il processo romano-canonico e, con esso, il processo inquisitorio. Con il tempo, di pari passo al progressivo affermarsi del processo inquisitorio come procedura criminale ordinaria, gli ordinamenti dotarono i propri tribunali di appositi apparati istituzionali dedicati precipuamente alla attività inquisitoria. Lo Stato Pontificio, come noto, non fece eccezione e, anzi, fu, sotto il pontificato di Innocenzo III, tra i primi a dotarsi di una Inquisizione organicamente strutturata (la Santa Inquisizione “medioevale”), allo scopo di reprimere l’eresia».

giudizio di Dio il cui risultato (evidentemente prevedibile) stabiliva il vincitore¹¹. Se dalle ordalie uno dei due contendenti veniva fuori sano e salvo, aveva vinto. L'esperimento non giocava a suo favore, tuttavia, consistendo spesso in una prova il cui risultato era manipolato, l'esito dipendeva da altri fattori¹². Nel XIII secolo, con la riapparizione del processo penale, la tortura fu nuovamente praticata, penetrando nella procedura della Santa Inquisizione, per far fronte ai molteplici movimenti eretici¹³.

A tal proposito, nel caso si ritenesse la sussistenza del fatto e non vi fossero altri mezzi idonei per conoscere la verità, era possibile sottoporre l'indagato a tortura se si trattava di reati ritenuti gravi per tipologia (ad es. la lesa maestà, l'eresia o la magia) o per le modalità (ad es. commessi di notte).

Se l'imputato torturato si risolveva a confessare, la sentenza di condanna che lo riguardava diventava definitiva.

Pure in quel periodo, la tortura non poteva riguardare, come nell'ordinamento romano, alcuni soggetti come i minori, gli anziani, i militari, i membri di organi collegiali, i clerici maggiori, i nobili di alto lignaggio, gli invalidi e le donne incinte o che avessero appena partorito, gli avvocati e i giudici¹⁴, costituendo così una pratica selettiva.

Poteva essere torturato il testimone, allorquando nel corso dell'interrogatorio si rivelasse reticente ovvero contraddittorio, l'accusatore, allorquando l'accusa non

¹² F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, in La Repubblica, 19 maggio 2004, cit., p. 11: «I secoli detti bui sono civili, perché alla morale individualista degl'invasori ripugna che l'uomo libero sia coatto a confessare. I giudizi penali diventano affare agonistico. Figura classica i duelli. Altrove l'accusato "purga" l'accusa giurandosi puro, ma non basta: deve esibire dei *coniuratores* nel numero e dignità stabilito da chi giudica; i quali non testimoniano sui fatti, affermano una qualità dell'uomo; la *coniuratio* misura l'ascendente sociale. Terza tecnica l'ordalia, da *Urteil*, giudizio. Lo *iudicium Dei* consiste nel sottoporre una delle parti (individuata dalla sentenza) a esperimenti d'esito prevedibile: normalmente subisce ustioni chi corre a piedi nudi su carboni accesi o vomeri incandescenti o impugna un ferro rovente (*iudicium ferri candentis*); o affonda il braccio nel calderone d'acqua bollente (*iudicium aquae ferventis*); quando esca incolume, ha vinto. Tutte le probabilità gli stanno contro, ma essendo spesso manipolato l'esperimento, gli esiti dipendono da materiali istruttori occulti. Le *purgationes vulgares* non soddisfano più un secolo evoluto qual è il Duecento: erano rito quasi liturgico; le squalifica il IV Concilio Laterano, 1215, vietando ogni commistione ecclesiastica. Dal tardo XI secolo sono riemerse le fonti romane: il *Corpus iuris* viene subito dopo la Bibbia; *la quaestio ad eruendam veritatem* vi figura; e nella metamorfosi inquisitoria ricrescerebbe anche se restassero sepolti i *Libri terribiles*, perché la nuova procedura richiede conclusioni storiche sicure».

¹³ G. LATERRA, *Storia della tortura*, Firenze, 2007, p. 31, si considera che la tortura fu praticata nuovamente «ad extirpanda de medio Populi Christiani hareticae pravitatis zizania».

¹⁴ T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia Criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015, p. 78-79.

trovasse riscontro, mostrandosi come falsa. Infine, la tortura poteva essere impiegata al fine di determinare la vittima a confessare il nome dell'autore del reato nel caso non volesse denunciarlo¹⁵.

Nonostante chi in tale epoca contestò la tortura come strumento giudiziario, tra cui si può ricordare l'opinione di Sant'Agostino il quale la considerò una «pena certa per un delitto incerto»¹⁶, essa continuò ad essere utilizzata per tutto il Medioevo, tanto che nel 1796 Maria Teresa d'Asburgo emanò la *Constitutio criminalis thesiana*, in cui si rinviene la descrizione di una vasta serie di torture utilizzate come mezzi inquisitori. La disapprovazione della tortura è frutto dell'Illuminismo e del pensiero di numerosi studiosi come Friedrich von Spee¹⁷, Montesquieu¹⁸ e gli italiani Mario Pagano¹⁹, Cesare Beccaria e Pietro Verri.

Cesare Beccaria, nello specifico, in maniera del tutto rinnovatrice, in un momento in cui la tortura era ancora in uso, valutò che «una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il

¹⁵ T. PADOVANI, *Tortura*, p. 70,71,74.

¹⁶ SANT'AGOSTINO, *De Civitate Dei contra Paganos*, trad. it., L. Alici, *La città di Dio*, Milano, 1984, p. 953.

¹⁷ F. V. SPEE, *Cautio Criminalis, Questione V*, tradotta da M. Timi, Salerno Editrice, Roma, 2004, pp. 47 e 48: «Mi è noto, infatti, che alcuni giudici, nell'istruire processi contro le streghe, si prendono libertà procedurali non lecite, con la generica giustificazione che si tratta di delitti eccezionali. Per cui, se si sono basati su indizi troppo deboli, o sono andati troppo oltre nel servirsi della tortura, o se si sono formati un giudizio con superficialità, o non hanno concesso la difesa e commesso altre leggerezze, in tutti questi casi si nascondono sempre dietro lo stesso alibi: sostengono che si tratta di un crimine eccezionale, e che, quindi, è consentito un margine assai ampio di discrezionalità; comportamento questo, sul quale mi dilungherò successivamente in più occasioni. Eppure, se non si vuole essere profondamente ingiusti, è necessario che tutti i giudici si prefiggano questo principio generale come un assioma inderogabile: che, in ogni delitto ordinario o eccezionale, non è lecito istruire un processo in contrasto con quanto prescrivono la ragione e la morale. Non è assolutamente vero, quindi, che sia lecito, nei delitti eccezionali, prescindere tranquillamente da ogni disposizione prevista dal diritto positivo. Si può derogare da alcune disposizioni, ma non da tutte: è l'unica conclusione che si può trarre dall'analisi di qualsiasi fonte del diritto».

¹⁸ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Libro VI, Capitolo XVII: «Tant d'habiles gens et tant de beaux génies ont écrit contre cette pratique, que je n'ose parler après eux. J'allois dire qu'elle pourroit convenir dans les gouvernemens despotiques, où tout ce qui inspire la crainte entre plus dans les ressorts du gouvernement: j'allois dire que les esclaves, chez les Grecs & chez les Romains [...]. Mais j'entends la voix de la nature qui crie contre moi».

¹⁹ M. PAGANO, *Teoria delle prove o logica dei probabili*, Napoli, 1806, cit., afferma che «La confessione, estorta tra i tormenti, è l'espressione del dolore, non già l'indizio della verità. Quale rapporto ha il dolore colla verità? [...] La confessione estorta ne' tormenti addita soltanto la debolezza delle fibre e l'intolleranza dell'animo, non già l'esistenza dell'ignoto fatto [...] Se dalla spontanea semplice confessione non può nascere la piena dimostrazione, qual forza avrà quella che una feroce e barbara tortura o l'angustie e l'orrore di un oscuro criminale strappa di bocca ad un infelice, che a' confusi accenti del dolore mischia le voci della menzogna? [...] La tortura, questa tiranna dell'umanità, fu la prole delle barbarie dei secoli e de' superstiziosi errori».

processo, o per costringerlo a confessare il delitto, o per le contraddizioni nelle quali incorre, o per la scoperta dei complici o per non so quale metafisica ed incomprendibile purgazione d'infamia»²⁰.

Beccaria contestò altresì la validità della tortura come mezzo di ricerca della verità ritenendo che «molti colla robustezza e la pazienza superano il tormento e in nessun modo parlano, altri insofferenti mentiscono mille volte anzi che resistere al dolore».

Successivamente, Verri a queste ragioni ne accosta delle altre, e domandandosi «se la tortura sia un mezzo lecito per scoprire la verità», ha concluso con il ritenere che questa violi il principio di non colpevolezza e il principio del divieto di autoincriminazione²¹.

Come conseguenza del consenso ottenuto dagli illuministi, la tortura giudiziaria fu dapprima oggetto di dibattito e successivamente vietata da Federico II di Prussia, per poi piano piano essere ripudiata in tutto il continente, inclusa l'Italia, fino a essere vietata in ogni dove all'inizio dell'Ottocento.

Nella Costituzione del Regno di Sicilia, promulgata da Ferdinando III di Borbone nel 1812, è possibile rinvenire per la prima volta in Italia in modo esplicito il divieto di tortura, all'art. 34²².

L'esame fin qui svolto permette di asserire che il divieto di tortura va letto in considerazione dei periodi storici, perché, per quanto la storia insegna, lo stesso non ha sempre subito eccezioni o limitazioni.

²⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 16.

²¹ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., p. 128, scrive a proposito del principio della presunzione di non colpevolezza che «se il delitto poi è solamente probabile, qualunque sia il vocabolo col quale i dottori distinguano il grado di probabilità difficile assai a misurarsi, egli è evidente che sarà possibile che il probabilmente reo in fatti sia innocente; allora è somma ingiustizia l' esporre ad un sicuro scempio e ad un crudelissimo tormento un uomo, che forse è innocente; e il porre un uomo innocente fra que' strazj e miserie tanto è più ingiusto quanto che farsi colla forza pubblica istessa confidata ai giudici per difendere l'innocente dagli oltraggi». A proposito del principio del divieto di autoincriminazione scrive che «la natura ha inserito nel cuore di ciascuno la legge primitiva della difesa di sé medesimo: e l'offendere se stesso, e l'accusare se stesso criminalmente egli è un eroismo, se è fatto spontaneamente in alcuni casi, ovvero una tirannia ingiustissima se per forza di spasimi si voglia costringervi un uomo».

²² L'art. 34 esordisce così: «Sarà vietato a qualsiasi giudice o magistrato l'uso della tortura nelle procedure criminali di questo regno».

La prima limitazione potrebbe derivare dal diritto penale, che attraverso la minaccia della pena, potrebbe esporsi al rischio di porsi in conflitto con l'asserita assolutezza del divieto.

Proprio per questo, come si illustrerà nei prossimi paragrafi, il contrasto della tortura ha occupato un ruolo di rilievo in ambito internazionale. Le convenzioni che saranno trattate nel seguito, hanno recepito, secondo un'opinione diffusa, un principio consuetudinario di diritto internazionale, imperativo e inderogabile, avente dunque natura di *jus cogens*²³.

2. La tortura nella visione delle Nazioni Unite.

In seguito ai sanguinosi e sconvolgenti eventi bellici che hanno segnato il secolo scorso, si è fortemente affermata l'inconciliabilità della tortura con il riconoscimento dei diritti umani, sul presupposto che non sia possibile mantenere la pace se non attraverso il rispetto della dignità umana. La necessità di riconoscere questo principio nel diritto internazionale diviene indifferibile allo scopo di sottrarre la materia alla potestà legislativa dei singoli Stati²⁴.

Il divieto di tortura trova per la prima volta espresso riconoscimento a livello internazionale nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1948, la quale è in linea con le richieste provenienti dalla comunità internazionale all'ONU di sostenere e favorire il rispetto dei diritti umani, in risposta alle violazioni commesse durante la seconda guerra mondiale²⁵.

In particolare, l'art. 5 della Dichiarazione prevede che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento a punizioni crudeli, inumani e degradanti».

²³ In argomento E. SCAROINA, *Il delitto di tortura, L'attualità di un crimine antico*, Cacucci Editore, Bari, 2018, p. 41. L'Autrice sottolinea oltre all'importanza delle convenzioni e dei patti internazionali anche l'importanza «del costante lavoro delle corti e dei comitati internazionali che si muovono nella cornice di detti strumenti e al fine di garantire la loro effettività: traendo ispirazione gli uni dagli altri, essi contribuiscono incessantemente a creare quello che oggi ha indubbiamente assunto la valenza di un vero e proprio corpo normativo in grado di influenzare e condizionare anche i legislatori di Paesi membri. E' in questo modo che tali attori assumono un ruolo centrale nella individuazione dei contenuti e dei limiti del divieto di tortura, nonché, e ancor prima nella elaborazione della sua stessa definizione».

²⁴ C. ZANCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 16.

²⁵ Art. 1 della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945: «I fini delle Nazioni Unite sono [...]: promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione».

E' necessario mettere in risalto il carattere eminentemente simbolico della Dichiarazione, posto che l'eventuale ricorso dinanzi alla Corte internazionale di giustizia è limitato agli Stati membri e che la mancata esecuzione di una decisione della Corte comporta per lo Stato inadempiente raccomandazioni o eventuali misure da parte del Consiglio di Sicurezza²⁶.

Ciò nonostante bisogna sottolineare che con la Dichiarazione universale si è espresso un sistema di valori non in linea di principio, ma di fatto, in quanto la sua validità e la sua capacità a guidare il destino della comunità internazionale è stata esplicitamente dichiarata²⁷.

Un'altra importante fase nell'affermazione del divieto di tortura è rappresentata dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti, del 1975.

La rilevanza di tale dichiarazione è data dal fatto che prevede una definizione di tortura all'art. 1: «Il termine tortura indica ogni atto per mezzo del quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali vengono deliberatamente inflitte ad una persona da agenti dell'amministrazione pubblica o su loro istigazione, principalmente allo scopo di ottenere da questa persona o da un terzo delle informazioni o delle confessioni, o di punirla per un atto che essa ha commesso o che è sospetta di aver commesso, o di intimidirla o di intimidire altre persone. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a queste sanzioni o da esse cagionate, in una misura compatibile con le regole minime standard per il trattamento dei detenuti»²⁸.

Allo scopo di garantire l'osservanza del divieto, l'art. 7 della Dichiarazione del '75 stabilisce che ogni Stato ha l'obbligo di prevedere il reato di tortura nel proprio

²⁶ Art. 34 co. 1 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede che «Solo gli Stati hanno il diritto di adire alla Corte» e l'art. 94 par. 2 della Carta delle Nazioni Unite che «Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione».

²⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 21.

²⁸ Il co. 2 prevede che «la tortura costituisce una forma aggravata e deliberata di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti», affermazione questa che troverà riscontro nella giurisprudenza della CEDU.

ordinamento interno, con applicazione del concorso di persone nel reato, dell'istigazione e del tentativo.

La dichiarazione esaminata costituisce l'immediato precursore della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (UNCAT), atto quest'ultimo che rappresenta uno snodo importante nella materia che ci impegna, in quanto considera la tortura nella prospettiva della sua criminalizzazione, e non quale oggetto di un mero enunciato di principio²⁹.

La Convenzione appena citata è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, è diventata efficace nell'87 in seguito alla ventesima ratifica da parte della Danimarca, ed è stata ratificata dall'Italia con l. 3 novembre 1988, n. 498³⁰; consiste nella convenzione internazionale oggetto, ad oggi, del maggior numero di adesioni.

Rilevante è la definizione di tortura prevista dall'art. 1: *«For the purpose of this Convention, the term “torture” means any act by which sever pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions»*³¹.

²⁹ Allo scopo di dotare di effettività il divieto di tortura, un comitato costituito nell'ambito dell'Associazione Internazionale di diritto penale (AIDP) nel '78, stese un protocollo opzionale alla Convenzione sulla tortura predisposta dal governo svedese. La commissione adottò un'impostazione penalistica e decise di considerare un obbligo in capo agli Stati membri di criminalizzazione del divieto.

³⁰ L'art 3 della l. n. 498 del 3 novembre 1998 stabilisce che «E' punito, secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro di Grazia e Giustizia: a) il cittadino che commette all'estero un fatto costituente reato che sia qualificato atto di tortura dall'art. 1 della Convenzione; b) lo straniero che commette all'estero uno dei fatti indicati alla lett. a in danno di un cittadino italiano; c) lo straniero che commette all'estero uno dei fatti indicati alla lett. a, quando si trovi sul territorio dello Stato e non ne sia disposta l'estradizione».

³¹ Per completezza, si riporta di seguito la traduzione dell'art. 1: «Ai fini della presente Convenzione, il termine “tortura” designa qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, per propositi quali ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, intimidirla o far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su qualsiasi discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale,

La prima peculiarità di questa definizione di tortura è data dalla descrizione della condotta, che consiste nell'infliggere ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali; l'accertamento della stessa non è quindi agevole, tenuto conto del fatto che non si potrà sempre far riferimento a parametri oggettivi, essendo previste forme di tortura incidenti sulla psiche³².

Sebbene l'art. 1 contempri una condotta attiva consistente "nell'infliggere", il Comitato ONU contro la tortura (CAT) ha stabilmente sostenuto che si possono infliggere sofferenze anche mediante condotte omissive, come nel caso in cui la tortura consista nel far patire al soggetto la fame e la sete, omettendo di fornirgli i viveri necessari alla sopravvivenza³³.

Ulteriore requisito è che le sofferenze debbano essere acute, dovendosi valutare in concreto la gravità delle stesse, in base alle modalità della condotta e delle caratteristiche personali della vittima.

La condotta deve altresì essere intenzionale, con ciò volendo escludere dall'ambito applicativo della norma condotte imputabili a titolo di mera negligenza, come ad esempio nel caso di carenze strutturali nel sistema carcerario³⁴.

Le finalità perseguite dal "torturatore" consistono nell'ottenere informazioni o confessioni, punire o intimidire: anche se previste in termini ampi, esse sono idonee ad escludere dall'ambito della norma gli atti di crudeltà non motivati da tale finalizzazione, ma inflitti al solo fine di causare dolore o sofferenze acute nella vittima.

Questo elenco di finalità perseguite può ritenersi di carattere esemplificativo e non tassativo, in considerazione del fatto che in apertura dello stesso è posto l'inciso "per propositi quali", che apre la norma alla possibilità di considerare ulteriori finalità rispetto a quelle esplicitamente riferite.

o su 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».

³² Anche lo stupro è stato qualificato come tortura dal Comitato contro la tortura in *C.T. and K.M. v. Sweden*, 2006, par. 75 «il Comitato ritiene che il primo denunciante sia stato ripetutamente violentato in detenzione e in quanto tale sottoposto a tortura».

³³ In tal senso già si era espressa la Corte EDU, 5 novembre 1969, *Greek Case*, p. 461.

³⁴ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia, Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, p. 193. L'Autore osserva che «la sua, più limitata, funzione è quella di escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura, relegandole, eventualmente, tra i trattamenti crudeli, inumani o degradanti».

Per concludere sulle finalità, è chiaro che nella visione dell'UNCAT, la tortura non è posta in essere mediante un atto fine a se stesso, ma mediante un atto veicolato da uno specifico scopo perseguito dall'agente.

Ulteriore profilo di analisi è l'individuazione dei destinatari del divieto. La tortura di cui all'art. 1 UNCAT è un fatto proprio dei pubblici funzionari o di qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, non venendo in rilievo la tortura commessa da soggetti privati, salvo che il privato ponga in essere la condotta su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito.

Questa configurazione della tortura quale tortura c.d. "ufficiale" sembra dovuta alle peculiarità del diritto internazionale, secondo il quale impegna la responsabilità dello Stato soltanto un atto posto in essere da coloro che agiscono come "*longa manus*" dello Stato medesimo.

L'art. 1 prevede che non configurano tortura le c.d. sanzioni lecite³⁵, ossia «sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate», per tali intendendosi non le sanzioni previste dall'ordinamento interno dei diversi Paesi, ma le sanzioni generalmente riconosciute dal diritto internazionale al fine di evitare elusioni del divieto di tortura³⁶.

Il divieto di tortura nell'UNCAT non subisce alcuna eccezione, di nessun tipo: l'art. 2, secondo comma, prevede infatti che «nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura».

La natura assoluta del divieto comporta un ulteriore risvolto: l'art. 2, terzo comma, prevede che «l'ordine di un superiore o di un'altra autorità pubblica non può essere invocato a giustificazione della tortura».

La Convenzione prevede inoltre, all'art. 3, primo comma, il principio di *non refoulement*, ossia il divieto di trasferire una persona che si trovi nel territorio di uno

³⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 179. L'Autore evidenzia che l'eccezione per le *lawfull sanctions* fu mossa dai Paesi arabo-islamici che altrimenti non avrebbero aderito alla Convenzione.

³⁶ Vedi in argomento C. INGELSE, *The UN Committee against Torture: An Assessment*, *Kluwer Law International, The Hague, 2001*, cit., pp. 74 ss., in cui si afferma che la clausola portò ad un acceso dibattito durante i lavori preparatori, considerate le opinioni divergenti degli Stati circa «la possibilità che le pene corporali, ordinariamente inflitte in taluni ordinamenti in cui si applica la legge sharaitica, rientrassero nell'ambito del divieto di tortura».

Stato parte verso altri Stati in cui si ritenga possa essere torturata; nel valutare tale rischio, le autorità dello Stato in cui si trova il soggetto devono considerare tutte le circostanze del caso concreto, inclusa la verifica nello Stato in cui si intende trasferire di violazioni frequenti dei diritti umani.

L'UNCAT impone agli Stati membri di prevedere ogni misura utile ad impedire che le persone che si trovino sotto la loro giurisdizione possano subire trattamenti disumani e a tal fine prevede, all'art. 4, anche se in riferimento alla sola tortura, l'obbligo per gli Stati di tradurre il relativo divieto in un reato nell'ordinamento interno, dunque si impone un obbligo di incriminazione: «ogni Stato parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale». Si consideri altresì che l'art. 4 estende l'obbligo di incriminazione al tentativo di tortura e a qualsiasi condotta di complicità o partecipazione all'atto di tortura, e dispone la necessità che gli Stati parte prevedano pene adeguate alla gravità del reato³⁷.

A tal proposito, il Comitato contro la tortura ha formulato un'osservazione nei confronti dell'Italia, spiegando che l'art. 4 obbliga gli Stati ad «incorporare nel diritto interno il reato di tortura e adottare una definizione di tortura che copra tutti gli elementi contenuti nell'articolo 1 della Convenzione»³⁸, e che le previsioni di sanzioni non adeguate con la gravità del reato, così come la possibilità di concedere la grazia³⁹ o di prevedere la prescrizione⁴⁰ del reato, non sono compatibili con l'obbligo di criminalizzazione.

Viceversa, gli Stati parte possono, in base a quanto stabilito dall'art. 1 par. 2, introdurre disposizioni che prevedano standard di tutela maggiori rispetto a quelli chiaramente limite stabiliti dalla Convenzione e quindi prevedere con legge nazionale disposizioni di portata più ampia.

Inoltre la Convenzione mira a garantire l'effettività del divieto di tortura obbligando gli Stati a provvedere «affinché l'insegnamento e l'informazione sul

³⁷ Si veda *General Comment* n. 2, par. 8-9, 11; *Addendum dello Special Rapporteur* 2010, par. 46. Numerosissimi sono i casi in cui il Comitato CAT ha invitato gli Stati ad introdurre una fattispecie autonoma, anche nel caso in cui questi prevedevano altre fattispecie comuni in cui potevano farsi rientrare diverse pratiche di tortura. (v., ex plurimis, Report of the Committee against Torture, 2010, A/65/44, pp. 92-93, par. 59(13) (France), pp.111-112.

³⁸ CAT, *Concluding Observations on Italy*, UN Doc. CAT/C/ITA/CO/4, 18 maggio 2007, par. 5.

³⁹ *Urra Guridi v. Spain*, CAT Communication No. 212/2002, 17 maggio 2005, par. 6.7.

⁴⁰ CAT, *Concluding Observations on Turkey*, UN Doc. CAT/C/CR/30/5, 2003, par. 7 (c).

divieto di tortura siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato dell'applicazione delle leggi, del personale medico, dei funzionari pubblici e delle altre persone che possono intervenire nella custodia, nell'interrogatorio o nel trattamento di qualsiasi persona arrestata, detenuta o imprigionata in qualunque maniera» (art. 10).

Ancora si prevede che gli Stati parte debbano sorvegliare sui metodi di interrogatorio e sulle disposizioni riguardanti la custodia e il trattamento di persone private della libertà personale, per evitare casi di tortura (art. 11).

Agli artt. 12 e 13 si prevede che gli Stati provvedano al fine di garantire un procedimento immediato e imparziale nei sospetti casi di tortura e che garantiscano il diritto di denuncia e assicurino protezione al denunciante da maltrattamenti o intimidazioni causate dalla denuncia sposta.

Si prevede altresì l'inutilizzabilità delle dichiarazioni come elemento di prova allorquando siano ottenute mediante tortura (art. 15).

Infine la convenzione all'art. 16 estende il divieto a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, a condizione che anche questi siano commessi da un pubblico funzionario o da persone che agiscono a titolo ufficiale.

Rispetto ai trattamenti crudeli, inumani o degradanti, pur essendo parte dello stesso divieto assoluto, non sussiste un corrispondente obbligo di criminalizzazione in capo agli Stati Parte. Nello specifico, dunque, non trova applicazione l'art. 4 della UNCAT.

A tal proposito si estendono solo alcune delle garanzie poste dalla convenzione, come quelle previste dagli artt. 10 a 13; vengono invece meno altre garanzie, come ad esempio il principio di *non refoulement* di cui all'art. 3 e quello dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni come elementi di prova di cui all'art. 15, in ragione della minor gravità dei trattamenti crudeli rispetto agli atti di tortura.

3. La tortura nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte EDU.

Un importante sviluppo dei principi espressi nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sul piano continentale, si è avuto mediante l'attività del Consiglio d'Europa.

Ad opera del Consiglio d'Europa sono venute alla luce due Convenzioni che hanno influenzato significativamente le caratteristiche e la diffusione del divieto di tortura in ambito internazionale: si tratta della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ratificata a Roma nel 1950, e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene inumane o degradanti del 1987.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha assunto un ruolo cruciale per la diffusione sul piano internazionale dei diritti umani, e non unicamente all'interno dell'Unione⁴¹. La particolarità della Convenzione europea sta nel fatto che la verifica del rispetto, da parte degli Stati, dei diritti in essa sanciti è rimessa ad un organo giurisdizionale, il quale ha messo in luce diversi profili del divieto di tortura sul piano internazionale.

In primo luogo, la Convenzione europea ha qualificato il divieto di tortura quale principio fondamentale rientrante nella categoria dei c.d. principi inderogabili.

Generalmente, la Convenzione europea prevede la derogabilità di alcuni principi al sopravvenire di situazioni di estrema urgenza e straordinarietà, ciò nonostante vi sono alcuni principi che in assoluto non sono suscettibili di deroga, non potendo soffrire limitazioni neanche in "stato d'urgenza"⁴². L'art. 3 della Convenzione che prevede il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti fa parte

⁴¹ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, p. 30. L'Autore sottolinea che «indubbiamente proprio l'attività pretoria che ha accompagnato l'attuazione della normativa della Convenzione ha apportato il più significativo contributo alla definizione dei caratteri internazionalistici del divieto e del crimine di tortura in ambito internazionale».

⁴² Corte EDU, 6 aprile 2002, *Saadi c. Italia*, par. 119, in cui si afferma che «anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la convenzione proibisce in termini assoluti la tortura o i trattamenti disumani o degradanti. L'art. 3 non prevede restrizioni [...] e non ammette alcuna deroga, anche in caso di pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione [...]. Il divieto della tortura o delle pene o trattamenti inumane o degradanti è assoluto, quale che siano i comportamenti della vittima».

di questi principi assolutamente inderogabili,⁴³ secondo quanto prevede l'art. 15 al secondo comma⁴⁴.

La considerazione della dignità umana, che è la ragione stessa dell'assolutezza del divieto di tortura, non consiste nella condivisione di un principio nazionale che gli Stati contraenti si impegnano a rispettare reciprocamente. «L'art. 3 è qualcosa in più. Esso contiene uno dei principi fondamentali su cui si fonda la comunità d'intenti che dal piano politico si è poi tradotta in un ordinamento giuridico internazionale a carattere regionale quale è il Consiglio d'Europa»⁴⁵.

Il divieto di tortura è considerato dalla dottrina internazionalistica⁴⁶ una norma di diritto internazionale generale, dunque *jus cogens*, che impegna la Comunità internazionale tutta a prescindere dalle previsioni pattizie.

In breve, esso rappresenta, nel diritto internazionale, un principio di diritto generalmente riconosciuto, la cui vigenza prescinde dalla sottoscrizione di convenzioni in materia.

L'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce che: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

⁴³ P. PUSTORINO, *Commento all'art. 3*, in S. BERTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 67 in cui si legge che «La giurisprudenza della Corte EDU ha chiarito che l'assolutezza e l'inderogabilità della norma in esame implicano per un verso l'esclusione della possibilità di operare qualsiasi bilanciamento fra i valori tutelati dall'art. 3 e altri valori od obiettivi generali pur meritevoli di tutela da parte degli Stati contraenti, ad esempio quelli riguardanti le difficoltà di ordine economico, la prevenzione di reati, il rispetto delle regole in tema di immigrazione, la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata».

⁴⁴ L'art. 15 co. 1 della Convenzione prevede che «In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale», viceversa il co. 2 prevede che «La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7».

⁴⁵ F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, p. 31. In tal senso si veda anche Corte EDU, 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, par. 108: «L'analisi della Corte riguardante il rischio di esistenza di un trattamento contrario all'art 3 [...] deve essere necessariamente rigorosa, dato il carattere assoluto di tale previsione e dato che essa rappresenta uno dei valori fondamentali delle Società democratiche che costituiscono il Consiglio d'Europa».

⁴⁶ D.J. HARRIS, M. OBOYLE E C. WAEBRICK, *Law and European Convention on Human Rights*, Oxford, 1995.

Considerati gli incerti confini dell'articolo in esame, la Corte di Strasburgo e la Commissione europea hanno dovuto definire, nell'esame dei casi di violazione, i contorni della fattispecie di tortura nei quali ricondurre le condotte vietate.

Questo lavoro giurisprudenziale ha condotto all'identificazione di una "soglia minima di gravità" che segna il limite oltre il quale specifiche condotte possano considerarsi in violazione dell'art. 3.

Affinché la condotta vietata rientri nell'applicazione dell'art. 3, è necessario che superi una soglia di gravità stabilita, consistendo altrimenti in una condotta lecita anche se caratterizzata dalla violenza fisica o psichica⁴⁷.

L'*iter* giurisprudenziale che è arrivato a definire la soglia minima di gravità vede come tappe necessarie alcune decisioni storiche mediante le quali la Commissione e la Corte EDU hanno individuato i punti chiave nell'interpretazione dell'art. 3.

Queste tappe sono ancor oggi un riferimento per le sentenze della Corte e per queste ragioni rappresentano elementi necessari nell'esame dello sviluppo giurisprudenziale in questa materia.

Come è evidente, le condotte vietate dall'art. 3 non sono state tipizzate e non si fornisce una definizione precisa di tortura o di trattamento inumano e degradante, questo perché il legislatore europeo per scelta volontaria non ha voluto una tipizzazione delle condotte che riteneva utopistica⁴⁸.

Così si è voluto rimettere al lavoro giurisprudenziale l'arduo compito di rintracciare una definizione precisa di tortura e di trattamenti inumani e/o degradanti.

⁴⁷ Corte EDU, 10 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*. Questa sentenza individua il limite esterno tra ciò che costituisce maltrattamento ai sensi dell'art. 3 e ciò che non rientra tra le condotte vietate, e in particolare la Corte EDU specifica che l'*ill-treatment* «deve raggiungere un livello minimo di gravità se deve rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3; esso dipende da tutte le circostanze del caso, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima, ecc.»

⁴⁸ In argomento E. SCAROINA, *Il delitto di tortura, attualità di un crimine antico*, 2018, p. 76. L'Autrice sottolinea che «Questa dichiarata rinuncia della Corte EDU a individuare una nozione "stabile" di tortura, e ancor prima di trattamento inumano che possa orientare in via preventiva le scelte di comportamento in favore una più frammentaria valutazione casistica reca inevitabilmente con sé il rischio di violazione del principio di legalità, ancorché nella peculiare accezione accolta dai giudici di Strasburgo».

Nella decisione sul c.d. “caso Greco”⁴⁹ la Commissione europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto che per tortura si intenda generalmente una forma di trattamento inumano, che ha come scopo quello di ottenere informazioni o confessioni, o di infliggere una punizione, e che essa costituisca quindi essenzialmente una forma aggravata di trattamento inumano. Invece per trattamento inumano si considera un trattamento o castigo che abbia una natura tale da causare deliberatamente gravi sofferenze mentali o fisiche, che nella situazione particolare sono ingiustificabili. Il trattamento o punizione di un individuo potrebbe essere definito degradante se la persona sia umiliata davanti ad altri, ovvero indotta ad agire contro la sua volontà o coscienza⁵⁰.

In giurisprudenza, in particolare si è ritenuto che il grado minimo di accesso al divieto previsto dall’art. 3 consiste nel trattamento degradante⁵¹.

Dunque, il trattamento degradante è quello che abbia natura tale da «instillare nelle sue vittime sentimenti di paura, angoscia e di inferiorità atti ad umiliarle ed avvilirle»⁵².

Pertanto vengono in rilievo trattamenti degradanti i quali si realizzano con un’attività di materiale violenza fisica⁵³(si pensi, a titolo esemplificativo, a lesioni e percosse), ma anche trattamenti i quali prescindono completamente da una violenza fisica, come il caso di un trattamento di discriminazione razziale⁵⁴.

Nel rispetto della soglia minima di gravità, la Corte ha costantemente ritenuto che le sofferenze e le umiliazioni debbano superare quelle derivanti dall’applicazione di una pena legittima⁵⁵.

⁴⁹ Si tratta del caso originato dai ricorsi di Danimarca, Francia, Svezia, Norvegia e Paesi Bassi c. la Grecia.

⁵⁰ *Greek case*, cit. par. 38. La Commissione ha ritenuto quanto segue: «It is plain that may be treatment to which all these descriptions apply, for all torture must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also degrading. The notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which in the particular situation, is unjustifiable (...)The word torture is often used to describe inhuman treatment, which has a purpose such as obtaining of information or confession, or the infliction of punishment, and it is generally an aggravated form of inhuman treatment. Treatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience. In this report the expression torture or ill-treatment will be used for sake of brevity to describe generally acts prohibited by article 3».

⁵¹ Corte EDU, 6 marzo 2007, *Yagiz c. Turchia*, par. 12.

⁵² Corte EDU, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, par. 92.

⁵³ Ad es. è il caso delle sevizie corporali scolastiche, *Cosans c. Regno Unito*, 25 febbraio 1982.

⁵⁴ Corte EDU, 14 dicembre 1973, *Patel c. Francia*.

⁵⁵ Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrrer c. Regno Unito*; Id. 7 luglio 1898, *Soering c. Regno Unito*.

Infatti, le misure di restrizione della libertà sono di per sé caratterizzate da un minimo di sofferenza e dunque non possono considerarsi *tout court* incompatibili con l'art. 3.

In questo ambito, la Corte tiene conto delle violazioni relative a situazioni di carattere oggettivo come ad esempio le diverse forme di detenzione e le situazioni di carattere soggettivo inerenti alle condizioni del detenuto.

Per quanto concerne le forme di detenzione, viene principalmente in rilievo l'ergastolo, rispetto al quale si è posta la questione della sussistenza di profili di violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Recentemente la Corte, nel caso *Matiosaitis e a. c. Lituania*⁵⁶, ha ritenuto che si debba reputare tale da costituire una violazione della Convenzione la pena detentiva, e dunque anche l'ergastolo⁵⁷, in tutti i casi in cui non sia proporzionata ovvero non sia prevista la possibilità di una revisione della condanna, secondo modalità sufficientemente definite *ab initio*.

Per quanto concerne invece la misura dell'isolamento, consistente nell'esclusione del detenuto da rapporti o contatti con l'ambiente esterno, la Corte ha ammesso la possibilità di ricorrervi, ma non per un tempo indefinito⁵⁸.

Considerando le condizioni di esecuzione delle pene, inoltre, la Corte ha ritenuto sussistere una violazione dell'art. 3 nelle situazioni di deficit strutturale o igienico delle carceri, in cui si ravvisa una umiliazione della dignità umana superiore a quella derivante dall'applicazione di una pena legale⁵⁹.

⁵⁶ Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiosaitis e a. c. Lituania*. Vedi sul tema la posizione del giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza del 18 marzo 2014, *Ocalan c. Turchia*: «Les prisons ne devraient pas être comme les portes de l'enfer, où se réaliseraient les mots de Dante: laissez toute espérance, vous qui entrez».

⁵⁷ Corte EDU, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*; Id. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*; Id. 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Id. 4 ottobre 2016, *T. P. e A. T. c. Ungheria*, Id. 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*.

⁵⁸ Corte EDU, 4 luglio 2016, *Ramirez Sanchez c. Francia*, par. 31, in cui si afferma che l'isolamento «può distruggere la personalità e costituire una forma di trattamento inumano che non può essere giustificata da motivi di sicurezza o qualsiasi altra ragione».

⁵⁹ Corte EDU, 14 settembre 2010, *Florea c. Romania*.

La Corte ha costantemente ritenuto che qualsiasi forma di impiego della forza contro i detenuti non trovi in nessun modo giustificazione e configuri una violazione dell'art. 3⁶⁰.

La Corte, nel valutare la compatibilità delle condizioni di esecuzione della pena con le previsioni della Convenzione, considera altresì, come si è indicato, le condizioni individuali del detenuto: in tal senso si può fare riferimento al caso *Scoppola c. Italia*, in cui si è ritenuta sussistente la violazione dell'art. 3 in relazione alla detenzione di un soggetto tetraplegico che scontava, a causa di carenze strutturali, la pena in un carcere ordinario⁶¹.

Tornando alla trattazione del criterio della soglia minima di gravità, si deve rilevare come, in proposito, le considerazioni formulate rispetto al “caso Greco” siano state parzialmente riviste dalla Corte EDU nel caso *Irlanda c. Regno Unito*.

Secondo la Corte il livello minimo di gravità del trattamento è un concetto a carattere relativo e deve essere valutato sulla base delle circostanze concrete del caso, considerando elementi quali la durata del trattamento e i suoi effetti sul piano fisico e su quello mentale, e tenendo altresì conto delle caratteristiche della vittima quali, ad esempio, il sesso o l'età.

Via via la giurisprudenza europea ha sviluppato tale parametro di riferimento tenendo conto del contesto in cui è avvenuto il trattamento, della sua natura, della durata, fino a considerare «le generiche condizioni fisiche della vittima»⁶².

La giurisprudenza europea, conformemente a quanto sopra accennato, ha inoltre fatto riferimento al criterio di individuazione della soglia di gravità consistente in un giudizio prognostico circa la sofferenza derivante dal maltrattamento fisico o morale. La Corte ha inteso così ricostruire le violazioni dell'art. 3 mediante un'analisi qualitativa - quantitativa della gravità delle condotte contestate, attraverso una valutazione globale di tutte le circostanze, che potrebbe portare ad escludere il

⁶⁰ Corte EDU, 4 dicembre 1995, *Rabish c. Austria*, par. 33, in cui si legge: «nei confronti di una persona privata della libertà l'impiego della forza fisica, quando non sia strettamente necessitata dal suo comportamento, viola la dignità umana e costituisce, in linea di principio, una violazione del diritto garantito dall'art. 3».

⁶¹ Corte EDU, 10 aprile 2012, *Scoppola c. Italia*, par. 67 in cui si legge che «mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata, in condizioni inadatte al suo stato di salute, costituisce trattamento degradante».

⁶² Corte EDU, 16 dicembre 1997, *Ranien c. Finlandia*, par. 61.

superamento della soglia di gravità allorquando ad esempio la menomazione di un soggetto, valutata nel contesto globale delle circostanze considerate, non porti a ritenere integrata la gravità della condotta e dunque la violazione dell'art. 3⁶³.

Come è evidente, il giudizio è rimesso al giudice e presenta quindi un carattere di accentuata discrezionalità, essendo influenzato in maniera significativa dalla sensibilità del giudice stesso.

Nell'accertamento svolto dall'organo giudicante sono inoltre rilevanti le caratteristiche personali del soggetto che ha subito i maltrattamenti, in quanto si fa riferimento non solo alle sofferenze inflitte, ma anche e soprattutto all'intensità delle sofferenze patite, variabile a seconda del grado di sopportazione.

Questi parametri costituiscono dunque il limite esterno che distingue le condotte lecite dall'area coperta dal divieto, e al contempo, rappresentano indici interni distintivi delle diverse condotte previste dall'art. 3.

A testimonianza della continua evoluzione degli indici interni che differenziano la tortura dai trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza più recente, accanto alla gravità della condotta e all'intensità delle sofferenze, ha introdotto un ulteriore criterio consistente nella specifica finalità della condotta.

In questo senso si può avere riguardo alla sentenza *Cestaro c. Italia*⁶⁴, nella quale la CEDU ha fornito una definizione di tortura che si fonda su quattro elementi: la gratuità del trattamento, la gravità, l'intenzionalità e la finalizzazione della condotta a uno scopo.

Quest'ultimo requisito viene in evidenza nelle pronunce più recenti, come nella sentenza *Cirino e Renne c. Italia*⁶⁵, ove accanto ai consolidati limiti interni della gravità della condotta e della intensità della sofferenza, viene in rilievo la finalità della condotta.

A favore di questa posizione della Corte depongono una serie di casi dalla stessa esaminati in cui i fatti di tortura si connotavano per la particolare finalità della stessa. Vengono in considerazione alcuni casi, tra cui si segnala specificamente

⁶³ Corte EDU, 26 ottobre 2006, *Kudla c. Polonia*. In argomento vedi F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 33 e ss.

⁶⁴ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*.

⁶⁵ Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*.

*Atesoglu c. Turchia*⁶⁶, nel quale furono ravvisati atti di tortura da parte degli agenti che avevano operato al fine di ottenere informazioni o confessioni dal detenuto mediante la pratica della c.d. “*falaka*”⁶⁷; ancora, un altro esempio è rappresentato dal caso *Aksoy c. Turchia*⁶⁸, relativo ad un fatto di tortura posto in essere al fine di indurre la vittima a ritirare un ricorso pendente dinanzi alla Corte EDU.

La soglia minima di gravità, nella giurisprudenza della Corte EDU varia anche in relazione al diverso tipo di responsabilità che consegue alla violazione dell’art. 3 della Convenzione.

In proposito, è essenziale, in primo luogo, specificare che lo Stato è gravato di un obbligo positivo e di un obbligo negativo.

L’obbligo negativo chiama lo Stato ad astenersi dal porre in essere atti contrari all’art. 3, mentre l’obbligo positivo impone allo stesso Stato di adottare tutte le misure necessarie per evitare che le persone sotto la sua giurisdizione siano sottoposte ad atti di tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti, anche da parte di privati, nonché all’obbligo di accertare e sanzionare i casi denunciati.

La violazione di questi obblighi impegna lo Stato per la violazione dell’art. 3. Secondo le valutazioni del giudice europeo, l’obbligo principale sarebbe costituito dall’obbligo negativo, da cui deriverebbe logicamente l’obbligo positivo: lo Stato in primo luogo si deve astenere dall’infliggere torture, pene o trattamenti inumani o degradanti, e in secondo luogo deve prevedere ogni misura idonea ad evitare la violazione dell’art 3.

Sulla base dell’esame della giurisprudenza è possibile considerare diversi tipi di responsabilità: una responsabilità diretta, nel caso in cui il maltrattamento sia posto in essere da organi statali; una responsabilità indiretta, qualora gli atti siano posti in essere da uno Stato diverso, ossia lo Stato di destinazione.

Quest’ultimo tipo di responsabilità deriva dalla violazione del dovere, posto in capo agli Stati, di non procedere all’espulsione quando vi è il sospetto che nello Stato

⁶⁶ Corte EDU, 20 gennaio 2015, *Atesoglu c. Turchia*.

⁶⁷ Si tratta di un metodo di tortura consistente nel colpire le piante dei piedi della vittima con un oggetto duro che può essere una frusta, una verga od un oggetto simile.

⁶⁸ Corte EDU, 25 settembre 1997, *Aksoy c. Turchia*, par. 1-22.

di destinazione la persona interessata possa essere sottoposta ad atti di tortura o trattamenti inumani o degradanti⁶⁹.

Ciò detto, nella definizione della soglia minima di gravità, come si è sopra indicato, la Corte tiene in considerazione il tipo di responsabilità dello Stato.

Nel caso in cui si tratti di responsabilità diretta, invero, quanto più emergerà con evidenza sul piano probatorio il coinvolgimento delle autorità pubbliche, tanto più si abbasserà la soglia minima, e sullo Stato graverà inoltre l'onere della prova circa la non colpevolezza.

Viceversa, nel caso di responsabilità indiretta, la soglia minima sarà più elevata e occorrerà provare un rischio effettivo e abbastanza elevato di violazione dell'art. 3, con onere della prova incombente sul ricorrente⁷⁰.

La mancata assunzione dell'attività investigativa da parte delle autorità pubbliche, in presenza di denunce di atti di tortura e di maltrattamenti, sarà sufficiente a impegnare la responsabilità dello Stato per inadempimento all'obbligo positivo di accertamento dei casi di tortura o trattamenti e pene inumani o degradanti mediante un'indagine effettiva.

La Corte ritiene invero che l'art. 13 della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 3, obblighi gli Stati ad intraprendere un'indagine «approfondita e reale» allorquando sia esposta denuncia per casi di tortura⁷¹.

Questa indagine deve essere idonea a portare all'individuazione e alla condanna dei colpevoli, in ciò consistendo l' «effettività dell'indagine»⁷².

Nella sentenza *Indelicato c. Italia*⁷³, a titolo esemplificativo, la Corte di Strasburgo non ha ritenuto provati al di là di «ogni ragionevole dubbio» i maltrattamenti che il detenuto denunciava e attribuiva agli agenti di polizia giudiziaria.

⁶⁹ Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 17. In questo caso, il ricorrente, residente nel Regno Unito e nei cui confronti era stata formulata una richiesta di estradizione da parte dello Stato della Virginia perché accusato di omicidio, ricorreva per la violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto sosteneva che nel caso fosse stato estradato, vi sarebbe stato il rischio reale di essere condannato a morte.

⁷⁰ Corte EDU, 5 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 73-74 e 80.

⁷¹ Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*.

⁷² Corte EDU, 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, par. 131 prevede che «Se così non fosse, nonostante la sua capitale importanza, il divieto legale generale della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti sarebbe in pratica inefficace, e sarebbe possibile in taluni casi per gli agenti dello Stato calpestare, godendo di una qualsiasi impunità, i diritti di coloro che sono sottoposti al loro controllo».

⁷³ Corte EDU, 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*.

Tuttavia, è stata ravvisata una violazione dell'art. 3, in quanto si è rilevato che l'indagine svolta dallo Stato italiano in seguito alla denuncia dell'Indelicato si caratterizzava per evidenti ritardi e negligenze, e pertanto si evidenziava l'assenza di una indagine obbligatoria ed effettiva.

Nel caso deciso con la sentenza *Cipro c. Turchia*, inoltre, lo Stato di Cipro ricorreva per la sparizione di greci ciprioti successivamente all'invasione turca. Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 della Convenzione in ragione del sentimento di angoscia patito dalle famiglie degli scomparsi. Secondo il ricorrente, questi sentimenti avevano origine dalla mancanza di un'indagine da parte del governo turco. La Corte ha in questo caso individuato una violazione dell'art. 3 della CEDU, in quanto la scomparsa dei greci ciprioti aveva ingenerato nelle famiglie «i tormenti dell'incertezza e dell'angoscia» e questi tormenti erano dovuti alla mancanza di un'indagine da parte delle autorità turche⁷⁴.

A proposito dell'obbligo di criminalizzazione, invece, la Corte EDU, diversamente da quanto affermato rispetto ad altri illeciti, non si è sempre espressa in favore dell'esistenza effettiva di un obbligo degli Stati parte ad introdurre il reato di tortura⁷⁵.

Più tardi, la Corte è arrivata ad individuare una violazione della Convenzione allorquando all'autore dei maltrattamenti si applichi una condanna per un reato diverso dal reato di tortura.

E' un principio che si può ritrovare nel caso *Cestaro c. Italia*⁷⁶, in cui la Corte EDU ha stabilito il dovere dell'Italia di prevedere «strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3».

In ultimo, a conclusione dell'esame della giurisprudenza della Corte, è necessario tener conto che la stessa risulta essere allo stesso tempo fattore di

⁷⁴ Corte EDU, 10 maggio 2001, *Cipro c. Turchia*, par. 56: secondo la Corte, al fine di determinare se la sparizione di un congiunto configuri un trattamento vietato ex art. 3, è essenziale considerare «fattori particolari che conferiscono alla sofferenza una natura diversa dallo sgomento che si può considerare inevitabile per i parenti di una persona vittima di gravi violazioni dei diritti dell'uomo».

⁷⁵ La Corte, ciò nonostante, nel caso *M.C. c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, par. 153 specifica che «Gli Stati hanno un obbligo positivo inerente agli articoli 3 e 8 della Convenzione di emanare disposizioni di diritto penale che sanzionano efficacemente lo stupro e di applicarlo nella pratica attraverso un'indagine efficace».

⁷⁶ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, par. 246.

specificazione delle condotte illecite e di incertezza, poiché si tratta di un giurisprudenza in continuo mutamento, che si adegua ai cambianti sociali e ai valori morali.

Dunque, la diversità delle soluzioni profilatesi nella giurisprudenza europea rappresenta, da un lato, una spinta al continuo miglioramento degli standard di tutela, ma dall'altro complica notevolmente la identificazione di un tipo prestabilito di tortura.

4. La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

Come accennato all'inizio del paragrafo precedente, fra gli atti del Consiglio d'Europa⁷⁷ riguardanti la materia qui trattata riveste altresì notevole importanza la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel novembre del 1987 ed entrata in vigore nel 1989.

Il fine principale di detta Convenzione, ratificata dall'Italia con l. 2 gennaio 1989 n. 7, è quello di istituire un Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)⁷⁸, nella convinzione, come si legge chiaramente nel preambolo alla stessa Convenzione, che «la protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti delle persone private di libertà potrebbe essere rafforzata da un sistema non giudiziario di natura preventiva, basato su sopralluoghi».

I redattori della Convenzione hanno dunque fondato le proprie scelte sul convincimento secondo cui la tutela dei soggetti sottoposti a misure privative della libertà può divenire più efficace se si agisce alla radice del maltrattamento,

⁷⁷ Si tratta di un'organizzazione internazionale con sede a Strasburgo che ha come scopo di promuovere la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la risoluzione dei problemi sociali in Europa. Il CDE è stato fondato il 5 maggio 1949, con il Trattato di Londra ed è composto da 47 stati membri.

⁷⁸ La Convenzione si riconduce all'idea del banchiere svizzero Jean-Jacques Gautier il quale, traendo ispirazione dal lavoro eseguito dal Comitato Internazionale della Croce Rossa negli anni della seconda guerra mondiale, aveva in mente di realizzare un organismo internazionale che avrebbe tenuto sotto controllo, in modo imparziale e con raggio di azione più esteso di quello della Croce Rossa, le condizioni delle strutture detentive al fine di evitare fenomeni di tortura.

ostacolandone le cause attraverso sopralluoghi, anziché prevedendo soltanto successivi rimedi giurisdizionali⁷⁹.

Quindi, la maggior protezione del detenuto così come intesa nella Convenzione per la Prevenzione della Tortura viene realizzata in modo del tutto inedito attraverso il controllo continuo dei luoghi di detenzione e la sollecitazione alla collaborazione incessante tra gli Stati sottoposti a controllo e il CPT. La Convenzione per la Prevenzione della Tortura consiste dunque in uno strumento accessorio alla CEDU⁸⁰.

Tuttavia, inizialmente si era temuto che il Comitato avrebbe potuto promuovere interpretazioni dell'art. 3 della CEDU diverse rispetto agli *standard* della Corte e della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo. Per questo motivo si metteva in discussione l'esplicito riferimento all'art. 3 CEDU nel testo della Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura: alcuni affermarono che andasse rimosso, altri considerarono la possibilità di ovviare al problema formalizzando la prevalenza dell'organo giudiziario. Alla fine fu preferita la seconda ipotesi, sottolineandosi la natura preventiva e non giudiziaria dell'operato del Comitato⁸¹.

Nello specifico, il Comitato ai sensi dell'art. 7 della Convenzione può organizzare sopralluoghi nei luoghi in cui vi sono persone private della libertà personale, periodicamente o nel caso in cui «a suo giudizio sia richiesto dalle circostanze».

Prima di compiere tali sopralluoghi, ai sensi dell'art. 8, il Comitato comunica al governo dello Stato interessato il proposito di effettuare un sopralluogo.

⁷⁹ NOWAK (M.), *The European Convention on Human Rights and its Control System*, 1989, in MURDOCH, *The Treatment of Prisoners. European Standards, Strasbourg*, Council of Europe, 2006, p. 38.

⁸⁰ Rapporto esplicativo alla ECPT, par. 13, consultabile sul sito www.cpt.coe.int in cui si legge, riferendosi alla Corte EDU, che «tale sistema, basato su ricorsi presentati da singoli individui o da Stati che ritengano di essere stati vittime di violazioni dei diritti enunciati nella Convenzione, potrebbe essere utilmente affiancato da un sistema non giudiziario di natura preventiva, il cui compito sarebbe quello di esaminare il trattamento riservato alle persone private di libertà, allo scopo di rafforzare, ove si riveli necessario, la protezione di tali persone contro la tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti».

⁸¹ R. MORGAN, M. EVANS, *Combating Torture in Europe, Strasbourg, The work and standards of the European Committee for the Prevention of Torture*, Council of Europe, 2002, p. 119. In argomento si veda anche A. CASSESE, *A New Approach to Human Rights: the 1987 Convention for The Prevention of Torture*, in *American Journal of International Law*, 1988, p. 128. L'Autore evidenzia che «the Committee will be concerned only with fact finding investigations carried out in a humanitarian and practical manner and leading only to non-binding recommendations. It aims will be to enlist the cooperation of national authorities in protecting persons deprived of their liberty, rather than to make legal assessments of those authorities' conduct or accuse them of violations of the relevant rules».

Successivamente, il Comitato può visitare in ogni momento i luoghi in cui vi sono persone private della libertà personale. Lo Stato parte deve garantire al Comitato libero accesso al proprio territorio e la possibilità di circolarvi senza ostacoli, e deve fornire altresì ogni informazione inerente ai luoghi. Nella ricerca di informazioni, il Comitato può tenere colloqui senza testimoni con le persone private di libertà, e può entrare liberamente in contatto con chiunque ritenga possa fornirgli informazioni utili.

In casi eccezionali, ai sensi dell'art. 9, le autorità dello Stato interessato possono opporsi alla visita nel momento richiesto dal Comitato o nel luogo che il Comitato vuole visitare. Tali riserve possono essere avanzate nel caso sussistano motivi di difesa nazionale, di sicurezza pubblica o per gravi disordini nei luoghi di detenzione, per le condizioni di salute di una persona o per un interrogatorio indifferibile relativo ad un'inchiesta in corso.

In seguito a tale opposizione, il Comitato e la Parte si confrontano nell'immediato per trovare un accordo rispetto alle misure che permetteranno al Comitato di svolgere le sue funzioni il prima possibile.

Alla fine di ogni sopralluogo, il Comitato predispone un rapporto sui fatti accertati in tale circostanza e lo comunica alla parte interessata con una serie di raccomandazioni.

Nel caso in cui la Parte non collabori o non voglia apportare cambiamenti sulla base delle raccomandazioni del Comitato, esso può, a maggioranza di due terzi dei suoi membri, effettuare una dichiarazione pubblica sulla questione (art. 10), la quale consiste in una «sanzione morale derivante dalla pubblica stigmatizzazione del comportamento»⁸².

Per quanto concerne la definizione di tortura, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, in sede di preambolo, rimanda alla definizione fornita dall'art. 3 CEDU, che, come viene specificato nelle Osservazioni allegate alla Convenzione, non è comunque oggetto di interpretazione né di applicazione da parte del Comitato⁸³.

⁸² E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit. p. 71.

⁸³ Nelle Osservazioni allegate alla Convenzione, al par. 2, si legge che «la casistica della Corte e della Commissione dei diritti dell'uomo riguardo all'articolo 3 fornisce delle linee guida per il Comitato. Le attività del Comitato mirano però alla prevenzione futura, piuttosto che all'applicazione di disposizioni legali riguardo a condizioni esistenti. Il Comitato non deve cercare di interferire nell'interpretazione e nell'applicazione dell'articolo 3».

Si ritiene quindi che l'art. 3 CEDU svolga più in generale un ruolo di guida, potendo il CPT valutare autonomamente se un dato comportamento costituisca un trattamento inumano o degradante o tortura; pertanto, la casistica della Corte e della Commissione dei diritti dell'uomo orienta il Comitato, ma non lo vincola.

Il Comitato, in aggiunta alla giurisprudenza della CEDU, tiene conto altresì dei criteri stabiliti dalle Regole penitenziarie europee.

Queste regole consistono in fondamentali principi sulla tutela delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale. L'attuale testo⁸⁴ stabilisce che «tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo» (Reg. 1) e che «conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge a causa della loro condanna o in conseguenza della loro custodia cautelare» (Reg. 2).

Inoltre è fatto divieto, in termini perentori, di usare la forza rispetto ai soggetti privati della libertà personale: la Regola 64 stabilisce che «il personale penitenziario non deve usare la forza contro i detenuti tranne per autodifesa o in casi di tentata evasione o di resistenza attiva o passiva ad un ordine legittimo, e sempre come ultima risorsa».

5. La tortura in altre convenzioni internazionali.

Al fine di completare il quadro circa l'analisi del divieto, è necessario volgere lo sguardo ad altre convenzioni internazionali che lo contemplano.

In primo luogo, vengono in rilievo le Convenzioni di Ginevra⁸⁵, tenuto anche conto del tempo in cui furono ratificate⁸⁶.

⁸⁴ Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006; nell'*Introduzione* di G. CAPOCCIA, consultabile online nel sito www.rassegnapenitenziaria.it, si legge che «a scelta di procedere ad una nuova stesura delle Regole rifletteva la volontà di stimolare l'evoluzione della nozione di umanità del trattamento dei detenuti, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle valutazioni prodotte dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (C.P.T.) nella sua attività di monitoraggio e controllo».

⁸⁵ Le Convenzioni di Ginevra furono adottate il 12 agosto del 1949; si tratta della Convenzione per il miglioramento dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna, della Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi della Forze armate sul mare, della Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra, e infine della Convenzione sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra.

⁸⁶ A. BERNARDI, M. DONINI, V. MILITELLO, M. PAPA, S. SEMINARA (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, II ed., Milano, 2010, p. 6 ss.

La Convenzione adottata per prima risale invero al 1864: si tratta della Convenzione per il miglioramento della condizioni dei feriti nelle armate sul campo di battaglia, la quale vide la partecipazione dei delegati di dodici governi, tra cui quello italiano.

L'art. 3 del trattato citato prevede al co. 1, lett. a), che «sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi» e, alla lett. c), che sono altresì vietati «gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti».

Tale divieto è dettato a tutela delle categorie di soggetti individuate nelle Convenzioni, tra cui i membri delle forze armate feriti o malati, i naufraghi o ancora i prigionieri di guerra⁸⁷.

E' rilevante sottolineare, ai fini della presente analisi che le quattro Convenzioni di Ginevra obbligano⁸⁸ gli Stati parte a sanzionare quali reati nell'ordinamento interno le infrazioni considerate gravi. Pertanto questo obbligo di criminalizzazione riguarda anche il reato di tortura; inoltre si raccomanda agli Stati la previsione di una reale ed adeguata punizione.

Una definizione dettagliata della tortura è data dall'art. 2 della Convenzione interamericana per la prevenzione e punizione della tortura (IACPPT)⁸⁹, secondo cui «la tortura deve essere intesa come qualsiasi atto intenzionalmente compiuto per cui il dolore fisico o mentale o sofferenza è inflitto a una persona ai fini di indagini penali, come mezzo di intimidazione, come punizione personale, come misura preventiva, come penalità, o per qualsiasi altra scopo. La tortura deve anche essere considerata come l'uso di metodi su una persona che intende annientare la personalità della vittima

⁸⁷ L'art. 12 co. 1 della Convenzione I sancisce specificamente il divieto di tortura e prevede quanto segue: «I membri delle forze armate e le altre persone indicate nel seguente articolo, che fossero feriti o malati, dovranno essere rispettati e protetti in ogni circostanza». L'art. 17 della Convenzione III stabilisce che «nessuna tortura fisica e morale né coercizione alcuna potrà essere esercitata sui prigionieri di guerra per ottenere da essi informazioni di qualsiasi natura. I prigionieri che rifiuteranno di rispondere non potranno essere né minacciati, né insultati, né esposti a molestie o a svantaggi di qualsiasi specie».

⁸⁸ A titolo esemplificativo, l'art. 129 della Convenzione III stabilisce che «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente».

⁸⁹ La Convenzione fu adottata dall'Organizzazione degli Stati Uniti a Cartagena nel 1985.

o diminuirne le capacità fisiche o mentali, anche se non causano dolore fisico o angoscia mentale. Il concetto di tortura non deve includere dolore o sofferenza fisica o mentale che è inerente o esclusivamente la conseguenza di misure lecite, a condizione che non includano l'esecuzione degli atti o l'uso dei metodi di cui al presente articolo». L'art. 2 configura quindi la tortura come propria dei dipendenti pubblici o degli impiegati.

Nella Convenzione interamericana vi è espresso riferimento altresì ai trattamenti inumani o degradanti, all'art. 6, il quale prevede che «gli Stati parte [...] adottano misure efficaci per prevenire e punire altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti all'interno della propria giurisdizione».

La giurisprudenza della Commissione Interamericana dei diritti dell'uomo (IACHR)⁹⁰ ha stabilito che la differenziazione tra tortura e trattamenti inumani o degradanti va effettuata tenendo conto delle circostanze del caso concreto, della durata e delle conseguenze fisiche o mentali rinvenienti sulla vittima⁹¹.

Questa definizione di tortura, fornita dalla Convenzione interamericana, è evidentemente diversa da quella contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite. In primo luogo, invero, la nozione fornita dalla Convenzione interamericana non prevede che le sofferenze siano gravi; la stessa è inoltre estesa agli atti che «intendono annientare la personalità della vittima o diminuirne le capacità fisiche o mentali, anche se non causano dolore fisico o angoscia mentale».

A tal proposito, la Commissione interamericana ha specificato che «le caratteristiche personali di una presunta vittima di tortura o di trattamento crudele, inumano o degradante dovrebbero essere prese in considerazione nel determinare se la sua integrità personale è stata violata, poiché tali caratteristiche possono modificare l'intuizione della sua realtà individuale e quindi aumentare la sofferenza e il senso di umiliazione quando la persona è sottoposta a determinati tipi di trattamento»⁹².

⁹⁰ La Commissione Interamericana dei diritti dell'uomo (IACHR) è un organo con funzioni giurisdizionali, istituito nel 1959 dall'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), per la promozione e la protezione dei diritti umani. Il suo compito è quello di applicare le disposizioni dello Statuto dell'OSA e della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo del 1969. Inoltre, effettua periodicamente dei sopralluoghi nei 23 paesi membri, al fine di controllare se vi sia il rispetto dei diritti umani e può rendere pubblici i dati raccolti.

⁹¹ *Lizardo Cabrera v. Dominican Republic*, 17 febbraio 1998, par. 82-83.

⁹² *Ximenes-Lopes v. Brazil*, 4 luglio 2006, par. 127.

Così come nella Convenzione della Nazioni Unite, la definizione della Convenzione interamericana per mezzo della locuzione “per qualsiasi altro scopo”, non prevede che il maltrattamento abbia uno specifico scopo, ma postula solamente l’intenzionalità dello stesso.

Per quanto riguarda i soggetti a cui si riferisce il divieto, sebbene la Convenzione preveda maltrattamenti realizzati da dipendenti pubblici o impiegati e dunque in ambito statale, si è specificato che la Convenzione implica che «un atto illegale che viola i diritti umani e che inizialmente non è direttamente imputabile a uno Stato, per esempio perché è l'atto di una persona privata o perché la persona responsabile non è stata identificata, può portare alla responsabilità internazionale dello Stato, a causa della mancanza di “*due diligence*” per prevenire la violazione o per rispondere ad essa come richiesto dalla Convenzione»⁹³.

L’art. 6 della Convenzione interamericana dispone inoltre che «gli Stati parte devono assicurare che tutti gli atti di tortura e il tentativo di commettere torture siano reati previsti dal loro diritto penale e rendono tali atti punibili con pene severe che tengono conto della loro natura grave»; l’art. 10, inoltre, prevede che le prove ottenute tramite tortura siano inutilizzabili nel procedimento penale, salvo che sia quello svolto nei confronti delle persone accusate di avere estorto le dichiarazioni con la tortura.

Un’ulteriore convenzione che prevede espressamente il divieto di tortura è la Carta Africana dei diritti dell’uomo e dei popoli (ACHPR)⁹⁴, il cui art. 5 dispone che «ogni individuo ha il diritto al rispetto della dignità inerente a un essere umano e al riconoscimento del suo status legale. Sono vietate tutte le forme di sfruttamento e degradazione dell'uomo, in particolare la schiavitù, la tratta di schiavi, la tortura, le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti».

E’ da notare che la Carta africana non fornisce una definizione di tortura, ma stabilisce all’art. 5 il principio secondo il quale ogni individuo ha il diritto al rispetto

⁹³ *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, 29 luglio 1988, par. 166, 172.

⁹⁴ L’occasione per redigere una Convenzione africana sui diritti umani si presentò nel ‘61 durante il congresso dei Giuristi africani e venne presa in considerazione a quel tempo dalla Assemblea dei Capi di Stato e di governo dell’ Organizzazione dell’Unità Africana nel 1979. La Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, conosciuta anche come Carta di Banjul, nome della città del Gambia in cui si tennero le due Assemblee OUA durante le quali fu approvata. Entrò in vigore nel 1986, con il deposito del ventiseiesimo strumento di ratifica. La Carta africana è una vera e propria convenzione, e quindi uno strumento giuridicamente vincolante anche se è stato scelto il termine “Carta”.

della dignità, venendo in rilievo il divieto di tortura solo quale conseguenza di tale principio.

Anche gli Stati arabi, nella Carta araba sui diritti umani (ACHR) adottata nel 2004⁹⁵, si sono espressi sul divieto di tortura. L'art. 8 di tale Carta prevede che «1. Nessuno può essere sottoposto alla tortura fisica o psicologica o al trattamento crudele, degradante, umiliante o inumano. 2. Ciascuno Stato Parte proteggerà ogni individuo soggetto alla propria giurisdizione da tali atti e adotterà misure efficaci per prevenirli. La commissione o la partecipazione a tali atti devono essere considerati come reati puniti dalla legge e non soggetti ad alcuna prescrizione. Ciascuno Stato Parte garantirà nel suo sistema giuridico ricorso per qualsiasi vittima di tortura e il diritto alla riabilitazione e al risarcimento».

In tale rassegna, vanno anche considerati gli Statuti dei tribunali internazionali per la ex Jugoslavia (ICTY) e per il Ruanda (ICTR), i quali hanno competenza per forme di tortura intese come gravi violazioni finalizzate al genocidio ovvero integranti crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

Diversamente da quelle fin qui esaminate, la caratteristica di queste Corti sta nel giudicare singoli individui invece che i singoli Stati in relazione all'adempimento degli obblighi loro derivanti dalle diverse Convenzioni di cui sono parte.

La giurisprudenza delle Corti internazionali su menzionate è degna di nota, in quanto ha per prima affermato che il divieto di tortura consiste in una grave violazione dei diritti fondamentali dell'individuo e che ha natura di *jus cogens*, trattandosi quindi di una norma consuetudinaria e di carattere assoluto⁹⁶.

A tal proposito, i Tribunali hanno aderito alla definizione di tortura offerta dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, con delle importanti precisazioni.

Un esempio è dato dal caso *Prosecutor v. Akayesu*⁹⁷, in cui il Tribunale penale internazionale per il Ruanda ha specificato che il maltrattamento deve essere posto in

⁹⁵ La Carta araba sui diritti umani (ACHR), adottata dal Consiglio della Lega degli Stati arabi il 22 maggio 2004, sancisce i principi contenuti nella Carta delle Nazioni Unite, nella Dichiarazione universale dei diritti umani, nei Patti internazionali sui diritti umani e nella Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam. La Carta è entrata in vigore nel 2008 dopo che sette Stati membri della Lega degli Stati Arabi l'avevano ratificato.

⁹⁶ Cfr. ICTY, 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundzija*.

⁹⁷ ICTR, 2 settembre 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, par. 597. Questo giudizio ha inquadrato il crimine di stupro tra i crimini contro l'umanità. In questa sentenza lo stupro e le aggressioni sessuali sono ritenuti

essere per uno dei seguenti scopi: « a) per ottenere informazioni o confessioni dalla vittima o da una terza persona; b) per punire la vittima o una terza persona per un atto commesso o sospettato di essere stato commesso da uno di loro; c) allo scopo di intimidire o coartare la vittima o la terza persona; d) per qualsiasi ragione basata sulla discriminazione di qualsiasi tipo».

Il Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia ha stabilito il principio di responsabilità non solo dei vertici militari, ma altresì di chi aveva la responsabilità gerarchica circa i fatti integranti crimini internazionali e nel caso di specie tortura, perpetrata attraverso stupri collettivi⁹⁸.

Molto importante, in quanto si tratta del primo passo verso una codificazione del diritto penale internazionale, è la definizione di tortura fornita dallo Statuto della Corte penale internazionale (ICC) all'art. 7.2, lett. e): «Per tortura si intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati».

In relazione alle definizioni contenute nelle convenzioni internazionali fin qui esaminate, quella contenuta nello Statuto della Corte penale internazionale è circoscritta «alle persone di cui si abbia la custodia o il controllo» e non menziona né le finalità perseguite dall'agente, né la sua qualifica soggettiva, salvo che si tenga comunque conto del fatto che l'agente debba avere la custodia o il controllo della vittima. Dunque l'ambito di operatività di questa definizione è più esteso di quello delineato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura; tale aspetto si giustifica in considerazione delle diverse circostanze, consistenti in «un esteso o

atti di tortura. Il Tribunale internazionale per il Ruanda individua uno schema criminoso comune ai due crimini, quello di tortura e di violenza sessuale, in specie lo stupro, e prende in considerazione il diritto fondamentale alla dignità che ambedue puntano a distruggere: «*Like torture rape is used for such purposes as intimidation, degradation, humiliation, discrimination, punishment control or destruction of person. Like torture rape is a violation of personal dignity*».

⁹⁸ ICTY, 16 novembre 1997, *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.* Si tratta della prima sentenza di condanna del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia per crimini di violenza sessuale. Riguarda fatti avvenuti in un campo di prigionia (Celebeci), in cui il vice-comandante, un musulmano-bosniaco Hazim Delic, è stato condannato per atti di stupro nei confronti di due prigioniere. Colpevole altresì per responsabilità gerarchica, rispetto agli abusi nei confronti delle detenute, un comandante del campo, Zdravko Music.

sistematico attacco contro le popolazioni civili», in cui questa forma di tortura viene in rilievo.

Questa definizione di tortura deve comunque essere interpretata in considerazione delle determinate finalità, di repressione di gravi crimini, rispetto alle quali è servente. Allo stesso modo il divieto di tortura va interpretato nelle convenzioni in cui lo stesso non è un fine, ma un mezzo per la protezione di interessi diversi⁹⁹.

6. Considerazioni conclusive.

L'esame fin qui svolto del divieto nel contesto internazionale permette di enunciare alcuni capisaldi.

Innanzitutto è evidente che in tutti gli strumenti sovranazionali si sanciscono l'assolutezza e l'inderogabilità del divieto di tortura.

Tuttavia, è emerso che, anche se questi principi sono stabiliti in linea di principio, non è da sottovalutare il pericolo che vi sia talvolta, nella prassi, un bilanciamento di tale divieto con altri interessi contingenti.

Può quindi ravvisarsi la necessità di una sensibilizzazione dei cittadini in merito all'incompatibilità della pratica della tortura con i principi di uno Stato democratico, il quale ha come scopo la tutela della dignità umana di tutti, non solo dei cittadini, e quindi anche degli stranieri o dei "nemici".

Tollerare pratiche di tortura, anche occulte, in considerazione di interessi ritenuti superiori, può esporre chiunque al rischio futuro di una lesione della propria dignità personale.

Da tali considerazioni può farsi derivare il convincimento sulla necessità di criminalizzazione della tortura, sotto il duplice profilo della sensibilizzazione, sul piano morale della collettività, e dell'affermazione di un principio che uno Stato democratico deve rispettare in ogni situazione.

Altro caposaldo riguarda il bene giuridico tutelato dal divieto di tortura, che in quasi tutte le convenzioni risulta essere la tutela della dignità umana; talvolta essa non

⁹⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 64. L'Autrice a tal proposito si riferisce altresì alla Dichiarazione di Vienna approvata nel 1993, la quale afferma al par. 55: «*one of the most atrocious violations against human dignity is the act of torture, the result of which destroys the dignity and impairs the capability of victims to continue their lives and their activities*».

è espressamente richiamata, talvolta sì, come nelle Convenzioni di Ginevra e nella Carta Africana.

Terzo capo saldo è l'attribuzione di rilevanza, sotto il profilo della violazione delle previsioni dei trattati, ai fatti di tortura allorquando gli stessi superino una certa soglia di gravità, in particolare nella giurisprudenza della Corte EDU. Tali valutazioni sono altresì funzionali a tratteggiare il limite interno rispetto ai trattamenti inumani o degradanti che pure sono oggetto di divieto ai sensi dell'art. 3 CEDU, e a sottrarre all'ambito di applicazione del divieto le c.d. "*lawful sanctions*".

Quarto profilo fondamentale è la questione circa la configurazione del divieto quale reato proprio o quale figura comune di reato. Non si assiste ad una presa di posizione univoca rispetto al tema nelle fonti sovranazionali, ma sono sicuramente più numerose le convenzioni che propendono per la configurazione della tortura come reato comune¹⁰⁰; a tal proposito si consideri in particolare la giurisprudenza della Corte EDU.

Infine, anche rispetto all'elemento soggettivo non vi è uniformità di previsioni nelle fonti sovranazionali, salvo che – sembra – con riferimento alla necessaria intenzionalità della condotta. Rispetto al dolo specifico, invero, vi sono fonti che richiedono esplicitamente che le condotte siano poste in essere al fine di acquisire dichiarazioni o confessioni, di discriminare, punire o umiliare, e altre che prevedono clausole che aprono ad altre finalità. Ciò al fine di rendere non tassativo l'elenco delle finalità perseguite dal "torturatore", così da non precludere l'applicazione del divieto rispetto a condotte poste in essere per altre finalità; in tal senso va considerata la Dichiarazione ONU dell'84 che attribuisce rilevanza ad altre finalità con la clausola "*for such purpose as*".

¹⁰⁰ In tal senso si vedano Il Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'Onu del 1966, la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne del '93, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del '55 e lo Statuto di Roma.

CAPITOLO II

IL DIVIETO DI TORTURA NEL NOSTRO ORDINAMENTO

1. La gestione dell'ordine pubblico.

La tortura, come già osservato, risulta da sempre connessa all'esercizio della potestà statale. E tutt'oggi, è necessario tener conto che le situazioni in cui una persona ha a che fare con le forze dell'ordine possono assumere aspetti di massima problematicità in tema di divieto di tortura.

Per "gestione dell'ordine pubblico" si intende una serie di attività, svolte dall'agente pubblico - di propria iniziativa o per ordine di un superiore - di indagine, ricerca e assunzione delle prove in fase procedimentale¹. Vanno altresì ricomprese le attività svolte durante le manifestazioni², o in situazioni nelle quali è necessario ricorrere all'uso della forza; o ancora le attività di cura e controllo dei detenuti o di coloro che sono sottoposti a custodia cautelare, o comunque di coloro che in ogni caso siano privati della libertà personale³.

Queste diverse attività possono configurare varie forme di *ill-treatments* e dar luogo a tortura giudiziaria ovvero a tortura punitiva in base allo scopo che si prefigge il pubblico agente.

¹ L'assunzione di informazioni o confessioni è lo scopo più tipico e ricorrente della tortura e questa forma di tortura è frequentemente oggetto di ricorso dinanzi alla Corte EDU. Si veda ad es. Corte EDU, 2 maggio 2017, *Olisov e a c. Russia*, in cui i ricorrenti hanno lamentato una violazione dell'art. 3 della Convenzione per il fatto di essere stati assoggettati a violenze - presi a pugni, a calci, a manganellate, soffocati, legati in posizioni tortuose, sollevati e lasciati cadere per terra - da parte degli agenti di polizia allo scopo di ottenere una confessione.

² Corte EDU, 5 luglio 2016, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası e. altri c. Turchia*. Il caso riguarda le doglianze di un sindacato chiamato *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası* e di sei dei suoi membri rispetto ad una violazione della loro libertà di tenere una manifestazione e rispetto ai maltrattamenti che le forze di sicurezza avevano inflitto ai sei singoli ricorrenti.

³ Corte EDU, 13 marzo 2018, *Ebedin Abi c. Turchia*, con cui la Corte ha condannato la Turchia per violazione dell'obbligo di garantire il rispetto della dignità umana durante lo stato di detenzione. In particolare, il ricorrente, lamentava il rifiuto da parte delle autorità di fornirgli un'alimentazione a basso contenuto di colesterolo poiché soffriva di gravi problemi di diabete e di insufficienza cardiaca, e conseguentemente il rifiuto a somministrargli detti alimenti aggravava le sue condizioni di salute.

Se ci si domanda chi sia il torturatore e perché questo torturi, si può rispondere innanzitutto tenendo conto che assai frequentemente la tortura si consuma nei commissariati di polizia o nelle caserme. Venendo invece al perché, in alcuni Stati, le forze dell'ordine praticano la tortura, lo scopo principale è certamente quello di assumere confessioni o informazioni. Per cui è evidente che non sia del tutto superata la tortura medioevale *ad eruendam veritatem*⁴.

A vantaggio di tale ricostruzione, si può comunque considerare la struttura del procedimento penale, che attribuisce significativi poteri alla polizia giudiziaria nella fase investigativa; potrebbe quindi ritenersi non del tutto assente il rischio che nei fatti, in taluni casi, l'operato della stessa possa risultare svincolato dal controllo giudiziario o non rispettoso del principio di legalità⁵.

In tale contesto, le forze di polizia assumono un ruolo rilevante nel fronteggiare il crimine. Si potrebbe prospettare il rischio che questi si calino uno scenario connotato dall'ostilità rispetto a nemici supposti o reali, tenendo un comportamento cinico, regolato da un codice di condotta informale, invece che dal principio di legalità⁶.

Nel rapporto sull'Italia del Comitato per i diritti dell'uomo dell'ONU del maggio 2017, lo stesso si mostra preoccupato per le segnalazioni circa l'uso frequente di forza eccessiva da parte della polizia e di altri agenti delle forze dell'ordine e per l'impunità dei funzionari di polizia coinvolti nell'uso eccessivo della forza⁷.

⁴ A. CASSESE, *Umano-Disumano, Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Bari, 1994, cit., p. 76. L'Autore, riflettendo sull'esperienza trascorsa alla presidenza del CPT, riferisce «quel che ho visto e sentito non lascia dubbi: è nei commissariati di polizia o nelle gendarmerie di alcuni Paesi che si tortura; né le autorità carcerarie, né altri organi statali ricorrono a quei metodi crudeli. Quanto alle ragioni per cui, in taluni Paesi, poliziotti o gendarmi infliggono sevizie indicibili, anche qui le testimonianze sono univoche: lo scopo è ottenere dagli arrestati confessioni o informazioni».

⁵ R. ORLANDI, *Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 96. L'Autore evidenzia che «l'orientamento preventivo del diritto e del processo penale [...] esalta ruolo e importanza della polizia giudiziaria».

⁶ L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015, p. 194.

⁷ HRC, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, 1 maggio 2017, par. 20. Si prende in considerazione altresì l'uso della forza nel contesto delle procedure di identificazione dei migranti e sottolinea che l'art. 582 c.p. aggrava il problema dell'impunità degli agenti richiedendo la querela della persona offesa. Significativo per completezza è il par. 21 in cui si legge che «Lo Stato Parte dovrebbe adottare tutte le misure necessarie per impedire alle forze dell'ordine e alle forze di sicurezza di ricorrere all'uso eccessivo della forza e dei maltrattamenti, anche migliorando e aumentando la quantità di formazione disponibile per le forze dell'ordine, introducendo un codice di condotta per tali ufficiali e richiedendo loro di indossare etichette identificative. Dovrebbe rivedere l'articolo 582 del codice penale e assicurare che le accuse di maltrattamenti e uso eccessivo della forza siano investigate a fondo anche

Rilevante è altresì il risultato delle visite effettuate dal Comitato per la Prevenzione della Tortura (CPT), il quale ha sottolineato che, secondo la sua esperienza, il periodo immediatamente successivo alla privazione della libertà è il momento in cui il rischio di intimidazione e maltrattamenti fisici è maggiore⁸.

E' inoltre tale da suscitare sconcerto apprendere quanto rilevato dal CPT, che in più di un'occasione e in più di un Paese ha individuato l'esistenza di *interrogation rooms* di natura altamente intimidatoria: stanze interamente dipinte di nero e dotate di riflettori puntati sulla sedia usata dalla persona sottoposta ad interrogatorio.

In alcuni Paesi, il CPT ha riscontrato la pratica di bendare le persone sottoposti alla custodia della polizia, in particolare durante i periodi di interrogatorio. A tal proposito le delegazioni del CPT hanno ricevuto varie - e spesso contraddittorie - spiegazioni da parte di agenti di polizia riguardo lo scopo di questa pratica. Sulla base delle informazioni raccolte nel corso degli anni, tuttavia, il CPT ha ritenuto che in molti, se non la maggior parte dei casi, le persone sottoposte ad interrogatorio siano bendate perché le stesse non possano identificare i funzionari delle forze dell'ordine che infliggono maltrattamenti su di loro⁹.

Infine, si è rilevato come non sia insolito trovare oggetti sospetti nei locali della polizia, come bastoni di legno, manici da scopa, mazze da baseball, barre di metallo, pezzi di grosso cavo elettrico, imitazioni di armi da fuoco e coltelli. La presenza di tali oggetti è tale da fornire, secondo il CPT, la dimostrazione che le persone detenute negli stabilimenti interessati sono stati minacciati e/o colpiti da oggetti di questo tipo¹⁰.

Una spiegazione comune ricevuta dagli ufficiali di polizia riguardo a tali oggetti è che gli stessi siano stati confiscati ai sospetti. Il fatto che, tuttavia, gli oggetti in questione siano senza etichetta e spesso si trovino in ordine sparso nei locali,

se la vittima non ha presentato un reclamo. Dovrebbe garantire che i responsabili siano perseguiti e, se condannati, puniti con sanzioni commisurate alla gravità del crimine e che le vittime siano adeguatamente risarcite».

⁸ CPT, 6th *General Report on the CPT's Activities*, 5 agosto 1996, par. 15; nello stesso senso si veda anche CPT, 12th *General Report, on the CPT's Activities*, par. 41, in cui si afferma che «*in its experience, the period immediately following deprivation of liberty is when the risk of intimidation and physical ill-treatment is greatest. Consequently, the possibility for persons taken into police custody to have access to a lawyer during that period is a fundamental safeguard against ill-treatment. The existence of that possibility will have a dissuasive effect upon those minded to ill-treat detained persons*».

⁹ CPT, 2th *General Report on the CPT's activities*, 13 aprile 1992, cit. par. 37-39.

¹⁰ *Ibidem*.

posizionati dietro tende o armadi, si ritiene circostanza tale da confutare la spiegazione data¹¹.

Per porre un limite al pericolo di maltrattamenti da parte delle forze dell'ordine, il Comitato per la prevenzione della tortura ha indicato una serie di diritti di cui vanno informati i soggetti sottoposti a restrizione della libertà e ai quali vanno assicurati.

Si tratta del diritto di informare la famiglia, un amico o il consolato dello stato di detenzione, del diritto di accedere ad un avvocato sin dall'inizio della custodia, del diritto di richiedere una visita medica ad un medico di propria scelta¹².

Coerentemente con quanto previsto dalle convenzioni internazionali in materia, nelle quali si afferma l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute in violazione del divieto di tortura, il CPT osserva come un sistema processuale che si fondi sulla *confession evidence* possa incentivare il ricorso a mezzi di coercizione fisica o psicologica da parte delle forze dell'ordine impegnate nelle investigazioni.

Per cui, si evidenzia che nel contesto di prevenzione della tortura e di altre forme di maltrattamenti, è fondamentale sviluppare metodi di investigazione capaci di ridurre l'affidamento posto sulle confessioni e su altre prove o informazioni ottenute mediante interrogatori¹³.

E' necessario inoltre tener conto delle preoccupazioni del CAT in relazione all'uso eccessivo della forza da parte delle forze dell'ordine nel contesto del controllo della folla, e dunque delle manifestazioni¹⁴.

¹² CPT, *2nd General Report on the CPT's activities*, 13 aprile 1992, par. 36: «*the CPT attaches particular importance to three rights for persons detained by the police: the right of the person concerned to have the fact of his detention notified to a third party of his choice (family member, friend, consulate), the right of access to a lawyer, and the right to request a medical examination by a doctor of his choice (in addition to any medical examination carried out by a doctor called by the police authorities). They are, in the CPT's opinion, three fundamental safeguards against the ill-treatment of detained persons which should apply as from the very outset of deprivation of liberty, regardless of how it may be described under the legal system concerned (apprehension, arrest, etc.)*».

¹³ CPT, *12th General Report on the CPT's activities*, 3 settembre 2002, par. 35. In argomento si veda anche il par. 36, nel quale si prende in considerazione un ulteriore metodo di contrasto alla pratica della tortura rispetto ai soggetti che si trovino privati della libertà personale, consistente nella predisposizione di sistemi di registrazione audio e/o video degli interrogatori condotti dalla polizia giudiziaria.

¹⁴ CAT, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention - Concluding Observations of CAT: Canada*, 2012, par. 22: «*The Committee is concerned about reports on the excessive use of force by law enforcement officers often in the context of crowd control at federal and provincial levels, with particular reference to indigenous land-related protests at Ipperwash and Tyendinaga as well as the G8 and G20 protests*».

L'analisi della giurisprudenza della Corte EDU permette di affermare che la maggior parte dei giudizi per violazione dell'art. 3 CEDU riguardano maltrattamenti perpetrati da parte della polizia nei confronti di soggetti affidati alla sua custodia, all'atto dell'arresto, durante manifestazioni, perquisizioni, interrogatori, nel periodo di detenzione presso i commissariati, in custodia cautelare o in detenzione definitiva¹⁵.

Sul piano internazionale, le problematiche relative alle attività svolte dalle forze dell'ordine trovano riconoscimento nelle già esaminate *Regole penitenziarie europee*, le quali, lo si ripete, fanno espresso divieto al personale penitenziario di «usare la forza contro i detenuti tranne per autodifesa o in casi di tentata evasione o di resistenza attiva o passiva ad un ordine legittimo, e sempre come ultima risorsa»¹⁶.

E' d'obbligo menzionare, sempre rispetto all'operato degli agenti, lo *UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials*, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1979 e i *UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, adottati nel 1990, all'esito dell'VIII Congresso ONU.

Si tratta di linee guida che servono a regolare l'attività dei “*Law Enforcement Officials*” ossia di tutti coloro che esercitano poteri di polizia, nello specifico i poteri di arresto o detenzione. In particolare, questi soggetti nello svolgimento dei loro doveri devono rispettare e proteggere la dignità umana e sostenere i diritti umani, e pertanto dovrebbero usare la forza solo se strettamente necessario.

Non possono infliggere, istigare o tollerare atti di tortura o trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti, né possono invocare l'ordine di un superiore o circostanze eccezionali a propria giustificazione¹⁷.

Si è fin qui esaminato il rapporto intercorrente tra la gestione dell'ordine pubblico e il divieto di tortura, tenendo conto altresì delle fonti normative sovranazionali. Lo scenario interno al nostro Paese, purtroppo, così come testimoniato dai fatti del G8 e da numerosi altri, non risulta diverso.

¹⁵ Si veda in particolare la giurisprudenza più recente: Corte EDU, 7 febbraio 2017, *Dinu c. Romania*; Id., 14 febbraio 2017, *Maslova c. Russia*; Id., 21 febbraio 2017, *Ovakimyan c. Russia*; Id., 2 maggio 2017, *Olisov e a. c. Russia*; Id., 14 settembre 2017, *Matevosyan c. Armenia*; Id., 19 settembre 2017, *Zolotorev c. Russia*; Id., 24 ottobre 2017, *Devyatkyn c. Russia*.

¹⁶ V. l'art. 64 co. 2 delle *Regole penitenziarie europee*, il quale prevede che «la quantità di forza usata deve essere quella minima necessaria e deve essere applicata per il tempo strettamente necessario».

¹⁷ V. art. 2, 3 e 5 del *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*.

1.1 I fatti del G8 e le condanne dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU.

Dal punto di vista delle vicende italiane connesse alla gestione dell'ordine pubblico, si possono in particolare richiamare i fatti del G8 di Genova, a cui si è associata quella che è stata qualificata anche dalla giurisprudenza europea come una grave forma di violazione dei diritti umani.

Questa vicenda può altresì fornire l'opportunità di identificare i fatti rilevanti come tortura, nello specifico tenendo conto delle condizioni delle vittime e delle ragioni di tali comportamenti.

Rispetto alle vittime, infatti, è necessario considerare che non tutte erano sottoposte a restrizione della libertà personale, mentre, con riguardo alle ragioni, il dato più significativo delle torture di Genova si è ritenuto consistente nella loro gratuità e premeditazione, in uno con lo scopo di umiliare e intimidire¹⁸.

Nel giudizio di primo grado la pubblica accusa ha definito i fatti del G8 quali torture, contestando la violazione dell'art. 3 della Convenzione per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁹.

Tuttavia, le difese degli imputati hanno fatto valere l'estraneità del termine "tortura" all'ordinamento giuridico italiano.

A tal proposito, la Corte d'Appello di Genova ha osservato che si tratta in concreto di un «termine lessicale, ancorché assente nel contenuto normativo dei titoli

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*. Conversazione con Mauro Barberis, Bologna, 2013, p. 41. L'Autore rimarca che «l'aspetto più incredibile e turpe delle torture, delle vessazioni e delle mortificazioni inflitte a Genova ai manifestanti illegittimamente arrestati fu il loro carattere gratuito e insieme premeditato, quale strumento di umiliazione delle persone e di intimidazione terroristica».

¹⁹ V. Corte App. Genova, 5 marzo 2010, n. 678, p. 7, secondo cui la pubblica accusa nel contestare l'art. 3 CEDU «ha richiamato le c.d. cinque tecniche vessatorie nel metodo di interrogatorio di cui alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo [...] del 18.1.1978 nel caso Irlanda/ Regno Unito, nella quale vennero stigmatizzati il costringere a stare in piedi contro il muro, l'incappucciamento, la sottoposizione a rumore, la privazione del sonno, la privazione di cibo e bevande; ha citato la sentenza 15.11.96 nel caso Chahal/ Regno Unito, dov'era sottolineata la totale irrilevanza della condotta della vittima rispetto alla configurabilità della detta violazione; la sentenza 16.12.1997 nel caso Raninen/ Finlandia sull'ammanettamento senza motivo per circa due ore; la sentenza 28.7.1999 nel caso Selmouni/Francia, dove durante un interrogatorio la p.o. era stata sottoposta a umiliazioni, come inginocchiarsi di fronte a un agente di polizia, essere trascinato per i capelli, costretto a correre per i corridoi con agenti su entrambi i lati, per la quale nessuna deroga al divieto è permessa dall'art. 15 par. 2 neppure in caso di pubblica emergenza che minacci la vita di una nazione; la sentenza 19.4.2001 nel caso Peers/ Grecia sulle condizioni igieniche della detenzione, sull'uso degradante dei servizi igienici, sulla mancanza di riservatezza».

di reato oggetto del processo [...], che permette di completare l'immagine concettuale di un fatto meglio e più brevemente di quanto sarebbe possibile con il richiamo ai numerosi titoli dei reati che lo descriverebbero»²⁰.

La sentenza in esame descrive quindi nei seguenti termini i fatti della caserma di Bolzaneto, così come accertati all'esito dell'istruttoria dibattimentale: «Trattasi di un condensato di violenza verbale, fisica e psicologica, caratterizzata dall'imposizione del potere non solo sulla corporeità della vittima, ma anche sulla sua identità psicologica e politica, e quindi finalizzata a stroncarne la resistenza psichica, attraverso l'umiliazione degli ideali, la denigrazione del corpo, in balia del seviziatore in un crescendo di suspense, per mezzo di un gioco perverso, al cui estremo si pongono, da un lato la volontà seviziatrice e sadica del persecutore e, dall'altro estremo, la vita stessa della vittima lasciata alla mercé dell'altrui capriccio»²¹.

La vicenda risale al periodo tra il 19 e il 21 luglio del 2001, nel corso del quale a Genova si tenne il vertice dei Capi di Stato degli otto Paesi più industrializzati del mondo, conosciuto appunto come “vertice del G8”.

Nella previsione di possibili disordini connessi alle manifestazioni del c.d. “*Black Bloc*”²², il prefetto di Genova venne incaricato della gestione dell'ordine pubblico: venne chiuso l'ingresso al porto e all'aeroporto, la città venne divisa in tre settori: quello rosso e quello giallo, vigilati perché più vicini alla sede del G8, e il settore bianco, non vigilato.

Inoltre furono messi al servizio dell'Amministrazione Penitenziaria i locali della “ex caserma dell'esercito”²³ all'interno della caserma “Nino Bixio” di Bolzaneto, per l'eventualità di possibili arresti.

²⁰ V. Corte App. Genova, 5 marzo 2010, n. 678, cit., p. 8.

²¹ *Ivi*, p. 210.

²² Il termine “*Black Bloc*” ossia “blocco nero” definisce un gruppo di individui, vestiti di nero, di diversa nazionalità, per lo più di matrice anarchica, inclini ad azioni di protesta violenta, atti vandalici e scontri con le forze dell'ordine.

²³ V. Corte App. Genova, 5 marzo 2010, n. 678, cit., p. 1, secondo cui « lì accanto si trovava appunto l'ex caserma dell'esercito, che divenne il sito penitenziario provvisorio. A questo si accedeva attraverso tre scalini, che portavano a un androne quadrato, che aveva, sulla sinistra, un locale ampio adibito a ufficio della Digos, e sulla destra due locali, uno per la Digos e uno per la Squadra Mobile. Dall'androne si passava a un corridoio centrale, lungo, compreso l'androne, circa 50 metri. Si pensi dunque a un corridoio lungo circa 50 metri largo 5 con otto porte sul lato sinistro e nove su quello destro».

La sera del 19 luglio, giorno in cui aveva inizio il vertice del G8, fu preso a sassate un comando di carabinieri, il giorno seguente i *Black Bloc* occuparono le piazze della città, iniziarono conflitti violenti, danneggiarono negozi e attaccarono caserme e comandi dei Carabinieri e della Guardia di Finanza.

Nel pomeriggio, un gruppo di carabinieri, tra piazza Alimonda e via Caffa, venne assalito dai manifestanti; tra questi vi era il giovane Carlo Giuliani²⁴ che rimase ucciso da un colpo di arma da fuoco.

La sera del 21 luglio alcuni agenti furono colpiti da oggetti provenienti dagli istituti scolastici Diaz-Pascoli e Diaz-Pertini, adibiti ad alloggi per i manifestanti, ove venivano avvistati soggetti vestiti allo stesso modo dei *Black Bloc*²⁵.

A quel punto, conclusa la manifestazione ufficiale del vertice “G8”, il Capo della Polizia impartì due direttive, la prima con cui disponeva di effettuare perquisizioni, nello specifico nella scuola Paul Klee perché si aveva il sospetto che, in quel luogo, si trovassero alcuni dei *Black Bloc*; la seconda consisteva nell’organizzare “pattuglioni” per percorrere le strade di Genova alla ricerca di membri del *Black Bloc*.

Nella sentenza della Corte d’Appello si legge che «i fine di tali direttive era chiaro ed è stato ben compreso dal Prefetto A. così come da tutti gli altri protagonisti delle riunioni preparatorie dell’irruzione tenutesi in Questura: si doveva riscattare l’immagine della Polizia, che nei giorni precedenti era sembrata inerte di fronte ai gravissimi episodi di devastazione e saccheggio cui era stata sottoposta la città, e a ciò doveva provvedersi mediante arresto»²⁶.

Tuttavia a seguito degli accadimenti del 21 luglio di cui si è detto, su iniziativa della polizia giudiziaria si scelse di procedere alla perquisizioni della scuola Diaz, ai sensi dell’art. 41 del T.U.L.P.S.²⁷

²⁴ Si tratta della vicenda relativa ad un manifestante *no-global*, allora 23 enne, il quale fu ucciso durante i fatti del G8. Il carabiniere ausiliario M.P. fu indagato per omicidio, ma poi prosciolto perché aveva agito per legittima difesa contro Giuliani, il quale a volto coperto, tentava di colpirlo con un estintore.

²⁵ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L’attualità di un crimine antico*, 2018, p. 108.

²⁶ V. Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit. p. 195.

²⁷ Per completezza si riporta il testo dell’art. 41 T.U.L.P.S., che stabilisce: «Gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria, che abbiano notizia anche se per indizio, della esistenza, in qualsiasi locale pubblico o privato o in qualsiasi abitazione, di armi, munizioni o materie esplodenti, non denunciate o non consegnate o comunque abusivamente detenute, procedono immediatamente a perquisizione e sequestro».

L'operazione vide coinvolti un numero elevatissimo di agenti, all'incirca 346 poliziotti e oltre 149 carabinieri, dotati di caschi, sfollagente, manganelli e con il volto coperto da *foulard*.

Questi si divisero in due gruppi e giunsero il primo da Nord e il secondo da Sud. Arrivati alla scuola Diaz, il cancello di ingresso era chiuso, e questi decisero di fare irruzione sfondando il cancello con un veicolo di servizio.

All'ingresso delle forze dell'ordine nell'edificio fecero seguito i menzionati atti di violenza nei confronti degli occupanti e di conseguenza il trasporto degli stessi in ospedale.

I fatti avvenuti all'interno della scuola Diaz, per quanto visibile dalle finestre, e quelli avvenuti al suo esterno sono documentati da riprese effettuate dagli abitanti delle zone limitrofe e dai manifestanti che alloggiavano nell'istituto scolastico Pascoli, posto di fronte alla Diaz.

Alla perquisizione fecero seguito 93 arresti per associazione a delinquere finalizzata alla devastazione e al saccheggio, per resistenza aggravata a pubblico ufficiale e per la detenzione illecita di ordigni esplosivi quali bottiglie molotov, le quali, secondo la difesa di tutti gli imputati, non erano nella scuola Pertini quella sera, ma furono trasportate dall'esterno allo scopo di giustificare la perquisizione ai sensi dell'art. 41 T.U.L.P.S.²⁸

Tenendo conto dell'elevato numero di testimonianze, risulta difficile riportare in maniera completa tutti i tipi di violenza avvenuti nella scuola Diaz e nella caserma di Bolzaneto.

In particolare, la sentenza sui fatti di Bolzaneto dà conto: di insulti e di percosse sul corpo, compresi i genitali, con mani coperte da guanti di pelle nera o con manganelli; della posizione vessatoria consistente nello stare in piedi, con gambe

²⁸ V. Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 234, in cui si legge altresì che «è emerso nel corso del dibattimento, allorché sorse la necessità di visionare tali reperti, che gli stessi sono scomparsi; secondo la Questura di Genova perché accidentalmente distrutti per errore dell'artificiere incaricato della distruzione di altri reperti, ma secondo le successive indagini svolte dalla Procura, la cui acquisizione al processo non è stata ammessa dal Tribunale, perché intenzionalmente asportate da ignoti funzionari mediante pressioni sul predetto artificiere».

divaricate, faccia al muro e polsi legati dietro la schiena²⁹ o della c.d. posizione della “ballerina” consistente nello stare fino a 20 ore senza alcun riposo in punta di piedi o su una gamba sola³⁰; del passaggio nel corridoio tra due file di agenti che percuotevano con schiaffi e calci, che facevano lo sgambetto, ingiuriavano e sputavano, il tutto in posizione vessatoria e quindi con testa abbassata sulle ginocchia e braccia dietro lo schiena³¹, di spruzzi di sostanze urticanti o irritanti nelle celle; di insulti a sfondo sessuale, razzista, politico e di minacce di percosse, di morte³² o di stupro³³; della costrizione a pronunciare frasi lesive della propria dignità personale e di inni al fascismo³⁴ e alla dittatura di Pinochet; del taglio dei capelli³⁵ e della distruzione di

²⁹ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 21: «Poco dopo un agente con la divisa scura ci ha obbligato ad alzarci tutti e ad assumere nuovamente la posizione di testa contro il muro, mani dietro la schiena e gambe divaricate [...] per circa due ore».

³⁰ V. Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 33, in cui si legge che il teste «doveva stare *sulla punta dei piedi con il volto rivolto alla parete e le mani dietro* e ricorda di avere indossato solo i calzoncini, senza camicia e senza scarpe. Ha ricordato inoltre di aver avuto freddo, di essere stato percosso mentre stava in tale posizione e che *gli misero una sigaretta accesa sotto la pianta del piede in modo che se avesse abbassato i talloni non rimanendo più sulle punte si sarebbe bruciato la pianta del piede*».

³¹ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 63: «Immagini due file di persone, alle quali viene lanciato, e che tutti iniziano a colpirti in particolare sopra la schiena, ovviamente, sopra la testa, perché eravamo piegati, chinati, quindi in particolare, ma anche sui fianchi, e con gli anfibii e ricordo perfettamente il rumore dei guanti e che avevano dei guanti neri con i quali ci picchiavano e noi correvamo il più possibile, io correvo il più possibile per arrivare alla fine e cercavano di farmi inciampare e in particolare il trattamento più duro l'ho avuto al ritorno, forse perché ero già provato dalle percosse dell'andata, e al ritorno [...] c'era di nuovo questo corridoio (di agenti) già pronto e sono stato nuovamente lanciato in questo corridoio e colpito in tutti i modi ma anche più duramente della prima volta».

³² Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 34: «Mi diceva che saremmo morti tutti [...] ci avrebbero ammazzato tutti quanti con una siringa, con una iniezione ci avrebbero fatti fuori tutti perché siamo zecche, le zecche vanno uccise».

³³ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p.30: «Facevano come una scelta di noi [...] cioè dicevano che ci avrebbero violentato entro la notte e: -io mi prenderei quella, no a me piace più quest'altra- e questa cosa l'hanno ripetuta più volte».

³⁴ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 58: «I poliziotti presenti ci colpivano e ci obbligavano tutti a fare il saluto di Mussolini e a gridare viva il Duce e viva la Polizia Penitenziaria[...] più o meno per un'ora».

³⁵ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 56: «Uno prese un coltello a serramanico e cominciò a tagliarmi i capelli a colpi di coltello; uno prese un salame e mi colpirono al collo per obbligarmi a firmare».

oggetti personali; della costrizione a lunghe attese per l'accesso ai servizi igienici³⁶ o dell'impedimento a recarsi agli stessi³⁷.

Per quanto invece riguarda le violenze perpetuate nella scuola Diaz, nessuna delle difese degli imputati le ha contestate, incentrandosi piuttosto sull'attribuzione ad altri della responsabilità dei fatti accaduti, per cui è pacifico che in quel luogo sia avvenuto «l'indiscriminato e assolutamente ingiustificabile pestaggio di quasi tutti gli occupanti»³⁸.

Invero, su 93 persone arrestate, 87 riportavano lesioni e due erano in pericolo di vita.

Significativa è la vicenda che vede coinvolto uno tra questi ultimi soggetti, il giornalista inglese Mark Covell.

Questo si trovava nella scuola Pertini, da cui cercò di fuggire perché aveva sentito un italiano riferire che le forze dell'ordine fossero sul punto di attuare un *raid*. Insieme ad un collega tedesco, uscì dalla scuola, per dirigersi all'istituto Pascoli, posto di fronte all'istituto Pertini. A differenza del collega, tuttavia, egli non riuscì ad attraversare e raggiungere la Pascoli. Un numero elevato di poliziotti arrivò alla sua destra, colpendolo con il manganello; egli fece qualche altro passo verso la Pascoli, ma fu colpito di nuovo. Gridava di appartenere alla stampa, ma un poliziotto gli disse: “*You are Black Bloc, we're going to kill Black Bloc*”.

Successivamente venne colpito con un manganello alle ginocchia e cadde per terra, poi un poliziotto lo colpì alla spina dorsale e gli diede dei calci, altri poliziotti si aggiunsero nel pestaggio, provocando la frattura di otto costole e della mano. Ancora un altro poliziotto lo colpì in faccia, cosicché perse i denti e dopo un ulteriore colpo sulla testa svenne³⁹.

³⁶ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, 5 marzo 2010, cit. p. 65: «Ripeteva in continuazione- fatemi andare in bagno non ce la faccio più e questi gli dicevano – si stai tranquillo ora ti facciamo andare proprio con un tono di gioco [...] e lui a un certo punto ha detto: - vi prego non fatemi pisciare addosso, non umiliatevi a questo modo- e piangeva [...] e saranno state dieci volte anche più, a volte smetteva, cioè stava zitto per mezz'ora, per un quarto d'ora poi ricominciava questa supplica [...] finché lo accontentarono»

³⁷ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 39: «L'ho chiesto a una donna che ci faceva da guardia... mi ha risposto in italiano con la traduzione di Ester che potevo farmela addosso e farmi tutto addosso».

³⁸ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 205.

³⁹ Per una ricostruzione dei fatti vedi Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 208; in argomento v. anche l'intervista rilasciata da Mark Covell, *I still have nightmares*, 6 febbraio 2005, disponibile sul sito www.bbc.co.uk.

In un'intervista del Covell rilasciata alla Bbc, questo afferma: «Mi hanno preso a calci nella spina dorsale e sono stato usato come un pallone da calcio».

Tornando a quanto accaduto nella scuola Diaz, «le parti offese hanno concordemente riferito che tutti gli operatori di polizia, appena entrati nell'edificio, si erano scagliati sui presenti, sia che dormissero, sia che stessero immobili con le mani alzate, colpendo tutti con i manganelli (i.c.d. tonfa) e con calci e pugni, sordi alle invocazioni di “non violenza” provenienti dalle vittime»⁴⁰.

A tal proposito la Suprema Corte, pronunciandosi sulla vicenda in esame, conclude che «allora è del tutto condivisibile [...] il giudizio espresso dalla Corte genovese di condotta cinica e sadica da parte degli operatori di polizia, in nulla provocata dagli occupanti la scuola, tanto che il Comandante del VII Nucleo F. ha, con acrobazia verbale, dapprima parlato di ‘colluttazioni unilaterali’, per poi finire con l'ammettere la reale entità dei fatti, per descrivere i quali ha usato la significativa e fotografica espressione ‘macelleria messicana’»⁴¹.

A fronte dei gravissimi fatti qui riferiti, non vi è stata una risposta effettiva sul piano sanzionatorio, vuoi perché sono state pronunciate sentenze dichiarative della prescrizione del reato, vuoi per l'applicazione dell'indulto di cui alla l. n. 241 del 2006.

E' altresì necessario considerare che a quel tempo il delitto di tortura non era contemplato nell'ordinamento penale italiano. Pertanto, non vi era una norma penale *ad hoc* che contemplasse una pena edittale idonea ad assicurare tempi di prescrizione più lunghi, utili agli organi inquirenti al fine di svolgere il complesso accertamento di questo tipo di reato.

In questo stato di cose, era ipotizzabile che la Corte EDU sarebbe intervenuta a sanzionare i gravi fatti rispetto ai quali la tutela apprestata dall'ordinamento italiano risultava ineffettiva⁴².

Il caso *Cestaro c. Italia* è stato, invero, il primo ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 3 in relazione ai fatti del G8.

⁴⁰ A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 ottobre 2012.

⁴¹ Cass. Pen., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085.

⁴² Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*.

Si tratta della vicenda relativa al sig. Arnaldo Cestaro, il quale, nella notte tra il 21 e il 22 luglio del 2001, si trovava nella scuola Diaz- Pertini, adibita per l'occasione a dormitorio.

Il ricorrente lamentava di essere stato vittima durante l'irruzione delle forze dell'ordine di violenze e sevizie⁴³ qualificabili come tortura.

Invocava dunque la violazione degli art. 3, 6, e 13 della Convenzione, in quanto sosteneva che i responsabili dei fatti sopra indicati non erano stati adeguatamente puniti in ragione della intervenuta prescrizione dei reati e dell'indulto di cui avrebbero beneficiato alcuni condannati.

Inoltre, aggiungeva che lo Stato, non prevedendo un reato di tortura con un *quantum* sanzionatorio adeguato, non aveva adottato misure necessarie per prevenire e poi sanzionare le violenze e gli altri maltrattamenti denunciati.

La Corte EDU, in particolare, si è incentrata sulla qualificazione giuridica dei trattamenti accertati e sulla parte procedurale dell'art. 3 della Convenzione.

Rispetto alla qualificazione giuridica dei maltrattamenti, la Corte EDU ha tenuto in considerazione quanto già stabilito dalla Corte di Cassazione in relazione alle violenze perpetuate nella scuola Diaz- Pertini, ossia che le stesse erano state esercitate con finalità «punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime»⁴⁴.

Inoltre la Corte ha posto l'accento sui sentimenti di paura e di angoscia patiti dal ricorrente durante l'irruzione della polizia e sulla gravità delle conseguenze fisiche derivanti al ricorrente dai maltrattamenti subiti, concludendo che non si potesse negare che i maltrattamenti avessero «provocato dolori e sofferenze acute» e fossero «di natura particolarmente grave e crudele».

⁴³ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit., par. 155, in cui si legge che il Cestaro «è stato insultato e preso a calci e manganellate soprattutto in testa, alle braccia e alle gambe, riportando ferite per le quali è stato necessario un ricovero di quattro giorni a Genova e, in particolare un'operazione all'ulna destra. Quando è stato dimesso dall'ospedale, presentava una incapacità lavorativa. Egli precisa che, a seguito dell'aggressione, gli è rimasta una debolezza permanente del braccio destro e della gamba destra. Producendo i relativi documenti giustificativi sottolinea che, nel 2003, si è dovuto sottoporre a una nuova operazione all'ulna destra in quanto la frattura non si era consolidata e che, nel 2010, gli era stata raccomandata una nuova operazione per pseudoartrosi di tale osso».

⁴³ Si tratta dei criteri interpretativi elaborati dalla Corte EDU rispetto alla definizione di tortura in particolare di quelli elaborati nelle citate sentenze *Selmouni c. Francia* e *Erdal Aslan c. Turchia*.

⁴⁴ Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2010, n. 38085, cit.

Ha altresì rilevato l'assenza di un nesso di causalità tra la condotta dell'agente e l'uso della forza da parte degli agenti in quanto il ricorrente all'arrivo della polizia era seduto con le spalle al muro e le braccia alzate.

Per tutte queste considerazioni, la Corte ha concluso che i maltrattamenti subiti dal sig. Cestaro debbano essere qualificati come "tortura" ai sensi dell'art. 3 della Convenzione.

La Corte EDU ha concluso per la violazione dell'art. 3 anche sotto il profilo procedurale.

A tal proposito ha osservato che sussistono tre tipi di problemi rispetto al principio di effettività dell'inchiesta e all'adeguatezza delle sanzioni. Si tratta: a) della mancata identificazione degli autori materiali degli illeciti in considerazione, rimasti impuniti; b) della prescrizione dei delitti e dell'indulto parziale delle pene; c) della mancata adozione di misure disciplinari nei confronti dei responsabili dei maltrattamenti in causa.

In riferimento alla lett. b) la Corte ha considerato che «è la legislazione penale italiana applicata al caso di specie a rivelarsi inadeguata rispetto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e al tempo stesso priva dell'effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni simili dell'art. 3 in futuro»⁴⁵.

La sentenza *Cestaro* non è un *unicum*, poiché l'Italia è stata condannata nuovamente dalla Corte EDU per violazione dell'art. 3 in riferimento ai fatti relativi all'irruzione nelle scuole Diaz-Pertini e Diaz-Pascoli con le sentenze *Bartesaghi e a. c. Italia*, *Azzolina e a. c. Italia* e *Blair e a. c. Italia*.

La Corte EDU, anche in questi giudizi, ha concluso per la violazione dell'art. 3 sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, rinviando a quanto statuito nella sentenza *Cestaro*⁴⁶.

⁴⁵ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit., par. 255.

⁴⁶ Corte EDU, 22 giugno 2017, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, par. 121: «La Corte osserva che lo stesso procedimento interno è all'origine della constatazione di violazione dell'elemento procedurale dell'articolo 3 della Convenzione nella causa Cestaro. Pertanto, non vede alcun motivo per discostarsi dalle conclusioni alle quali è giunta in tale causa, compreso per quanto riguarda la carenza dell'ordinamento giuridico italiano in materia di repressione della tortura, e conclude che vi è stata violazione dell'elemento procedurale dell'articolo 3 della Convenzione».

Si è rimarcato nuovamente che i trattamenti subiti nella scuola Diaz- Pertini sono qualificabili come “tortura” e che «gli atti di violenza⁴⁷ commessi nei confronti dei ricorrenti abbiano provocato sofferenze fisiche e psicologiche acute, e che gli stessi siano di natura particolarmente grave e crudele»⁴⁸.

Nello stesso senso delle precedenti è la sentenza *Azzolina e a. c. Italia*, in cui però la Corte EDU si è pronunciata sui fatti accaduti nella caserma di Bolzaneto.

Anche in questa sentenza la Corte di Strasburgo riconosce la violazione sostanziale dell’art. 3 rispetto alle violenze perpetuate su coloro che «*ont été non seulement les victimes directes de sévices mais aussi les témoins impuissants de l’usage incontrôlé de la violence à l’égard des autres personnes arrêtées*»⁴⁹.

Si conclude altresì per la violazione dell’art. 3 sotto il profilo procedurale in quanto la Corte ha constatato la deplorabile mancanza di cooperazione della polizia con le autorità giudiziarie e il fatto che la grande maggioranza dei reati di lesioni personali semplici e aggravate, nonché di calunnia e abuso d’ufficio, sono stati dichiarati prescritti⁵⁰.

Blair e a. c. Italia è l’ultima sentenza di condanna per violazione dell’art. 3 da parte dei giudici di Strasburgo e riguarda anch’essa i fatti avvenuti nella caserma di Bolzaneto.

In particolare nella decisione si disapprova il grave comportamento degli agenti semplici e dei superiori in grado, consistente nella violazione del dovere etico primario di proteggere le persone sotto la loro supervisione⁵¹.

Efficacemente in questa sentenza la caserma di Bolzaneto viene definita come «*un lieu de “non-droit” où les garanties les plus élémentaires avaient été suspendues*»⁵².

I fatti del G8 possono ritenersi tali da segnare un momento particolarmente buio per il nostro Paese in relazione alla tutela dei diritti umani; invero, si evince, dalle

⁴⁷ Corte EDU, 22 giugno 2017, *Bartesaghi e a. c. Italia*, par. 118: «Ciascuno dei ricorrenti è stato colpito in maniera violenta, la maggior parte ha ricevuto manganellate, calci e pugni e, in alcuni casi, sono stati gettati mobili contro di loro. I colpi ricevuti hanno provocato ematomi, ferite e, in alcuni casi, gravi fratture che hanno lasciato conseguenze fisiche permanenti».

⁴⁸ Corte EDU, 22 giugno 2017, *Bartesaghi e a. c. Italia*, cit., par. 119.

⁴⁹ Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Azzolina e a. c. Italia*, cit., par. 133.

⁵⁰ *Ivi*, par. 152-153.

⁵¹ Corte EDU, 26 ottobre 2016, *Blair e a. c. Italia*, par. 100.

⁵² *Ivi*, par. 103.

difese dello Stato dinanzi ai giudici di Strasburgo, la convinzione della “eccezionalità” dell’accaduto.

Tuttavia, questi episodi hanno costituito un tassello importantissimo nell’*iter* d’introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano, perché da un lato hanno dimostrato come tale pratica sia ancora attuale, seppure nella percezione di molti la tortura possa apparire una pratica medioevale, e perché d’altro lato, i relativi esiti processuali hanno messo in luce l’inadeguatezza della nostra disciplina penale a punire fatti di questo tipo.

2.2. Altri casi italiani di “police brutality”.

La vicenda del G8 non è l’unico caso italiano di “police brutality”, in quanto sono stati riscontrate altre ipotesi di maltrattamenti relativi alla gestione dell’ordine pubblico, che sembrerebbero tali da indicare come il nostro sistema penale non sia sempre stato idoneo a prevenire e sanzionare gli *ill-treatments*.

Come già rilevato, i fatti di tortura o comunque i maltrattamenti si inseriscono in contesti di pericolo e di “allarme sociale”, quale può essere considerata ad esempio la lotta al terrorismo.

A tal proposito, vengono in rilievo nell’esperienza italiana i fatti relativi al contrasto al terrorismo degli anni ’80.

Si tratta delle vicende relative alle Brigate Rosse⁵³, di cui la più nota è l’operazione di ricerca e liberazione del generale James Lee Dozier, rapito il 17 dicembre 1981 a Verona.

Rispetto all’operazione di liberazione del generale, è significativo l’interrogatorio⁵⁴ del brigatista Volinia e della compagna Arcangeli per il metodo di conduzione.

⁵⁴ V. l’inchiesta di P. V. BUFFA, *Così torturavamo i brigatisti*, l’*Espresso*, 5 aprile 2012: «Separati da un muro, perché potessero sentirsi ma non vedersi [...] la ragazza è legata, nuda, la maltrattano, le tirano i capezzoli con una pinza, le infilano un manganello nella vagina, la ragazza urla, il suo compagno la sente e viene picchiato duramente, colpito allo stomaco e alle gambe [...] carico insieme a loro Volinia su una macchina, lo portiamo alla villetta per il trattamento. Lo denudiamo, legato al tavolaccio subisce l’acqua e sale e dopo pochi minuti parla, ci dice dove è tenuto prigioniero il generale Dozier».

Il successo ottenuto fu da esempio per gli altri agenti, tanto che i brigatisti arrestati per il sequestro di Dozier furono subito sottoposti a torture affinché collaborassero, rivelando il nome di battaglia dei compagni e la collocazione di altri covi⁵⁵.

Un altro caso relativo alle vicende delle Brigate Rosse è quello riguardante Enrico Triaca, tratto in arresto nell'ambito delle indagini per il sequestro e l'uccisione dell'on. Aldo Moro.

Il Triaca venne condannato sulla base di una sua confessione, nonostante successivamente abbia affermato di aver mentito perché sottoposto a tortura: «Denudato e legato su un tavolo [...] qualcuno gli tappava il naso qualcun altro gli aveva versato in bocca acqua [...] contestualmente era stato incitato a parlare»⁵⁶.

Da questa sentenza sul caso Triaca emerge «l'ultima conferma di quanto la tortura sia stata una pratica tutt'altro che sconosciuta alle nostre forze di polizia durante il periodo del terrorismo»⁵⁷.

In proposito, è doveroso tener conto anche delle vicende più attuali di maltrattamenti connessi alla gestione dell'ordine pubblico. Si tratta, ad esempio, delle

⁵⁵ D. PULITANO', *L'inquisizione non soave, fra pretesa "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro.it*, 1983, p. 238, in cui si riporta la testimonianza di Fascella: «Qui qualcuno mi chiese se avevamo macchine e dove fossero. Ritenendo che fosse inutile negare questa informazione dissi dove si trovavano le auto. Dopo di ciò mi fu chiesto il nome di battaglia di Di Lenardo; alla mia risposta negativa fui presa a pugni sulla schiena. Mi misi ad urlare ed allora fui condotta in un locale che mi parve essere il soggiorno, dove mi furono dati altri pugni [...] Preciso: prima mi fu chiesto con le buone se volevo collaborare e per tale eventualità venivo invitata a sedermi, poi di fronte al mio rifiuto ripresero i pugni sulla schiena. Ad un tratto qualcuno mi alzò sul petto la maglietta che indossavo e mi tirò i capezzoli dei seni. Continuarono così fino a che io mi decisi a dire loro il nome di battaglia di Di Lenardo: 'Fabrizio'».

⁵⁶ Corte App. Perugia, 15 ottobre 2013, cit. p. 4.

⁵⁷ L. MASERA, *Il Prof. De Tormentis e la pratica del waterboarding in Italia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 aprile 2014.

vicende riguardanti Federico Aldrovandi⁵⁸, Paolo Scaroni⁵⁹, Tiziana Pennino⁶⁰, Stefano Gugliotta⁶¹, Giuseppe Uva⁶², Stefano Cucchi⁶³, tutte contrassegnate dalla

⁵⁸ V., per una ricostruzione dei fatti precedenti la morte di F. Aldrovandi, Cass. Pen., sez. IV, 21 giugno 2012 n. 3628. La Corte di Cassazione ha confermato le condanne della Corte d'Appello di Ferrara a tre anni e sei mesi, per i quattro poliziotti ritenuti colpevoli di cooperazione in omicidio colposo. La vicenda risale al 25 settembre 2004, giorno in cui una persona effettuò una chiamata al 112, segnalando la presenza di un giovane furibondo in strada. Alle ore 5.30 sopraggiunse una volante con a bordo due poliziotti, alle 6.03 un'altra con a bordo altri due poliziotti. I quattro dinanzi al giovane diciottenne F.A., evidentemente agitato per l'assunzione di sostanze stupefacenti, non chiamarono soccorsi sanitari né cercarono di instaurare un dialogo per calmarlo. Sembra che il giovane non fosse facilmente contenibile e che lo stesso, cintura marrone di Karatè, abbia sferrato un calcio a "sforbiciata" che però non ha raggiunto i poliziotti. Allora i poliziotti ingaggiarono una colluttazione violenta, oggetto di addebito, durante la quale sferrarono calci e manganellate, tanto che due manganelli vennero successivamente trovati spezzati. Ai poliziotti, in particolare, si è contestato di aver ecceduto i limiti del legittimo intervento, di aver omesso di prestare le prime cure e di avere per colpa provocato la morte del giovane, causata da un trauma toracico dovuto a manovre pressorie esercitate sul soggetto costretto a terra, prono e ammanettato dietro alla schiena.

⁵⁹ Il 24 settembre 2004 Paolo Scaroni, *ultras* del Brescia, si trovava alla stazione di Verona dove scoppiò una baruffa tra gli *ultras* delle squadre avversarie, ossia del Brescia e per l'appunto dell'Hellas Verona. In tal contesto Scaroni venne preso a manganellate e finì in coma per due mesi. Dopo il coma, Scaroni è stato otto mesi in riabilitazione, ma tuttavia riportava gravi menomazione fisiche e psicologiche e una invalidità motoria del 100%. Nel 2016 gli è stato riconosciuto un risarcimento di 1,4 milioni di euro dal Ministero dell'Interno. Anche questa vicenda si caratterizza per i depistaggi della polizia rispetto all'accertamento delle responsabilità individuali; infatti, tra i video della stazione che riprendono i fatti di quel giorno, manca la parte del pestaggio di Scaroni. Anche se gli otto agenti accusati di lesioni gravissime sono stati assolti, per assenza di prove sufficienti, il Tribunale di Verona indica quale responsabile la Polizia di Stato di quel «pestaggio gratuito, immotivato rispetto alle esigenze di uso legittimo della forza». Cfr. M. ZAVAGLI, *Paolo Scaroni fu pestato dai Poliziotti: lo Stato lo risarcisce con 1.4 milioni di euro*, *Il Fatto Quotidiano*, 6 settembre 2016.

⁶⁰ I fatti relativi alla vicenda di Tiziana Pennino sono riassunti nella sentenza della Corte EDU, 12 ottobre 2017, *Pennino c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione sia sotto il profilo sostanziale sia procedurale dell'art. 3 per uso della forza da parte delle forze dell'ordine non giustificato dalla condotta della persona offesa e per l'ineffettività dell'inchiesta per incompletezza delle indagini. Nello specifico, la ricorrente nell'aprile 2013, mentre era alla guida, fu fermata da due agenti della polizia municipale di Benevento, i quali sospettando che la stessa fosse in stato d'ebbrezza e non avendo con sé l'etilometro, chiesero l'intervento della polizia stradale. La Pennino non riuscì a sottoporsi all'etilometro per un forte stato d'ansia, per cui fu condotta alla stazione della polizia municipale ove le fu negato di comunicare con i parenti e con il legale di fiducia, tanto che quando cercò di afferrare la cornetta per telefonare, fu stratonata e ammanettata. Nell'atto di ammanettarla le vennero feriti i polsi e nel toglierle le manette le fu fratturato il pollice destro. Il procedimento penale avviato nei confronti degli agenti fu archiviato dal pubblico ministero.

⁶¹ Stefano Gugliotta, la sera del 5 maggio 2010, era uscito in motorino per andare alla festa del cugino insieme all'amico Fabio Zanatta. Fu fermato in viale Pinturicchio, nelle vicinanze dello stadio Olimpico di Roma ove quella stessa sera si era tenuta la partita finale della "Coppa Italia", perché scambiato per un *ultras*. Mentre l'amico riuscì a fuggire, l'allora ventiseienne Gugliotta venne preso a calci, a pugni e a manganellate, una delle quali gli fece perdere i sensi. Fu fatto sdraiare per terra e immobilizzato, riportando una ferita lacero-contusa alla testa e altre lesioni. L'accaduto fu filmato dagli abitanti della zona ed è stato altresì diffuso sul web. Il Tribunale di Roma ha condannato i nove poliziotti a quattro anni di reclusione per lesioni gravi, disponendo altresì l'interdizione dai pubblici uffici e un risarcimento di euro 40 mila. Nel novembre 2017 la Corte d'Appello ha confermato le condanne riducendo le pene a due anni e mezzo per i quattro poliziotti accusati di aver anche redatto un verbale falso per depistare le investigazioni e ad un anno e quattro mesi per gli altri poliziotti. Cfr. *Stefano Gugliotta, nove poliziotti condannati a 4 anni per il pestaggio*, *Il Fatto Quotidiano*, 4 giugno 2014.

complicità degli agenti, dalla tenuità delle pene, dalla difficoltà per le vittime o per i loro familiari di ottenere l'accertamento della verità e la riaffermazione della legalità, dalla debolezza delle vittime perché sotto effetto di sostanze stupefacenti o sotto l'effetto di alcool, o perché sottoposte a restrizione della libertà personale o comunque perché sottoposte all'autorità altrui⁶⁴.

⁶² Il quarantatreenne Giuseppe Uva morì nel reparto di psichiatria dell'ospedale di Varese il 14 giugno 2008. La vicenda ebbe inizio la sera del 13 giugno, nel corso della quale Uva andò prima a cena e poi a bere con l'amico Alberto Biggiogero. Verso le due, quando il locale era sul punto di chiudere, i due si diressero verso il centro della città, dove in via Dandolo spostarono al centro della strada delle transenne trovate lì ammassate. Alle tre di notte, arrivò una pattuglia dei Carabinieri. Secondo la testimonianza del B. alla Procura di Varese, uno dei carabinieri rincorse Uva urlandogli: "*Uva, proprio te cercavo stanotte, questa non te la faccio passare liscia, te la faccio pagare*" (lo stesso B., testimone chiave del processo Uva, raccontò che l'amico aveva avuto una storia sentimentale con la compagna di un carabiniere). I due vennero portati alla caserma di via Staffi, dove Biggiogero fu tenuto nella sala d'attesa e Uva in un'altra stanza. Qui il B. riferì di aver sentito urla disperate e il rumore di colpi, tanto che, una volta solo, chiamò dal suo cellulare prima il 118 chiedendo soccorso per l'amico (telefonata in cui riferì che stavano praticamente massacrando un ragazzo) e poi il padre. L'ambulanza non arrivò perché all'operatore del 118, il quale richiamò immediatamente la stazione dei Carabinieri, fu detto che non vi era bisogno di soccorso e che la telefonata era stata effettuata da due ubriachi che erano lì in caserma. Verso le 5, furono proprio i carabinieri a chiamare il 118. Arrivata l'ambulanza, il medico non riuscì a calmare Uva e perciò richiese un trattamento sanitario obbligatorio (TSO), per effettuare il quale alle 8.30 Uva fu portato in ospedale dove due ore più tardi morì. Secondo il sostituto procuratore generale M.G. - il quale ha chiesto di condannare a 13 anni i due carabinieri e a 10 anni i sei poliziotti per omicidio preterintenzionale e sequestro di persona - la morte di Uva fu conseguenza, insieme ad altre cause, tra cui una pregressa patologia cardiaca, delle "condotte illecite" degli imputati. Tuttavia, la sentenza della corte d'Assise d'appello di Milano ha confermato l'esito del giudizio di primo grado assolvendo i due carabinieri e i sei poliziotti accusati dell'omicidio preterintenzionale e del sequestro di persona di Giuseppe Uva. cfr.: *Uva, assolti in appello carabinieri e agenti. Tensioni in aula dopo la sentenza, Il Messaggero*, 31 maggio 2018.

⁶³ Il 15 ottobre 2009 Stefano Cucchi fu fermato dai carabinieri perché visto cedere ad un uomo confezioni trasparenti in cambio di denaro. Portato subito in caserma, venne perquisito e trovato in possesso di 21 grammi di hashish e tre confezioni di cocaina. Venne disposta la custodia cautelare e il giorno dopo egli fu giudicato con rito direttissimo. Già durante l'udienza mostrava difficoltà a parlare e a camminare e presentava vistosi ematomi agli occhi. Il giudice fissa una nuova udienza e dispone la custodia cautelare al carcere di Regina Coeli. Dopo l'udienza, viste le condizioni di salute del Cucchi, lo stesso viene visitato all'ospedale Fatebenefratelli. Dal referto si riscontrano ecchimosi alle gambe, al viso, all'addome e al torace, una frattura alla mascella, due fratture alla colonna vertebrale e un'emorragia alla vescica. Viene disposto il ricovero che però non avviene per il mancato consenso del Cucchi. Nei giorni successivi le sue condizioni di salute si aggravano, muore all'ospedale Sandro Pertini il 22 ottobre 2009. Si tratta di una vicenda che dal punto di vista processuale è ancora in corso, il 10 luglio 2017 a seguito di nuove indagini da parte della Procura di Roma, sono stati rinviati a giudizio cinque carabinieri, tre per omicidio preterintenzionale e abuso d'autorità e due per falso e calunnia. Significativa in tal contesto sono le dichiarazioni del carabiniere R. Casamassima, il quale riferisce che una mattina dell'ottobre 2009, un preoccupatissimo maresciallo dei carabinieri R.M. senza fare nomi gli disse: «*E' successo un casino, i ragazzi hanno massacrato di botte un arrestato*». Cfr. *Roma, carabiniere a processo Cucchi bis: «collega mi raccontò che era stato massacrato*», *La Repubblica*, 15 maggio 2018.

⁶⁴ In argomento E. SCAROINA, *Il delitto di tortura, L'attualità di un crimine antico*, 2018, p. 123. L'Autrice riferisce che «Anche se, a monito per le nostre coscienze, si registrano casi in cui la perdita dei riferimenti dello Stato di diritto ha colpito talvolta "comuni cittadini", un altro filo rosso che lega questa vicenda è la debolezza delle vittime».

Rispetto ai soggetti sottoposti a restrizione della libertà personale viene in rilievo il caso *Cirino e Renne*⁶⁵.

Si tratta della vicenda relativa a due detenuti del carcere di Quarto che nel dicembre del 2004 hanno uno scontro con un agente della polizia penitenziaria.

A seguito di tale avvenimento, Cirino e Renne vengono denudati e portati in celle di isolamento senza finestre e senza riscaldamenti, in cui vi è un letto senza materasso e il cui bagno non ha il lavandino.

Durante l'isolamento rimangono senza cibo e con piccole dosi di acqua, sono picchiati ogni giorno, per più volte al giorno, anche di notte e privati dunque del sonno.

La Corte, al fine di valutare la gravità dei trattamenti subiti dai ricorrenti, valuta la durata degli stessi, ritenendo che il Cirino ha subito violenze fisiche per diciannove giorni e il Renne per sei giorni, riportando quest'ultimo altresì una frattura alla costola.

Aggiunge inoltre che le privazioni "materiali" del cibo, dell'acqua, del letto, del riscaldamento e dei vestiti hanno aggravato le sofferenze patite e che il trattamento «è stato deliberato e condotto in modo premeditato e organizzato».

Pertanto, la Corte conclude per una violazione sostanziale dell'art. 3 in quanto ritiene che il trattamento, a cui sono stati sottoposti i ricorrenti, abbia raggiunto un livello di gravità tale da poter essere definito come tortura.

Infine, la Corte valuta le ulteriori doglianze dei ricorrenti rispetto alla violazione dell'art. 3, fondate sulla mancata punizione dei responsabili per intervento della prescrizione.

In particolare, i ricorrenti sottolineavano che «non avendo introdotto il reato di tortura nel quadro giuridico italiano e previsto una sanzione adeguata per tale reato, lo Stato non aveva intrapreso i passi necessari per prevenire i maltrattamenti subiti»⁶⁶.

A tal proposito la Corte conclude altresì per la violazione dell'art. 3 anche sotto il profilo procedurale, ritenendo tuttavia che il problema non risieda nell'operato delle autorità giudiziarie italiane, ma piuttosto in un «*systematic deficiency*», ossia in una carenza sistematica del sistema penale italiano consistente nella mancata previsione

⁶⁵ Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*.

⁶⁶ Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*, cit. par 88: «*They emphasised that by failing to introduce the offence of torture into the Italian legal framework and to provide for an appropriate penalty for that offence, the State had failed to take the necessary steps to prevent the ill-treatment which they had suffered*».

del reato di tortura, il che impedisce ai tribunali nazionali di garantire che i trattamenti contrari all'art. 3 non restino impuniti. Questa carenza strutturale, secondo la Corte, ha avuto l'effetto di indebolire il potere deterrente del sistema giudiziario e il ruolo vitale che lo stesso dovrebbe svolgere nel sostenere il divieto di tortura⁶⁷.

2. Il problema del sovraffollamento delle carceri.

Lo stretto rapporto tra tortura e carcere trova implicito riconoscimento nell'art. 13 co. 4 della Costituzione italiana, il quale prevede che «è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione della libertà».

Se si considera che la tortura consiste in una forma di “violenza fisica e morale” e che le carceri sono il luogo ove vengono reclusi “le persone sottoposte a restrizione della libertà”, può ritenersi che il rapporto tra tortura e carcere non sia poi così implicito.

Tale rapporto trova riconoscimento altresì nell'art 27 co. 3 della Costituzione il quale stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità».

Anche in questo caso, se si tiene conto che la carcerazione è una pena detentiva e che la tortura è un “trattamento contrario al senso di umanità”, si mette in risalto il rapporto carcere-tortura⁶⁸.

Tuttavia, rispetto all'art. 27 co. 3, sebbene si stabilisca in principio che la pena non può consistere in un trattamento contrario al senso di umanità, da più parti si sottolinea che di per sé la pena è dotata di un minimo di afflittività, tanto che «si deve rimarcare che il primo e principale limite alla pretesa assolutezza del divieto di tortura è rappresentato proprio dal diritto penale: la pena, in particolare, quella più tradizionale, ovvero quella detentiva, costituisce essa stessa una forma –

⁶⁷ Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*, par. 111.

⁶⁸ G. SERGES, *L'Introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni della libertà»*, in www.costituzionalismo.it, 2015, p. 2.

istituzionalizzata e inevitabile – di tortura, intesa come acuta sofferenza fisica o psichica, inflitta intenzionalmente»⁶⁹.

E' comunque da tenere in considerazione le differenze tra una pena legale e la tortura: la prima ha scopo rieducativo, è proporzionata al fatto di reato, è ispirata al senso di umanità e ha durata misurabile; la seconda ha lo scopo di provocare sofferenza, è caratterizzata da crudeltà e malvagità e la sua durata dipende dalla volontà del torturatore⁷⁰.

In definitiva, si può osservare, alla luce delle norme costituzionali citate, che la restrizione della libertà personale potrebbe comportare una compressione della dignità umana, rappresentando il carcere un luogo pericoloso, sia rispetto ai maltrattamenti posti in essere dalla polizia penitenziaria (violenze fisiche o morali), sia rispetto alle condizioni in cui sono costretti a permanere i detenuti (trattamento contrario al senso di umanità).

Le condizioni delle carceri italiane assumono particolare rilevanza rispetto ai possibili scenari di tortura.

Nell'ultimo rapporto del CPT sull'Italia, viene in rilievo che la maggioranza dei detenuti è trattata correttamente dagli agenti di polizia giudiziaria, per cui si accerta la mancanza di maltrattamenti nelle carceri.

Tuttavia, il CPT constata l'esistenza di carenze strutturali - come ad esempio la mancanza di acqua nel carcere di Sassari e l'aumento della popolazione carceraria nel corso del 2016 - che vanno risolte e che testimoniano le condizioni di disagio in cui vivono i detenuti italiani⁷¹.

Bisogna quindi chiedersi se le carenze strutturali e le condizioni di sovraffollamento delle carceri possano essere considerate una forma di tortura rilevante *ex art. 613 bis*.

A tal proposito, il CPT riconduce le condizioni dei detenuti contrarie ad umanità alla categoria dei maltrattamenti.

⁶⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 125. Inoltre a tal proposito si ricordi che l'art. 1 della Convenzione ONU precisa che il termine tortura «non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

⁷⁰ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, p. 151.

⁷¹ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, 8 settembre 2017, p. 5.

Nel settimo Rapporto Generale, il CPT ha precisato che il sovraffollamento è un tema di sua diretta pertinenza e che lo stesso ha effetti nocivi tali da determinare condizioni di detenzione inumane e degradanti, in quanto «un carcere sovraffollato implica spazio ristretto e non igienico; una costante mancanza di privacy (anche durante lo svolgimento di funzioni basilari come l'uso del gabinetto), ridotte attività fuori-cella, dovute alla richiesta di aumento del personale e dello spazio disponibili; servizi di assistenza sanitaria sovraccarichi; tensione crescente e quindi più violenza tra i detenuti e il personale»⁷².

Con riguardo all'Italia la questione del sovraffollamento si è posta al centro del dibattito pubblico in conseguenza delle note sentenze della Corte EDU *Sulejmanovic c. Italia*⁷³ e *Torreggiani e a. c. Italia*⁷⁴.

In particolare, alla sentenza *Sulejmovic* si deve riconoscere il merito di aver aperto il dibattito; infatti alla stessa fa seguito la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale e la nomina di un Commissario incaricato di elaborare un c.d. "Piano Carceri".

Tuttavia i dati numeri hanno dimostrato che le misure intraprese all'indomani della sentenza *Sulejmovic* non avevano risolto il problema: da un tasso di sovraffollamento del 151% nel 2010 si passa ad un tasso del 148 % nel 2012⁷⁵.

E' evidente quindi che la sentenza *Torreggiani* non introduce un tema nuovo, ma ha certamente il pregio di aver avviato un dibattito sull'effettivo rispetto dei diritti umani nell'ordinamento italiano e sulle modalità attraverso cui garantire ai detenuti condizioni di vita tali da non configurare trattamenti inumani.

⁷² CPT, *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996*, 22 agosto 1996.

⁷³ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*. Si tratta di un ricorso proposto nei confronti della Repubblica Italiana da un detenuto del carcere di Rebibbia, il quale lamentava di essere recluso in una cella di 16,20 mq, condivisa con altre cinque persone, per cui disponeva di una superficie di 2,70 mq. Inoltre lamentava di rimanere chiuso in cella per diciotto ore e trenta minuti, potendo uscire dalla cella solo per quattro ore e trenta minuti al giorno.

⁷⁴ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*. Si tratta della sentenza pilota relativa ai ricorsi proposti da sette detenuti degli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza che lamentavano di essere stati reclusi in celle di 9 mq con altri due detenuti, disponendo di uno spazio di 3 mq ciascuno. Inoltre i ricorrenti lamentavano di non poter fare la doccia a causa della mancanza di acqua calda e che nelle celle non entrava luce a causa delle barre alle finestre.

⁷⁵ V. Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, par. 92. Sullo stesso tema v. A. DELLA BELLA, *Pubbligate le statistiche annuali del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria e sulle misure non detentive*, consultabile online nel sito www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2014.

Nella sentenza *Torreggiani* la Corte rileva che di per sé le misure private della libertà comportano per il detenuto alcuni inconvenienti, ma ricorda altresì che la carcerazione non può sospendere i diritti sanciti dalla Convenzione. Anzi, tutt'al contrario, il detenuto potrebbe aver bisogno di una « maggior tutela in ragione della vulnerabilità della situazione e per il fatto di essere sotto la responsabilità dello Stato»⁷⁶.

Per cui l'art. 3 obbliga le autorità ad assicurare che ogni detenuto sia recluso in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della pena non comportino sconforto o sofferenze eccedenti quelle derivanti dall'esecuzione della pena e che sia preservata la salute del detenuto.

Avendo preso coscienza che il fenomeno del sovraffollamento non riguarda un caso isolato, ma consiste in un deficit strutturale e sistematico delle carceri italiane, la Corte nella sentenza *Torreggiani* non solo dichiara la violazione dell'art. 3 della Convenzione, ma accorda altresì un termine di un anno allo Stato italiano entro il quale «istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento»⁷⁷.

In seguito alla sentenza della Corte EDU, in Italia è stata sin da subito oggetto di discussione l'interferenza dei giudici di Strasburgo rispetto alle questioni interne, per poi registrarsi le prime iniziative volte a superare i problemi causati dal sovraffollamento, tra cui va segnalata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia, rispetto alla mancata previsione del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena nel caso in cui, a causa del sovraffollamento, questa debba aver luogo in condizioni che configurano un trattamento disumano e degradante⁷⁸.

⁷⁶ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, cit., par. 65

⁷⁷ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, cit., par. 4

⁷⁸ G. DODARO, *Il sovraffollamento della carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 428 ss. L'Autore specifica i profili di asserita illegittimità costituzionale: «La questione è sollevata con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., sotto il profilo della violazione della dignità umana e sociale del detenuto, all'art. 27, co. 3, Cost. sotto il duplice profilo del divieto di trattamenti disumani e del finalismo rieducativo, e con riferimento all'art. 117 Cost. – in relazione all'art. 3 CEDU – il quale impone alle autorità statali, compresi gli organi giudiziari, il rispetto degli obblighi internazionali, e segnatamente dei vincoli imposti dal diritto convenzionale giurisprudenziale».

La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 279 del 2013 sul presupposto del «rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario», rimarcando però che «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia»⁷⁹.

In risposta alle sentenze esaminate, il legislatore italiano ha messo in campo una serie di provvedimenti⁸⁰ che anche se valutati positivamente dal Consiglio d'Europa⁸¹ e dalla Corte EDU⁸², hanno risolto – in assenza di una revisione dell'intera materia – solo in parte il problema del sovraffollamento, così come si evince dai monitoraggi del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale⁸³.

Per adempiere al monito della Corte EDU di introdurre dei ricorsi idonei a offrire una riparazione adeguata in caso di sovraffollamento a coloro che hanno subito un trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione, il legislatore ha introdotto nella legge sull'ordinamento penitenziario, con i d.lgs. n. 146 del 2013 e n. 92 del 2014, i

⁷⁹ Corte Cost., sent. n. 279 del 2013, cit. par. 8.

⁸⁰ Si tratta : a) della l. 9 agosto 2013, n. 94 (in conversione, con modificazioni, del D.lg. 23 dicembre 2013, n. 78) che ha modificato l'art 280 co. 2 c.p.p., sostituendo la parola “quattro” con la parola “cinque” e dunque riducendo i casi di ricorso alla custodia cautelare in carcere; b) della l. n. 10 del 2014 (in conversione, con modificazioni, del D.lg. 23 dicembre 2013, n. 146) con cui si è limitato l'accesso al carcere per i delitti meno gravi, si è istituita la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e si sono introdotti rimedi risarcitori per i detenuti che siano stati sottoposti a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU; c) della l. n. 67 del 2014, con cui si delega il Governo a riformare la disciplina sanzionatoria, a depenalizzare e a introdurre la sospensione del procedimento con messa alla prova.

⁸¹ L'8 marzo 2016 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa decide di dichiarare chiuso il fascicolo che aveva aperto nei confronti dell'Italia, in considerazione dei risultati raggiunti e degli impegni assunti dal Governo «di continuare a lottare contro il sovraffollamento carcerario in modo da ottenere una soluzione definitiva del problema».

⁸² V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, 1 aprile 2015, consultabile in www.penalecontemporaneo.it. L'Autrice mette in risalto che «nel proprio *iter* argomentativo, la Corte prende ad esempio più volte la situazione carceraria italiana, *post* sentenza Torreggiani, per evidenziare le ricadute e gli effetti positivi che una sentenza pilota può esercitare sull'ordinamento giuridico nazionale».

⁸³ Nella relazione del Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale presentata al Parlamento il 15 giugno 2018 si legge che «nei 191 Istituti penitenziari per adulti, distribuiti sul territorio italiano, con una capienza complessiva di 50.619 posti, le persone detenute alla data del 30 aprile 2018 erano 58.285; un anno prima, nel 2017, erano 56.436, mentre nel 2016 erano 53.725. Numeri dunque in aumento, seppur con un andamento di crescita negli ultimi mesi meno rapido, che descrivono una situazione che occorre tenere scrupolosamente sotto controllo».

rimedi preventivi e compensativi di cui agli art. 35 *bis* e 35 *ter* e ha sostituito il comma 6 dell'art. 69.

La nuova disciplina prevede la competenza del magistrato di sorveglianza a provvedere sui reclami dei detenuti e degli internati di cui all'art 69 comma 6⁸⁴: rispetto ai casi di cui alla lettera b) del comma 6, il magistrato di sorveglianza, se accoglie il reclamo, «dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare»; rispetto ai casi di cui alla lettera b), il magistrato di sorveglianza «accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice».

In quest'ultimo caso, se il pregiudizio si protrae per un periodo non inferiore ai quindici giorni, il magistrato di sorveglianza dispone come risarcimento del danno una riduzione della pena pari ad un giorno per ogni dieci durante i quali si è subito il pregiudizio, ovvero, se questo non è possibile, un risarcimento in denaro pari a otto euro per ciascun giorno in cui si è subito il pregiudizio.

Ciò detto, ai fini della effettiva risoluzione del problema del sovraffollamento delle carceri, viene maggiormente in rilievo l'opera di depenalizzazione e di modifica del vecchio apparato sanzionatorio.

E' in questo contesto che si colloca la riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103) la quale prevede una delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario⁸⁵ e importanti misure finalizzate alla deflazione⁸⁶.

In seguito all'introduzione nel nostro ordinamento del delitto di tortura, ci si è chiesti se fosse possibile contestare la violazione dell'art. 613 *bis* agli agenti di polizia

⁸⁴ L'art 69 comma 6 della legge 354 del 1975 (legge sull'ordinamento penitenziario) stabilisce che il magistrato di sorveglianza «provvede a norma dell'art 35-*bis* sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta; nei casi di cui all'art. 39 comma 1, numeri 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati; b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

⁸⁵ Al Governo è stata conferita la delega a revisionare le modalità e i presupposti di accesso alle misure alternative al fine di facilitare il ricorso alle stesse, a eliminare gli automatismi e le preclusioni che impediscono ovvero ritardano l'individuazione del trattamento, a prevedere attività di giustizia riparativa, a incrementare le attività di lavoro retribuito e il volontariato, etc.

⁸⁶ Un esempio è l'introduzione all'interno del codice penale dell'art. 162 *ter* rubricato "*Estinzione del reato per condotte riparatorie*".

penitenziaria rispetto a trattamenti dei detenuti non conformi ad umanità dovuti al problema del sovraffollamento delle carceri.

A tal proposito si è evidenziato che il legislatore italiano, al co. 3 dell'art. 613 *bis*, ha espresso la volontà di circoscrivere il portato della norma, escludendo la punibilità per le «sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti», in linea con quanto stabilito dalla Convenzione ONU dell'84; cosicché l' «acuta sofferenza fisica o psichica» non può essere imputata agli agenti, se è il risultato *non* di una condotta abusiva, ma delle carenze sistematiche e strutturali del sistema⁸⁷.

3. Il regime del c.d. “carcere duro”

Il regime previsto dall'art. 41 *bis*, comma 2, l. n. 354 del 1975, sull'ordinamento penitenziario, rappresenta un'ulteriore argomento per l'indagine sull'effettivo rispetto dei diritti umani rispetto alle esigenze di prevenzione nel nostro ordinamento.

La domanda che bisogna porsi è se questo regime configuri un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU ovvero si possa perfino considerare come tortura.

L'interrogativo è interessante se si considera che talvolta i giudici di altri Stati hanno respinto le richieste di estradizione provenienti dal nostro Paese, sul presupposto che vi fosse il rischio della sottoposizione al regime del 41 *bis* ord. penit. e che «il sistema penitenziario italiano per i boss mafiosi ha caratteristiche che costituiscono una forma di tortura e violano la Convenzione della Nazioni Unite in materia»⁸⁸.

⁸⁷ Sul punto E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, p. 137. L'Autrice osserva che sarebbe stato più opportuno tipizzare il requisito della intenzionalità della condotta, riportando come esempio la sentenza Torreggiani in cui si è esclusa la ricorrenza dei fatti di tortura (ravvisando solo trattamenti inumani e degradanti) in considerazione del fatto che si era accertata la mancata intenzione di umiliare o di degradare.

⁸⁸ Si tratta della vicenda relativa all'extradizione di un membro della famiglia mafiosa dei Gambino, rifiutata da un Giudice di Los Angeles, ritenendo che il regime del 41 *bis* a cui probabilmente era destinato Raffaele Gambino consistesse in una forma di tortura. Per una ricostruzione della vicenda, *Giudice USA nega estradizione a boss «in Italia il 41 bis è come la tortura»*, in *la Repubblica*, 15 ottobre 2007.

Innanzitutto è necessario tener conto che il regime del 41 *bis* si applica «in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza» ovvero «quando ricorrono gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica [...] nei confronti dei detenuti o internati» per taluno dei delitti di cui all'articolo 4 *bis* «in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva»⁸⁹.

Il comma 2 *bis* dello stesso articolo stabilisce che la misura viene applicata con decreto motivato del Ministro della Giustizia, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede, con durata di quattro anni, prorogabile per periodi successivi di due anni, quando emerge che i collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non sono venuti meno.

L'istituto è di gran rilievo se si tiene conto che alla data del 26 aprile 2018, 731 detenuti risultano sottoposti al regime del 41 *bis*.⁹⁰

A tal proposito, vengono in rilievo le c.d. «aree riservate», ovvero quei reparti separati destinati alle figure ritenute apicali dell'organizzazione criminale di appartenenza⁹¹.

Per non violare le regole sull'isolamento, nell'area riservata viene messo un altro detenuto, che non dovrebbe essere in regime speciale, ma che ricopre una «funzione di compagnia». Tuttavia si può contestare che è in contrasto con il principio di responsabilità personale l'imposizione di fatto del regime dell'isolamento ad una persona che non ha commesso infrazioni disciplinari, ma che lo subisce come conseguenza di modalità organizzative.

⁸⁹ Ai sensi del comma 2 *quater*, i detenuti sono ristretti in istituti a loro dedicati o in sezioni speciali, vengono sospese le regole di trattamento e adottate misura di elevata sicurezza, il numero dei colloqui viene ridotto ad uno per mese, solo con i familiari e sottoposti a registrazione, vengono litate le somme, i beni e gli oggetti provenienti dall'esterno, viene sottoposta a visto di censura la corrispondenza, viene limitata la permanenza all'aperto, la comunicazione tra detenuti, lo scambio di oggetti e la cottura di cibi.

⁹⁰ Cfr. Relazione al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, 15 giugno 2018, p. 189.

⁹¹ V. Relazione al Parlamento del Garante Nazione dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 15 giugno 2018, in cui si specifica che quest'anno risultano detenute 52 persone negli istituti di Novara, Opera (Milano), Parma, Tolmezzo, l'Aquila, Terni, Viterbo.

Secondo la giurisprudenza, la misura in esame serve a spezzare il vincolo associativo che, alla luce della descrizione del fenomeno mafioso fornita dall'art. 416 *bis* c.p., costituisce un elemento di pericolo per l'ordine pubblico⁹².

Si deve pure riconoscere che il regime del "41 *bis*" non mira soltanto ad inasprire la pena comminata all'associato, ma altresì ad incoraggiare la collaborazione con l'autorità giudiziaria⁹³.

Pertanto, considerata la reale validità del mezzo, occorre valutare se la sua attitudine a comprimere i diritti del detenuto giunga a ledere la sua dignità tanto da costituire una forma di trattamento inumano o degradante.

A tal proposito la Corte costituzionale si è espressa sempre in senso negativo⁹⁴ e anche le *Regole penitenziarie europee* (Regola 53) ammettono il ricorso a misure speciali di alta sicurezza o di protezione a condizione che il diritto interno specifichi la natura, la durata e i motivi che le giustificano.

Rispetto all'interrogativo posto, anche la Corte EDU si è sempre pronunciata nel senso di ritenere compatibile il regime di detenzione speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. con l'art. 3 CEDU, allorché non sia raggiunta la soglia minima di gravità essenziale per la configurazione di un trattamento disumano o degradante ovvero della tortura⁹⁵.

⁹² A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis c.p.*, Milano, 2016, p. 13 ss.

⁹³ M. G. COPPETTA, *Carcere duro o trattamento inumano*, in A. GIANNELLI, M. P. PATERNO' (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, p. 224. L'Autore evidenzia che «Nei riguardi di questi soggetti, non ci si accontenta, quindi, di usare il carcere come strumento di neutralizzazione – vietando l'accesso alle misure rieducative, allorché non risulti certo il venir meno della pericolosità sociale, misurata sul parametro dei collegamenti con le organizzazioni criminali – ma lo si adopera anche come strumento di orientamento verso scelte di collaborazione con la giustizia».

⁹⁴ Da ultimo sent. Corte Cost., 8 febbraio 2017, n. 122, con cui la Consulta dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art 41 *bis* co. 2 *quater* lett. a) e c) ord. penit., nella parte in cui consente all'amministrazione penitenziaria di vietare la ricezione e l'invio di libri e riviste tra i detenuti e l'esterno. In particolare, a proposito della violazione, dell'art. 3 CEDU si legge che: «È, peraltro, palese che – in presenza di una immutata libertà di corrispondenza epistolare e di scelta dei testi con cui informarsi ed istruirsi – il mero fatto che il detenuto debba servirsi dell'istituto penitenziario per l'acquisizione della stampa, e non possa trasmetterla all'esterno, non determina livelli di sofferenza e di svilimento della sua persona tali da attingere al paradigma avuto di mira dalla citata norma convenzionale». Per un commento A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2017.

⁹⁵ Per un esame della giurisprudenza della Corte EDU sul punto A. DELLA BELLA, *Il carcere duro*, p. 318 ss.

Secondo i Giudici di Strasburgo, si tratta di soppesare gli interessi di sicurezza pubblica e interna dell'istituto con i diritti dei detenuti, tenendo conto che la misura di carattere eccezionale vada raffrontata alla pericolosità del detenuto e non debba ledere la sua integrità fisica e psichica⁹⁶.

Di conseguenza, non si ammettono forme di isolamento assoluto⁹⁷ o automatismi, vale a dire in assenza di effettive esigenze di prevenzione e di una precisa verifica rispetto alla pericolosità del detenuto.

La Corte EDU ritiene che il regime speciale italiano - giustificato da esigenze di prevenzione necessarie «in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine, alla prevenzione dei reati»⁹⁸- non si configura come trattamento disumano e degradante in quanto si tratta di una forma di isolamento soltanto relativo perché è concesso ai detenuti di vedere i propri familiari, anche se soltanto una volta al mese, e di intrattenersi con altri detenuti e con gli agenti di polizia penitenziaria.⁹⁹

Altra questione è quella circa la durata del regime speciale, che di fatto risulta indeterminata se si considera la possibilità di rinnovare la misura ogni due anni, problema sempre superato dalla Corte EDU, tenendo conto delle circostanze del caso concreto che non si sono mai ritenute essere¹⁰⁰ idonee a superare la soglia minima di gravità per la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

⁹⁶ Corte EDU, 18 marzo 2014, *Ocalan c. Turchia*.

⁹⁷ Corte EDU, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*. Per la Corte va inteso come isolamento assoluto anche la situazione in cui i contatti con l'esterno sono sporadici

⁹⁸ Corte EDU, 19 marzo 2013, *Riina c. Italia*, cit. par. 38.

⁹⁹ Cfr. F. CONSULICH, *Commento all'art. 22 c.p.*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011. L'Autore evidenzia che il regime di cui all'art. 41 bis ord. penit. «è stato ritenuto razionalmente giustificato, anche alla luce del fatto che esso non si concretizza in trattamenti particolari se non nella collocazione del detenuto in settori riservati dell'istituto di pena, al fine di limitare i contatti con gli altri condannati (v. Corte EDU, 13 novembre 2017, *Attanasio c. Italia*; Id., 6 luglio 2006, *Indelicato c. Italia*; Id., 7 luglio 2008, *Bagarella c. Italia*). Non si tratta pertanto di un isolamento sensoriale e sociale completo, capace di distruggere la personalità del detenuto, come quello considerato contrario all'art. 3 CEDU (v. *Ocalan vs. Turchia*, 12 maggio 2005, *Ramirez Sanchez vs. Francia*, 27 gennaio 2005, *Ilascu ed a. vs. Moldavia e Russia*, 8 luglio 2004)».

¹⁰⁰ Corte EDU, 12 gennaio 2010, *Mole c. Italia*, par. 14-21. In particolare al par. 17 si legge: «La Corte ammette che, in generale, l'applicazione prolungata di alcune restrizioni può porre un detenuto in una situazione che potrebbe costituire un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 3. Tuttavia, essa non può considerare una durata precisa come il momento a partire dal quale viene raggiunta la soglia minima di gravità per ricadere nel campo di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione. Invece, essa ha il dovere di controllare se, in un determinato caso, il rinnovo e la proroga delle restrizioni siano giustificati».

Tuttavia, dinanzi a casi di particolare gravità, la posizione della Corte EDU circa la compatibilità dell'art. 41 *bis* ord. penit. rispetto all'art. 3 CEDU non sembrerebbe sostenibile¹⁰¹.

Si pensi al caso *Enea c. Italia*, ove il regime del "41 *bis*" è stato prorogato 19 volte rispetto ad un detenuto tetraplegico.

E' da porre in risalto che la posizione della Corte non è sempre stata così rigorosa; rispetto a casi analoghi essa si è rivelata più cauta nel valutare le motivazioni e i presupposti alla base dell'applicazione dei regimi speciali.¹⁰²

E' certamente ragionevole questo atteggiamento della Corte quando si tratta di misure volte a contrastare il crimine organizzato, mostrandosi dunque «assai sensibile alle istanze di difesa sociale»¹⁰³.

Ciò nonostante, quando si tratta di tener conto della durata della misura di cui all'art 41 *bis* ord. penit., che presenta un carattere eccezionale, «la necessità di prendere sempre e comunque sul serio i diritti fondamentali ci pare dovrebbe imporre alla Corte anche in tali casi di esercitare con rigore il proprio margine di scrutinio»¹⁰⁴.

Anche il CPT ha effettuato alcune osservazioni sul regime di detenzione speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.

La posizione del Comitato circa l'istituto è mutata nel tempo, in considerazione delle ragioni storico-politiche che hanno portato alla sua elaborazione.

Prima della riforma dell'istituto avvenuta con l. n. 279 del 2002, il CPT si era mostrato molto critico, riferendo che il regime di cui al citato art. 41 *bis* fosse tra i più duri che avesse mai osservato.

In tale contesto, il CPT aveva formulato alcune osservazioni sulla legittimità della misura rispetto alla sua reiterazione: «era evidente che, per un numero

¹⁰¹ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*: v. in particolare la *dissenting opinion* dei giudici Kovler e Gyulumyan: «Noi non condividiamo il parere della maggioranza, qui sopra espresso, secondo il quale non vi è stata violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Riteniamo fondata l'affermazione del ricorrente secondo la quale il suo mantenimento sotto il regime speciale di detenzione costituisce un trattamento inumano e degradante tenuto conto del suo stato di salute».

¹⁰² Corte EDU, 3 novembre 2015, *Chyla c. Polonia*, in cui la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 3 per il difetto di motivazioni sufficienti rispetto alla necessità del regime di detenzione speciale; v. anche Corte EDU, 4 luglio 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, in cui 5 giudici forniscono un'opinione dissenziente che si fonda sulla natura disumana e degradante di un isolamento protratto nel tempo.

¹⁰³ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, cit. p. 242.

¹⁰⁴ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 144.

considerevole di detenuti al "41 bis" - se non quasi tutti - l'applicazione di questo regime di detenzione era stata rinnovata automaticamente; di conseguenza, i prigionieri in questione erano stati sottoposti per anni a un regime carcerario caratterizzato da un accumulo di restrizioni, una situazione che potrebbe addirittura equivalere a una negazione del concetto di trattamento penitenziario, che è un fattore essenziale nella riabilitazione»¹⁰⁵.

In seguito alla visita del 2016, le osservazioni formulate dal CPT sembrano concernere invece il regime di isolamento: in particolare viene in rilievo l'assenza di rapporti con familiari e persino con gli agenti di polizia penitenziaria e la mancanza di attività ricreative¹⁰⁶.

Le osservazioni diventano più critiche rispetto alle c.d. "aree riservate", ove è più marcata la violazione dei diritti fondamentali del detenuto in considerazione dell'isolamento. Ciò nonostante, se nel 1995 il CPT riteneva tale istituto «semplicemente inaccettabile»,¹⁰⁷ nell'ultimo Rapporto si è limitato a verificare le condizioni in cui i detenuti si trovano in determinati istituti¹⁰⁸.

Così come la Corte EDU, anche il CPT critica particolarmente il *solitary confinement*. Nello specifico, nel rapporto annuale del 2011, il presidente Huseynov, ha dichiarato che «l'isolamento può avere effetti estremamente dannosi per la salute psichica, somatica e per il benessere sociale dei detenuti, e tali effetti possono aumentare proporzionalmente al prolungamento della misura e alla sua durata indeterminata. Un indicatore è rappresentato dal fatto che il tasso dei suicidi dei detenuti sottoposti a tale regime è più elevato rispetto a quello riscontrato nel resto della popolazione carceraria»¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CPT/Inf (2010) 12 (Italia), cit. par. 82.

¹⁰⁶ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, 8 settembre 2017, par. 45-54.

¹⁰⁷ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 26 September 2008*, 20 aprile 2010, par. 86.

¹⁰⁸ Nello specifico, tenuto conto della dimensione della cella e della durata del regime speciale applicato ad un detenuto, il CPT ritiene che detto trattamento sia disumano e degradante. In seguito alle visite del CPT del 2016, il Governo ha disposto la chiusura dell'area riservata del carcere di Ascoli Piceno.

¹⁰⁹ In argomento S. RAVEZZI, *Una richiesta dal Consiglio d'Europa: ridurre l'isolamento dei detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2012.

In conclusione si deve affermare che l'istituto del "carcere duro" non configura, in mancanza di altri elementi, una tortura nel nostro ordinamento.

Non si può non tener conto che i detenuti sottoposti al regime del "41 bis" potrebbero diventare – a causa della soggezione all'autorità e alla situazione di isolamento relativo – vittime di maltrattamenti difficili da sanzionare, talvolta per la stessa reticenza delle vittime nel denunciare¹¹⁰.

Non è da escludere che vi possa essere in futuro un'evoluzione giurisprudenziale che – in considerazione delle condizioni di salute del detenuto, dell'applicazione dell'istituto rispetto a soggetti condannati per reati che non siano di particolare gravità e della sottoposizione a violenze o a privazioni materiali – riconduca il suddetto regime tra i trattamenti disumani e degradanti¹¹¹.

Da ultimo, occorre menzionare la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 2 ottobre 2017, la quale è tesa a ricercare «un punto di equilibrio tra l'omogeneità di trattamento, prevenzione e difesa sociale da un lato, e l'umanità della pena, dall'altro»¹¹².

E ciò perché, come si legge in apertura della circolare, «le prescrizioni imposte col decreto del Ministro non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame»¹¹³.

Al fine di perseguire l'obiettivo di omogeneità di trattamento tra i detenuti sottoposti al "carcere duro" e gli altri detenuti, vengono impartite 37 prescrizioni trattamentali, tra cui le più importanti sono quelle che consentono colloqui con i figli e i nipoti in linea retta, minori di anni dodici, senza vetro divisorio, quelle che riducono le limitazioni alla lettura di giornali e libri e alla spesa per beni personali.

¹¹⁰ In argomento E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p.146.

¹¹¹ E. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2009, p. 1263.

¹¹² V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41 bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2017.

¹¹³ Circolare del D.A.P., 2 ottobre 2017, n. 3676/616, cit., p. 4.

4. L'ergastolo ostativo.

E' opportuno esaminare in questo ambito il c.d. "ergastolo ostativo", locuzione che - «a prescindere dalla stessa dubbia configurabilità di un'autonoma tipologia di pena qualificabile come ergastolo ostativo»¹¹⁴ - sta ad indicare la condizione di chi, condannato all'ergastolo per alcuni dei delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.¹¹⁵, c.d. "reati ostativi", non voglia collaborare¹¹⁶ con l'autorità giudiziaria secondo quanto previsto dall'art. 58 *ter* ord. penit.

A seguito del rifiuto di collaborare, al condannato viene preclusa la possibilità di accedere ad alcuni benefici penitenziari quali «l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata».

Il detenuto quindi, non potendo accedere nemmeno alla liberazione condizionale di cui all'art. 176 co. 3 c.p. ai sensi dell'art. 2 co. 1 del D.lg. 152/91, potrà, se non collabora, fruire soltanto dei c.d. "permessi di necessità"¹¹⁷ e della liberazione anticipata.

¹¹⁴ Cass. pen., sez. I, 30 aprile 2014, n. 18206, cit., par. 1.

¹¹⁵ Trattasi della c.d. "prima fascia" dei delitti previsti dall'art 4 *bis* ord. penit.: «Delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordinamento democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'art. 416-*bis* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter* primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

¹¹⁶ V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 76 e ss., secondo cui «la collaborazione oggettivamente e concretamente utile può far ritenere spezzati, come dato presuntivo di esperienza, collegamenti del reo con l'organizzazione criminale. In difetto di collaborazione, anzi, l'accertata recisione dei collegamenti tra il reo e la criminalità organizzata non è sufficiente al superamento delle preclusioni. Nell'ipotesi della collaborazione *irrilevante*, presupposto imprescindibile della disciplina di cui al co. 1-bis è il riconoscimento con sentenza di una delle attenuanti ex artt. 62 n. 6, 114 o 116 co. 2 c.p. [...] alla collaborazione ex art. 58 *ter* ord. penit. l'art. 4-*bis* equipara la collaborazione *impossibile* [...] ipotesi in cui il contributo del condannato sia insignificante per la sua limitata partecipazione al fatto criminoso, nonché i casi di collaborazione inutile per essere stato raggiunto in sentenza l'accertamento integrale dei fatti e delle responsabilità (Corte. Cost. 94/357)».

¹¹⁷ Si tratta dei permessi previsti dall'art. 30 ord. penit. che vengono concessi «nel caso di pericolo di vita di un familiare o di un convivente» ovvero «per eventi familiari di particolare gravità».

Se il detenuto non intende collaborare, nonostante abbia preso parte ai programmi di rieducazione, l'ergastolo viene ad avere le caratteristiche di una pena perpetua e senza alcuna possibilità di revoca.

La Corte costituzionale è stata investita in un primo momento del giudizio circa la legittimità costituzionale dell'art 4 *bis* ord. penit. rispetto all'art. 27 co. 3 Cost.

Anche non sottacendo la evidente compromissione della finalità rieducativa della pena, la Consulta ha messo in salvo la disposizione ponendo l'accento sulla natura polivalente della sanzione e confermando in tal modo la possibilità per il legislatore di «di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività»¹¹⁸.

In seguito, la Corte ha rilevato che la disciplina di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. non preclude in assoluto la possibilità di accedere ai benefici poiché il condannato potrebbe pur sempre cambiare la propria scelta di non collaborare con la giustizia¹¹⁹.

Coerentemente con tale principio e in linea con la giurisprudenza di legittimità¹²⁰, si è osservato che la detenzione, anche se al regime del “41 *bis*”, non sia di per sé idonea a spezzare la permanenza del vincolo associativo, per cui l'associato deve agire contro l'associazione stessa, se vuole veramente separarsene¹²¹.

La dottrina si è mostrata contraria al principio su cui si fonda la disposizione: innanzitutto, si è criticata la presunzione, stabilita dall'art. 4 *bis* ord. penit., per cui la mancata collaborazione sarebbe il segnale dell'appartenenza all'associazione criminale, poiché, al contrario, la volontà di non collaborare potrebbe anche dipendere da ragioni diverse dal mantenimento del vincolo associativo.

Infatti si è giustamente obiettato alle conclusioni della Corte costituzionale che «l'art. 4 *bis*, comma 1, o.p. , infatti eleva la condotta collaborante descritta dall'art. 58-ter, a *conditio sine qua non* [...] disinteressandosi totalmente della motivazione di una mancata collaborazione»¹²².

«Eppure c'è silenzio e silenzio»¹²³: il detenuto potrebbe decidere di non collaborare perché teme gravi pericoli per sé o per i familiari, perché non vuole

¹¹⁸ Corte Cost., sent. n. 306 del 1993.

¹¹⁹ Corte Cost., sent. n. 135 del 2003.

¹²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 8064 del 24.06.1992.

¹²¹ In argomento P. ARDITO, M. PAVARINI, “Il carcere duro”, *tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, cit., p. 254.

¹²² A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, *Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 2016, cit. p. 30.

¹²³ *Ibidem*

effettuare dichiarazioni contro stretti congiunti, contro persone con cui ha legami affettivi ovvero contro terzi, o comunque perché rifiuta il concetto utilitaristico di collaborazione, che non dipende da un reale ravvedimento, ma che impone di barattare la propria libertà con quella altrui.

E' necessario porre in risalto che «la regola processuale del *nemo tenetur se detergere* resta sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art. 4 bis ord. penit., nella fase dell'esecuzione penale, dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detergere* [...] perciò, il diritto al silenzio garantito nel processo penale di cognizione per questi delitti si tramuta nella fase di esecuzione della pena in un onere di collaborare»¹²⁴.

Si dovrebbe altresì considerare una violazione dei principi di offensività e di colpevolezza se condotte successive alla sentenza di condanna – che nulla hanno a che fare con la commissione del reato e che non indicano una maggiore tendenza a delinquere – fossero capaci di modificare il regime sanzionatorio senza accordare valenza giuridica al percorso di risocializzazione¹²⁵.

In conclusione, bisogna domandarsi se una pena di fatto perpetua sia compatibile con il principio sancito dall'art. 27 co. 3 Cost. ovvero configuri un trattamento disumano e degradante.

Il rifiuto di collaborare non è sempre indice di mancata rieducazione, in quanto il condannato ben potrebbe decidere di non aiutare l'autorità giudiziaria, ma comunque di aderire in maniera positiva al programma di rieducazione.

Al contrario, non è del tutto scontato che la scelta di collaborare sia frutto di un reale ravvedimento, essendo possibile che derivi da un calcolo utilitaristico, di mera convenienza, che porta il detenuto, come già detto, a barattare la propria libertà con quella di altri, e dunque per scopi che vanno al di là della risocializzazione.

Questa riflessione è stata effettuata anche dal CPT in un *report* del 2017, in cui si è osservato altresì che le restrizioni imposte oltre a sollevare problemi rispetto

¹²⁴ L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, cit., p. 237-238.

¹²⁵ L. EUSEBI, *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettive di una fine?*, in Cass. pen., 2012, p. 1224.

all'art. 27 co. 3 della Costituzione italiana, può essere considerato un trattamento inumano e degradante se protratto per un periodo di tempo lungo¹²⁶.

Più in generale, il CPT ha preso in esame la condizione dei “detenuti condannati a vita” e si è mostrato particolarmente critico circa la possibilità «che una persona condannata all'ergastolo è considerata una volta e per tutte pericolosa e viene privata di ogni speranza di libertà condizionale»¹²⁷.

Il Comitato ritiene inumano tenere in carcere un detenuto senza una effettiva prospettiva di liberazione nel caso risponda positivamente al programma di riabilitazione; è chiaro che in tal contesto «il detenuto finisce con il perdere la sua connotazione di “umanità” e perde ogni diritto a una seconda possibilità nella società»¹²⁸.

La Grande Camera nel caso *Hutchinson c. Regno Unito* ha riaffermato i principi espressi dalla Corte EDU in materia di ergastolo: lo si ritiene compatibile con l'art. 3 CEDU a patto che l'ordinamento preveda procedimenti interni tesi a controllare la sussistenza dei presupposti della carcerazione, primo tra i quali la necessità di rieducazione del condannato¹²⁹.

In questa prospettiva, l'ergastolo ostativo si palesa come una pena che non offre *chances* di recupero della libertà, a meno che il detenuto si pieghi alle condizioni dettate dallo Stato e in tal senso, si può considerare un trattamento disumano e degradante¹³⁰.

E' necessario ricordare la proposta di riforma del citato art. 4 *bis* avanzata dalla Commissione Palazzo, la quale intendeva trasformare «l'attuale previsione della mancata collaborazione come presunzione ordinariamente *assoluta* di insussistenza dei requisiti che consentono, di regola, l'accesso del detenuto o dell'internato ai

¹²⁶ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, 8 settembre 2017, par. E. 52.: «as already mentioned by the CPT in the reports on the 2004, 2008 and 2012 visits, the restrictions imposed upon “41-bis” prisoners in order to induce them to cooperate with the justice system as well as the “suspension of their plan” by the prison administration raise serious issues under Article 27, paragraph 3 of the Italian Constitution and may well amount to inhuman and degrading treatment if applied for a prolonged period of time».

¹²⁷ CPT, *Situation of life-sentenced prisoners. Extract from the 25th General Report of the CPT, published in 2016*, CPT/Inf (2016) 10-part.

¹²⁸ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 151.

¹²⁹ Corte EDU, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, par. 26.

¹³⁰ Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matioussis e a c. Lituania*.

benefici previsti dall'ordinamento penitenziario in una presunzione *relativa*, in quanto tale superabile, con adeguata motivazione, da parte del giudice»¹³¹.

5. Il problema dell' "accoglienza" dei migranti.

Il tema della tortura viene in rilievo nell'ambito delle politiche securitarie di allontanamento degli immigrati, clandestini o irregolari, verso Paesi dove è noto o si sospetta che possano essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti ovvero a tortura, e altresì rispetto alle condizioni in cui questi si trovano nei Paesi in cui sono accolti¹³².

In considerazione degli obblighi internazionali assunti, l'Italia non può effettuare respingimenti verso altri Stati nei quali si hanno fondati motivi per ritenere che vi sia il rischio di sottoposizione a tortura.

Tuttavia, le diverse condanne da parte dei giudici di Strasburgo per la violazione del divieto di *refoulement*¹³³ e per l' "accoglienza" nei CIE, dimostrano l'effettiva sussistenza del problema¹³⁴.

La Corte EDU ha sottolineato che, anche considerando la situazione di emergenza dovuta all'ondata migratoria causata da disordini politici dei Paesi nord-africani e anche volendo riconoscere il diritto irrinunciabile degli Stati a controllare

¹³¹ *Relazione alla Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, cit. p. 2.*

¹³² A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 145. L'Autore rimarca che «Né vanno sottovalutati ulteriori corollari all'eventuale repressione penale del reato di tortura, che egualmente contribuiscono a spiegarne la mancata introduzione. Molte delle politiche securitarie realizzate negli ultimi anni dovrebbero cessare e, nel caso, obbligherebbero lo Stato a perseguire penalmente chi le mettesse in opera. Vale, ad esempio, per la politica degli allontanamenti degli immigrati, irregolari o clandestini, praticata al riparo di scelte legislative e accordi bilaterali con paesi (come la Libia o l'Egitto) dove la tortura è, più che una probabile ipotesi, una pratica diffusa».

¹³³ Per le indicazioni giurisprudenziali si rimanda ad A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010.

¹³⁴ V. Corte EDU, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*. I fatti da cui ha origine il ricorso risalgono agli sbarchi di migranti irregolari del 2011 dovuti ai disordini politici che avvenivano nei Paesi nord-africani e che avevano spinto molti migranti a fuggire verso le coste europee. Nello specifico si tratta della vicenda relativa a tre tunisini, all' "accoglienza" offerta dall' Italia sull'isola di Lampedusa e del loro rimpatrio in Tunisia. Per un commento si rimanda a A. GILBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattamenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 dicembre 2016.

l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio, non sono comunque ammissibili deroghe o attenuazioni dell'art. 3 CEDU¹³⁵.

Una funzione essenziale nella gestione del problema dei flussi di migranti che già da tempo vede coinvolta l'Italia è svolta dai centri di accoglienza (CDA) diffusi sul territorio nazionale e previsti dal d.lgs. n. 286 del 1998 (Testo Unico Immigrazione).

La disciplina dei centri di accoglienza – nata dal bisogno di attuare la Convenzione di Dublino del '90 e il più recente Regolamento n. 604/2013 – dovrebbe essere uniformata al principio generale stabilito dall'art. 14 co. 2 T. U. Imm., il quale prevede che «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità».

I centri in cui vengono accolti i migranti sono vari: i Centri di Accoglienza (CDA), i Centri di Accoglienza Richiedenti Asilo (CARA), i Centri di Permanenza per i Rimpatri (CPR) e infine gli *hotspot*.

Nello specifico nei Centri di Permanenza per i Rimpatri vengono accolti i migranti rispetto ai quali non è possibile effettuare l'espulsione o il respingimento ex art. 10 e 13 del T. U. Imm¹³⁶.

Per meglio capire le condizioni sofferte dagli stranieri nei Centri di Identificazione ed Espulsione, è necessario menzionare la Relazione al Senato redatta dalla Commissione Manconi, del luglio 2015, nella quale, in riferimento alle condizioni del C.I.E di Isola Capo Rizzuto si riportano le motivazioni di una sentenza di assoluzione di alcuni stranieri autori di una rivolta: «Le condizioni di vita nel centro erano inaccettabili, con materassi luridi, privi di lenzuola e con coperte altrettanto sporche, lavabi e bagni alla turca luridi, asciugamani sporchi, pasti in quantità insufficienti e consumati senza sedie né tavoli, condizioni non convenienti alla loro

¹³⁵ Corte EDU, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 162.

¹³⁶ Il D.L. n. 13 del 2017, c.d. decreto Minniti-Orlando, ha modificato con l'art. 19 co. 1 la denominazione del centro ove avviene il trattenimento amministrativo dello straniero irregolare, da Centro di Identificazione ed Espulsione (CIE) a Centro di Permanenza per il Rimpatrio (CPR) e con l'art. 19 co. 2 lett. a) ha prolungato di 15 giorni il termine massimo di trattenimento nel caso di «particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio», dopo i primi 30 giorni, previa convalida del giudice di pace.

destinazione: che è quella di accogliere *essere umani*. E, si badi, esseri umani in quanto tali, e non in quanto stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio nazionale»¹³⁷.

Sebbene le espressioni “detenzione amministrativa”, “ospitalità” e “trattenimento” siano diverse tra loro, tutte si riferiscono a situazioni in cui di fatto i migranti sono sottoposti ad una restrizione della propria libertà personale rilevante *ex art. 13 Cost*, così come del resto confermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 105 del 2001, in cui si legge che «il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell’art. 13 della Costituzione».

A conferma di ciò, si consideri l’art. 20 co. 3 del Regolamento di attuazione del T. U. Imm. il quale prevede che «all’atto dell’ingresso nel centro lo straniero viene informato che in caso di indebito allontanamento la misura del trattenimento sarà ripristinata con l’ausilio della forza pubblica» e l’art. 21 il quale al co. 1 fa «assoluto divieto per lo straniero di allontanarsi dal centro»¹³⁸.

Anche la Corte EDU ha ritenuto che «*the classification of the applicants’ confinement in domestic law cannot alter the nature of the constraining measures imposed on them*»¹³⁹.

Pertanto non resta che essere d’accordo con chi ritiene che «l’assunzione di un ruolo di primo piano del sistema amministrativo nell’esercizio della coercizione e in particolare nella privazione della libertà personale non può non porre come prioritario il problema di come garantire in maniera effettiva i diritti fondamentali dello straniero destinatario della coercizione»¹⁴⁰.

Dunque, vengono in rilievo situazioni in cui si prospetta forte il rischio di una probabile lesione della dignità degli immigrati che, in casi limite, potrebbero configurare trattamenti inumani o degradanti ovvero, persino, tortura.

¹³⁷Rapporto sui Centri di Identificazione ed Espulsione, 2014, cit. p. 17. In argomento M. STOCCHETTI, *I C.I.E. nel rapporto della Commissione Straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2015.

¹³⁸ Sul punto E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p.155.

¹³⁹ Corte EDU, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 71.

¹⁴⁰ A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, Un pamphlet, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2012.

Nel già citato Rapporto Manconi è possibile scorgere fatti preoccupanti: quasi in tutti i C.I.E. visitati dalla Commissione vi sono serie carenze strutturali e gli immigrati non hanno possibilità di svolgere attività ricreative, costretti a stare inerti, spesso sedati con psicofarmaci.

Vi sono altresì casi in cui alcuni “trattenuti” hanno affermato di essere stati vittime di violenze perpetrate da agenti di pubblica sicurezza¹⁴¹.

Persino più allarmante – considerato quanto riportato in un Rapporto di Amnesty International – è la situazione nei c.d. *hotspot*,¹⁴² ovvero nei centri per la prima assistenza e l’identificazione di migranti appena arrivati sulle coste, solitamente all’esito di operazioni di ricerca e soccorso in mare.

Dalle testimonianze¹⁴³ raccolte da Amnesty International emerge che le azioni di polizia sui migranti in quanto persone in custodia consistono nell’«inflizione deliberata di dolore fisico e psicologico per costringere le persone a obbedire all’ordine di un’autorità» e «costituiscono maltrattamenti che violano il divieto internazionale di tortura e di altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti»¹⁴⁴.

Si segnalano anche casi di violazione del divieto di *non refoulement*: nello specifico viene preso in considerazione il rimpatrio di quaranta sudanesi avvenuto il 24 agosto 2016 sulla base di un accordo bilaterale con il Sudan, senza che l’Italia

¹⁴¹ Rapporto Commissione Senato sui C.I.E., 9 febbraio 2014, in cui si riporta quanto riferito dal Sen. Manconi in conferenza stampa: « Sono diversi gli episodi di violenza che un numero significativo di ospiti ci ha raccontato questa mattina. Maltrattamenti che sarebbero all’origine della rivolta delle scorse settimane, quando alcuni ospiti hanno dato fuoco alle strutture del C.I.E. Nel reparto donne, riferiscono le cronache di fine anno, le ospiti avrebbero protestato e le forze dell’ordine avrebbero reagito duramente».

¹⁴² AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia, Come le politiche dell’Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, novembre 2016, consultabile online sul sito www.amnesty.org, p. 11. Gli *hotspot* in Italia venivano chiamati centri di primo soccorso e assistenza (CPSA). In particolare, quelli di Lampedusa e Pozzallo si trovano nelle strutture già esistenti dei CPSA, mentre sono stati allestiti altri due hotspot a Trapani e a Taranto. I posti disponibili sono 1600 e non sono evidentemente sufficienti a garantire lo sbarco e l’assistenza di tutti i migranti in arrivo.

¹⁴³ AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia*, novembre 2016, p. 16. Significativa in tal senso la testimonianza del 19enne sudanese Castro: «Dieci poliziotti sono arrivati e mi hanno preso per primo, mi hanno picchiato con un manganello sia sulla schiena sia sul polso destro. Nella stanza c’erano 10 poliziotti, tutti in divisa. Alcuni mi tenevano la mano dietro, alcuni mi tenevano la faccia. Hanno continuato a colpirmi per forse 15 minuti. Poi hanno usato un manganello elettrico, l’hanno messo sul mio petto e mi hanno dato una scarica. Sono caduto, potevo vedere ma non riuscivo a muovermi. A quel punto mi hanno messo le mani nella macchina. Dopo di me, ho visto altri migranti venire picchiati con il manganello. Poi un altro uomo mi ha detto che anche a lui avevano dato la scarica elettrica sul petto. Poi mi hanno semplicemente lasciato per strada, mi hanno detto che potevo andare dove volevo. Sono rimasto lì tre giorni, senza quasi riuscire a muovermi».

¹⁴⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia*, novembre 2016, cit. p. 23.

avesse previamente compiuto un'indagine circa «la località sudanese d'origine dell'interessato, la sua appartenenza a una particolare etnia, o gruppo religioso, politico o di altro tipo, o qualsiasi altro elemento pertinente al fine di determinare le sue circostanze personali e *il rischio di violazioni dei diritti umani se rimpatriato in Sudan*»¹⁴⁵.

Più rassicuranti sono le osservazioni effettuate dal CPT, il quale durante la visita svolta in Italia nel 2012, nello specifico al C.I.E di Bologna, ha rilevato che a fronte di una capienza di 95 posti, venivano ospitati 52 stranieri e che le condizioni materiali erano adeguate in termini di spazio abitativo, disponendo ogni cinque persone di una stanza di cinquanta mq, con luce naturale, ventilazione, e annesso servizio igienico.

Tuttavia, anche in questa occasione il CPT ha riscontrato doglianze circa l'uso eccessivo della forza da parte degli agenti di polizia e/o dai Carabinieri, più nel dettaglio «*the foreign nationals claimed that had been hit with truncheons by State police and/or Carabinieri officers while on the ground after having been brought under control*»¹⁴⁶.

Anche la Corte EDU ha prestato attenzione alla questione e - pur non avendo sino ad ora condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al trattamento dei migranti per mancato superamento della soglia minima di gravità - ha ribadito il carattere assoluto dell'art. 3 della Convenzione.

In particolare la Corte EDU ha ricordato che «i fattori legati a un crescente flusso di migranti non possono dispensare gli Stati contraenti dai loro obblighi rispetto a tale disposizione, che esige che ogni persona privata della libertà possa godere di condizioni compatibili con il rispetto della sua dignità umana. A questo proposito, la Corte rammenta anche che un trattamento inflitto senza intenzione di umiliare o denigrare la vittima e risultante, ad esempio, da difficoltà oggettive legate alla gestione di una crisi migratoria, può essere costitutivo di una violazione dell'articolo 3 della Convenzione»¹⁴⁷.

¹⁴⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia*, cit., p. 50

¹⁴⁶ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, cit., p. 17.

¹⁴⁷ Corte EDU, 15 dicembre 2016, *Khlaifia c. Italia*, cit., par. 179.

Anche i giudici nazionali sono stati investiti del “problema dell’accoglienza” dei migranti. E’ interessante a tal proposito la già menzionata sentenza di assoluzione - riguardante degli stranieri ospiti nel C.I.E di Isola Capo Rizzuto - dai reati di danneggiamento e resistenza a pubblico ufficiale del Tribunale di Crotona del 2012, la quale si fonda sulla sussistenza della causa di giustificazione della legittima difesa.

A questa decisione si obietta giustamente che sembrerebbe legittimare l’uso della forza come mezzo di protesta rispetto a mezzi più pacifici¹⁴⁸. A tal proposito il Tribunale argomenta che le istanze orali o scritte alle autorità competenti furono pressoché inutili, «tant’è che gli imputati hanno riferito di aver provato a rivolgere richieste, senza sortire alcun effetto (“come acqua nella sabbia”)¹⁴⁹».

In conclusione, si deve considerare che l’emergenza causata dall’ondata migratoria e le carenze strutturali dei diversi “centri di accoglienza” sono condizioni per il verificarsi di varie forme di maltrattamenti.

5.1. Le c.d. consegne straordinarie.

Ultima tra le forme di tortura oggetto di analisi è la pratica della c.d. *extraordinary renditions*.

Questa locuzione si riferisce alla pratica – già conosciuta in passato¹⁵⁰ e oggi ampiamente utilizzata dagli Stati Uniti nelle operazioni di contrasto al terrorismo successive agli attentati dell’11 settembre – di effettuare arresti senza nessun controllo giudiziario e in violazione del principio di diritto internazionale *aut dedere aut judicare*¹⁵¹, di sospetti terroristi al fine di trasferirli in prigioni della CIA ovvero in

¹⁴⁸ L. MASERA, *Rivolte degli stranieri detenuti nei C.I.E: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2013.

¹⁴⁹ Trib. Crotona, 12 dicembre 2012, Giud. D’Ambrosio, in www.penalecontemporaneo.it, p. 24.

¹⁵⁰ In argomento, OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (OSJI), *Globalizing Torture. CIA Secret detention and extraordinary rendition*, 2013, in www.opensocietyfoundations.org, in cui si legge che «sebbene l’ “extraordinary rendition” è generalmente considerata una pratica iniziata dopo l’11 settembre 2001, il governo degli Stati Uniti si è impegnato nelle “consegne” per un periodo di tempo considerevolmente più lungo. In effetti, la pratica di rendere un sospetto criminale era specificamente utilizzata dalla Suprema Corte degli U.S.A. sin dal 1886».

¹⁵¹ Questo principio obbliga lo Stato sul cui territorio si trovi un soggetto accusato di gravi reati o di estradarlo verso lo Stato richiedente o di giudicarlo in base alle proprie leggi. Cfr: C. MITCHELL, *Aut dedere, aut Judicare: the extradite or prosecute clause in international law*, Genova, 2009.

Paesi dove sono legittimamente praticate vessazioni fisiche o psichiche, configuranti tortura, durante gli interrogatori diretti ad assumere informazioni o confessioni.

Il tema viene in evidenza altresì in relazione al c.d. “*indirect refoulement*”, ossia al trasferimento effettuato in uno Stato in cui non vi è rischio di sottoposizione a tortura, ma che si sospetti possa successivamente trasferire in uno Stato “non sicuro”¹⁵².

E’ possibile apprendere da una sentenza della Corte EDU che il 17 settembre 2001, subito dopo gli attentati, il presidente degli U.S.A. Bush sottoscrisse un documento che conferiva vasti poteri alla CIA circa la detenzione di possibili terroristi e la creazione di centri di detenzione segreti che, secondo quanto dichiarato nel 2005 dal Segretario di Stato Condoleezza Rice, furono creati anche in Europa¹⁵³.

Si tratta di un “decentramento della tortura”¹⁵⁴ che è stato altresì oggetto di attenzione da parte dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa¹⁵⁵ e del Parlamento Europeo,¹⁵⁶ proprio in considerazione del fatto che, sebbene, come già accennato, la prassi delle “consegne straordinarie” va attribuita all’iniziativa degli Stati Uniti, è evidente una collaborazione¹⁵⁷ da parte degli Stati europei.

A tal proposito, si deve considerare che la Corte EDU è stata costante nel ritenere illegittima la pratica delle *extraordinary renditions*, prevenendo condanne non solo per l’Italia, ma altresì per la Russia, la Polonia, la Lituania e il Regno Unito per violazione dell’art. 3 della Convenzione¹⁵⁸.

¹⁵² CAT, *General Comment 1*, par. 2: «The Committee is of the view that the phrase “another State” in article 3 refers to the State to which the individual concerned is being expelled, returned or extradited, as well as to any State to which the author may subsequently be expelled, returned or extradited».

¹⁵³ Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*, par. 172, 174.

¹⁵⁴ Espressione di S. GREY, *Decentramento della tortura*, in *Le Monde Diplomatique*, 2005.

¹⁵⁵ L’elaborato della Commissione è stato sintetizzato nella relazione del 27 giugno 2006, *Protezione dei diritti fondamentali in Europa: elementi da ritenere a seguito della vicenda sui voli segreti*, il cui relatore, lo svizzero Dick Marty, ha considerato i Paesi europei collusi nelle detenzioni segrete e nei trasferimenti tra Stati.

¹⁵⁶ In argomento la Risoluzione del parlamento europeo del 27 febbraio 2014 con cui si chiede agli Stati membri di chiarire la situazione sulle *extraordinary renditions* e con cui si chiede alla Commissione di prevedere strumenti idonei al controllo della tutela dei diritti umani. Si veda la risoluzione dell’11 febbraio 2015 con cui si invita la Commissione a continuare la sua indagine circa il trasferimento illegale.

¹⁵⁷ *Risoluzione del Parlamento Europeo sul presunto uso dei paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegale di prigionieri* (2006/2200 (INI)), par. 67. In Italia tra il 2001 e il 2005 sono stati effettuati 46 scali aerei.

¹⁵⁸ Corte EDU, 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Russia*; Id., 6 luglio 2010, *Babar Ahmad c. Regno Unito*; Id., 24 luglio 2014, *Husayn c. Polonia*.

Significativo è il caso *Masri c. Macedonia*, in quanto la Grande Camera si è espressa sulle *extraordinary renditions* effettuate dalla CIA in Europa, condannando lo Stato macedone in considerazione della collaborazione prestata dai propri agenti in un'azione della CIA circa un cittadino tedesco di cui si aveva il sospetto fosse un terrorista. Si tratta di Khaled El-Masri, il quale fu arrestato il 31 dicembre 2003 da agenti macedoni e consegnato all'aeroporto di Skopje ad agenti della CIA che lo trasferirono con un volo speciale in una struttura di detenzione segreta della CIA in Afghanistan, dove per oltre quattro mesi fu sottoposto a tortura, fino a che non fu riportato in Germania il 29 maggio 2004.

In questa pronuncia – con cui lo Stato macedone è stato ritenuto responsabile della violazione degli artt. 3 e 5 sia sotto il profilo sostanziale che procedurale e degli artt. 8 e 13 in relazione alla condotta dei suoi agenti – si rinviene una definizione di “*extraordinary renditions*” quale «*an extra-judicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment*»¹⁵⁹.

Nello stesso ambito, la Corte EDU tiene in considerazione i principi che sono alla base di uno stato democratico e che vengono messi in discussione dalla pratica delle “consegne straordinarie”.

Rilevante in tal senso è la necessità di garantire il “*right to the truth*” come diritto di garantire alla vittima un'indagine effettiva ai sensi dell'art. 3 per l'accertamento delle responsabilità, tuttavia si osserva che in questo come in altri casi «alcuni governi europei hanno ostacolato la ricerca della verità e lo continuano a fare invocando il concetto di "segreto di stato"»¹⁶⁰.

La Corte ha anche stabilito che lo Stato, in questi casi, deve essere ritenuto direttamente responsabile per la violazione dell'art. 3 dal momento che i suoi agenti si sono adoperati per facilitare il trattamento e non hanno assunto alcuna misura che sarebbe stata necessaria, nel caso di specie, a prevenirne la verifica¹⁶¹.

¹⁵⁹ Corte EDU, 13 dicembre 2012, *El Masri c. Macedonia*, cit., par. 221.

¹⁶⁰ *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member States: second report*, Doc. 11302 rev, 11 giugno 2007 (“the 2007 Marty report*”). In argomento vedi Corte EDU, 13 dicembre 2012, *El Masri c. Macedonia*, cit., par. 46.

¹⁶¹ Corte EDU, 13 dicembre 2012, *El Masri c. Macedonia*, cit., par. 211.

Per sottrarsi alle proprie responsabilità, gli Stati intenzionati a praticare le c.d. “consegne straordinarie” spesso hanno ricorso all’*escamotage* delle “assicurazioni diplomatiche”. In forza di tale strumento, si autorizza il trasferimento di presunti terroristi a patto che lo Stato richiedente assicuri in via diplomatica che non vi sia il rischio di sottoposizione a maltrattamenti.

Le “assicurazioni diplomatiche” si sono rivelate in più casi¹⁶² inaffidabili e quindi si ritiene che «alle assicurazioni contro la tortura da parte di governi che la praticano regolarmente non si deve credere e basta. I governi europei che accettano queste promesse vuote stanno mettendo a repentaglio il divieto assoluto di tortura»¹⁶³.

Venendo ora a trattare il tema in considerazione del nostro ordinamento, è necessario ricordare che la pratica delle “consegne straordinarie” è vietata non solo dal diritto internazionale, ma altresì dal diritto interno all’art. 698 co. 1 c.p.p.¹⁶⁴.

Anche in questo diverso ambito di maltrattamenti vi è una vicenda abbastanza recente che riguarda da vicino il nostro Paese; si tratta nello specifico del caso Abu Omar¹⁶⁵.

I Giudici di Strasburgo hanno condannato l’Italia per violazione degli obblighi di natura sostanziale derivanti dell’art. 3 CEDU, in quanto le autorità italiane non erano soltanto a conoscenza dell’operazione di “*extraordinary renditions*” messa a punto dai servizi segreti, ma hanno svolto un ruolo di cooperazione attiva con gli agenti americani quanto meno nella fase del rapimento, permettendo così il trasferimento dell’Imam in un Paese in cui vi è il rischio di sottoposizione a tortura¹⁶⁶.

¹⁶² Si pensi al caso di Sami Ben Khemais Essid, espulso dall’Italia verso la Tunisia nel giugno 2008, sulla base di assicurazioni diplomatiche offerte dalla Tunisia con cui si garantiva la non sottoposizione a maltrattamenti durante la detenzione. Eppure, otto mesi dopo essere stato rimpatriato, Ben Khemais denunciò le torture a cui venne sottoposto durante gli interrogatori svolti all’interno del ministero dell’Interno. Vicenda compendiata in AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnesty International chiede ai governi europei di non accettare più “assicurazioni diplomatiche” che possono significare la tortura*, 12 aprile 2012, in www.amnesty.org.

¹⁶³ AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnesty International chiede ai governi europei di non accettare più “assicurazioni diplomatiche” che possono significare la tortura*, cit. In argomento vedi E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 163.

¹⁶⁴ L’art. 698 co. 1 c.p.p. stabilisce che «Non può essere concessa l’extradizione per un reato politico né quando vi è ragione di ritenere che l’imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona».

¹⁶⁵ Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*.

¹⁶⁶ M. MARIOTTI, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l’Italia sul caso Abu Omar*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

Si possono sinteticamente considerare le circostanze del caso: il ricorrente, Osama Mustafa Nasr, meglio conosciuto come “Abu Omar”, soggiornava in Italia dal 1998 e qui era diventato Imam della moschea di Latina. Nel 2000 si trasferisce a Milano dove viene indagato per associazione con finalità di terrorismo internazionale ex art. 270 *bis* c.p. Secondo quanto dallo stesso dichiarato, il 17 febbraio del 2003 viene fermato da uno sconosciuto in abiti civili in via Guerzoni, che dice di essere un poliziotto e che gli chiede di mostrare il documento di identità. Immediatamente dopo alcuni sconosciuti lo aggrediscono e lo spingono in un furgone bianco. Quattro ore dopo il furgone arriva alla base delle forze americane di Aviano, dove il ricorrente sarebbe stato imbarcato su un aereo che lo avrebbe condotto alla base americana di Ramstein in Germania e da lì imbarcato su un altro aereo che lo avrebbe trasportato fino all'aeroporto civile del Cairo¹⁶⁷.

Abu Omar è stato “oggetto” di un crescendo di maltrattamenti¹⁶⁸, da quelli a lui inflitti durante il rapimento fino a quelli più gravi a cui è stato sottoposto nel periodo di detenzione in Egitto, durato fino al 2007.

La vicenda giudiziale interna si è caratterizzata per il conflitto di attribuzione sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri dinanzi alla Corte costituzionale,¹⁶⁹ la quale riconoscendo la sussistenza del segreto di Stato sui fascicoli riguardanti il coinvolgimento del SISMI nell'operazione, è come se avesse provveduto «essa stessa ad annullare la sentenza della Corte d'appello di Milano»¹⁷⁰ e di conseguenza a prosciogliere gli imputati.

A tal proposito è interessante rilevare che la Corte di Cassazione, pur obbligata nella propria decisione sulla scorta del *dictum* della Corte Costituzionale, ne prende

¹⁶⁷ Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*, par 8-10.

¹⁶⁸ Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*, par. 19: «Ad ogni interrogatorio, un agente lo avrebbe spogliato poi avrebbe invitato gli altri agenti a toccare le sue parti intime per umiliarlo. Il ricorrente dice di essere stato spesso sospeso per un piede o legato a una porta in ferro o a una grata di legno, in varie posizioni. Regolarmente, gli agenti lo avrebbero picchiato per ore e gli sarebbero stati inflitti degli elettroshock con elettrodi bagnati posizionati sulla testa, sul torace e sugli organi genitali. Altre volte, sarebbe stato sottoposto alla tortura chiamata «martaba» (materasso), che consiste nell'immobilizzare la vittima su un materasso umido e nell'inviare poi delle scariche elettriche nel materasso. Infine, per due volte avrebbe subito violenze sessuali».

¹⁶⁹ Cfr. Corte Cost. 13 febbraio 2014, n. 24. In argomento T. F. GIUPPONI, *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 aprile 2014.

¹⁷⁰ S. ZIRULIA, *Sul sequestro Abu Omar cala il “nero sipario” del segreto di Stato*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 maggio 2014.

comunque le distanze, osservando che «i ricorsi degli imputati diventano pertanto oggi, e solo oggi, fondati sulla forza dirompente - in quanto dilacerante ogni diverso tessuto decisionale sinora assunto - del sopravvenuto ultimo *dictum* del Giudice del conflitto tra poteri»¹⁷¹.

La vicenda in esame differisce da quelle di altri Paesi, pur relative alle *extraordinary renditions*, per lo scrupoloso accertamento giudiziale dovuto all'apposizione del segreto di Stato, il quale se sul piano interno è servito a evitare delle condanne, non ha tuttavia sortito lo stesso effetto per l'Italia dinanzi alla Corte EDU.

Infatti la Corte EDU, considerando che le prove su cui è stato apposto il segreto di Stato fossero sufficienti a condannare gli agenti del SISMI e che le stesse fossero conosciute ormai da tutti in quanto divulgate sul web e dalla stampa, ha concluso che l'apposizione del segreto di Stato «non serviva a preservare la riservatezza dei fatti», ma a produrre «l'effetto di evitare la condanna degli agenti del SISMI»¹⁷².

In conclusione, la pratica delle “consegne straordinarie” rivela la propensione, in diversi casi, alla rinuncia al rispetto di diritti individuali fondamentali al fine di garantire la sicurezza generale dei consociati in relazione a pericoli di vario tipo. Rispetto a tali pratiche, è chiaro che la tortura trova terreno fertile nel sentimento di paura. Tutte le osservazioni che precedono hanno mostrato l'urgenza della criminalizzazione della tortura.

¹⁷¹ Cass. pen., sez. I, 24 febbraio 2014, n. 20447.

¹⁷² Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*, par. 268. V. in particolare il par. 272: «Come ha rilevato la Corte di cassazione nella sua sentenza del 24 febbraio 2014, le autorità non avevano abbassato il sipario nero del segreto, quando sapevano invece che gli agenti accusati stavano per rivelare i fatti. Nel caso di specie, il principio legittimo del segreto di Stato, evidentemente, è stato applicato allo scopo di impedire che i responsabili dovessero rispondere delle loro azioni. Di conseguenza l'inchiesta, seppur effettiva e approfondita, e il processo, che ha portato all'identificazione dei colpevoli e alla condanna di alcuni di loro, non hanno avuto l'esito naturale che, nella fattispecie, era la punizione dei responsabili. Alla fine vi è stata dunque impunità».

CAPITOLO III

LA REPRESSIONE PENALE DELLA TORTURA

1. Gli obblighi costituzionali e convenzionali di criminalizzazione.

L'esigenza di una effettiva criminalizzazione della tortura e di condotte minori, ma pur sempre ad essa equiparabili, deriva *in primis* dall'obbligo per il legislatore di osservare «i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali», ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.; norma quest'ultima con funzione di «trasformatore permanente» di obblighi internazionali di criminalizzazione in corrispettivi obblighi costituzionali di penalizzazione¹.

A tal proposito, si consideri che la maggior parte degli strumenti di diritto internazionale presi in considerazione nel primo capitolo contemplano l'obbligo di introdurre un reato *ad hoc* per i fatti di tortura nel diritto interno e di prevedere altresì sanzioni effettive, in linea con l'orientamento secondo il quale la tutela dei diritti fondamentali deve passare per il diritto penale in relazione a gravi forme di aggressione².

Nonostante la comunità internazionale abbia costantemente affermato l'assolutezza del divieto e l'effettività delle relative sanzioni, l'Italia è stata a lungo inadempiente rispetto agli obblighi di criminalizzazione dello stesso.

Tra gli strumenti di diritto internazionale pattizio che contemplano obblighi di penalizzazione della tortura, quello forse più conosciuto è la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, il cui art. 4 co. 1 prevede che «ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale» e prosegue, stabilendo che «lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o

¹ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, consultabile online su www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014, cit., p. 10. Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, p. 2663.

² C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 98.

partecipazione all'atto di tortura». Il successivo comma secondo, invece, contempla la necessità di pene adeguate rispetto ai fatti di tortura in considerazione della gravità. Un ulteriore obbligo di penalizzazione della tortura è sancito dall'art. 16 in relazione ad atti che non costituiscono tortura, ma pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti «qualora siano compiuti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisce a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito»³.

E' necessario rammentare che la Convenzione ONU è stata ratificata dall'Italia il 3 novembre 1998, con l. n. 498 e che il relativo Protocollo opzionale - con cui l'Italia si è impegnata «ad adottare misure effettive per prevenire atti di tortura» - è stato ratificato nel 2012 con l. n. 195.

Il significato dell'art. 4 è stato esplicito dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (CAT) in alcune sue osservazioni, in particolare precisando che gli Stati parte dovrebbero assumere misure legislative concrete al fine di introdurre la tortura come reato specifico nella propria legislazione⁴, distinguendolo da altri, pur assimilabili reati, come ad esempio le lesioni personali. Si chiede quindi agli Stati di adottare una definizione di tortura che inglobi tutti gli elementi figuranti nell'art. 1 della Convenzione e di introdurre un reato specifico che, a motivo della forte riprovazione dei fatti di tortura, non sia suscettibile di deroghe e non sia prescrivibile.

Tuttavia rispetto alla definizione di cui all'art. 1 della Convenzione, si è specificato che il reato da introdurre non lo deve riprodurre pedissequamente, ma può avere un ambito di applicazione più ampio, consistendo l'art. 1 nel minimo concettuale necessario⁵.

³ L'art 12 dispone circa l'effettività delle disposizioni menzionate, stabilendo che «Ogni Stato Parte provvede affinché le autorità competenti procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale ogniqualvolta vi siano ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura sia stato commesso in un territorio sotto la sua giurisdizione».

⁴ *Concluding Observation of CAT: Bulgaria*, UN Doc. CAT/BGR/CO/4 (2011) par. 8, secondo cui «*le Comité demande instamment à l'État partie d'adopter une définition de la torture englobant tous les éléments figurant à l'article premier de la Convention. L'État partie devrait prendre des mesures législatives concrètes pour ériger la torture en infraction pénale spécifique dans sa législation et faire en sorte que les peines prévues pour les actes de torture soient à la mesure de la gravité de ces actes. Il devrait faire en sorte que l'interdiction absolue de la torture ne soit susceptible d'aucune dérogation et que les faits constitutifs d'actes de torture soient imprescriptibles*».

⁵ *Concluding Observation of CAT: UK*, UN Doc. CAT/C/GBR/CO/5 (2013), par. 7.

E' opportuno ricordare che, oltre all'art. 4 della Convenzione ONU, vi sono altri obblighi di criminalizzazione della tortura, espressi in Convenzioni più risalenti e a carattere aspecifico, tra cui le Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949⁶, la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948⁷, la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956⁸ e infine la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965⁹.

Dunque la lista degli inadempimenti in relazione all'obbligo di penalizzazione della tortura era alquanto consistente ed è per questo che l'Italia è stata più volte ammonita da diverse autorità internazionali e nazionali.

A tal proposito, sul piano nazionale la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato¹⁰, nel marzo 2012 ha evidenziato «l'esistenza di un vuoto al quale è necessario rimediare immediatamente. Non c'è nulla da inventare: la definizione di tortura e trattamenti inumani e degradanti è già scritta con assoluta precisione nella convenzione delle Nazioni Unite che l'Italia ha già sottoscritto e ratificato. E si tratterebbe non solo di un atto di civiltà giuridica e di difesa dei diritti umani delle persone private di libertà, ma anche di tutela e di

⁶ Gli art 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni di Ginevra del '49 prevedono un obbligo di criminalizzazione della tortura, si veda ad esempio l'art 129 della terza Convenzione, il quale prevede che «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente».

⁷ L'art. 5 della Convenzione prevede che «Le Parti contraenti si impegnano ad emanare, in conformità alle loro rispettive Costituzioni, le leggi necessarie per dare attuazione alle disposizioni della presente Convenzione, e in particolare a prevedere sanzioni penali efficaci per le persone colpevoli di genocidio o di uno degli altri atti elencati nell'articolo III».

⁸ L'art. 5 della Convenzione prevede che «in un paese dove la schiavitù o le istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù non siano ancora completamente abolite o abbandonate, *la mutilazione, la stigmatizzazione o altra marchiatura di persona schiava o in condizione servile*, inflittale per indicarne la condizione, infliggerle un castigo e per qualsiasi altro motivo, oppure la complicità in tali atti, costituirà un'infrazione penale della legge dello Stato Parte e le persone riconosciute colpevoli saranno punite».

⁹ L'art. 5 della Convenzione prevede che «in base agli obblighi fondamentali di cui all'articolo 2 della presente Convenzione, gli Stati contraenti si impegnano a vietare e ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme ed a garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento dei seguenti diritti: [...] b) diritto alla sicurezza personale ed alla protezione dello Stato contro le violenze o le sevizie da parte sia di funzionari governativi, sia di ogni individuo, gruppo od istituzione».

¹⁰ *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, 6 marzo 2012, consultabile online in www.senato.it.

salvaguardia dei diritti, della dignità e dell'onore delle forze di sicurezza e degli agenti della Polizia Penitenziaria».

La Commissione straordinaria ha preso anche in considerazione le motivazioni di una sentenza del Tribunale di Asti del gennaio 2012 (si tratta del già menzionato caso Cirino e Renne) in cui, da un lato, il Giudice ha ricondotto i fatti alla definizione di tortura fornita dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 e, dall'altro, ha precisato che nonostante tale corrispondenza, a causa della mancata introduzione del reato specifico, gli agenti sono stati imputati per i reati di abuso di autorità e lesioni, reati per i quali non è stato possibile procedere per prescrizione o in mancanza di querela.

Sul versante internazionale, il Comitato contro la tortura dell'ONU nelle sue conclusioni all'Italia del 2007 ha affermato di essere preoccupato per la mancata inclusione nel diritto interno del crimine di tortura come definito dall'art. 1 della Convenzione e ha rinnovato la raccomandazione allo Stato ad introdurlo e ad adottare una definizione di tortura che copra tutti gli elementi contenuti nell'art. 1 della Convenzione¹¹.

Nello stesso senso si sono espressi il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo¹² e il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, il quale nel Rapporto al Governo italiano¹³ sulle visite effettuate, durante le quali ha avuto peraltro occasione di avere proficue consultazioni con il Ministro della Giustizia, nella persona della Prof.ssa Paola Severino, ha espresso la propria preoccupazione per il fatto che,

¹¹ CAT, *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Italy*, 2007, par. 5, secondo cui «*the Committee reiterates its previous recommendation (A/54/44, para. 169(a)) that the State party proceed to incorporate into domestic law the crime of torture and adopt a definition of torture that covers all the elements contained in article 1 of the Convention. The State party should also ensure that these offences are punished by appropriate penalties which take into account their grave nature, as set out in article 4, para. 2 of the Convention*».

¹² HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding observations of the Human Rights Committee. Italy*, UN Doc. CCPR/C/ITA/CO/6, 1° maggio 2017, par. 18 e 19: «*The Committee is concerned that the crime of torture has not been incorporated in the Criminal Code*» e «*the State party should incorporate without further delay, the crime of torture in the Criminal Code, in line with the Covenant and other international standards*».

¹³ COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013), par. 4 e 6 in cui si legge altresì che «*il Comitato esorta le autorità italiane a raddoppiare i propri sforzi per introdurre quanto prima possibile il delitto di tortura nel codice, in conformità agli obblighi internazionali di vecchia data*».

nonostante più di venti anni di discussioni dinanzi al Parlamento e l'elaborazione di nove progetti di legge, il codice penale italiano non conteneva ancora una disposizione specifica che penalizzasse il reato di tortura.

Sempre rispetto agli obblighi di criminalizzazione, è rilevante la giurisprudenza della Corte EDU che ritiene la sanzione penale «l'unica in grado di rendere i *core rights* sanciti dalla CEDU non teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi»;¹⁴ quanto detto se si considera, per di più, che il giudice europeo in diverse pronunce ha ritenuto che il risarcimento del danno del ricorrente, anche se cospicuo, non sia condizione sufficiente affinché lo Stato convenuto possa ritenere di aver risposto adeguatamente alla violazione dell'art. 3, così da precludere il ricorso alla Corte.

Infatti, le diverse pronunce della Corte EDU sui fatti del G8, oltre a prevedere un risarcimento del danno per le vittime, hanno evidenziato, come peraltro già osservato, una carenza strutturale del nostro ordinamento per assenza del reato di tortura e hanno ingiunto allo Stato italiano di risolvere l'inadeguatezza della propria legislazione, scegliendo «i mezzi da utilizzare per adempiere al suo obbligo in base all'art. 46 della Convenzione»¹⁵.

Dunque, la Corte EDU guarda al diritto penale non più «come ad uno strumento di *compressione* dei diritti fondamentali del destinatario della norma incriminatrice» mediante l'irrogazione della pena, «bensì come ad uno strumento che a certe condizioni deve essere obbligatoriamente azionato dallo Stato a tutela della *vittima* delle lesioni di taluni diritti fondamentali»¹⁶.

¹⁴ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 27.

¹⁵ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit., par. 245. L'art. 46 della CEDU, rubricato «Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze», dispone quanto segue: «1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione [...] 4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame».

¹⁶ F. VIGANO', *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, cit., p. 245.

Nell'aprile 2016 il Governo italiano ha comunicato al Comitato dei Ministri un piano di azione per adempiere a quanto previsto nella sentenza *Cestaro*; si tratta in particolare dell'avvenuta approvazione del disegno di legge sul reato di tortura da parte del Senato, e dell'impegno a tenere il Comitato stesso informato sull'evoluzione dell'*iter* parlamentare¹⁷.

Tuttavia, è necessario considerare che gli obblighi provenienti dalla CEDU non consistono soltanto nella previsione del reato di tortura nell'ordinamento interno, ma altresì nella necessità di una tutela effettiva della vittima.

A tal proposito, la Corte prevede per lo Stato il divieto di considerare in astratto cause che possono comportare la non punibilità degli autori del reato quali ad esempio la prescrizione, l'amnistia, l'indulto o la grazia¹⁸ e interviene nei casi in cui la pena inflitta non sia proporzionata alla gravità dei fatti¹⁹.

E' necessario osservare che l'obbligo di criminalizzazione della tortura per l'Italia deriva non solo dalle convenzioni internazionali, per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost., ma altresì dall'art. 13 co. 4 Cost., che contempla espressamente l'obbligo di punire «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà». Con questa norma i padri costituenti hanno inteso apprestare tutela al bene giuridico della dignità e dell'integrità fisica e morale delle persone sottoposte a restrizione della libertà mediante la penalizzazione di condotte lesive²⁰.

La disposizione vuole accordare una particolare tutela ai soggetti che si trovano nelle situazioni di più forte assoggettamento all'autorità statale e ha prevalentemente carattere simbolico se si considera la tassatività del co. 1 dell'art. 13 Cost.; infatti, così come giustamente osservato in seno all'Assemblea costituente, «una volta proclamata l'inviolabilità della libertà personale, qualunque atto violatore sarà illegale e necessariamente dovrà essere considerata criminale qualsiasi violenza fisica o morale in danno dei detenuti»²¹.

¹⁷ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 223.

¹⁸ F. VIGANO', *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2671.

¹⁹ Corte EDU, 1 giugno 2010, *Gafgen c. Germania*, par. 124.

²⁰ In argomento D. PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, p. 487.

²¹ Si tratta delle considerazioni dell'on. Carboni circa la ritenuta superfluità del comma 4 dell'art. 13 Cost. nei lavori dell'Assemblea costituente del 26 marzo del 1947, consultabile online in www.nascitacostituzione.it.

In considerazione del principio di legalità, si può dire che un obbligo di criminalizzazione costituzionale come quello previsto dall'art. 13 non ha alcuna rilevanza nel sistema giuridico se il legislatore ordinario sceglie di non dargli attuazione. A tal proposito viene in rilievo un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 582 c.p. - per contrasto con l'art 13 co. 4 Cost. - nella parte in cui prevede la procedibilità a querela e non quella d'ufficio rispetto alle lesioni lievissime realizzate da chi ha la custodia di persone comunque sottoposte a restrizione della libertà personale²². Il Giudice istruttore, volendo mettere meglio in risalto l'esistenza nella Costituzione italiana di un obbligo espresso di incriminazione, ha ritenuto che la norma in esame non postula soltanto un «principio di civiltà giuridica, ma contiene anzi una precisa direttiva per il legislatore ordinario. [...] Dicendo è punita si dice, infatti, deve essere punita»²³.

Dal suo canto, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità, considerando che l'abuso di potere del pubblico agente su persone sottoposte a restrizione della libertà personale è previsto dall'autonoma fattispecie di reato di cui all'art. 608 c.p. – “abuso di autorità contro arrestati o detenuti” – per il quale si procede d'ufficio.²⁴ Questa soluzione è stata peraltro utilizzata come giustificazione dal Governo per rispondere agli ammonimenti – da parte di diverse organizzazioni internazionali, tra cui la Corte EDU – circa l'assenza del reato di tortura nell'ordinamento italiano.

Al di fuori di questo caso, sono poche le pronunce di merito²⁵ in relazione al mancato adempimento dell'obbligo costituzionale di incriminazione di cui all'art. 13 co. 4 Cost., probabilmente sulla base della considerazione che la Corte Costituzionale non può ingerirsi nelle scelte del legislatore ordinario rispetto all'introduzione di norme incriminatrici, consistendo questo in un intervento in *malam partem*²⁶.

Il rispetto del principio di legalità, come già accennato, impone di ritenere che l'introduzione di norme penali è un'operazione propria del legislatore ordinario, il

²² Giudice istruttore Firenze, 8 giugno 1981, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 1549.

²³ Per un approfondimento sulle ragioni politiche che hanno portato all'introduzione dell'art 13 co. 4 v. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 227.

²⁴ Corte Cost., 29 ottobre 1987, n. 387.

²⁵ Vedi ad es. la già citata sentenza n. 279 del 2013 in relazione all'illegittimità dell'art. 147 c.p., nella parte in cui non prevede il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando la stessa debba svolgersi in condizioni non conformi al senso di umanità.

²⁶ In argomento D. PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 489.

quale è l'unico soggetto istituzionale che rappresenta – anche attraverso la partecipazione delle minoranze – i cittadini nella loro interezza e che ne può tradurre la volontà.

Pertanto, lo scrutinio della Corte costituzionale può svolgersi soltanto in punto di ragionevolezza e conformità delle norme penali di favore, viceversa «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali»²⁷, non potendo quindi la stessa intervenire in relazione alla mancata introduzione di una norma incriminatrice ovvero in relazione ad una norma che prevede un *quantum* sanzionatorio non adeguato alla gravità della condotta.

Recentemente, si è registrata una importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità costituzionale in materia penale: con la sentenza della Corte Cost. n. 28 del 2010 si è ammesso il sindacato della Corte su norme penali di favore che violino i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, mentre con la sentenza n. 5 del 2014 si è ammesso il sindacato su norme di favore – anche, come nel caso di specie, abrogative di reati ritenuti espressione di obblighi di criminalizzazione – viziati nel loro *iter* di approvazione (eccesso di delega e quindi mancato rispetto della stessa riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost.)²⁸.

Dalle recenti decisioni della Corte costituzionale che hanno esteso il sindacato sulle norme penali di favore ai casi di violazione degli obblighi derivanti dal diritto europeo ed internazionale, e in seguito alle ipotesi di irregolarità dell'*iter* di approvazione delle medesime disposizioni, con particolare riferimento all'eccesso di delega, si può evincere la configurabilità del potere della Corte non solo di vagliare la legittimità della norma introdotta rispetto alla Costituzione e agli obblighi di diritto internazionale rilevanti ai sensi dell'art. 117 co. 1, ma anche di effettuare una declaratoria di illegittimità costituzionale rispetto a norme successive che abroghino o limitino in qualche modo l'applicazione della norma costituzionalmente necessaria.

Di conseguenza, il legislatore non potrebbe abrogare le norme che penalizzano maltrattamenti su persone sottoposte a restrizione della libertà ovvero il nuovo art. 613 *bis*, o prevedere in relazione a tali reati cause di giustificazione ovvero di esclusione

²⁷ Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394.

²⁸ In argomento M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, consultabile online in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2014.

della punibilità, perché si configurerebbe un contrasto con l'art. 13 co. 4 Cost. e con gli obblighi internazionali che vincolano il legislatore stesso ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.

In conclusione, considerato l'avvenuto adempimento all'espresso obbligo di criminalizzazione posto dai padri costituenti mediante l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale, sulla base di questa interpretazione si deve concludere per l'illegittimità di limitazioni dell'ambito operativo della fattispecie contemplata dall'art. 613 *bis* c.p.

2. La rilevanza penale dei fatti di tortura prima dell'introduzione dell'art. 613 *bis* c.p.

Le giustificazioni offerte dallo Stato italiano rispetto al mancato adempimento dei diversi obblighi costituzionali e internazionali di incriminazione della tortura sono state diverse nel tempo, ma ne vengono in rilievo principalmente due.

Innanzitutto, lo Stato ha sostenuto che il reato di tortura sarebbe stato presente nell'ordinamento italiano in conseguenza della mera ratifica della Convenzione ONU dell'84. Questo assunto è stato subito messo in discussione dalla Corte di Cassazione, la quale ha precisato che «trattandosi di materia penale in cui vige il principio costituzionale sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., secondo cui *nullum crimen, nullam poenam sine lege* [...] non è possibile che una nuova norma incriminatrice entri nell'ordinamento penale per via consuetudinaria».

Consci della non sostenibilità di questa argomentazione, il Governo italiano ha ripiegato su un'altra tesi difensiva fondata sul presupposto che le fattispecie di reato già contemplate nel codice penale fossero idonee a reprimere adeguatamente la tortura²⁹.

Pur volendo sottacere che, come già evidenziato, diverse convenzioni internazionali impongono l'introduzione di una norma *ad hoc*, si è rilevato che le norme incriminatrici esistenti «non consentono di applicare alle persone riconosciute

²⁹ Questa tesi è stata sostenuta da ultimo dal Governo italiano nella difesa dinanzi alla Corte EDU nel caso *Cestaro c. Italia*, affermandosi che «nel caso di specie, il Governo è del parere che i responsabili dei maltrattamenti lamentati dal ricorrente siano stati pienamente perseguiti facendo riferimento ai vari reati previsti dalla legislazione penale italiana (in particolare il reato di lesioni personali aggravate)».

responsabili pene di severità adeguata alla gravità dei fatti [...] e non appaiono pertanto idonee a esplicare un serio effetto deterrente. La punibilità a querela che caratterizza taluni di reati costituisce un ostacolo al loro accertamento [...] La mannaia della prescrizione rischia d'altra parte di abbattersi su tutti i processi per tali reati, che prevedono l'ordinario termine di sei anni più un quarto nel caso di atti interruttivi, e che sono spesso caratterizzati da attività di accertamento complesse»³⁰.

Malgrado tutte queste considerazioni, anche durante il percorso di approvazione della nuova norma incriminatrice non è mancato chi ha sostenuto che i reati già previsti dal codice penale fossero sufficienti a garantire la repressione dei fatti di tortura, tanto da affermare che «questa legge non ha alcun significato in Italia, perché tutti i comportamenti che vuole sanzionare sono già sanzionati»³¹.

Dalla casista giurisprudenziale si evince che il reato di cui all'art. 608 c.p.³², rubricato «abuso di autorità contro arrestati o detenuti» è quello che più si confà ai fatti di tortura, tenuto conto delle situazioni in cui viene a trovarsi il soggetto passivo che possono consistere nello stato di arresto ovvero di fermo, nella detenzione in esecuzione di una misura cautelare o di una pena detentiva, nell'affidamento o comunque nella custodia al pubblico ufficiale.

Nell'ambito della norma, per «misure di rigore non consentite dalla legge» si intendono quelle che non sono contemplate dalla disciplina penitenziaria³³ e che non configurano le autonome fattispecie di percosse, violenza privata, lesioni personali o altri maltrattamenti³⁴.

³⁰ F. VIGANO', *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 www.penalecontemporaneo.it, 25 settembre 2014, cit., p. 2.

³¹ Intervento del Segretario Generale SAP: v. *Resoconto stenografico della seduta del 18 giugno 2014*, p. 4.

³² L'art 608 c.p. dispone che «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».

³³ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 8: l'Autrice considera «le misure di rigore non consentite dalla legge» quali «restrizioni della libertà ulteriori rispetto a quelle legalmente prescritte».

³⁴ Cfr. sul punto F. VIGANO', *Commento all'art 608 c.p.*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI, (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 321.

Questo reato è stato contestato nei già menzionati procedimenti relativi ai fatti del G8 e al rapimento del generale Dozier, e in numerosi altri, tra cui quello relativo ad alcuni agenti della polizia penitenziaria che avevano obbligato un detenuto - che non voleva trasferirsi in un'altra cella - a mettersi sulle ginocchia e a strisciare fino ad una scrivania sulla quale era riposta la domanda di trasferimento, il tutto mentre veniva preso a calci e a pugni.³⁵

Questo esempio serve a mostrare le ragioni che hanno spinto alcuni autori a evidenziare l'inefficacia dell'art. 608 c.p., argomentando che rispetto a fatti di una tale gravità, come quello descritto, la pena prevista risulta inadeguata.

Le stesse valutazioni possono essere effettuate per altri reati propri del pubblico ufficiale come l'«arresto illegale», l'«indebita limitazione della libertà personale» e la «perquisizione e ispezione personali arbitrarie» previsti rispettivamente dagli artt. 606, 607 e 609 c.p.

Per quanto invece riguarda i reati comuni, la tutela rispetto ai fatti di tortura era ancora più debole. Oltre al sequestro di persona previsto dall'art. 605 c.p., aggravato nel caso in cui sia commesso da un pubblico ufficiale abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni³⁶, si possono considerare lo «stato di incapacità procurato mediante violenza» di cui all'art. 613 c.p., le percosse e le lesioni personali di cui agli artt. 581 e 582 del c.p.

A tal proposito, anche volendo prescindere dal fatto che il trattamento sanzionatorio previsto da queste disposizioni è mite e che per molte di esse è prevista la procedibilità a querela della persona offesa, per la sussistenza delle lesioni personali occorre provare che dalla condotta consistente nel cagionare «ad alcuno una lesione personale» derivi «una malattia nel corpo o nella mente».

Ora, se si considera l'accezione prevalente di malattia quale alterazione di natura anatomica da cui deriva «una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni

³⁵ Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2017, n. 22203.

³⁶ Questa fattispecie viene in considerazione rispetto ai casi di *extraordinary renditions*, non sembra invece riferibile alle altre forme di tortura che generalmente sono poste in essere su soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale.

dell'organismo»³⁷, queste norme appaiono inadeguate a reprimere forme di tortura che incidono sulla psiche e che sono idonee ad «infliggere sofferenze fortissime senza lasciare alcuna traccia sul corpo della vittima»³⁸.

Si consideri ulteriormente che, nonostante il legislatore preveda pene più elevate per le lesioni gravi e gravissime, queste possono essere soggette ad un eventuale giudizio di bilanciamento con circostanze di segno opposto, considerato la loro qualificabilità come circostanze aggravanti, finendo così la pena per essere ancora più inadeguata rispetto alla repressione dei gravi fatti di tortura; si tratta di un'eventualità che si è verificata nel caso Dozier e quindi tutt'altro che teorica³⁹.

Ritornando alle forme di tortura di natura psicologica, queste venivano ricondotte alle fattispecie di «violenza privata» e di «minacce» di cui agli artt. 610 e 612 c.p., le quali prevedono pene troppo esigue rispetto al disvalore di condotte così crudeli.

Si pensi, ad esempio, alla minaccia di tormentare o uccidere i figli di un detenuto al fine di determinarlo a confessare; si tratta di una tortura psicologica che poteva essere ricondotta alla fattispecie della violenza privata aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale ovvero peggio ancora ad un tentativo di violenza privata nel caso in cui la vittima non avesse confessato⁴⁰.

Neanche la considerazione delle circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61, n. 5 e n. 9 c.p.⁴¹ è idonea ad aumentare l'efficacia deterrente di queste disposizioni per due ordini di ragioni: in primo luogo l'applicazione delle aggravanti non ha nessun riflesso sull'istituto della prescrizione e, in secondo luogo, si deve tener conto della possibilità di un eventuale giudizio di bilanciamento con circostanze di segno contrario previsto dall'art. 69 c.p.

Un'altra fattispecie che è stata utilizzata per sanzionare i fatti di tortura è quella prevista dall'art. 572 c.p. ossia la multiforme fattispecie dei «maltrattamenti in

³⁷ Cass. pen., sez. IV, 19 aprile 2016, n. 22156.

³⁸ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 8.

³⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 235.

⁴⁰ L'esempio è di T. PADOVANI, *Tortura*, cit., p. 27.

⁴¹ Si applicano rispettivamente nel caso in cui l'autore del reato si è «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa» e nel caso in cui il fatto è commesso «con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio».

famiglia». Nello specifico in relazione ai fatti di tortura perpetrati in danno di due detenuti del carcere di Asti, di cui si è già detto, la Corte di Cassazione al fine di colmare il *vulnus* dovuto all'assenza nell'ordinamento italiano di una disposizione *ad hoc* ha stabilito che «integra il delitto di maltrattamenti [...] la reiterata e sistematica condotta violenta, vessatoria, umiliante e denigrante da parte degli agenti della polizia penitenziaria nei confronti di detenuti in ambiente carcerario»⁴².

La dottrina ha messo in luce i difetti di questa «batteria di norme repressive» che secondo il Governo italiano costituiva già di per sé un efficace strumento di contrasto della tortura, evidenziando in particolare che si tratta di «fattispecie espressive di una microcriminalità ordinaria, con le inevitabili conseguenze in punto di trattamento sanzionatorio, durata dei termini di prescrizione, ammissione ai benefici di legge, ecc.»⁴³.

Dal punto di vista processuale, una tutela effettiva rispetto ai fatti di tortura era già garantita dal combinato disposto degli artt. 188 c.p.p. e 191 c.p.p.⁴⁴ in quanto il primo stabilisce che «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti» e il secondo sancisce l'inutilizzabilità delle «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge», divieti tra cui deve includersi l'art. 188 c.p.p.

Nel già menzionato caso *Cestaro c. Italia* viene evidenziato che l'assenza del delitto di tortura nel codice penale italiano è grave sia rispetto all'inadeguatezza del «mosaico normativo» di cui si è detto a infliggere sanzioni adeguate ed effettive, sia sotto il profilo della capacità dissuasiva a prevenire i fatti di tortura.

Pertanto si può concludere che l'introduzione del delitto di tortura non ha ovviato soltanto al problema di prevedere sanzioni adeguate per fatti di tale gravità, ma svolge un ruolo fondamentale in chiave simbolica: esso è tale da indicare in maniera esplicita la disapprovazione dell'Italia non solo in relazione a qualsiasi forma di maltrattamento su persone sottoposte a restrizione della libertà, ma altresì in

⁴² Cass. pen., sez. VI, 21.05.2012, n. 30780, cit.

⁴³ A. COLLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1802.

⁴⁴ Nell'art. 191 c.p.p. è stato introdotto il comma 2-bis proprio dalla l. n. 110 del 2017 per rimarcare che «Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

relazione ai comportamenti di complicità e di intralcio delle indagini tenuti dagli autori dei maltrattamenti al fine di sottrarsi ad ogni responsabilità.

3. Il percorso di introduzione del delitto di tortura nel codice penale.

Non è semplice rintracciare i motivi per cui il delitto di tortura sia stato introdotto nel codice penale così tardi rispetto agli obblighi costituzionali e internazionali di criminalizzazione.

Questa omissione normativa «è fatta risalire al 1989, quando a Palazzo Madama – per iniziativa del senatore comunista Nereo Battella – venne depositato il primo disegno di legge diretto a introdurre il relativo reato nel codice penale».⁴⁵

Sembra certo che la responsabilità di questo ritardo così consistente sia attribuibile in primo luogo alle maggioranze parlamentari che hanno ostacolato l'introduzione del delitto per inerzia o a causa dei rinvii, bocciature e mozioni, nondimeno, è stato altresì considerato che «lo scandalo nello scandalo [...] è la mancata indignazione – più che della classe politica – dell'opinione pubblica»⁴⁶, tant'è vero che il disegno di legge di iniziativa popolare per introdurre il delitto di tortura non venne depositato per mancanza del numero di firme necessarie⁴⁷.

Certamente una delle principali ragioni della mancata introduzione del reato nel codice penale è di tipo culturale e riguarda il timore che l'incriminazione dei maltrattamenti avrebbe potuto comportare, da una parte, una certa sfiducia nei riguardi delle forze dell'ordine, e dall'altra favorire manovre di strumentalizzazione rispetto agli agenti di polizia penitenziaria che in maggior misura vengono in contatto con le persone sottoposte a restrizione della libertà personale.

⁴⁵ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., p. 133.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ Cfr. l'iniziativa in materia di *Introduzione del crimine di tortura nel codice penale*, inclusa nel pacchetto *Tortura, carceri, droghe. Tre leggi per la giustizia e i diritti*, in www.3leggi.it. Il disegno di legge è stato ugualmente depositato alla Camera dei Deputati, in forma di iniziativa legislativa parlamentare (cfr. A.C. n. 1801, Raciti e altri).

E' una tesi che è stata sostenuta da molti durante il lungo cammino per l'introduzione del reato, tanto spingere taluno a considerare che il reato altro non fosse che una «pesante spada di Damocle [...] sugli agenti di polizia»⁴⁸.

Chiara a tal proposito è la posizione del Segretario Generale Sappe che ha espresso il proprio dissenso rispetto all'introduzione del reato di tortura nel nostro ordinamento, considerando che «tale reato sembra rispondere più che altro a spinte ideologiche che guardano con diffidenza e sfavore verso le Forze di polizia».⁴⁹

Taluno ha sostenuto che la maggior preoccupazione non riguarda ciò che gli agenti di polizia lecitamente possono fare, ma quello che potrebbe fare *contra ius*, preoccupazione che crea nei confronti dell'autorità una sorta di timore e di soggezione psicologica e che a sua volta rafforza la connivenza silente degli agenti di polizia, ostacolando comunque ogni serio tentativo di riforma⁵⁰.

E' sicuramente una posizione estrema questa, ma a cui comunque può attribuirsi un fondo di verità in quanto, come già evidenziato, le forze dell'ordine hanno sì il compito di assicurare la sicurezza dei cittadini, ma può succedere - così come è successo - che in situazioni difficili svolgano questo ruolo con eccessiva veemenza, andando oltre quelli che sono i doveri inerenti alle loro funzioni⁵¹.

Questa salda opposizione non ha riguardato solo la criminalizzazione della tortura, ma ha altresì ostacolato l'introduzione di misure idonee ad identificare e ad allontanare gli agenti responsabili di maltrattamenti. A tal proposito, in sede di lavori parlamentari si è osservato che «l'introduzione del reato di tortura [...] è anche un modo per difendere l'onore e il lavoro degli agenti di Polizia penitenziaria, delle autorità di pubblica sicurezza, dei Carabinieri e di tutti coloro che fanno

⁴⁸ Cfr. V. ZANETTI, *Necessaria ma non sufficiente*, cit., p. 944.

⁴⁹ Intervento del Segretario Generale Sappe, Commissione II Giustizia, in *Resoconto stenografico della seduta del 26 giugno 2014*, cit., p. 3.

⁵⁰ In argomento vedi L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015, p. 179.

⁵¹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 240. L'Autrice afferma che «non pare infatti del tutto infondato il rischio che le forze dell'ordine, sulle quali come osservato in premessa il nostro ordinamento ha “scaricato” il compito di rassicurare i cittadini sulla sicurezza delle condizioni di vita collettiva, possano interpretare questo ruolo come una missione, “facendo poi corpo”[...] di fronte a eventuali criticità che derivino da un *malinteso senso del dovere*». Corsivo aggiunto.

semplicemente il loro dovere e che hanno il diritto di non essere infangati e disonorati dall'azione di singoli pubblici ufficiali che abusano del loro ruolo»⁵².

In tale contesto non sorprende che l'*iter* parlamentare per adempiere agli obblighi di cui alla Convenzione ONU del 1984 e, a quello più risalente, di cui all'art. 13 co. 4 Cost. sia stato lento e faticoso, malgrado le pressioni esercitate da organizzazioni internazionali come Amnesty International, la quale da ultimo, nel 2016 inviava una lettera al Senato che esordiva così: «qualcuno di voi, poco più di un anno fa, aveva ipotizzato che il Parlamento potesse approvare definitivamente, entro la ricorrenza di oggi, una legge introduttiva di una fattispecie specifica di tortura nel nostro ordinamento. *Noi, forse ingenuamente, abbiamo sperato*»⁵³.

I primi disegni di legge per introdurre il reato di tortura nell'ordinamento italiano sono stati presentati nella X legislatura, senza però mai essere discussi in assemblea⁵⁴; lo stesso vale per quelli presentati nella XIII legislatura.

Già a quel tempo, veniva posto in rilievo che l'introduzione del reato di tortura non rispondeva soltanto alla necessità di adempiere ad un obbligo internazionale di penalizzazione, ma altresì serviva a trasmettere «un forte messaggio simbolico in chiave preventiva»⁵⁵.

In tale ambito è necessario altresì menzionare il disegno di legge⁵⁶ presentato dall'allora Ministro della Giustizia Fassino con cui - anziché prevedere l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* - si era proposto di introdurre una circostanza aggravante rispetto alla quale si escludeva la possibilità di operare un giudizio di bilanciamento con circostanze di segno opposto e che disponeva per le pene previste per i delitti non colposi contro la persona, consumati o tentati, un aumento da un terzo alla metà «quando il colpevole ha commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio adoperando sevizie

⁵² Intervento del Sen. Mazzoni (FI-PDL XVIII) nel corso della discussione del progetto al Senato del 5 marzo 2014.

⁵³ Corsivo aggiunto; v. AMNESTY INTERNATIONAL, *Lettera aperta al Senato sul reato di tortura in Italia*, 26 giugno 2016, in www.amnesty.it.

⁵⁴ A. S. 1677 (Sen. Battello) e A. S. 2659 (Sen. Corleone).

⁵⁵ A. S. 3691 (Sen. Salvato e al.) in cui si legge altresì che l'introduzione del reato di tortura «significa chiarire con nettezza quali sono i limiti dell'esercizio della forza e quali sono i limiti di esercizio dei pubblici poteri rispetto alle esigenze investigative e di polizia».

⁵⁶ A. C. 7283 (On. Fassino-Dini).

o agendo con crudeltà o comunque ricorrendo ad altre modalità di violenza fisica o morale verso la persona, idonee ad intimidirla ovvero a ridurne in modo apprezzabile la libertà di autodeterminarsi allo scopo di ottenere da essa o da altri dichiarazioni o informazioni».

Altri nove disegni di legge furono presentati alla Camera e al Senato nella XIV legislatura, per poi essere successivamente riuniti in un solo disegno di legge che, come i precedenti, non fu discusso dall'assemblea⁵⁷.

Nel mentre, venne introdotta in Italia per la prima volta con legge n. 6 del 31 gennaio 2002 una disciplina relativa al divieto di tortura: si tratta dell'art. 185 *bis* c.p. ml. guerra, rubricato «altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali». ⁵⁸Questa disposizione fu da subito criticata in quanto si ritenne che assoggettasse alla stessa sanzione condotte troppo diverse tra loro; nella specie la tortura, i maltrattamenti inumani, i trasferimenti illegali, gli esperimenti biologici e i trattamenti medici non giustificati. D'altra parte si osservò che vi fossero dei profili di indeterminatezza quanto alle «altre condotte vietate [...] dalle convenzioni internazionali» e in relazione all'assenza di un'autonoma definizione di tortura.

Tuttavia si è ritenuto che il principale difetto dell'art 185 *bis* consista nel prevedere una pena - della reclusione da due a cinque anni - del tutto inadeguata⁵⁹ rispetto ai gravi fatti sanzionati e alla qualifica del soggetto attivo, considerando anche che rispetto alla stessa si prospettano i “meccanismi di fuga” dalla sanzione come, ad esempio, la sospensione condizionale della pena⁶⁰.

⁵⁷ A. C. 1483 (On. Ruzzati e al.); A. C. 1518 (On. Piscitello); A. C. 1948 (On. Biondi); A. C. 4990 (On. Pecorella e al.); A. S. 582 (Sen. De Zulueta e al.); A. S. 789 (Sen. Bulgarelli); A. S. 895 (Sen. Pianetta); A. S. 954 (Sen. Iovene e al.); A. S. 1216 (Sen. Pecorella e al.).

⁵⁸ L'art. 185 *bis* c.p. militare di guerra dispone che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o maltrattamenti 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 da due a cinque anni».

⁵⁹ In tal senso T. SCOVAZZI, A. LANZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri crimini di guerra*, in Riv. dir. internaz., 2004, p. 690.

⁶⁰ Si consideri che la disciplina ordinaria si applica in forza dell'art. 16 c.p. il quale stabilisce che «le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti».

Infine, è necessario sottolineare che la disposizione in esame prevede la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato», la quale si presta a creare l'effetto paradossale nel caso di tortura da cui derivino anche delle lesioni di ricondurre il fatto nel «più grave» reato quanto a cornice edittale di maltrattamenti verso infermi, feriti o naufraghi di cui all'art. 192 c.p. mil. guerra⁶¹.

In seguito, nel lungo cammino per l'introduzione del reato di tortura, è stato adottato il d.lgs. n. 11 del 12 gennaio 2007 relativo alla «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1236/2005, concernente il commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti». Nello specifico, il decreto contempla delle contravvenzioni per chi «effettua operazioni di esportazione o di temporanea esportazione o di importazione di beni utilizzabili solo per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti», e per chi «anche gratuitamente, fornisce, accetta o richiede assistenza tecnica» in relazione a detti beni.

Intanto, si deve aggiungere che altri otto progetti di legge furono presentati durante la XV legislatura: i quattro proposti alla Camera furono riuniti in un solo disegno di legge che, una volta approvato, venne trasmesso al Senato⁶².

Quest'ultimo proponeva l'introduzione dell'art. 613 *bis* del codice penale che oltre a prevedere il delitto di tortura⁶³, contemplava altresì delle circostanze aggravanti rispettivamente per il caso in cui le condotte fossero poste in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, per il caso in cui dal fatto derivassero lesioni gravi o gravissime, fino a prevedere il raddoppio della pena se dal fatto fosse derivasse la morte della vittima.

⁶¹ P. P. RIVELLO, *Gli episodi di tortura a civili prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, 2002, p. 26.

⁶² Si tratta del disegno di legge A.S. 1216 che riuniva i disegni A.C. 915 (On. Pecorella e al.), A.C. 1206 (On. Forgione e al.), A.C. 1272 (On. De Zulueta e al.), A.C. 1279 (On. Suppa e al.).

⁶³ Il primo comma dell'art. 613 *bis*, così come prospettato nel disegno di legge S. 1216, disponeva: «E' punito con la pena della reclusione da tre a dodici anni chiunque, con violenza o minacce gravi, infligge ad una persona forti sofferenze fisiche o mentali ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti, allo scopo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni su un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale».

Anche se malvolentieri e con delle riserve, il testo venne approvato dalla Commissione Giustizia in considerazione del già grave ritardo registratosi rispetto all'introduzione del delitto. Le maggiori perplessità, espresse in particolare dal relatore Sen. Buccico, riguardavano la scelta del disegno di legge n. 1216 di qualificare l'art. 613 *bis* come reato comune, seppur aggravato perché con ciò, si notava, si «tradisce la genesi storica e la suità ontologica della tortura che, nella sue specificità, si inquadra nel rapporto – patologico e perverso – tra autorità ed individuo»⁶⁴.

Nonostante questi rilievi, si cercò di non accordarvi troppa importanza perché era forte la volontà di introdurre una volta e per tutte il reato; infatti venne osservato che in ogni caso «l'introduzione di una fattispecie specifica consente di illuminare il particolare disvalore che l'ordinamento intende attribuire alla tortura». Questo duro lavoro non portò tuttavia all'introduzione del delitto nel codice penale a causa dello scioglimento anticipato delle Camere.

Non maggior favore hanno trovato gli undici progetti di legge presentati nel corso della XVI legislatura, i quali non sono stati nemmeno discussi dall'Assemblea⁶⁵.

Si può dire che i disegni di legge sinora menzionati ricalcano tutti la definizione di tortura prevista dalla Convenzione ONU del 1984 e la maggior parte prevedono una figura di reato proprio, il cui soggetto attivo sarebbe stato il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, così come stabilito dall'art. 1 UNCAT.

Rispetto alla condotta, vi sono dei disegni di legge che prospettano una condotta libera che viene realizzata «con qualsiasi atto», mentre altri ne descrivono le modalità quali ad esempio le «minacce o violenze gravi».

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, è frequente la considerazione del dolo specifico, consistente nel perseguimento del fine di «ottenere [...] informazioni o confessioni», di punire o intimorire, ovvero la previsione di «motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale».

⁶⁴ V. la relazione della 2° commissione permanente (Giustizia), Relatore Buccico, comunicata alla Presidenza il 24 settembre 2007, sul disegno di legge in materia di *Introduzione degli articoli 613 bis e 613 ter del codice penale in materia di tortura* (A.S.1216).

⁶⁵ A.S. 256 (Sen. Amati e al.), A.S. 264 (Sen. Fleres e al.), A.S. 374 (Sen. Della Seta e al.), A.S. 1237 (Sen. Poretti e al.), A.S. 1596 (Sen. Di Giovan e al.), A.S. 1884 (Sen. Li Giotti e al.), A.S. 3267 (Sen. Mercenaro e al.); A.C. 857 (On. Pisicchio), A.C. 1508 (On. Bressa e al.), A.C. 1838 (On. Torrisi-Carlucchi), A.C. 3094 (On. Bernardini e al.).

Rispetto al *quantum* sanzionatorio, sono poche le proposte che considerano una pena che possa ritenersi adeguata rispetto alla gravità dei fatti: si tratta del d.d.l. A.C. 195 che prevedeva la pena della reclusione da uno a quindici anni e dei d.d.l. A.C. 1838 e A.S. 264 che prevedevano una pena della reclusione da quattro a dodici anni.⁶⁶

E' necessario ora occuparsi del disegno di legge – che ha condotto all'introduzione dell'art. 613 *bis* c.p. – presentato il 15 marzo 2013 su iniziativa del Sen. Luigi Manconi (Partito Democratico) alla Presidenza del Senato, successivamente riunito ad altri cinque disegni di legge⁶⁷ presentati ad iniziativa di senatori del Gruppo Misto, del Popolo della Libertà e del Movimento 5 Stelle⁶⁸.

Nella relazione al disegno di legge (A.S. 10), nella considerazione dell'urgenza dell'introduzione del reato di tortura, si è osservato che l'assenza del reato è «una omissione che produce impunità, come certificato oramai da più di un giudice. Una omissione, infine, tanto più rilevante in quanto si tratta dell'unico obbligo di punire previsto dalla nostra Carta costituzionale».

Il disegno di legge contemplava l'introduzione dell'art. 608 *bis* c.p. rubricato «tortura», tra i delitti contro la libertà personale: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge ad una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente 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 su di una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni».

Come è evidente si prospettava un delitto proprio perché i relatori avevano ritenuto che la tortura venisse in rilievo soltanto nel rapporto - non certamente paritario

⁶⁶ Per un'analisi più approfondita sui vari disegni di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano v. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., pp. 241 ss.

⁶⁷ Ci si riferisce ai d.d.l. A.S. 362 (Sen. F. Casson, PD), A.S. 388 (Sen. L. Barani, PdL), A.S. 395 (Sen. L. De Petris, Gruppo Misto), A.S. 849 (Sen. M. Buccarella, M5S), A.S. 874 (Sen. S. Torrisi, PdL).

⁶⁸ Sul punto G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, in *I diritti dei detenuti*, in www.costituzionalismo.it, 2015, p. 14. L'Autore osserva che «il testo finale [...] dovrebbe essere, dunque, *straordinariamente trasversale*, ed essere sostenuto dai tre maggiori gruppi parlamentari (PD, M5S, PdL)» (corsivo aggiunto).

- tra Stato e cittadino⁶⁹. Per quanto invece riguarda il dolo, la scelta era ricaduta su un dolo specifico, sulla base della considerazione che l'autore del reato dovesse perseguire un fine ulteriore di tipo giudiziario o comunque punitivo. E' da rimarcare che la condotta poteva consistere anche in un solo atto. Si prevedevano delle circostanze aggravanti per il caso in cui dal fatto derivasse la morte o le lesioni della persona offesa. E infine veniva applicata la stessa pena nell'ipotesi dell'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura.

Il disegno di legge venne esaminato dalla seconda Commissione Permanente del Senato, e dopo essere stato unificato agli altri disegni di legge fu sottoposto alla discussione in aula.

In tale ambito si predilesse la configurazione del reato comune perché, da un lato, fu evidenziato che anche le associazioni criminali potessero essere possibili autori di questo reato, realizzato dalle stesse per accrescere il proprio potere di sopraffazione⁷⁰, e, dall'altro, perché la configurazione del reato come proprio avrebbe potuto trasmettere un messaggio non corretto circa il lavoro svolto dalle forze di polizia⁷¹.

Altra questione riguarda la rinuncia al dolo specifico, sostenuta da più parti sul presupposto che lo stesso potesse escludere dall'ambito applicativo della fattispecie fatti connotati da finalizzazioni particolarmente gravi – come per il fatti del G8 di Genova - ma non previste dalla norma⁷².

L'esame del testo unificato da parte del Senato si concluse il 5 marzo 2014 con esito favorevole rispetto all'introduzione dell'art. 613 *bis* che si configurava quale delitto comune, aggravato nel caso in cui l'autore del reato fosse un pubblico ufficiale

⁶⁹ D.d.l A.S. 10, d'iniziativa dei senatori Manconi, Corsini e Tronti, comunicato alla presidenza il 15 marzo 2013; nella relazione si legge che «Il delitto è definito come un delitto proprio, ovvero commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. Non un delitto generico, dunque. *D'altronde fuori dal rapporto asimmetrico tra Stato e cittadino non rileva la tortura*» (corsivo aggiunto).

⁷⁰ Così il Sen. Buccarella nella seduta della II Commissione permanente (Giustizia), 5 agosto 2013.

⁷¹ In tal senso il Sen. Giovanardi nella seduta della II Commissione permanente (Giustizia), 25 settembre 2013.

⁷² Così il Sen. D'Ascola durante la presentazione del progetto in aula, 12 febbraio 2014.

o un incaricato di pubblico servizio. Veniva previsto altresì che le violenze o le minacce quali modalità della condotta dovessero essere “gravi”⁷³.

Le principali obiezioni al testo approvato dal Senato venivano mosse proprio dal suo promotore, il Sen. Manconi, il quale contestava la nuova formulazione in relazione alla richiesta di più atti di violenza per la verifica della fattispecie di tortura, non configurandosi quindi la tortura nel caso in cui l’atto di violenza fosse uno, come da lui prospettato nell’originario disegno di legge (A.S. 10), e, inoltre, criticava la scelta di prevedere un reato comune in luogo di un reato proprio, in quanto riteneva che la tortura avesse origine dall’abuso di potere, dall’ «esercizio arbitrario ed illegale di una forza legittima, utilizzata *extra legem*»⁷⁴.

Successivamente, il testo era inviato alla Camera dove veniva sottoposto all’esame della Commissione Giustizia, la quale dopo aver svolto un’accurata analisi, anche attraverso l’audizione di diversi rappresentanti delle forze dell’ordine, lo rimetteva all’Assemblea, che lo approvava il 9 aprile 2015.

Il testo approvato riguardava anche in questo caso l’art. 613 *bis* e quindi si confermava la scelta di inserire il delitto tra quelli contro la libertà morale, si manteneva altresì la configurazione del reato comune, mentre l’unica modifica riguardava la condotta, la quale ora si integrava con «violenza o minaccia» e quindi anche con un unico atto, come pure nel caso di «violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza». Rispetto invece all’elemento soggettivo, oltre al dolo specifico, si introduceva il dolo intenzionale. Non si modificava la circostanza aggravante per il caso in cui l’autore del reato fosse un pubblico ufficiale, al contrario veniva apportata una modifica al terzo comma, prevedendosi ora che «ai fini dell’applicazione del primo e del secondo comma, la sofferenza deve essere ulteriore rispetto a quella che deriva dall’esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti»⁷⁵.

⁷³ Art. 613 *bis* (Tortura): «Chiunque, con più atti di violenza o di minaccia, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, ovvero mediante omissioni, cagiona acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa, è punito con la reclusione da tre a dieci anni».

⁷⁴ V. l’intervento del Sen. Manconi durante la seduta del Senato del 5 marzo 2014.

⁷⁵ La Camera dei deputati ha approvato questa versione dell’art. 613 *bis*: «Chiunque, con violenza o minaccia ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza,

La norma, così come approvata alla Camera, è stata criticata perché riduceva l'ambito dei soggetti passivi alle sole persone affidate, o comunque sottoposte all'autorità, vigilanza o custodia del pubblico agente, in tal modo rischiando di sottrarre all'ambito applicativo della norma le «gravi violenze, gratuitamente finalizzate a provocare sofferenza nelle vittime, compiute dalle forze di polizia nell'ambito di operazioni di ordine pubblico prima che le vittime medesime siano tratte in arresto»⁷⁶.

A questo punto, il testo veniva trasmesso nuovamente al Senato, che lo approvava con delle modifiche nella seduta del 17 maggio 2017. Nello specifico veniva riconsiderata la norma così come approvata dal Senato prima delle modifiche apportate dalla Camera, ma questa volta veniva introdotto l'ulteriore requisito della reiterazione delle «violenze o minacce» e non si faceva più riferimento ai «trattamenti inumani o degradanti la dignità umana»⁷⁷. Rispetto alle circostanze aggravanti non venivano apportate modifiche, tranne che per il caso in cui dal fatto derivasse la morte della vittima come conseguenza non voluta per cui veniva considerata una pena di anni trenta. Infine veniva eliminato il terzo comma che prevedeva la non punibilità nel caso in cui la sofferenza inflitta fosse conseguenza dell'«esecuzione di legittime misure privative o limitative dei diritti»⁷⁸.

Inviato alla Camera questo testo, finalmente il disegno di legge veniva approvato in via definitiva il 5 luglio 2017, così portando all'emanazione della l. n.

intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche, al fine di ottenere da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. Se i fatti commessi di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni». (corsivo aggiunto).

⁷⁶ F. VIGANO', *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*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2015. L'Autore a tal proposito riflette sul fatto che, per come è configurata la norma approvata alla Camera, verrebbero sottratti al suo ambito applicativo fatti come quelli verificatisi alla Scuola Diaz, rispetto ai quali non sussisteva per la vittima l'affidamento ovvero la sottoposizione all'autorità, alla vigilanza o alla custodia del pubblico agente.

⁷⁷ A.S. n. 10 (Manconi et al.): «Chiunque, con reiterate violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da tre a dieci anni».

110 del 14 luglio 2017, in seguito ad un *iter* legislativo contraddistinto da posizioni oscillanti del legislatore e da un intenso dibattito sia nella aule parlamentari che fuori dalle stesse.

Il delitto di tortura è stato introdotto nel libro II del codice penale, nel titolo XII tra i delitti contro la persona, nella sezione III del capo III tra i delitti contro la libertà morale, all'art. 613 *bis* che prevede al primo comma: «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

Prosegue ai successivi quattro comma: «Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incarico di pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

Insieme all'art. 613 *bis* è stato introdotto l'art. 613 *ter* rubricato «istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura», che così recita: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

Inoltre la l. n. 110 del 2017 ha introdotto un co. 2 *bis* all'art. 191 c.p.p. di cui si è già detto, un co. 1.1 all'art. 19 del T.U. Immigrazione⁷⁹ e infine una disciplina sull'esclusione dell'immunità e sull'estradizione nei casi di tortura.⁸⁰

Si sono considerati fin qui i risvolti dovuti all'inadempimento del legislatore italiano agli obblighi di criminalizzazione di fonte interna e sovranazionale, attraverso l'analisi della casistica dei fatti di tortura in Italia che evidenziavano appunto la necessità di introdurre il delitto. Si può quindi spostare l'attenzione sull'analisi dello stesso e sulle eventuali prospettive di riforma.

4. Il delitto di tortura.

4.1. Introduzione.

All'indomani dell'introduzione del delitto nell'ordinamento italiano, si è acceso un aspro dibattito dottrinale rispetto alla configurazione dell'art. 613 *bis* c.p.

E' stato invero osservato, in maniera pressoché unanime, che si è puntato al ribasso nella «convincione che una cattiva legge sia meglio di una legge assente»⁸¹, che si sarebbe indotti a dire dopo anni di aspettative «meglio tardi che mai [...] ma la lettura del testo induce al più desolato giudizio: meglio mai»⁸².

Ancora si è evidenziato che si è «in presenza di un diritto penale “liquido”, troppo spesso forgiato su politiche sociali di consenso, troppo spesso baluardo

⁷⁹ Il comma 1.1 dell'art 19 d.lgs. n. 286 del 98 stabilisce che «Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

⁸⁰ L'art. 4 l. 110 del 2017 prevede quanto segue: «Non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale. Nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, nei casi di cui al comma 1, lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale».

⁸¹ L. RISICATO, *La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in www.lacostituzione.info, 6 luglio 2017.

⁸² T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2017, cit. p. 27

inutile a tutela del nulla»⁸³ e inoltre, si è considerato che il legislatore ha tenuto conto soltanto della persona offesa dal reato, facendo riaffiorare un c.d. diritto penale della vittima.⁸⁴ Infine si deve tener conto che lo stesso Sen. Manconi – “padre” del progetto di legge da cui ha avuto avvio l’*iter* legislativo che ha portato all’introduzione del delitto – si è astenuto dal votare il testo così come approvato, perché lo ha ritenuto “stravolto” rispetto a quello originario⁸⁵.

La maggior critica avanzata rispetto alla nuova figura di reato riguarda la considerazione del reato comune in luogo del reato proprio, venendo meno «la fisionomia di *reato espressione* – in chiave patologica – del *rapporto tra Stato e cittadino*»⁸⁶.

Per meglio capire le ragioni di queste valutazioni, è necessario analizzare i singoli elementi del delitto di tortura.

4.2. Il bene giuridico tutelato.

Si può in primo luogo ritenere che la fattispecie di cui all’art. 613 *bis* sia plurioffensiva, in quanto la tortura viola non solo la dignità, la libertà morale e l’integrità fisio-psichica della persona offesa, ma anche il buon andamento dell’amministrazione della giustizia⁸⁷.

A tal proposito, si deve considerare che l’interesse al buon andamento dell’amministrazione della giustizia ha svolto un ruolo significativo per l’introduzione del delitto di tortura, considerato che la casistica giurisprudenziale faceva venire all’evidenza la necessità di approntare una tutela effettiva alla vittima, ai familiari e ai consociati attraverso l’accertamento dei fatti e la concreta punizione degli autori dei maltrattamenti⁸⁸.

⁸³ L. RISICATO, *La tortura tra antiche lacune normative*, cit.

⁸⁴ I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l’introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano: un’altra occasione persa?*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2014.

⁸⁵ *Reato di tortura, terzo ok dal Parlamento, il Senato rimanda alla Camera. Il no del primo firmatario Manconi: “Testo stravolto”*, in *La Repubblica*, 17 maggio 2017.

⁸⁶ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 254, (corsivo aggiunto).

⁸⁷ Sul punto A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 30.

⁸⁸ In argomento si veda F. VIGANO’, *L’arbitrio del non punire*, cit., p. 2659, in cui l’Autore sostiene che esiste, rispetto ai fatti di tortura, l’interesse al “diritto alla verità”.

Nondimeno, emerge con chiarezza che il principale bene giuridico tutelato è quello della dignità umana. Si è detto che il suo rispetto costituisce il presupposto di uno Stato costituzionale moderno in quanto ne sintetizza i valori fondamentali e legittima ogni forma di autorità⁸⁹. In questa prospettiva, la dignità umana «si sostanzia nel diritto al “rispetto”, sintesi di riconoscimento e di pari considerazione delle persone» in cui si fondono libertà ed eguaglianza.

Nel medioevo la *dignitas* era un attributo della carica ricoperta per cui, una volta acquisita, essa non veniva più sottratta, nemmeno nel caso in cui non se ne fosse più meritevoli. Da qui l'evoluzione del concetto di dignità: si tratta di un attributo proprio di ogni essere umano che va rispettato a prescindere dalla valutazione del soggetto interessato⁹⁰.

La tutela della dignità umana trova espresso riconoscimento nella Costituzione italiana, la quale pone il c.d. principio personalista all'art. 2, secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Questo principio concepisce la persona umana «come uomo-valore, uomo persona, uomo-fine, come tale non strumentabile [...] in funzione di alcun interesse extra o ultra personale» e dotata di «una sua *intrinseca dignità*»⁹¹.

Il principio personalista è l'esatto contrario di quello utilitaristico, il quale considera la possibilità di disporre della persona umana per finalità di utilità pubblica, per la maggior felicità dei consociati ovvero sulla base del consenso della persona⁹².

Considerato che la *ratio* della norma incriminatrice risiede nell'approntare una tutela alla persona rispetto ai fatti di tortura, nel lungo *iter* per l'introduzione del delitto si sono registrate posizioni diverse rispetto alla collocazione dello stesso: da un lato vi era chi sosteneva che fosse opportuno inserirlo tra i delitti contro la

⁸⁹ In questo senso G. SILVESTRI, *La dignità dentro le mura del carcere* (intervento del presidente Silvestri al Convegno *Il senso della pena. Ad un anno della sentenza Torregiani della CEDU*, Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014).

⁹⁰ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 256, che richiama le considerazioni di G. SILVESTRI, Prefazione al volume di C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza campo*, Napoli, 2016, in cui si legge che «la dignità umana, come si acquista per meriti, non si perde per demeriti».

⁹¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Delitti contro la persona*, Milano, 2013, cit., p. 40.

⁹² A tal proposito F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 2.

libertà morale, e dall'altro chi riteneva che esso dovesse essere collocato tra i delitti contro l'integrità fisica⁹³.

A tal proposito, si era considerato che fosse più logica la collocazione del delitto tra quelli contro l'integrità fisica sia perché la vita e l'incolumità personale sono beni giuridici di rango più elevato della libertà morale⁹⁴ sia perché ciò che più scuote della tortura è la sofferenza fisica che causa; infatti, è stato osservato 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»⁹⁵. Al fine di evidenziare che la collocazione del delitto di tortura tra i delitti contro la libertà morale non sia coerente, è stato anche osservato che il massimo della pena edittale prevista è il doppio rispetto a quelle previste per i delitti contro la libertà morale più severamente puniti⁹⁶.

Sul versante opposto, si è sostenuta la coerenza dell'introduzione del delitto tra quelli contro la libertà morale in considerazione del principale bene giuridico tutelato dalla norma, non individuato nella integrità fisica⁹⁷; tant'è vero che si è osservato che «la tortura è qualcosa di più di una semplice, ancorché violenta, aggressione alla fisicità della persona che la subisce, implicando la lesione di una pluralità di interessi [...] che investono un concetto di dignità che è espressione dell'insieme dei valori su cui poggia l'intero ordinamento democratico»⁹⁸.

A sostegno di questa tesi si devono considerare le testimonianze di tutti coloro che sono stati sottoposti a tortura, i quali più che ricordare le violenze fisiche subite, ne raccontano le ripercussioni psichiche come il senso di angoscia, di annullamento e la sensazione di totale sfiducia nel genere umano; a tal proposito si è osservato che «chi è stato torturato rimane torturato. [...] Chi ha subito il tormento non potrà più

⁹³ Da questo punto di vista si considerino i progetti di legge che prevedevano l'introduzione del delitto di tortura all'art. 593 *bis* tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, o all'art. 608 *bis* tra i delitti contro la libertà personale: si veda ad esempio il d.d.l. A.S. 10 ad iniziativa del Sen. Manconi.

⁹⁴ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 3: l'Autrice tuttavia non nasconde che anche la lesione della libertà morale possa avere un peso specifico, prospettando il caso in cui il torturato, innocente, confessi un crimine che non ha commesso e per il quale non esistano prove contro di lui e si trovi di conseguenza a scontare una pena ingiusta.

⁹⁵ G. ZACCHERONI, *La tortura: profili di diritto internazionale*, cit. (corsivo aggiunto).

⁹⁶ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale*. Vol. II, *I delitti contro la persona*, Padova, 2017, p. 247.

⁹⁷ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 258

⁹⁸ *Ibidem*.

ambientarsi nel mondo, l'abominio dell'annullamento non si estingue mai. La fiducia nell'umanità, già incrinata dal primo schiaffo sul viso, demolita poi dalla tortura, non si riacquista più»⁹⁹.

Sulla base di queste considerazioni, si può quindi ricondurre la tortura nella categoria dei reati che ledono la libertà psichica ovvero «la libertà della sfera psichica da interferenze esterne». Si è altresì sostenuto che la libertà psichica dovrebbe avere una tutela autonoma e diretta, posto che si tratta di una libertà che si pone come presupposto di tutte le altre, in quanto dalla lesione della libertà morale potrebbe derivare la lesione di tutte le libertà di agire¹⁰⁰.

In conclusione, a sostegno della tesi secondo la quale il principale bene giuridico tutelato si identificherebbe con la libertà morale, si è osservato che la critica che prende in considerazione la pena molto più severa prevista dal delitto di tortura rispetto a quelle previste per gli altri delitti contro la libertà morale non sembra fondata, considerato che il legislatore, nel delineare la sanzione, si è attenuto a quanto indicato dalle fonti sovranazionali¹⁰¹.

4.3. Il soggetto attivo del reato.

La questione che ha più impegnato il dibattito durante i lavori preparatori è stata quella relativa alla configurazione del reato come proprio dell'agente pubblico ovvero come reato comune. Come già noto, il disegno di legge che ha dato avvio all'*iter* legislativo che ha portato all'introduzione dell'art. 613 *bis* c.p. prevedeva un reato proprio, in linea anche con i maggiori suggerimenti di matrice internazionale, tuttavia la scelta finale è stata quella di introdurre un reato comune.

Anche se formalmente il reato potrebbe apparire un delitto comune, è stato giustamente osservato che il primo comma dell'art. 613 *bis* prevede una «fattispecie ibrida» in quanto le situazioni in cui si trova il soggetto passivo assurgono a criterio selettivo, così da indicare la qualifica del soggetto attivo e da configurare il reato come

⁹⁹ P. LEVI, *Sommersi e salvati*, Torino, 1986, che cita le parole di J. AMERY.

¹⁰⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Speciale, Delitti contro la persona*, vol. I, Milano, 2016, p. 333 ss.

¹⁰¹ In argomento E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 260.

proprio. Infatti il soggetto passivo è una persona «affidata alla [...] custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza» del soggetto attivo. Da questa prospettiva si coglie un elemento implicito di fattispecie, consistente nella presenza di un potere in capo all'agente sulla vittima, che lo richiama ad osservare degli obblighi di tutela¹⁰².

D'altra parte, si è detto che rispetto alle situazioni in cui viene a trovarsi il soggetto passivo quale «persona privata della libertà personale» ovvero «in condizioni di minorata difesa», il soggetto agente potrebbe anche non rivestire una qualifica, come nel caso in cui la restrizione della libertà personale non segua all'esecuzione di un legittimo provvedimento della pubblica autorità, ma sia conseguenza, ad esempio, di un sequestro di persona; in tale ipotesi si configurerebbe effettivamente un reato comune¹⁰³.

Tuttavia, come anticipato, a proposito della natura del reato si è acceso un lungo dibattito parlamentare in relazione alla previsione di un reato proprio del pubblico agente così come stabilito dall'art. 1 della Convenzione ONU del 1984.

A favore della previsione del reato comune, si è rimarcato che nonostante la definizione di tortura offerta dalla Convenzione ONU sia orientata nel senso di individuare i soggetti attivi del reato in persone che agiscono a titolo ufficiale, ciò non preclude al legislatore di prevedere una tutela più ampia dei fatti di tortura come del resto riconosciuto proprio dall'art. 1 par. 2 della Convenzione¹⁰⁴.

¹⁰² In argomento I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2014, p. 8.

¹⁰³ *Ibidem*. Nello stesso senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 261. In senso contrario cfr. G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016, p. 9. L'Autrice rimarca che il reato non può essere commesso dal «*quisque de populo*», in quanto si richiede che tra il soggetto attivo e quello passivo vi sia un legame qualificato dal rapporto di affidamento, autorità, vigilanza o custodia e dunque conclude per la configurazione del reato come proprio.

¹⁰⁴ F. VIGANO', *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, cit., p. 7-8. L'Autore ritiene che sia meritevole di approvazione la scelta di configurare la tortura come reato comune, ma sottolinea che sarebbe opportuno considerare in un autonomo titolo di reato la tortura commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, in modo da evitare equivoci sulla natura di fattispecie autonoma, e non di circostanza aggravante, che in quanto tale sarebbe «neutralizzabile» attraverso un giudizio di bilanciamento ex art. 69.

Si è altresì considerato che non manca il riferimento alla tortura commessa da “chiunque” nel panorama degli atti internazionali e che vi sono anche dei casi di tortura nella giurisprudenza della Corte EDU commessi in contesti privati¹⁰⁵.

In tale ambito è stato osservato che la tortura non viene in rilievo soltanto in relazione all'esercizio della forza pubblica, ma che l'idea che essa possa essere commessa in ambito privato è molto risalente, tanto è vero che in un'opera letteraria di Voltaire riferisce che la tortura è il delitto creato dai ladri che, al fine di farsi indicare dove si trovi il denaro, sottopongono a tortura il proprietario di casa¹⁰⁶.

La considerazione del reato comune sembrerebbe altresì coerente con le vicende di maltrattamenti e di violenze sessuali in ambito privato che, se fosse esistito nell'ordinamento italiano il delitto di tortura, sarebbero state probabilmente ricondotte allo stesso¹⁰⁷.

Tuttavia, non sembra che si possa seriamente mettere in dubbio che la tortura sia collegata all'esercizio brutale e prepotente del potere statale nei riguardi del cittadino. Questa valutazione è confermata dalla circostanza che l'obbligo di incriminazione della tortura è previsto all'art. 13 della Costituzione, la cui *ratio* è quella appunto di obbligare il legislatore ordinario a punire gli atti posti in essere dai pubblici ufficiali nei riguardi dei soggetti sottoposti ad interrogatorio o a restrizione della libertà personale¹⁰⁸.

¹⁰⁵ In tal senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 261 in cui l'Autrice a nota di questa considerazione richiama l'art. 7.2 (e) dello Statuto della Corte penale internazionale e le sentenze della Corte EDU che si riferiscono a quelli che per il nostro ordinamento - prima dell'introduzione dell'art. 613 *bis*- configuravano maltrattamenti in famiglia.

¹⁰⁶ Si tratta della tesi sostenuta da Tullio Padovani, durante l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera, il quale riporta la definizione di tortura offerta da Voltaire nel *Dizionario filosofico*, nella voce *question*.

¹⁰⁷ In tal senso Trib. Monza, 10 giugno 2016, n. 2312. Questa sentenza offre l'opportunità di valutare la configurabilità della tortura nei “rapporti orizzontali” nei quali sia la vittima che il carnefice sono soggetti privati. Si tratta della vicenda relativa ad un impresario nel campo della moda che contatta su internet una modella svedese e la induce a venire in Italia, offrendole un lavoro. Tra i due nasce una relazione, nell'ambito della quale la modella viene segregata in casa e dunque privata della libertà personale, percossa giornalmente e costretta a subire violenze sessuali. Per un breve commento, A. COLELLA, *La configurabilità della tortura (in senso tecnico) nei rapporti inter-privati: un caso emblematico oggetto di una recente sentenza del Tribunale di Monza*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 novembre 2016.

¹⁰⁸ In argomento G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura*, cit., p. 22.

Invero, i casi che hanno portato alla luce il problema dell'assenza di un reato specifico per i fatti di tortura nell'ordinamento italiano erano tutti caratterizzati dalla circostanza che il soggetto attivo fosse un pubblico ufficiale.

Si è altresì contestata la considerazione - a favore della scelta del reato comune - secondo cui per la vittima sarebbe indifferente l'identità del torturatore¹⁰⁹. A tal proposito il Sen. Manconi, durante il suo intervento al Senato del 5 marzo 2014, sottolineava che l'obbligo di incriminazione riguardasse il cittadino e lo Stato: «La certezza che lo Stato garantisce l'incolumità, l'integrità fisica e psichica, tanto più quando ci si trovi sotto la sua custodia, dà forza al patto di ubbidienza verso lo Stato, e al dovere di lealtà nei suoi confronti».

Sono in argomento rilevanti le considerazioni svolte dalla Corte d'Appello di Genova nella sentenza sui fatti avvenuti nella caserma Bolzaneto rispetto all'applicazione dell'aggravante prevista dall'art. 61 n. 1 c.p. Al riguardo la Corte ha osservato che l'infliggere trattamenti inumani e/o degradanti o azioni di tortura, «costituisce il più infimo grado di abiezioni di cui può macchiarsi la condotta del Pubblico Ufficiale della Repubblica Italiana, posto che «il pubblico funzionario [...] giurando fedeltà alla costituzione, giura di operare assumendo un dovere gravido di senso costituzionale» e che l'art. 2 della Costituzione preveda come principale compito dello Stato persona quello di salvaguardare la vita e la dignità dell'individuo¹¹⁰.

Si è anche rilevato che la scelta di configurare il delitto di tortura come reato comune potrebbe essere giustificata dall'intenzione di non voler ostacolare l'operato delle forze dell'ordine o comunque di non «perseguire obiettivi ideologici ben precisi volti a penalizzare le forze dell'ordine»¹¹¹. In questo senso si è osservato, «è una questione di *simboli*. Al limite può essere accettato che la tortura sia un delitto generico ma mai che sia un delitto proprio ed esclusivo di agenti dello Stato»¹¹².

Tralasciando i propositi del legislatore, la formulazione del delitto come reato comune può comportare il rischio di una sovrapposizione dell'ambito applicativo del delitto di tortura a quello del delitto di cui all'art. 572 c.p., ossia ai maltrattamenti in

¹⁰⁹ Così F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 7.

¹¹⁰ Corte App. Genova, 5 marzo 2010, cit., p. 371.

¹¹¹ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., p. 142.

¹¹² P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, cit., p. 44, (corsivo aggiunto).

famiglia. Questo perché - diversamente da quanto si penserebbe limitandosi alla lettura della rubrica della norma - l'art. 572 non si applica soltanto alle violenze in ambito familiare, ma anche nel caso in cui il soggetto passivo sia sottoposto all'autorità o all'affidamento del soggetto agente «per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia». In una simile circostanza, il pubblico ministero potrebbe contestare, in luogo del reato di cui all'art. 572 c.p., il più grave delitto di cui all'art. 613 *bis*¹¹³.

Sulla scorta delle osservazioni qui riportate, non sembra destare stupore la critica mossa dal CPT circa la previsione da parte del legislatore italiano di un reato comune, in luogo di un reato proprio del pubblico ufficiale, così come previsto dalla Convenzione ONU del 1984¹¹⁴.

Una valutazione simile è stata effettuata dal Comitato contro la tortura dell'ONU, che ha criticato l'assenza nel reato base di specificazioni relative al soggetto attivo, ossia l'assenza di un «riferimento all'atto commesso da, su istigazione di, ovvero con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o di altra persona che agisce a titolo ufficiale». Inoltre, il Comitato ha invitato lo Stato italiano a uniformare il contenuto dell'art. 613 *bis* a quello dell'art. 1 della Convenzione ONU del 1984, anche - ma non solo - in relazione al soggetto attivo del reato, in quanto ha ritenuto che le discrepanze tra l'art. 613 *bis* e l'art. 1 della Convenzione possano creare delle potenziali scappatoie per l'impunità¹¹⁵.

Si può concludere che sarebbe stato più opportuno introdurre due diverse fattispecie, una che contemplasse un reato proprio e l'altra quello comune.

Questa soluzione era stata prospettata dal Prof. Padovani che, audito dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera, riferiva che fosse preferibile l'introduzione

¹¹³ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014, p. 38.

¹¹⁴ CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, Strasburgo, 8 settembre 2017, CPT/Inf (2017) 23, par. E. 7: «Unfortunately, the draft legislation in question is not in compliance with the precepts of the 1984 United Nations Convention against Torture. More particularly, the bill provides that the offence must be reiterated and that it can be committed by an ordinary individual; the fact that an act of torture may be inflicted by a public official is not considered as an autonomous criminal offence but rather as an aggravating factor».

¹¹⁵ UN COMMITTEE AGAINST TORTURE (CAT), *Concluding observations on the fifth and sixth combined periodic reports of Italy*, 21 November 2017, CAT/C/ITA/CO/5-6, par. 10-11.

di un reato comune («ipotesi [...] collocata sullo stesso asse teleologico dei maltrattamenti») non caratterizzato da finalità specifiche¹¹⁶ e di un reato proprio imperniato sull'abuso dei poteri e sulla violazione dei doveri e caratterizzato dal dolo specifico¹¹⁷.

Anche il Prof. Viganò aveva, in sede di audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera, prospettato questa soluzione, sulla base del «bell'esempio [...] che è il rapporto tra la violazione di domicilio comune (articolo 614) e la violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale (articolo 615), fattispecie autonoma, quindi non bilanciabile ex articolo 69»¹¹⁸.

4.4. Il soggetto passivo del reato.

L'art. 613 *bis* indica come soggetto passivo del reato una persona «privata della libertà personale» o «affidata alla [...] custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza» del soggetto attivo, «ovvero che si trovi in condizione di minorata difesa».

Dunque nella fattispecie viene descritta la particolare condizione di debolezza in cui si trova il soggetto passivo, condizione che deve preesistere alla condotta dell'agente in quanto presupposto della stessa e che può dipendere sia da situazioni di tipo fattuale che da situazioni di natura giuridica¹¹⁹. Il legislatore ha voluto in tal modo includere tra i soggetti passivi non solo chi subisce una restrizione della libertà personale in esecuzione di un provvedimento formale di arresto, di fermo, di custodia cautelare ovvero di esecuzione di pena detentiva, ma anche chi, in mancanza del

¹¹⁶ V. l'audizione del Prof. Tullio Padovani dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera del 22 ottobre 2014. A tal proposito il prof. Padovani argomenta: «La ragione per cui la tortura viene commessa non ha alcun valore selettivo, per una ragione molto semplice: si determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra i soggetti comuni in rapporto alla finalità. Un padre che punisce con la tortura il figlio per l'acquisto della droga risponde di tortura. Un padre che, invece, gli fa la stessa cosa, ma per malanimo, per ostilità verso di lui, perché è un padre snaturato, risponde di lesioni e maltrattamenti. Con quale logica avviene questo?».

¹¹⁷ Così il Prof. Padovani si riferisce alla finalità giudiziaria, punitiva e discriminatoria e spiega che «la necessità di selezionare in termini d'intenzionalità specifica si coglie, invece, se a commettere la tortura è un pubblico ufficiale. In tal caso la finalità è coesistente al fatto, perché la tortura si innesta, e si è sempre innestata storicamente, nei rapporti tra pubblica autorità e individuo e li perverte, operando come una modalità criminosa di esercizio del potere funzionale attribuito al pubblico ufficiale».

¹¹⁸ Audizione dinanzi alla Commissione II Giustizia della Camera dei deputati del 24 settembre 2014.

¹¹⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 266.

provvedimento, sia affidato per qualsiasi ragione al soggetto attivo o comunque si trovi «in condizione di minorata difesa».

La scelta di non circoscrivere la cerchia dei soggetti passivi soltanto alle «persone private della libertà personale» è dovuta sia alla preferenza per la natura comune del reato sia alla considerazione di quelle situazioni in cui le vittime non sono private della libertà personale - come nel caso delle violenze inflitte nella scuola Diaz - rispetto alle quali si è altresì inteso prestare tutela¹²⁰.

La decisione di estendere la categoria dei soggetti passivi della tortura a persone che siano affidate «alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza» dell'agente, ha comportato, come già accennato, una sovrapposizione dell'ambito applicativo della norma rispetto a quello dell'art. 572 che individua il soggetto passivo non solo in «una persona della famiglia o comunque convivente», ma anche in «una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte».

Questa sovrapposizione veniva evitata, nelle precedenti versioni della norma incriminatrice discusse alla Camera, attraverso la configurazione di un reato istantaneo caratterizzato da specifiche finalità che fungevano da criteri di delimitazione dell'ambito applicativo delle due norme¹²¹.

Nel novero dei possibili soggetti passivi del reato di tortura vi sono altresì le persone che si trovino «in condizioni di minorata difesa». Questa formula ha suscitato delle perplessità in dottrina, da un lato si è osservato che si tratta di «una formula di oscura interpretazione, non conforme al canone costituzionale di precisione» e dall'altro che la stessa non sembra possa colmare dei vuoti di tutela, considerato che risulta difficile pensare a situazioni in cui la vittima di tortura verta in una condizione

¹²⁰ Così F. VIGANO², *Sui progetti*, cit., p. 11.

¹²¹ G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, cit., p. 24. Rispetto alla configurazione del delitto di tortura comune, Tullio Padovani, in sede di audizione dinanzi alla Commissione II Giustizia della Camera, osservava che la considerazione del dolo specifico per il delitto comune creava un disparità di trattamento in quanto lo stesso fatto, connotato però da finalità diverse, portava alla contestazione del meno grave delitto di maltrattamenti in famiglia.

di minore difesa, ma non sia, al contempo, privata della libertà personale¹²². A tal proposito, è stato contestato che non sono insoliti i casi in cui la condotta di tortura è stata posta in essere su persone non sottoposte ad alcuna restrizione della libertà personale così come dimostrato dai fatti avvenuti nella scuola Diaz in relazione ai quali gli occupanti erano soggetti in assoluta libertà al momento dell'irruzione¹²³.

Rispetto invece alla imprecisione della formula “minorata difesa”, si è detto che finora la Corte costituzionale non si sia espressa rispetto alla stessa, in quanto prima dell'introduzione del delitto di tortura, la “minorata difesa” veniva in considerazione soltanto come circostanza aggravante ai sensi dell'art. 61 n. 5¹²⁴ che in quanto tale incide sulla quantificazione della pena e non sul presupposto della responsabilità penale, così come avviene ora in relazione all'art. 613 *bis*¹²⁵. Infatti, l'analisi della giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 61 n. 5 non fornisce elementi utili per l'individuazione dei soggetti passivi: questa circostanza è stata contestata, ad esempio, per il caso in cui il reato sia stato commesso di notte¹²⁶ ovvero nel caso in cui la vittima sia stata «colta di sorpresa»¹²⁷. L'unico aspetto su cui la giurisprudenza è stata costante, rispetto alla sussistenza della circostanza aggravante in questione, consiste nel ritenere che la “minorata difesa” non deve essere necessariamente ricercata od indotta, bastando che «il colpevole tragga coscientemente vantaggio dalle circostanze favorevoli all'incontrastato sviluppo della propria condotta illecita»¹²⁸.

E' stato evidenziato che, rispetto alla formula di chiusura del novero dei soggetti passivi, vi è un difetto di precisione/tassatività che comunque non si presta, anche nella genericità della formulazione, a ricomprendere tutti i possibili soggetti

¹²² A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 38. L'Autrice rimarca altresì che questa formula potrebbe produrre l'effetto di avvicinare il delitto di tortura a quello degli atti persecutori, con gli stessi rischi prospettati per il delitto di maltrattamenti in famiglia.

¹²³ In tal senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 268, L'Autrice sostiene che la stessa considerazione vale per i casi in cui i maltrattamenti sono posti in essere in danno di manifestanti o in danno di cittadini nell'espletamento di attività finalizzate alla ricerca di prove, come le ispezioni o le perquisizioni.

¹²⁴ L'art. 61 n. 5 prevede una circostanza aggravante per «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».

¹²⁵ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 12.

¹²⁶ Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 2016, n. 53343.

¹²⁷ Cass. pen., sez. I, 18 marzo 1993, n. 7249.

¹²⁸ Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 1997, n. 2960.

passivi del delitto di tortura. A dimostrazione di ciò, è stato prospettato l'esempio delle torture inflitte ad un gruppo di manifestanti pacifici che non possono essere considerati né persone sottoposte a restrizione della libertà personale ovvero affidati all'altrui custodia né tantomeno in condizione di minorata difesa¹²⁹. In questo senso si è osservato che «sembrerebbe pertanto opportuno, anche qui, raccomandare l'uso del buon vecchio rasoio di Occam: e rinunciare pertanto ad ogni criterio selettivo dei possibili soggetti passivi, che rischierebbe di tagliar fuori dall'area della [...] norma incriminatrice fatti che dovrebbero esservi ricompresi alla luce degli obblighi imposti al nostro ordinamento dal diritto internazionale»¹³⁰.

4.5. Il fatto di tortura.

La condotta del delitto di tortura è stata oggetto di differenti formulazioni nel corso dei lavori parlamentari ed è sulla base di questi raffronti che è stata elaborata una disposizione piuttosto articolata non solo in relazione alle modalità della condotta - «con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà» - ma anche rispetto all'evento del reato consistente in «acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico».

Per di più, l'art. 613 *bis* precisa anche che il reato può essere punito soltanto a condizione che il fatto sia «commesso mediante più condotte» ovvero comportamenti «un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

Il legislatore si poneva come obiettivo quello di duplicare la definizione di cui all'art. 1 della Convenzione ONU dell'84¹³¹, ma è finito per modificarne il significato attraverso l'inserimento di espressioni diverse da quelle previste dall'art. 1 della Convenzione allo scopo di restringerne l'ambito operativo.

Si considerino per primi gli aspetti apprezzabili relativi all'evento che, in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU e agli strumenti di diritto internazionale pattizio, accorda rilevanza esclusivamente alle sofferenze «acute»,

¹²⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 269.

¹³⁰ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 12.

¹³¹ L'art. 1 della Convenzione ONU del 1984 descrive la condotta di tortura in questi termini: «*Any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted*».

escludendo dall'ambito applicativo della fattispecie i fatti di minore offensività, che saranno ricondotti alle fattispecie comuni di percosse, violenza privata e minacce, semmai aggravate ex art. 61 n. 9 c.p.¹³² Tuttavia, come si è giustamente evidenziato, questo «elemento selettivo-caratterizzante» potrebbe anche non essere determinato dall' «*agere del reo*», ma da «status emotivi, da esperienze pregresse o da traumi psicologici addirittura infantili della persona offesa», così prospettandosi il rischio di «imputare all'agente una responsabilità che va oltre i limiti della propria colpevolezza»¹³³.

Ulteriore aspetto positivo sembra essere il riferimento alle “sofferenze” anziché alle “malattie” in quanto non è detto che gli atti di tortura causino delle «patologie medicalmente accertabili», considerato che esistono raffinate tecniche di tortura che non lasciano segni sul corpo della vittima¹³⁴. A tal proposito, si è osservato che la pubblica accusa si troverebbe a qualificare un fatto in considerazione di un elemento costitutivo - ossia la sofferenza - che nemmeno un medico legale saprebbe valutare, per cui si prospetterebbe il pericolo di considerare realizzato l'evento del reato sulla base del solo superamento della soglia di gravità della condotta, determinando così un'inversione dell'onere della prova in capo all'imputato circa l'insussistenza di una sofferenza acuta per la vittima¹³⁵.

Bisogna altresì considerare apprezzabile il fatto che il legislatore abbia descritto l'evento anche come «trauma psichico», tenendo conto quindi degli effetti della violenza morale. Ciò in quanto, come si è già menzionato, la giurisprudenza della Corte EDU e delle Corti internazionali considerano la violenza morale – allorquando sia in grado di instillare nella vittima sentimenti di paura, angoscia, inferiorità e umiliazione – una forma attuale e diffusa di tortura. Tuttavia, anche in questo caso, si è prospettato il rischio di una sovrapposizione della fattispecie con quelle prevista dall'art 612 *bis* che prevede come evento «un perdurante e grave stato di ansia o di

¹³² F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 8.

¹³³ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 12.

¹³⁴ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 39. In argomento anche I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 11, secondo cui «guardando alla formula definitoria adottata, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto creare intenzionalmente un “contenitore concettuale” omnicomprensivo, entro cui far confluire anche ciò che non si traduce in vera e propria “malattia”, intesa come alterazione, sia pur transitoria, delle funzionalità fisiche e della sfera psichica, per aumentare le garanzie a favore delle “vittime”».

¹³⁵ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 11.

paura» ovvero «un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona al medesimo legata da relazione affettiva».

La giurisprudenza di legittimità si è espressa sull'accertamento degli eventi previsti dal reato di atti persecutori, in particolare rispetto al concetto di «perdurante e grave stato di ansia». A tal proposito, si è stabilito che, al fine di verificare la realizzazione dell'evento, sia sufficiente prendere in considerazione gli «elementi sintomatici [...] ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima»¹³⁶ e specifica altresì che «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»¹³⁷. Si tratta di una interpretazione che può risultare valevole anche per determinare il concetto di «trauma psichico» quale evento dell'art. 613 *bis*.

Qualche dubbio è sorto rispetto al fatto che il legislatore sembrerebbe aver inteso restringere l'ambito applicativo della fattispecie, prevedendo come effetto della violenza morale ed evento del reato di tortura un «verificabile trauma psichico». A tal proposito si è osservato che se con il termine «verificabile» si è inteso ricordare che sia necessaria la prova del «trauma psichico» in sede processuale, allora «la sua portata è meramente pleonastica». Diversamente, se «il concetto di trauma psichico viene inteso come qualcosa di più rispetto ad un mero disturbo [...] l'aggettivo di cui sopra modificherebbe l'incidenza sul tipo penale» nel senso che «condurre ad un'applicazione restrittiva della fattispecie solo in caso disturbi medicalmente accertabili, intesi quali diagnosticabili alterazioni della sfera psicologica del soggetto passivo, ovvero vere e proprie malattie»¹³⁸.

Invero, è stato osservato che il legislatore, consapevole delle difficoltà legate alla prova dell'evento «trauma psichico», ne abbia previsto la «verificabilità» al fine di sollecitare l'interprete ad un accertamento effettivo rispetto alla realizzazione dello

¹³⁶ Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 50746.

¹³⁷ Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2011, n. 16864.

¹³⁸ I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2017, pp. 163-164.

stesso, scongiurando così il rischio che si ritenga assolto l'onere del suo accertamento sulla base della mera verifica della sussistenza della condotta¹³⁹.

Per quanto invece riguarda la condotta, il legislatore non ha seguito la raccomandazione di formulare un reato causale a forma libera¹⁴⁰, ma ha previsto all'art. 613 *bis* specifiche modalità della condotta consistenti in «violenze o minacce gravi» ovvero nell'agire con crudeltà.

Si tratta di concetti che, come è stato giustamente sottolineato in dottrina, non hanno un'autonoma definizione nel codice penale, per cui il legislatore ha corso il rischio di non valorizzare né l'evento del reato né le modalità della condotta.

Innanzitutto, si consideri il concetto di violenza che può dar luogo a diverse interpretazioni in funzione della sua «variabilità storica», della sua «manipolabilità in chiave socio-politica» e delle diverse fattispecie rispetto alle quali viene in rilievo¹⁴¹. La dottrina prevalente distingue la violenza propria dalla violenza impropria: la prima consiste nell'uso di qualsiasi mezzo fisico idoneo ad annullare o limitare la capacità di autodeterminazione, mentre la seconda consiste nell'impiego di qualsiasi altro mezzo - come ad esempio l'ipnosi e la somministrazione di sostanze stupefacenti - deputato allo stesso scopo¹⁴². Dunque, rispetto alle definizioni di violenza prospettate, ciò che rivela non è tanto il mezzo impiegato, ma piuttosto l'effetto che ne deriva; nel caso *de quo* l'effetto consiste in «acute sofferenze fisiche» o un «verificabile trauma psichico».

Rispetto invece al concetto di minaccia, si è detto che si tratta di qualunque «mezzo di coartazione della volontà del soggetto passivo, mediante la prospettazione di un male ingiusto e futuro, quale alternativa per la mancata sottomissione alla volontà del soggetto minacciante» atto «a produrre un effetto di coartazione sulla psiche del soggetto»¹⁴³. Il soggetto passivo si trova così dinanzi ad un'alternativa: subire «il male

¹³⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 272.

¹⁴⁰ In tal senso F. Viganò, durante l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati del 24 settembre 2014.

¹⁴¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, tomo primo, Bologna, 2013, p. 212.

¹⁴² F. VIGANO', *La tutela penale della libertà individuale, L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 6. Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità: v. Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2015, n. 4284, che fornisce la seguente definizione di violenza: «Qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione, potendo consistere anche in una violenza "impropria", che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare le pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione».

¹⁴³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 214.

ingiusto» ovvero dirigere il proprio comportamento secondo la volontà dell'agente. Al riguardo si può osservare che la minaccia può assumere diversi gradi di intensità, potendo configurarsi come assoluta o relativa, ma rispetto al delitto di tortura vengono in rilievo soltanto le “minacce *gravi*” e quindi assolute, consistenti nella prospettazione di un «male ingiusto e futuro» che ingenera nella vittima un timore tanto forte che la coazione diviene del tutto irresistibile¹⁴⁴.

Le considerazioni effettuate sono rilevanti altresì ai fini della individuazione del bene giuridico tutelato e della corretta collocazione all'interno del codice penale tra i delitti contro la libertà morale.

Si deve altresì sottolineare che, come già accennato, per l'integrazione del delitto di tortura vengono in considerazione unicamente le «violenze o minacce *gravi*». A tal proposito è possibile effettuare delle osservazioni rispetto alle minacce, posto che il legislatore ha già previsto all'art. 612 co. 2 c.p. che le stesse debbano essere gravi al fine della configurazione della circostanza aggravante prevista per il reato di minaccia. La dottrina ha ritenuto che la gravità della minaccia non debba essere valutata soltanto sulla base del danno prospettato, ma anche in considerazione della sua idoneità – alla luce di tutte le circostanze del caso concreto – a causare un forte turbamento psichico¹⁴⁵. La scelta del legislatore di delimitare l'ambito applicativo della fattispecie alle sole minacce gravi è stata giudicata con favore; infatti si è osservato che è stato evitato «il rischio di una bagatelizzazione della fattispecie» attraverso l'esclusione di quelle minacce che, considerate le circostanze del caso concreto, non risultano idonee a perseguire il loro scopo¹⁴⁶.

Considerazioni diverse sono state effettuate in relazione alle “violenze *gravi*”, in quanto si è ritenuto che in riferimento a queste ultime il requisito della gravità sembrerebbe superfluo e, per di più, pericoloso: pericoloso, in quanto si potrebbero avanzare delle interpretazioni arbitrarie di tale requisito relativo peraltro ad una modalità della condotta che esprime già da sé un elevato grado di disvalore; superfluo,

¹⁴⁴ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 274.

¹⁴⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2016, p. 155. In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità, la quale ha rimarcato che «ai fini della configurabilità del reato di minaccia grave [...] rileva l'entità del turbamento psichico che l'atto intimidatorio può determinare sul soggetto passivo»: Cass. pen., sez. V, 29 maggio 2015, n. 44382.

¹⁴⁶ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 276.

in quanto il legislatore ha già introdotto una limitazione in relazione agli eventi – attraverso la considerazione delle sole sofferenze “acute” – che si riflette inevitabilmente sulle modalità della condotta¹⁴⁷.

Rispetto all’agire con crudeltà, è stato osservato che non pare condivisibile la scelta del legislatore di prevederlo come elemento costitutivo del reato e più nello specifico come modalità alternativa della condotta. Ciò in quanto la crudeltà che caratterizza il comportamento criminoso dovrebbe venire in considerazione in sede di determinazione della pena. Infatti, la circostanza aggravante di cui all’art. 61 n. 4 c.p.¹⁴⁸ sarebbe stata applicabile anche al delitto di tortura, risultando così inutile la sua previsione tra le modalità della condotta¹⁴⁹. Peraltro, anche in questo caso, come per le violenze e le minacce, si prospettano dei rischi di indeterminatezza della fattispecie, considerato che non è pacifico il significato di “agire con crudeltà”¹⁵⁰; non si può nemmeno concludere che serva a far venire in rilievo un unico episodio di violenza o di minaccia, posto in essere con crudeltà, considerata la puntualizzazione prevista dall’art. 613 *bis* secondo cui ai fini della punibilità del reato è necessario che il fatto sia commesso mediante più condotte.

A tal proposito, è stato da più parti criticata la scelta del legislatore di prevedere quali condotte tipiche le “violenze” o le “minacce”, all’evidente scopo di escludere che il reato possa essere commesso con un solo atto di violenza o minaccia, anche se idoneo a causare sofferenze gravi, così ponendosi in contrasto con le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ibidem*. L’Autrice sottolinea altresì che la considerazione delle “violenze gravi” comporterebbe l’esclusione dall’ambito applicativo della norma di comportamenti che sarebbero in astratto da considerare quale tortura. In argomento anche F. VIGANO’, *Sui progetti*, cit., p. 9. L’Autore, nel ritenere non condivisibile il requisito della gravità delle violenze, prospetta l’esempio della inflizione di piccole scariche elettriche al fine di sottolineare come il criterio comporti l’esclusione di condotte che altrimenti configurerebbero tortura.

¹⁴⁸ L’art. 61 n. 4 c.p. prevede una circostanza aggravante per «l’aver adoperato sevizie, o l’aver agito con crudeltà verso le persone».

¹⁴⁹ In tal senso G. LANZA, *Verso l’introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 12.

¹⁵⁰ La giurisprudenza di legittimità, nel valutare la circostanza aggravante dell’aver agito con crudeltà, la definisce come una circostanza di «natura soggettiva [...] caratterizzata da una condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole, che deve essere oggetto di accertamento alla stregua delle modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo»: Cass., pen., SS. UU., 23 giugno 2016, n. 40516.

¹⁵¹ Ad esempio, nel caso *Gafgen c. Germania* la Corte EDU ha condannato la Germania per la violazione dell’art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale per non aver punito con una pena proporzionata un ufficiale

Si è giustamente osservato che l'impiego del plurale implicherebbe la necessità di un minimo di reiterazione della condotta al fine della configurazione del reato così come avviene per i reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.¹⁵² Tuttavia, si è rimarcato che, anche se la norma richiede più azioni di violenza o minaccia gravi, non è tuttavia necessario che le stesse siano poste in essere in contesti diversi. Più precisamente «non occorre che l'iter criminoso, come nei reati abituali, si presenti frammentato in più episodi separati, distinguibili tra loro in termini di tempo, luogo o altre circostanze»¹⁵³.

Nel corso dei lavori parlamentari si è costantemente proposto di introdurre quale ulteriore requisito di fattispecie quello della *reiterazione* della condotta, al chiaro scopo di ridurre l'ambito applicativo della fattispecie e di sottrarre alla stessa avvenimenti episodici collegati all'operato delle forze dell'ordine. Al riguardo si è osservato che la descrizione delle modalità della condotta attraverso il riferimento alle “minacce” piuttosto che alla “minaccia” è un fatto singolare, e lo è ancor più se si considera che questa limitazione è stata effettuata proprio rispetto alla più grave delle forme di aggressione della libertà morale¹⁵⁴.

Non desta stupore che la scelta di descrivere le modalità della condotta al plurale sia stata criticata già prima dell'introduzione del delitto dal CPT, il quale nel Rapporto al Governo italiano dell'aprile 2016, osservava quanto segue: «*Unfortunately, the draft legislation in question is not in compliance with the precepts of the 1984 United Nations Conventions against Torture. More particularly, the bill provides that the offence must be reiterated [...]. Finally, the offence is subject to a statute of limitations*»¹⁵⁵.

di polizia che aveva minacciato di sottoporre a tortura un arrestato, nel caso in cui non avesse fornito delle informazioni utili al ritrovamento di un minore vittima di sequestro di persona. In tale ambito la Corte EDU ha rilevato che anche una sola minaccia di sottoposizione a tortura va qualificata come tortura, nel caso in cui abbia prodotto nella vittima una grave sofferenza psichica.

¹⁵² A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 36.

¹⁵³ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 226. Nello stesso senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 277. L'Autrice osserva che «siamo piuttosto di fronte a una (unica) azione che – in quanto sorretta da un dolo unitario – assume rilevanza penale e si qualifica come condotta nel momento in cui si realizza attraverso il compimento di una pluralità di atti che si collocano in un medesimo contesto spazio-temporale».

¹⁵⁴ *Ibidem*. Nello specifico si fa riferimento alle “minacce” soltanto all'art. 612 *bis* co. 4 c.p. e all'art. 609 *undecies* c.p.

¹⁵⁵ CPT, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, Strasburgo, 8 settembre 2017, CPT/Inf (2017) 23, par. E. 7.

Per evidenziare la necessità di più atti di tortura, la seconda parte dell'art. 613 *bis* prevede che il fatto debba essere commesso mediante «più condotte». Non è ben chiaro quale sia il ruolo di questo inciso la cui formulazione - «è punito con la pena [...] se il fatto è commesso mediante più condotte» - farebbe pensare ad una condizione obiettiva di punibilità. Al riguardo è stato considerato che non si tratta di una condizione obiettiva di punibilità, bensì di un elemento costitutivo del reato di cui tuttavia non si comprende l'utilità, posto che lo si sarebbe potuto ricavare da un'attenta analisi della condotta¹⁵⁶.

Una parte minoritaria della dottrina ha osservato che l'inciso potrebbe stare a significare che, ai fini della configurazione del reato, non siano necessari soltanto più atti di violenze o minacce, ma che questi debbano anche protrarsi nel tempo, configurando così un reato abituale¹⁵⁷.

Rispetto invece all'ultima parte dell'inciso di cui all'art. 613 *bis* co. 1 c.p., il quale prevede la punibilità del reato se il fatto «comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona», si sono prospettate due soluzioni interpretative, non prive di rilievi, che fanno leva sulla contrapposizione («ovvero») tra le più condotte e il trattamento inumano e degradante.

La prima soluzione ritiene possibile l'applicazione della pena di cui all'art. 613 *bis* c.p. nel caso in cui siano state poste in essere più condotte che abbiano causato acute sofferenze fisiche o psichiche *ovvero* nel caso in cui le stesse abbiano comportato un trattamento inumano e degradante. A tal proposito, si è osservato che l'evento del reato non può che consistere in quello previsto nella prima parte del co. 1 dell'art. 613 *bis* ossia nelle sofferenze fisiche o psichiche e che l'uso del verbo “comportare” nell'inciso sembrerebbe rimandare ad un *evento ulteriore* della fattispecie; ossia i trattamenti inumani e degradanti. Senonché sarebbe davvero difficile considerare che da un fatto di tortura derivi come evento ulteriore un trattamento inumano o degradante, il quale consiste in «un *aliud* e un *minus* rispetto alla “tortura”»¹⁵⁸, come stabilito pressoché da tutti gli strumenti di diritto internazionale e dalla giurisprudenza della Corte EDU.

¹⁵⁶ In tal senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 280.

¹⁵⁷ Così L. RISICATO, *La tortura*, cit.

¹⁵⁸ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 34.

Al fine di comprendere la *ratio* di questo inciso, è necessario ricordare che il legislatore avrebbe voluto creare un'autonoma figura di reato per i trattamenti inumani o degradanti in linea con quanto previsto dagli strumenti internazionali.

Sulla scorta di questa considerazione, è stata formulata la seconda soluzione interpretativa secondo la quale il legislatore avrebbe inteso distinguere l'ipotesi meno grave di trattamenti inumani e degradanti - la quale pur presentando gli stessi aspetti del fatto tipico, non necessiterebbe per la sua integrazione di più condotte - dall'ipotesi più grave di tortura¹⁵⁹.

Anche questa soluzione sembrerebbe non pienamente soddisfacente, *in primis* perché anche il trattamento inumano e degradante appare presupporre una condotta che abbia una certa durata temporale, motivo per il quale non pare che si dissoci di molto dalle “più condotte” della prima parte dell'inciso; e inoltre perché seppure il legislatore avesse voluto criminalizzare insieme alla tortura, i meno gravi trattamenti inumani o degradanti, sarebbe stato irragionevole prevedere lo stesso trattamento sanzionatorio per entrambe le figure di reato.

Nell'indagine circa la funzione della seconda parte dell'inciso si deve concludere che appare corretta la considerazione dei «trattamenti inumani» e dei «trattamenti degradanti la dignità umana» come due modalità alternative della condotta¹⁶⁰. Tuttavia, si deve sottolineare che l'inciso è stato mal formulato in quanto ha equiparato le due forme di maltrattamenti attraverso la congiunzione “e”, quando in realtà gli *ill-treatments* possono essere inumani o degradanti, così come previsto dagli strumenti internazionali che operano una netta distinzione degli stessi¹⁶¹.

Si è osservato che la considerazione dei trattamenti inumani o degradanti nella norma «mal si concilia con il principio di precisione in materia penale», in quanto la nozione degli stessi non ha contorni ben definiti, essendo specificata secondo modalità variabili e sulla base di un approccio casistico – e quindi non in maniera costante – dalla giurisprudenza della Corte EDU.

¹⁵⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 280.

¹⁶⁰ In tal senso A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 34.

¹⁶¹ In argomento P. P. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in Arch. pen. online, 2017, p. 18.

Si può quindi ritenere che sarebbe stato opportuno prevedere per i trattamenti inumani o degradanti un'autonoma figura di reato dotata di un trattamento sanzionatorio meno severo di quello previsto dall'art. 613 *bis* c.p., oppure, non prevederli affatto, considerato che «le norme codicistiche esistenti paiono in grado di assicurare una tutela adeguata e proporzionata rispetto ai suddetti *mistreatments*»¹⁶².

Come indicato, il citato art. 613 *bis* ancora l'evento a specifiche modalità della condotta; la configurazione del delitto di tortura come reato d'evento avrebbe invece permesso di punire le sofferenze fisiche o psichiche causate mediante omissione. Invero, non è infrequente nella giurisprudenza europea e sovranazionale la considerazione di pratiche di tortura c.d. *no-touch* come la privazione del sonno, del cibo, di acqua o di informazioni relative ai propri familiari¹⁶³.

Il legislatore italiano probabilmente ha di proposito escluso la possibilità che rilevi la condotta omissiva, così come si evince dalla terminologia specifica utilizzata e dall'impiego del verbo “cagionare”.¹⁶⁴ In ciò è stato fedele alla definizione di tortura di cui all'art. 1 della Convenzione ONU che si riferisce all'inflizione di sofferenze operate «con qualsiasi atto»¹⁶⁵, definizione che comunque, come già menzionato, non ha impedito alla giurisprudenza sovranazionale di ravvisare ipotesi di tortura poste in essere mediante omissione.

Parte della dottrina ha tuttavia osservato che anche per l'art. 613 *bis* c.p. si potrebbe considerare la possibilità – stante la formulazione della norma – di punire le sofferenze fisiche o psichiche realizzate mediante omissione. Infatti, sebbene in dottrina si sia esclusa la possibilità che si configuri una violenza per omissione, considerato che la violenza è una «forza che *modifica* la realtà», a conclusioni diverse si è pervenuti rispetto alla minaccia, argomentando sulla base dell'esempio dell'agente penitenziario che non somministra il cibo al detenuto. A tal proposito si è detto che l'agente penitenziario «con la propria condotta prospetta implicitamente al detenuto che continuerà anche in futuro a non nutrirlo, in violazione del proprio obbligo

¹⁶² A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 39. L'Autrice si riferisce alle fattispecie di lesioni, percosse, violenza privata, abuso di autorità contro arrestati e detenuti, etc.

¹⁶³ Sul tema A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, p. 74.

¹⁶⁴ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi*, cit., p. 251.

¹⁶⁵ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 35.

giuridico di tutelare la sua vita e la sua salute (e dunque gli prospetta un male ingiusto)»¹⁶⁶.

A conclusioni simili, rispetto più in generale alla nozione di minaccia, è pervenuta anche la giurisprudenza di legittimità, la quale sostiene che essa «può essere manifestata in modi e forme differenti, ovvero in maniera implicita, larvata, indiretta e indeterminata, essendo solo necessario che sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete»¹⁶⁷.

Ulteriore questione è quella relativa alla riconducibilità delle pratiche di *extraordinary rendition* all'art. 613 *bis* c.p., rispetto alle quali si è avanzata la proposta di introdurre una fattispecie specifica, in considerazione del fatto che se la cattura e la consegna della vittima avvenissero senza che fosse praticata la tortura, il fatto non sarebbe riconducibile all'art. 613 *bis*¹⁶⁸.

In senso difforme rispetto alla suddetta impostazione sono state proposte due soluzioni interpretative alternative: la prima consiste nel ritenere le c.d. consegne straordinarie già sanzionate dall'art. 605 co. 2 n. 2 c.p.¹⁶⁹, e la seconda valuta la possibilità di far rispondere l'agente coinvolto nell'operazione a titolo di concorso con chi ha posto in essere i fatti di tortura in danno del consegnato, nel caso in cui di tali fatti abbia la consapevolezza, anche se solo a titolo di dolo eventuale¹⁷⁰.

¹⁶⁶ F. VIGANO', *La tutela penale della libertà individuale*, cit., p. 277. Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità, che ad esempio rispetto alla configurabilità del reato di estorsione ha considerato «indifferenti la forma o il modo della minaccia, potendo questa essere manifesta o implicita, palese o larvata, diretta o indiretta, reale o figurata, orale o scritta, determinata o indeterminata, purché comunque idonea, in relazione alle circostanze concrete, a incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo»: così Cass. pen., sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 3298.

¹⁶⁷ Cass. pen., sez. II, 25 novembre 2010, n. 44347.

¹⁶⁸ In tal senso P. P. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura*, cit., pp. 18 ss.

¹⁶⁹ L'art. 605 c.p., rubricato «sequestro di persona», al co. 2. n. 2 prevede che «la pena è della reclusione da uno a dieci anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni».

¹⁷⁰ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 283. Si consideri altresì che la l. n. 110 del 2017 ha inserito nell'art. 19 del T.U. Imm. il comma 1.1, il quale prevede il divieto di respingimenti, di espulsione e di estradizione di una persona, nel caso in cui si abbia il sospetto che nello Stato di destinazione possa essere sottoposta a tortura.

4.6. L'elemento soggettivo.

Il contegno soggettivo dell'autore del reato è di particolare rilievo rispetto ai fatti di tortura. Ciò in quanto la giurisprudenza della Corte EDU fonda la distinzione tra tortura e trattamento inumano o degradante principalmente sulla intenzionalità della condotta. Allo stesso modo, l'art. 1 della Convenzione ONU del 1984 prevede che gli atti di tortura siano “*intentionally inflicted*”, requisito, questo dell'intenzionalità, che se in un primo momento serviva a rendere irrilevanti i comportamenti colposi, successivamente è arrivato a connotare la tortura come fatto di assoluta gravità, consistente nell'inflizione sì consapevole, ma soprattutto deliberata di sofferenze fisiche e morali¹⁷¹.

Tuttavia, il legislatore italiano non ha introdotto all'art. 613 *bis* c.p. né il requisito dell'intenzionalità né tanto meno le specifiche finalità perseguite dall'agente; omissione questa che comporta conseguenze di non poco conto. Innanzitutto, si è ammessa la punibilità a titolo di dolo eventuale¹⁷², mentre sarebbe stato più opportuno, considerato anche la severità della pena, sanzionare soltanto i casi in cui l'agente agisca al principale scopo di realizzare il fatto. Si pensino alle situazioni, di cui si è già detto, in cui la persona sottoposta a restrizioni della libertà personale patisca delle sofferenze, talvolta anche acute, non causate dalla condotta dell'agente, ma da carenze strutturali del sistema carcerario¹⁷³. Al di là della previsione di cui all'art. 613 *bis* co. 3, l'assenza del dolo intenzionale rende concreto il rischio che la disposizione venga applicata nei casi in cui si faccia un uso legittimo, seppur sproporzionato, di tecniche coercitive o nell'ambito della detenzione in istituti penitenziari sovraffollati¹⁷⁴.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 5. In argomento cfr. I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., p. 164. L'Autrice ritiene che l'esclusione dalla descrizione della fattispecie del termine “intenzionalmente” non faccia venire in rilievo la possibilità di configurare il delitto a titolo di dolo eventuale, considerata la pregnante descrizione del tipo e l'elevato livello sanzionatorio.

¹⁷³ Nello stesso senso A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 40. L'Autrice riflette sulla necessità del dolo intenzionale e in particolare sul fatto che «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*: un problema gravissimo, che tuttavia non può e non dev'essere all'evidenza affrontato attraverso lo strumento della repressione penale».

¹⁷⁴ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 246. L'Autore considera altresì che si tratterebbe di «un esito che snaturerebbe il concetto di tortura come inteso non solo a livello internazionale ma anche nel senso comune ed esporrebbe, inoltre, le forze dell'ordine a conseguenze penal-processuali

Si può ritenere quindi che sarebbe stata preferibile l'introduzione da parte del legislatore del requisito dell'intenzionalità, il quale «consente in effetti di riconoscere una autentica “tortura” solo nelle ipotesi in cui la condotta *miri specificamente a cagionare una sofferenza acuta nella vittima*»¹⁷⁵, così escludendo dall'ambito applicativo della disposizione quelle situazioni in cui l'agente fa ricorso alla violenza – come nel caso di un arresto o di uno scontro con dei manifestanti – e causa in maniera consapevole delle sofferenze ad un soggetto, senza però mirare a raggiungere quel risultato.

Si deve altresì considerare che nella fattispecie, come si è accennato, non sono state considerate le specifiche finalità perseguite dal torturatore, abbandonando così la previsione del dolo specifico, a favore del dolo generico. Anche da questo punto di vista, il delitto di tortura non è conforme alla definizione di tortura di cui all'art. 1 della Convenzione ONU del 1984, secondo la quale gli atti di tortura sono inflitti sulla vittima «al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione».

La dottrina minoritaria ha condiviso la scelta del legislatore di non introdurre il dolo specifico nel reato in quanto la sua previsione «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»¹⁷⁶. A tal proposito si è osservato che è di

indesiderabili che, oltre ad ostacolare il corretto espletamento del loro servizio, intaccherebbero il disprezzo universale che accompagna (o dovrebbe accompagnare) le accuse di tortura».

¹⁷⁵ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 13. L'Autore considera appunto che «l'agente di custodia o il direttore del carcere che collocano un detenuto in una cella sovraffollata, ma anche il poliziotto che eccede nell'uso della forza fisica per effettuare un arresto sopravvalutando la capacità di resistenza dell'arrestando, non agiscono con la specifica intenzione di cagionare sofferenza, e non dovranno pertanto essere chiamati a rispondere di questo reato, nemmeno nell'ipotesi in cui risulti che la vittima abbia effettivamente provato una intensa sofferenza psichica o un forte dolore (ad es. nell'ipotesi di una frattura ad un osso subita durante l'arresto)».

¹⁷⁶ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 41. L'Autrice a sostegno della sua tesi considera altresì il significato corrente del termine tortura, di cui si possono considerare due accezioni, una delle quali lo definisce «atto brutale, crudele o qualsiasi forma di grave costrizione praticata su qualcuno per ottenere qualcosa o solo per sevizia».

esempio la vicenda del G8, considerato che in quel caso le violenze non sono state inflitte per perseguire le finalità proprie della tortura consistenti nell'acquisire una confessione o un'informazione ovvero nel punire.

Tuttavia, posto che nel creare una nuova fattispecie si annida sempre il rischio di tralasciare situazioni rilevanti, può ritenersi che sarebbe stata lodevole la previsione del dolo specifico, in quanto non solo si sarebbero meglio delineati i margini di applicabilità del reato, ma sarebbero state altresì previste, se non tutte, quasi tutte le finalità perseguibili dall'autore del reato¹⁷⁷.

Invero, sulla base di una attenta lettura delle sentenze relative alle vicende del G8 di Genova, l'orientamento sopra illustrato sembra non pienamente condivisibile, poiché in realtà in tale contesto le violenze sono state inflitte con finalità punitiva. Anche la Corte di Cassazione, nella sentenza relativa ai fatti della scuola Diaz, ha considerato che «s'era trattato di violenza non giustificata e, come correttamente rilevato dal Procuratore generale ricorrente, *punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime*»¹⁷⁸.

In conclusione, non sembra che le violenze inflitte durante i fatti del G8 possano giustificare la scelta di rinunciare al dolo specifico, considerato che anche quelle violenze rispondono alle finalità tipiche della tortura, come pure dimostrato dal fatto che la Corte EDU abbia ravvisato una violazione dell'art. 3 nei casi Bartesaghi, Cestaro e Blair e Azzolina.

Dunque, non appare condivisibile la scelta di fare a meno del dolo specifico, giustificata dall'esigenza di evitare il rischio di tralasciare finalità ulteriori - come quella del sadismo - che, almeno fino ad oggi, nella casistica italiana non sono mai state perseguite¹⁷⁹.

Da ultimo, anche il Comitato ONU contro la tortura ha osservato che «*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 is described in the Convention*» e ha invitato il legislatore a rivedere l'art. 613-bis c.p. «*identifying [...] the motivating factors or reasons for the use of torture*»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 19.

¹⁷⁸ Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2012, cit. (corsivo aggiunto).

¹⁷⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 287.

¹⁸⁰ COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Concluding Observations*, cit., p. 2, par. 11.

4.7. Il trattamento sanzionatorio.

I vari disegni di legge per l'introduzione del delitto di tortura prevedevano cornici edittali diverse che andavano da un minimo compreso tra uno e quattro anni di reclusione ad un massimo tra dieci e quindici anni di reclusione. Alla fine si è scelto di prevedere la pena della reclusione da quattro a dieci anni per il reato base; da cinque a dodici anni per il caso in cui il reato sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio; e inoltre degli aumenti di pena nel caso in cui dal fatto derivino delle lesioni personali, fino a prevedere la pena dell'ergastolo per il caso in cui l'agente cagioni volontariamente la morte della vittima.

Si è già detto che le fattispecie previste nel codice penale applicate in luogo della fattispecie di tortura erano ritenute inadeguate proprio in considerazione delle cornici edittali, le quali determinavano un tempo necessario a prescrivere troppo breve per consentire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità e permettevano altresì al condannato di accedere ai c.d. meccanismi di fuga dalla sanzione penale. A tal proposito in dottrina, in relazione al delitto di tortura, si è evidenziato che «soltanto 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»¹⁸¹.

Come è evidente, questa indicazione non è stata seguita dal legislatore, cosicché il condannato – essendo il minimo edittale fissato in quattro anni di reclusione – potrà accedere, ricorrendone tutti i presupposti, al beneficio dell'affidamento in prova ai servizi sociali ex art. 47 co. 3-*bis* ord. penit.

Un ulteriore aspetto problematico sul piano sanzionatorio consiste nell'assenza di una disposizione volta ad escludere espressamente la possibilità di applicare le cause di estinzione della prescrizione, dell'amnistia e dell'indulto, così come previsto da diverse convenzioni internazionali in materia.

¹⁸¹ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 42.

A tal proposito, in dottrina si sono prospettate diverse soluzioni: da un lato si è proposta l'introduzione di una disposizione *ad hoc*¹⁸², e dall'altro la possibilità di inserire l'art. 613 *bis* nell'elenco previsto dall'ultimo comma dell'art. 157 c.p.¹⁸³

Allo stato attuale, dunque, il delitto di tortura segue la disciplina ordinaria della prescrizione prevista dall'art. 157 c.p., che appare idonea a porsi in contrasto con gli obblighi di criminalizzazione di fonte sovranazionale che impongono non solo l'introduzione negli ordinamenti interni di un reato specifico di tortura, ma altresì la concreta applicazione della sanzione attraverso la previsione di un reato che sia imprescrittibile.

Si deve comunque considerare che la disciplina della prescrizione è stata modificata di recente attraverso alcune interpolazioni che ne hanno ritardato i tempi di maturazione, ma che non ne hanno stravolto l'impianto complessivo¹⁸⁴.

Si tratta della disciplina prevista dalla l. n. 103 del 2017, che ha introdotto nuove regole sulla sospensione della prescrizione, in particolare all'art. 159, co. 2 e 3 c.p. Nello specifico si attribuisce efficacia sospensiva alle sentenze di condanna non definitive per un tempo massimo di un anno e sei mesi, salvo che l'imputato non venga assolto nel successivo grado di giudizio. Si prevede altresì una modifica al regime dell'interruzione previsto dall'art. 160 c.p., introducendo quale causa di interruzione «l'interrogatorio reso davanti [...] alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero»; come pure si introduce un particolare regime per i reati contro la pubblica amministrazione, ma non per il delitto di tortura che, al tempo in cui è entrata in vigore la l. 103 del 2017, non era stato ancora introdotto nell'ordinamento italiano¹⁸⁵.

¹⁸² *Ibidem*. L'Autrice proponeva l'introduzione di una disposizione rubricata «*Inapplicabilità delle cause di esclusione della punibilità*» che avrebbe dovuto prevedere quanto segue: «Nessuna circostanza eccezionale, né l'adempimento di un obbligo legale o di un ordine dell'autorità possono valere ad escludere la punibilità del delitto [...]. Tale delitto non è soggetto a prescrizione e non può essere oggetto di provvedimenti di amnistia e indulto».

¹⁸³ In tal senso I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 21. L'art. 157 c.p. ult. comma dispone che «La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti».

¹⁸⁴ F. BASILE, *La prescrizione che verrà. Osservazione sull'art. 1 co. 10-15, del d.d.l. n. 2067 (c.d. riforma del sistema penale)*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2017.

¹⁸⁵ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 291.

A tal proposito si è considerato che le nuove regole in tema di prescrizione, pur comportando un miglioramento della disciplina, non sono comunque idonee a risolvere il problema delle prescrizioni sopraggiunte in appello¹⁸⁶.

Pertanto il giudizio delle organizzazioni internazionali, nonostante le modifiche apportate dalla riforma Orlando, non potrà che essere negativo rispetto al regime della prescrizione, evidentemente favorevole all'imputato, considerate le lungaggini del sistema giudiziario. E infatti il Comitato contro la tortura dell'ONU, nelle sue ultime osservazioni all'Italia, ha manifestato le proprie preoccupazioni circa il fatto che il delitto di tortura sia soggetto a prescrizione e ha invitato l'Italia a «*ensure that the offence of torture is not subject to any statute of limitations, in order to preclude any risk of impunity in relation to the investigation of acts of torture and the prosecution and punishment of perpetrators*»¹⁸⁷.

Ancora per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio, bisogna considerare che la l. n. 110 del 2017 contempla all'art. 4, in relazione al delitto di tortura, l'esclusione dell'immunità dei soggetti stranieri: «Non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale».

Come è evidente, questa disposizione stabilisce il principio secondo cui non può essere opposta l'immunità quale eccezione al principio di obbligatorietà della legge penale rispetto al reato di tortura, derogando in tal modo a quanto stabilito dall'art 3 c.p., che prevede quale limite all'obbligatorietà della legge penale le «eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale».

Appare condivisibile la scelta del legislatore – considerata la gravità del reato e l'assolutezza del relativo divieto - di non riconoscere «alcuna forma di immunità» in relazione al reato di tortura, evitando così di operare una distinzione tra immunità funzionale e immunità personale¹⁸⁸.

¹⁸⁶ S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2017, par. 2.1.

¹⁸⁷ COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Concluding observations*, cit., p. 2, par. 12.

¹⁸⁸ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 292. L'Autrice rimarca la differenza tra immunità funzionale e immunità personale. La prima riguarda un individuo - organo che compie un atto nell'esercizio delle sue funzioni e che quindi agisce per conto dello Stato; in tal caso l'immunità ha natura sostanziale e permane anche nel caso in cui soggetto cessi di esercitare le sue funzioni. La seconda riguarda un individuo - organo che pone in essere un atto al di fuori dell'esercizio delle sue

Tuttavia, si è osservato che la considerazione nella norma di tutte le immunità, comprese quelle personali, potrebbe esporla a eventuali censure di legittimità costituzionale, nel caso in cui il soggetto, a causa della mancata eccezionalità della immunità, sia sottoposto a procedimento penale ovvero, così come previsto dal co. 2, sia estradato verso uno Stato richiedente nel quale è in corso un procedimento penale nei suoi confronti¹⁸⁹. Questa valutazione era già stata effettuata dalla Commissione Affari Costituzionali, che prospettava il rischio che la norma fosse in contrasto con le Convenzioni di Vienna del 1961 e del 1963 in materia di relazioni consolari e diplomatiche, e quindi con gli artt. 10, 11, 87 co. 8 e 117 co. 1 Cost.

A tal proposito, è necessario considerare che è possibile rintracciare nella giurisprudenza costituzionale una pronuncia che si è espressa nel senso del disconoscimento dell'immunità funzionale¹⁹⁰. Sebbene si tratti di una sentenza relativa ad una causa civile, la sua portata è tale da poter avere dei riflessi in questa materia.

Infatti, la Corte costituzionale nel pronunciare l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della l. n. 5 del 2013¹⁹¹ ha statuito che «il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale deve ritenersi in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona». Pertanto, questo

funzioni, ha natura soltanto processuale e riguarda un numero limitato di soggetti (ad es. nell'ordinamento italiano il Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato quando supplisce il primo, il Presidente del Consiglio e il Ministro degli affari esteri, gli agenti diplomatici).

¹⁸⁹ N. RONZITTI, *Immunità e crimine internazionale di tortura*, in *Osservatorio di politica internazionale*, 2015, p. 7.

¹⁹⁰ Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, commentata da C. MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti delle decisioni della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 ottobre 2014.

¹⁹¹ Si tratta della legge di adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni il cui art. 3 co. 1 stabilisce: «Quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo».

principio sembra dover valere, anche e soprattutto, per la tutela dei diritti umani fondamentali qual è il diritto a non subire tortura.

In tale contesto, il giudice delle leggi ha evidenziato la sussistenza di una serie di controlimiti e si è premunito rispetto a future obiezioni che potrebbero essere avanzate dalla Corte internazionale di giustizia o da altri organismi internazionali volte ad ostacolare la tutela di diritti fondamentali.

Rispetto al trattamento sanzionatorio, va altresì considerata l'eventualità che l'autore del reato, attraverso la sua condotta, non realizzi soltanto il fatto tipico di cui all'art. 613-*bis*, ma vada ad integrare altre fattispecie di reato; deve quindi essere affrontata la questione del concorso – apparente o effettivo – di norme.

Per ciò che riguarda le fattispecie di percosse, di minaccia e – nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto qualificato – di abuso d'ufficio, si ritiene che esse siano assorbite nel delitto di tortura, secondo il principio di sussidiarietà¹⁹².

Alla stessa conclusione si perviene per il reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., considerato che l'art. 613 *bis* co. 1 configura un'ipotesi di reato comune a tutela della libertà morale.

Invece, rispetto al delitto di atti persecutori, benché in dottrina si siano evidenziate delle somiglianze tra i due delitti, non si verifica un concorso apparente di norme poiché le due fattispecie differiscono quanto a condotta e ad oggetto giuridico¹⁹³.

Viceversa, per quanto riguarda l'art. 572 c.p., si è prospettato il rischio concreto che esso venga assorbito *in toto* dal più grave delitto di tortura, anche nei casi in cui i maltrattamenti siano posti in essere in ambito familiare, lavorativo, educativo e sanitario. E ciò in quanto la selezione dei soggetti passivi di cui all'art. 613 *bis* c.p. - tra cui compaiono le persone sottoposte alla «custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza» - ha trasformato la tortura «in una sorta di super-tipo dei maltrattamenti»¹⁹⁴.

¹⁹² A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 44.

¹⁹³ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 296.

¹⁹⁴ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 23.

5. La tortura dell'agente pubblico e le altre circostanze aggravanti.

Come si è già detto, il legislatore ha scelto di configurare il delitto di tortura come reato comune, per poi prevedere al co. 2 dell'art. 613 *bis* c.p. una circostanza aggravante per il caso in cui i fatti di cui al primo comma siano «commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio»¹⁹⁵.

Si tratta di una circostanza indipendente - considerato che è prevista una cornice di pena diversa da quella del reato semplice¹⁹⁶ - che comunque è soggetta al giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69 c.p., per cui il giudice è chiamato a valutare la prevalenza o l'equivalenza di eventuali circostanze di segno opposto, finendo così col «porre nel nulla il disvalore aggiuntivo connesso alla diversa cornice sanzionatoria»¹⁹⁷.

La natura di circostanza aggravante del co. 2 non pare potersi mettere in dubbio, posto che vi è un richiamo *per relationem* al reato base; richiamo che funge quale criterio decisivo ai fini della valutazione della natura della fattispecie quale circostanza o reato autonomo¹⁹⁸.

Di diverso avviso è tuttavia una parte della dottrina, che ha prospettato una valutazione del co. 2 in termini di reato autonomo. In primo luogo, si è osservato che «la tortura del pubblico ufficiale si colloca su un asse teleologico distinto, traendo la propria speciale lesività dal “tradimento” della funzione pubblica e dallo sviamento del potere coercitivo conferito all'autorità»¹⁹⁹.

Ancora, a favore della ricostruzione dell'ipotesi di cui sopra come reato autonomo, si è fatto leva sul senso del co. 3 dell'art. 613 *bis*: «Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di

¹⁹⁵ Sul tema delle qualifiche soggettive si rinvia a P. SEVERINO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1994.

¹⁹⁶ In argomento G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 566.

¹⁹⁷ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., p. 159.

¹⁹⁸ Cfr. Cass. pen., SS. UU., 26 giugno 2002, n. 26351.

¹⁹⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 232. L'Autore ritiene che l'oggettività giuridica e la condotta vietata all'agente pubblico siano diverse da quelle previste dal reato base. A tal proposito egli osserva che le “gravi violenze”, quale modalità alternativa della condotta, non sono di per sé idonee a far ritenere illecito l'operato del p.u., in quanto potrebbero ricollegarsi «all'esercizio legittimo (anzi, doveroso) di un pubblico potere».

legittime misure privative o limitative di diritti». A tal proposito si è osservato che la disposizione ha la funzione di escludere la punibilità del fatto di tortura propria, ciò implicando che la norma non si riferisce ad un aggravante, ma ad un'autonoma figura di reato²⁰⁰.

Invero, si deve considerare, quale ulteriore argomento a sostegno di questa tesi, che il co. 3 si riferisce a «sofferenze» e non alle «acute sofferenze fisiche» ovvero al «verificabile trauma psichico» quali eventi alternativi previsti dal reato base, per cui sarebbe assurdo pensare ad una causa di esclusione della punibilità che abbia un raggio di azione più esteso rispetto al reato a cui si riferisce²⁰¹.

Tuttavia, in senso contrario e a favore della natura di circostanza del secondo comma, si è evidenziato che l'art. 191 c.p.p., al comma 2-*bis*, introdotto dalla l. 110 del 2017, fa riferimento alle «dichiarazioni o [...] informazioni ottenute mediante il *delitto di tortura*», richiamando quindi espressamente il reato base, e solo indirettamente il reato proprio quale circostanza aggravante²⁰².

In definitiva, sarebbe stato più opportuno, per evitare ogni equivoco sulla natura del co. 2 e per sottolinearne la maggiore gravità, «codificare l'ipotesi nell'ambito di un articolo di legge distinto»²⁰³.

In alternativa, si è osservato che, pur volendo mantenere lo schema del reato comune, eventualmente aggravato, sarebbe stato almeno necessario sottrarre la circostanza aggravante al giudizio di bilanciamento²⁰⁴.

Il co. 3, come già menzionato, prevede che la circostanza aggravante relativa ai fatti di tortura 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, «non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative dei diritti».

²⁰⁰ F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2017, par. 5.4.

²⁰¹ In tal senso I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., p. 159.

²⁰² Così E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 299.

²⁰³ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 8.

²⁰⁴ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 33.

Questa disposizione è stata inserita nell'art. 613 *bis* c.p. al fine di mettere al riparo le forze dell'ordine da eventuali strumentalizzazioni della fattispecie in relazione ad attività del tutto legittime.

Tuttavia, si è evidenziato che il rischio di attribuire rilevanza penale a fatti relativi all'esecuzione di pene legittime si sarebbe potuto evitare per mezzo di una più attenta tipizzazione della fattispecie, anziché attraverso la previsione di una clausola di esclusione della punibilità²⁰⁵. Invero, non pare che l'attuale formulazione del delitto ponga il rischio di una sua strumentalizzazione, in quanto sarebbe alquanto difficile immaginare una «esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti» conseguente ad «un abuso dei poteri» o ad una «violazione di doveri», oppure, a «violenze o minacce gravi».

Si è osservato che sarebbe stato sufficiente considerare il sol fatto che l'agente pubblico agisca «con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio», in quanto l'abuso non si verifica allorché i poteri siano esercitati in conformità alle finalità per cui sono stati attribuiti, conseguentemente non trovando applicazione il co. 2 dell'art. 613 *bis* c.p. in relazione ad un uso necessitato e proporzionato della forza²⁰⁶.

Si è altresì rimarcato che la disposizione non sarebbe stata necessaria, in quanto vi sono già delle scriminanti nel codice penale idonee ad escludere l'antigiuridicità della condotta del pubblico agente in relazione all'esecuzione dei propri doveri istituzionali, quali l'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p., la legittima difesa di cui all'art 52 c.p. e l'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p.²⁰⁷

L'art. 613 *bis*, co. 4, c.p. contempla una circostanza aggravante comune per il caso in cui dal fatto di tortura derivi una lesione personale, e due circostanze aggravanti indipendenti se dal fatto derivino lesioni gravi ovvero gravissime, con un aumento di pena rispettivamente di un terzo e della metà. In ultimo, il co. 5

²⁰⁵ In tal senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 300.

²⁰⁶ A tal proposito v. *Audizione di Tullio Padovani* (resoconto stenografico della seduta della Commissione II Giustizia del 22 ottobre 2014, in www.camera.it), p. 6: «Il pubblico ufficiale ha una modalità sola, alternativa, ma fondamentale: abusando dei poteri o violando i doveri. Dopodiché, si tratta di identificare i poteri e di distinguere se questi poteri siano stati esercitati correttamente in occasione di un arresto e di una detenzione».

²⁰⁷ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., p. 5.

contempla due circostanze aggravanti ad effetto speciale per il caso in cui dal fatto derivi la morte della vittima: si applica la pena della reclusione di anni trenta nel caso in cui la morte si verifichi quale conseguenza non voluta, mentre si applica la pena dell'ergastolo quando viene volontariamente cagionata.

In dottrina, rispetto alla circostanza aggravante comune prevista per le lesioni lievi, si è osservato che «il disvalore di cui dovrebbe essere portatrice la circostanza, sia già ampiamente contenuto nel fatto base»²⁰⁸, tenuto anche conto che la giurisprudenza di legittimità offre una interpretazione estensiva del concetto di lesione, comprendente ad esempio un forte e prolungato bruciore agli occhi, ovvero sul piano psicologico, vertigini e palpitazioni.

Rispetto alla circostanza prevista per le lesioni gravissime, si è rilevato che il relativo aumento di pena - reclusione da sei a quindici anni per il reato base - risulta inadeguato se posto a confronto con quello previsto dalla circostanza di cui all'art. 572 co. 2, che prevede la reclusione da sette a quindici anni, e quindi superiore nel minimo²⁰⁹.

Si sono avanzati altresì dubbi circa l'opportunità dell'introduzione delle circostanze in questione, considerato che anche in questo caso il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. potrebbe neutralizzare l'aggravamento di pena che ne dovrebbe conseguire. Pertanto, parte della dottrina ha prospettato due soluzioni: la prima consistente nel sottrarre in maniera esplicita dette aggravanti al giudizio di equivalenza o prevalenza, la seconda nel non prevederle affatto di modo che potesse trovare applicazione l'art. 586 c.p.²¹⁰.

Invece, altra parte della dottrina ha considerato apprezzabile la scelta del legislatore di prevedere dette circostanze, in quanto esse comportano l'applicazione di pene più severe di quelle che conseguirebbero all'applicazione della disciplina ordinaria. Infatti, si è osservato che, se il legislatore non avesse previsto le circostanze di cui all'art. 613 *bis* co. 4 e 5, la condotta sarebbe stata comunque rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 584, 586 e 575 c.p.²¹¹

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 14.

²¹⁰ A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 43.

²¹¹ In tal senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 302.

Alcune perplessità sono sorte in relazione all'aggravante di cui al co. 5, relativa al caso in cui dal fatto di tortura derivi la morte della vittima *volontariamente* cagionata. A tal proposito, si è osservato che non pare esatta la scelta di qualificare il delitto di tortura come reato aggravato dall'evento perché si tratta di una categoria che viene in rilievo allorquando l'autore del reato si rappresenta e voglia realizzare solo la condotta integrante il reato base, non essendo, invece, l'evento ulteriore dall'agente voluto. Invero, si è rilevato che l'aggravante «risulti pleonastica, posto che quel tipo di condotta sarebbe da qualificarsi come omicidio volontario ex art. 575 c.p., eventualmente aggravato dall'art. 61 n. 4 c.p., che permette di giungere alla medesima pena stabilita dall'ultimo comma dell'art. 613-bis c.p.»²¹².

Un ulteriore aspetto critico è la previsione della pena fissa dell'ergastolo²¹³, rispetto alla quale sorgono dubbi di legittimità costituzionale, considerato che la Corte costituzionale, con sentenza n. 50 del 1980, ha espresso il principio secondo cui la misura della sanzione deve apparire, «nel quadro delle scelte *complessive* operate dal legislatore penale, ragionevolmente rapportabile al tipo di illecito»²¹⁴. Dunque, anche volendo ritenere che la tortura da cui derivi la morte della vittima sia un delitto gravissimo, non pare che la pena dell'ergastolo sia «ragionevolmente rapportabile» alla pena prevista per l'ipotesi base, né alle pene previste dai reati di cui agli artt. 584, 586 e 575 c.p. Più in generale, ha destato stupore che il legislatore – consapevole del dibattito relativo alla compatibilità dell'ergastolo rispetto all'art. 27 co. 3 Cost. – non abbia voluto rinunciare a questa sanzione, considerandola evidentemente la sola idonea ad assicurare garanzie di effettività²¹⁵.

Rispetto alla questione prospettata da una parte della dottrina, secondo cui l'aggravamento di pena garantito dalle circostanze di cui al co. 4 potrebbe essere

²¹² I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 15.

²¹³ Il legislatore non ha tenuto conto delle proposte avanzate dalla Commissione Palazzo e confluite nello *Schema per la redazione dei principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014. La Commissione ha posto in rilievo la natura puramente politica della sanzione e ha proposto di sostituire la pena dell'ergastolo con quella della c.d. "detenzione speciale" da 24 a 28 anni.

²¹⁴ Corte Cost., 14 aprile 1980, n. 50, cit., par. 5.

²¹⁵ I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 15.

neutralizzato da un eventuale giudizio di bilanciamento, occorre considerare la casistica giurisprudenziale di cui si è detto nel secondo capitolo.

In particolare, nel caso relativo all'omicidio di Federico Aldrovandi, la Corte di Cassazione ha confermato la decisione dei giudici di merito di non concedere le circostanze attenuanti generiche, sulla base dell'argomento per cui la gravità del fatto è «di per sé sola sufficiente a giustificare il diniego delle attenuanti»²¹⁶.

Pertanto, si può concludere che, rispetto ai fatti di tortura, non sembra così forte il rischio che le circostanze aggravanti siano sottoposte al bilanciamento con circostanze attenuanti, difficilmente riconoscibili.

In conclusione, si è considerata positiva, sotto diversi aspetti e salvo alcuni rilievi critici di cui si è detto, l'introduzione delle circostanze aggravanti che, tra l'altro, sono formulate sulla falsariga di quelle previste per l'affine fattispecie dei maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p.

6. L'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura.

Si rende infine necessario considerare che, salva la configurabilità del tentativo di tortura, allorquando siano posti in essere «atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere» il delitto di cui all'art. 613 *bis* c.p., il successivo art. 613 *ter* contempla una tutela anticipata in relazione al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che «nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura», prevedendo la pena della reclusione da sei mesi a tre anni «se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso». Viceversa, se l'istigazione è accolta e il delitto è commesso, l'istigatore e l'autore materiale concorrerebbero nel delitto di cui all'art. 613 *bis*, in forza della clausola di estensione della punibilità di cui all'art. 110 c.p.

Questa fattispecie ha il merito di sottoporre a pena anche l'istigazione non accolta o non seguita dalla commissione del delitto, così escludendo l'applicabilità

²¹⁶ Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2012, n. 36280, cit.

dell'art. 115, co. 4, c.p., che permetterebbe tutt'al più, nel caso sia accertata la pericolosità del *reo*, la possibilità di applicare una misura di sicurezza²¹⁷.

Si deve altresì considerare che il legislatore ha operato in questa fattispecie una delimitazione dei soggetti punibili, allontanandosi quindi dai propositi perseguiti nella costruzione del delitto di tortura quale reato comune. Dunque, viene sanzionata la sola istigazione del soggetto qualificato nei confronti di altro soggetto qualificato, verificandosi l'incoerente risultato per cui, se quest'ultimo istiga un privato cittadino, il fatto non sarà punibile ex art. 613 *ter*.

Infine, ulteriore e peculiare requisito di fattispecie è il fatto che l'istigazione debba avvenire «in modo concretamente idoneo». Si tratta di un elemento inedito in quanto non è previsto in nessuna delle fattispecie di istigazione previste dal codice penale. A tal proposito, si è osservato che il legislatore, attraverso detto requisito, abbia voluto restringere ancor di più l'ambito applicativo della fattispecie, uniformandosi alla giurisprudenza della Corte costituzionale relativa all'apologia punibile ex art. 414 c.p.²¹⁸

²¹⁷ In tal senso I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 16.

²¹⁸ Così E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 308. L'Autrice rimanda alla sentenza della Corte Cost. n. 65 del 1970, in cui si legge che l'apologia punibile ex art. 414 co. 4 è «quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione dei delitti».

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano è stato fatto un passo in avanti, soprattutto sul piano simbolico, ma si deve comunque considerare che è l'*effettività* «ciò che attribuisce sostanza di diritto ad una norma che diversamente rischia di rimanere un'astratta petizione di principio»¹.

Il rischio che la norma sia ineffettiva è tutt'altro che remoto, se si tiene conto anche della non lineare formulazione dell'art. 613 *bis* c.p.

A tal proposito, si è considerata – oltre ad un eventuale riforma del delitto di tortura – la possibilità di affiancare allo strumento repressivo quello preventivo, così da potere sensibilizzare la comunità su un tema che mette in discussione i principi cardine dell'ordinamento democratico e da poter approntare una serie di regole che riducano il ricorso a misure diverse da quelle legittime in situazioni di particolare difficoltà.

Invero, l'esame della casistica giurisprudenziale e la pervicacia con cui gli organismi sovranazionali affermano il divieto di tortura attraverso convenzioni, trattati e patti fa ritenere che la repressione penale della tortura è sì fondamentale, ma niente affatto sufficiente. Infatti, anche se formalmente vietata a livello sovranazionale e penalizzata in diversi ordinamenti, la tortura è stata utilizzata per combattere “il nemico”, indipendentemente dalla sua identificazione con le Brigate Rosse o con l'ISIS.

E ciò in quanto la pratica della tortura non è causata tanto dalla propensione del reo a delinquere, ma piuttosto dall'ambiente in cui lo stesso opera². Si pensi al sovraffollamento carcerario, alle situazioni di *stress*, alla necessità di prevenire il crimine con “tolleranza zero” attraverso l'inflizione di una pena certa e al disprezzo dei consociati nei confronti dei detenuti: tutte situazioni, queste, che hanno un peso rispetto alla perpetrazione del delitto in esame³. Pertanto, è rispetto a queste situazioni

¹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 312.

² P. G. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero, Cattivi si diventa?*, Milano, 2008, p. 330 e ss.

³ *Ibidem*.

che bisogna operare in chiave preventiva, così come ribadito dagli organismi internazionali.

Il primo strumento di prevenzione può consistere nell'attenta formazione delle forze dell'ordine, come previsto dall'art. 10 della Convenzione ONU del 1984⁴ e coerentemente con quanto indicato dalla giurisprudenza della Corte EDU⁵.

Rispetto invece alla questione del sovraffollamento carcerario, è significativo che il Governo, al fine di accordare importanza alla dignità di qualsiasi individuo, anche del detenuto, abbia istituito il Garante per i diritti dei detenuti. Si tratta di un "controllore" che «nasce dalla costola del controllato e da esso non si separa mai (sul piano strutturale, funzionale, economico)»⁶, la cui presenza svolge una significativa funzione preventiva.

Un ulteriore strumento di prevenzione della tortura potrebbe consistere nella creazione di un sistema attraverso il quale è possibile individuare e punire il pubblico agente. Si pensi, ad esempio, all'introduzione di una norma che preveda la numerazione della divisa ovvero del casco e che consenta l'individuazione dell'agente nel caso in cui si tratti di un fatto avvenuto durante un'operazione di ordine pubblico⁷. Ancora, si pensi alla possibilità di installare un sistema di videosorveglianza nei luoghi in cui transitano le persone sottoposte a restrizione della libertà personale⁸.

Queste misure ostacolerebbero la cooperazione tra gli agenti pubblici - finalizzata all'occultamento della verità e delle responsabilità - e permetterebbero di applicare misure disciplinari come la sospensione dalle funzioni per il caso in cui gli agenti siano sottoposti a procedimento penale⁹.

⁴ L'art 10 della Convenzione ONU del 1984 così recita: «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».

⁵ *Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017, par. 45.

⁶ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., p. 148.

⁷ COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Concluding observations*, CAT/C/ITA/CO/4, 2007, par. 18.

⁸ *Audizione del Segretario Generale SIAP*, (v. il resoconto stenografico della seduta del 18 giugno 2014 della Commissione II Giustizia), in www.camera.it, p. 6.

⁹ Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*, par. 115: «The Court has frequently held that, in cases where State agents have been charged with offences involving ill-treatment, they should be suspended from duty while being investigated or tried».

Si può invero aggiungere che la necessità di prevedere misure disciplinari per gli agenti pubblici non dovrebbe rimanere, anche in questo caso, una mera petizione di principio, dovendo le stesse essere applicate in concreto. Difatti, anche se nell'ordinamento italiano sono previste alcune misure disciplinari dal D.P.R. n. 737 del 1981, queste spesso non hanno trovato applicazione a causa della discrezionalità con cui le stesse vengono applicate¹⁰.

E' altresì necessario migliorare le condizioni in cui i detenuti sono costretti a permanere, intervenendo sia sul piano strutturale, sia attraverso la promozione di attività quali il lavoro, il volontariato, l'istruzione, le attività sportive e più in generale quelle ricreative, le quali permettono di creare un ambiente meno ostile.

Dunque, agli strumenti repressivi è necessario affiancare strumenti preventivi che promuovano una sensibilizzazione delle forze dell'ordine e della comunità, al fine di garantire il rispetto della dignità di qualsiasi individuo, anche in situazioni di "fibrillazione".

Passando ora a valutare lo strumento repressivo di cui all'art. 613 *bis*, non si può non tener conto dell'importanza della norma quanto alla funzione di orientamento culturale che essa può esercitare sui consociati. Tuttavia, anche sotto questo aspetto, è necessario osservare che la sua credibilità e la forza stessa della proibizione dipendono dalla capacità di punire in maniera effettiva e selettiva coloro che pongano in essere fatti lesivi dell'integrità morale così gravi da poter essere definiti fatti di "tortura"¹¹.

E' chiaro che l'effettività di una norma dipende in gran parte dall'esercizio di una buona tecnica di normazione che permetta la praticabilità della stessa. Invero, dall'esame della fattispecie sono emersi alcuni aspetti negativi, rilevati dalla dottrina, dovuti proprio al fatto che il legislatore, nell'esercizio della tecnica di normazione, sia sceso a compromessi, pur di introdurre nell'ordinamento italiano una norma molto richiesta sia sul piano nazionale che internazionale.

Ciò che maggiormente sembra potersi rimproverare al legislatore - tenuto conto anche delle definizioni di tortura presenti nelle convenzioni internazionali - è la previsione di un reato comune in luogo di un reato proprio, e la mancata previsione

¹⁰ In particolare, vengono in considerazione gli artt. 6, 7, e 8 del D.P.R. n. 737 del 25 ottobre 1981, i quali prevedono le misure disciplinari della sospensione dal servizio, della destituzione e della destituzione di diritto.

¹¹ In tal senso E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 351.

del dolo intenzionale e del dolo specifico. Anche la condotta e l'evento del reato non appaiono rispettare in pieno le indicazioni fornite sul piano sovranazionale. Oltre ad essersi introdotti nella fattispecie concetti che presentano profili di indeterminatezza, si è prevista la necessità di più condotte per la configurazione del reato e si è introdotto il riferimento ai trattamenti inumani e degradanti che, come visto, sono un *quid* ed un *aliud* rispetto alla tortura. Per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio, si è sottolineato come sia necessario che il reato preveda una pena effettiva, che non offra scappatoie di impunità.

Sulla base di tutte queste considerazioni e delle critiche avanzate in dottrina, si è condivisibilmente proposta la possibilità di introdurre, in luogo dell'attuale art. 613 *bis*, due autonome fattispecie di reato, una di natura comune e l'altra di natura propria¹².

Questa soluzione, da un lato, terrebbe conto della preoccupazione – emersa durante i lavori parlamentari ed extraparlamentari – di non configurare la tortura soltanto come reato proprio del pubblico ufficiale, e, dall'altro, eviterebbe la configurazione della tortura del pubblico ufficiale come circostanza aggravante, che in quanto tale, è soggetta al giudizio di bilanciamento a norma dell'art. 69 c.p.

In conclusione, si può dire che la previsione di un'autonoma fattispecie di reato per la tortura commessa dal soggetto qualificato, sembrerebbe risolvere le maggiori criticità rilevate in dottrina e soprattutto, sembrerebbe assicurare la previsione di una pena abbastanza elevata da non permettere il ricorso ai meccanismi di fuga dalla

¹² In tal senso F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 25. L'Autore propone l'introduzione di due autonome fattispecie di reato così congegnate: «ART. 593-*bis* [ovvero: ART. 583-*quinques*]. (Tortura). – «Chiunque intenzionalmente infligge a una persona una grave sofferenza fisica o mentale, ulteriore rispetto a quella che deriva dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti, al fine di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di fare pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da tre [ovvero: quattro] a dieci anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da sei a dodici anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quattordici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni». ART. 593-*ter* [ovvero: ART. 583-*sexies*]. (Tortura commessa da un pubblico ufficiale o un pubblico servizio). – «Il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle proprie funzioni, commette il fatto previsto nell'articolo precedente è punito con la reclusione da cinque a dodici anni. Alla stessa pena soggiace l'incaricato di pubblico servizio che commette il fatto nell'esercizio del proprio servizio. Se dai fatti previsti dai commi precedenti deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da sette a quattordici anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da dieci a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quindici a ventiquattro anni».

sanzione, così potendo da un lato risolvere i problemi legati ad una norma che risulta essere largamente ineffettiva, e dall'altro svolgere un ruolo significativo sul piano della prevenzione generale e speciale¹³.

¹³ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 357.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2016.
- ARDITO P., PAVARINI M., *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 249 ss.
- BANFI A., *Acerrima indago. Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d. C.*, Torino, 2013.
- BARAK A., *A Judge on Judging. The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 2002, p. 37.
- BASILE F., *La prescrizione che verrà. Osservazione sull’art. 1, co. 10-15, del d.d.l. n. 2067 (c.d. riforma del sistema penale)*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2017.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1964.
- BERNARDI A., DONINI M., MILITELLO V., PAPA M., SEMINARA S. (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, ed. II.
- BOBBIO N., *L’età dei diritti*, Torino, 1997.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., VENEZIANI P. (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I delitti contro la persona*, Padova, 2017.
- CALIGIURI A., *L’obbligo aut dedere aut judicare nel diritto penale internazionale*, Milano, 2012.
- CANCELLARO F., *Tortura: nuova condanna dell’Italia a Strasburgo, mentre prosegue l’iter parlamentare per l’introduzione del reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2017.
- CANTARELLA E., *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1996.
- CASALE P. P., *A proposito dell’introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Archivio penale online*, 2017, p. 1 ss.
- CASSESE A., *A new Approach to Human Rights – the 1987 Convention for the Prevention of Torture*, in *American Journal of International Law*, 1988, p. 128 ss.

CASSESE A., *Umano- Disumano. Commissariati e prigionie nell'Europa di oggi*, Bari, 1994.

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005.

CASSIBA F., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz- Pertini"*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2015.

CECCANTI S., *Le democrazie protette: da eccezione a regola già prima dell'11 settembre*, Atti del Convegno annuale, Milano, 17-18 ottobre 2003, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200310/ceccanti.html>.

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1801 ss.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 221 ss.

COLELLA A., *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 ottobre 2012.

COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014.

CORDERO F., *Quando viene profanato il corpo*, in *La Repubblica*, 19 maggio 2004.

DELLA BELLA A., *Pubbligate le statistiche annuali del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria e sulle misure non detentive*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2014.

DELLA BELLA A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis c.p.*, Milano, 2016.

DELLA BELLA A., *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2017.

DI MARTINO A., *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale. Un pamphlet*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2012.

DODARO G., *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 428 ss.

DONINI M., PAPA M., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

DONINI M., PAVARINI M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

EUSEBI L., *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. Penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettive di una fine ?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1220 ss.

FERRAJOLI L., *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, tomo primo, Bologna, 2013, ed. IV.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.

GILBERTO A., *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattamenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016.

GIUPPONI T.P., *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 aprile 2014.

GONELLA P., *La tortura in Italia: parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013.

GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2011, p. 76 ss.

HARRIS D., O' BOYLE M., WAEBRICH C., *Law and European Convention on Human Rights*, Oxford, 1995.

INGELSE C., *The UN Committee against Torture: An Assessment*, *Kluwer Law International, The Hague*, 2001, p. 74 ss.

LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

LATERRA G., *Storia della tortura*, Firenze, 2007.

LEVI P., *Sommersi e salvati*, Einaudi, Torino, 1986.

LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 181 ss.

MANCA V., *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015.

MANCA V., *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2017.

MANCONI L., ANASTASIA S., CALDERONE V., *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015, p. 178 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, Milano, 2016, ed. VI.

MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2014.

MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2017.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta), Milano, 2017, ed. VI.

MARIOTTI M., *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

MASERA L., *Rivolte degli stranieri detenuti nei CIE: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?* in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2013.

MASERA L., *Il Prof. De Tormentis e la pratica del waterboarding in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014.

MELONI C., *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 ottobre 2014.

MORGAN R., EVANS M., *Combating Torture in Europe: the Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*, 2001.

MUSUMECI C., PUGIOTTO A., *Gli ergastolani senza campo*, Napoli, 2016.

NICOSIA E., *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1240 ss.

NISCO A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (OSJI), *Globalizing Torture. CIA Secret detention and extraordinary rendition*, 2013, in www.opensocietyfoundations.org.

ORLANDI R., *Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

PADOVANI T., *Tortura. Giustizia Criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015.

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

PAGANO M., *Teoria delle prove o logica dei probabili*, Napoli, 1806.

PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

PUGIOTTO A., «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010.

PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

PULITANÒ D., *L'inquisizione non soave, fra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, 1984, II, p. 231 ss.

PUSTORINO P., *Commento all'art. 3*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 63 ss.

RAVEZZI S., *Una richiesta dal Consiglio d'Europa: ridurre l'isolamento dei detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2012.

RISICATO L., *La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in lacostituzione.info, 6 luglio 2017.

RIVELLO P. P., *Gli episodi di tortura a civili prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, 2002, p. 26.

RONZITTI N., *Immunità e crimine internazionale di tortura*, in *Osservatorio di politica internazionale*, aprile 2015.

RUSSO RUGGERI C., *Questiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano, 2002.

SCAROINA E., *Il delitto di tortura, L'attualità di un crimine antico*, Cacucci Editore, Bari, 2018.

SCOLETTA M., *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" del sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 242 ss.

SCOVAZZI T., LANZI A., *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. internaz.*, 2004, p. 685 ss.

SERGES G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia*, 2011.

SERGES G., *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, in *I diritti dei detenuti*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

SEVERINO P., *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1994.

STOCCHETTI M., *I C.I.E. nel rapporto della Commissione Straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2015.

TRIONE F., *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006.

VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Roma, 1994.

VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002.

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011.

VIGANÒ F., *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 www.penalecontemporaneo.it, 25 settembre 2014.

VIGANÒ F., *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*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2015.

ZANCHI C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006.

ZIMBARDO P.G., *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2008.

ZIRULIA S., *Sul sequestro Abu Omar cala “il nero sipario” del segreto di Stato*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 maggio 2014.

ZIRULIA S., *Riforma Orlando: la “nuova” prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2017.