

Tortura e abuso di autorità: principi e diritti fondamentali

Lucia Risicato

Sommario: 1. Brevi cenni sulla storia della tortura giudiziaria. - 2. La tortura come perno del processo di militarizzazione del diritto penale. - 3. *Segue:* tentativi di legittimazione *versus* obblighi internazionali di criminalizzazione. - 4. La definizione di tortura accolta dalla Convenzione di New York e le sue caratteristiche strutturali. - 5. *Segue:* gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT. - 6. Tortura e trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza CEDU: storia di un confine difficile. - 7. *Segue:* *Cestaro v. Italy* e gli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU. La *gratuità* della violenza come tratto caratterizzante gli abusi delle forze di polizia nella giurisprudenza recente. - 8. La tortura nello Statuto della Corte penale internazionale. - 9. Gli obblighi di criminalizzazione inattuati. - 10. La tortura come reato eventualmente abituale. - 11. Uso e abuso della forza pubblica: i limiti irrinunciabili. - 12. Conclusioni: la legittimazione impossibile della tortura "necessaria".

1. *Brevi cenni sulla storia della tortura giudiziaria.* Prima di entrare nel vivo della presentazione, per dare un'idea del cortocircuito storico rappresentato dai tentativi di legittimare la tortura giudiziaria vorrei far cenno a celebri trattati di medicina legale che, nel corso del tempo, hanno affrontato la questione secondo differenti parametri assiologici.

La medicina legale nasce grazie al Protomedico siciliano Giovan Filippo Ingrassia, nato a Regalbuto nel 1510 e morto a Palermo nel 1580.

Nel 1578 Ingrassia compone la *Methodus dandi relationes pro mutilatis torquendis aut a tortura excusandis*. L'opera sui mutilati da torturare o da sottrarre alla tortura, frutto di lunghi anni di attività professionale, è un caposaldo della medicina legale e precorre la fondazione, da parte del medico siciliano Fortunato Fedeli, della giurisprudenza medica sul piano del diritto e della deontologia professionale sul piano del dovere. Si tratta di un volume scientifico sulla tortura, scevro da sentimenti di pietà o di fratellanza. L'intento del Protomedico è quello di applicare alle corti di giudizio la sua scienza sperimentale, che si concentra sul giusto metodo della pratica della tortura. Ingrassia passa in rassegna i gradi delle mutilazioni, dimostrando una profonda conoscenza dell'anatomia. Aggiunge che da una mutilazione possono discendere benefici sia per l'anima che per il corpo del ladro o dell'omicida: per l'anima perché lo distoglierà dal compiere

altre cattive azioni, per il corpo, perché lo esenterà dal subire la tortura con la fune. Un uomo privo delle braccia ha l'agghiacciante vantaggio di non poter essere né assassino né ladro, non potendo compiere gli atti malvagi di chi invece ha gli arti interi. E in più gli vengono pure risparmiati i tratti di corda!

La condanna, che ci piacerebbe dire definitiva, della tortura giudiziaria come strumento lesivo della dignità umana si ha con l'affermazione dell'Illuminismo, il cui nucleo culturale accomuna diritto e medicina.

Lo *ius terribile* diventa *Magna Charta* del reo, il corpo del reo diventa intangibile sia per la condanna delle pene corporali e della pena di morte, che per il fermo rigetto della tortura come strumento per estorcere confessioni. Si diffonde l'idea che la legislazione, sia civile che penale, debba dismettere i castighi della barbarie. Nel 1764 vede la luce *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, che innova radicalmente principi, forme e scopi del diritto criminale, sottraendo ai sovrani il diritto di disporre della vita dei sudditi.

Non sempre la medicina legale è sintonica con questo assetto rivoluzionario. Giuseppe Tortosa (1743-1811), a lungo Protomedico di Vicenza, è autore di apprezzate *Istituzioni di medicina forense* (1801), in cui dedica un intero capitolo al tema della tortura. L'eco di Beccaria, e soprattutto quella di Pietro Verri, è del tutto assente. L'autore convalida il principio per cui occorre differenziare il trattamento in rapporto alle diverse costituzioni fisiche dei suppliziati e classifica la tortura secondo cinque gradi, *che tutta contengono l'estensione della sua forza*:

chiamo tortura del primo grado i crucci dello spirito cagionati dalle minacce del tormento: tortura del secondo grado il condurre il reo al sito a ciò destinato, e prepararlo secondo l'uso ai dolorosi sperimenti: tortura del terzo grado il porlo nell'ordinaria positura tutto è già pronto, e così trattenerlo alcun poco sempre in timore di una pronta esecuzione: tortura del quarto grado l'atto stesso del tormento: tortura in fine del quinto l'acuire per varie maniere il dolore del martirio.

I periti devono controllare che l'inquisito possa sostenere la tortura e vigilare perché il supplizio non lo esponga al pericolo di perdere la vita o di

restare gravemente offeso (e ciò vale anche per le pene corporali). I medici, secondo Tortosa, devono svolgere con cura il proprio ruolo, perché i traumi e le menomazioni dei torturati sono spesso da ascrivere alla mancata assistenza susseguente.

L'Ottocento introduce la ricerca di una pianificazione della tortura, nel mantenimento dell'autonomia dei soggetti chiamati a praticarla. Tortosa stila una vera e propria tassonomia della violenza, selezionando le forme "ammissibili" rispetto a quelle più ripugnanti.

Con un incredibile salto spazio-temporale, nel ventunesimo secolo si discute ancora di soglie di dolore tollerabili e di torture "ammissibili". Con un'impostura linguistica, per usare un termine caro a Sciascia, il termine viene sterilizzato e sostituito, come vedremo, da espressioni apparentemente neutre, come le "tecniche di interrogatorio" e i limiti modali (ma, in realtà, tutt'altro che moderati) di intervento della forza pubblica.

2. La tortura come perno del processo di militarizzazione del diritto penale.

L'incriminazione della tortura¹ implica il riconoscimento dell'eguale dignità di

¹ In argomento, solo tra i contributi più recenti (e senza alcuna pretesa di completezza), G. FORNASARI, *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura*, Napoli, 2020; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018; G. BORGNA, *Il sistema di prevenzione istituito dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU sulla tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, fasc. 3/2013, 705 e ss.; A. CHIESI - G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 314; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Studium Iuris*, 2018, 5 e ss.; P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto alla nuova legge che criminalizza la tortura*, in *Politica dir.*, fasc. 3/2017, 415 e ss.; M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 271 e ss.; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 151 e ss.; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 10/2017, 181 e ss.; A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 131 e ss.; M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 323 e ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir.*

ogni essere umano, come ribadito dall'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani. La modernità giuridica «passa attraverso l'abolizione della tortura come pena, come strumento di prova e come pratica di polizia», segnando l'ascesa dello Stato di diritto².

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

Certo è che la lotta al terrorismo rappresenta uno degli ambiti privilegiati del processo di *militarizzazione del diritto penale*: «metamorfosi di un'inquietudine democratica», l'uso di metodi e indagini che richiamino uno stato di eccezione è spesso accompagnato da argomenti empatici verso le vittime e da richiami alla tolleranza zero verso crimini e criminali³.

Esteso, nel corso del tempo, alla maggior parte degli Stati (democratici e non), questo paradigma rischia troppo facilmente di far degenerare l'offensiva al

pen. proc., 2018, 158 e ss.; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2/2018, 389 e ss.; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015, 3 e ss.; ID., *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in AA. VV., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2017, 335 e ss.; ID., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in AA. VV., *Momenti di storia della giustizia*, a cura di L. Pace, S. Santucci, G. Serges, 2011, Roma, 213 e ss.

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

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

crimine in guerra ai diritti umani: attraverso una sorta di “legittima difesa anticipata” si giunge all’investitura legale di ogni mezzo efficace, anche se inumano. La decostruzione del sistema penale dilata progressivamente la figura del nemico (de-individualizzato e de-umanizzato), escludendo sia le garanzie del diritto penale che quelle del diritto internazionale per creare una sorta di “buco nero” nella legalità, spettro di Banquo della tortura giudiziaria, contro il quale le Corti sovranazionali, con esiti alterni, combattono⁴.

Questa premessa può essere utile a chiarire:

a) il rapporto tra tortura e diritto penale del nemico.

L’invadenza delle recenti scelte di incriminazione in materia di lotta al terrorismo rivela, da un lato, la connessione cruciale tra opzioni di politica criminale e modelli di democrazia e, dall’altro, la crescente atrofizzazione di fondamentali diritti di libertà: del “cittadino” come del “nemico”. Il primo accetta una restrizione delle sue libertà in nome della “sicurezza”⁵; il secondo viene per contro privato di ogni *status*: non solo di *civis*, ma persino di essere umano (si pensi alle involuzioni arretrate - a livello internazionale - da vicende come quelle di Guantanamo

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

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

e di Abu Ghraib sul piano della tenuta elementare dei diritti umani⁶).

b) La formidabile lentezza del legislatore italiano, turbato da ondate non innocue di populismo penale, nell'introdurre il reato di tortura, nonostante le numerose condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ad appena sei anni di distanza, già qualche parlamentare dell'attuale maggioranza di governo ne propone - con disegno di legge - l'abrogazione...

c) L'altrettanto formidabile reticenza del Parlamento a configurare la tortura come reato proprio tradendo lo spirito delle Convenzioni internazionali, che la considerano come un delitto che gravita intorno al rapporto tra autorità ed individuo, di cui esprime una delle più odiose forme di perversione⁷.

d) L'incongruenza tra l'oggetto delle pronunce CEDU richiamabili in materia e la formulazione del delitto di cui all'art. 613 *bis* c.p.

e) L'infelice formulazione delle fattispecie di nuovo conio, sostanzialmente inadatta a ricomprendere proprio i casi per cui la CEDU ci ha condannati.

3. Segue: *tentativi di legittimazione versus obblighi internazionali di criminalizzazione*. L'ambivalenza della considerazione culturale e politico-criminale della tortura è oggi impressionante. Assai indicativa, sotto questo

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

⁷ Così T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2013, 28-29. In argomento, efficacemente, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 396 e ss.

punto di vista, è l'imbarazzante vicenda dei c.d. *Torture Memos*⁸: dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001, l'amministrazione Bush ha avviato un azzardato percorso ermeneutico volto a definire minuziosamente i confini *giuridici* della tortura, impartendo direttive documentali sulla soglia di dolore "sostenibile" da sospetti terroristi durante gli interrogatori⁹. Adottando un'accezione a dir poco restrittiva del concetto di "grave sofferenza", i *Memos* l'hanno definita come un dolore qualitativamente equivalente a quello che accompagna lesioni del calibro della perdita di un organo, del danneggiamento *irreparabile* di organi vitali o persino del rischio di morte. Anche il dolo (specifico) richiesto per gli atti di tortura *stricto sensu* intesi contribuiva a delimitare concettualmente questa nozione alle sole ipotesi in cui l'inflizione di estremo dolore fosse l'obiettivo perseguito *in via diretta* dal soggetto attivo¹⁰, con conseguente esclusione della punibilità in tutti i casi in cui, invece, lo scopo principale del torturatore fosse quello di ottenere informazioni.

Nel 2009, comprensibilmente, l'amministrazione Obama revocò i *Memos* ripristinando - non senza qualche esitazione¹¹ - il rispetto degli obblighi internazionali gravanti sugli USA. L'eco negativa dei documenti in parola ha tuttavia ingenerato il sospetto di una crescente "normalizzazione" della tortura come strumento giuridico legittimo, a dispetto della sua unanime condanna.

Quella che ci accingiamo a svolgere è un'actio finium regundorum del concetto, dei suoi rapporti con i trattamenti inumani o degradanti e dell'effettiva - e certo tardiva - ricezione, da parte dell'Italia, degli obblighi internazionali di

⁸ Su cui v. ampiamente P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, cit., 215 e ss.

⁹ Tra le "tecniche d'interrogatorio rinforzate" ritenute legittime rientravano la privazione prolungata del sonno, l'assunzione coattiva di posizioni vessatorie e il c.d. *waterboarding*: tutte pratiche che, come meglio vedremo nei paragrafi successivi, in base alle convenzioni internazionali di riferimento rientrano o nel *genus* tortura o in quello, parallelo e affine, dei trattamenti inumani o degradanti. Sulla questione v. diffusamente M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 323 e ss.

¹⁰ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 216.

¹¹ V. le amare considerazioni critiche di M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 323., secondo la quale anche col cambio di linea politica Bush-Obama la definizione di tortura «presenta delle crepe nelle quali è sempre possibile cadere e impantanarsi».

criminalizzazione cui pure ha da tempo aderito. È un delitto antico, declinato nel corso dei secoli in nuove inquietanti forme di manifestazione e mai scomparso.

Esso si colloca naturalmente nell'intersezione tra il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto umanitario e il diritto penale internazionale. Le principali Convenzioni in materia di diritti dell'uomo sanciscono, come vedremo, un divieto assoluto di tortura¹².

La tortura costituisce anche violazione del diritto umanitario, sia ove avvenuta nell'ambito di conflitti armati a carattere internazionale, sia in caso di conflitti interni. Ma il diritto umanitario viene in considerazione pure in un altro contesto. Oggi, infatti, l'epurazione dello straniero-nemico comincia con i respingimenti in alto mare, denominati anesteticamente – con eloquente impostura linguistica – operazioni di *push back*. Da anni, in special modo, l'Italia stipula accordi variamente denominati con la Libia per i respingimenti, sebbene la Grande Camera, con sentenza 23 febbraio 2012, abbia già condannato il nostro Paese per violazione degli artt. 3 e 13 CEDU e 4 del Protocollo 4 CEDU, a causa un respingimento avvenuto il 6 maggio 2009¹³.

¹² P. LOBBA, *op. cit.*, 187.

¹³ In quella data tre imbarcazioni con circa duecento persone a bordo, provenienti dalla Libia, furono intercettate nelle acque internazionali a sud di Lampedusa mentre cercavano di raggiungere clandestinamente le coste italiane. Le autorità di frontiera italiane trasferivano gli stranieri sulle proprie imbarcazioni per poi ricondurli immediatamente a Tripoli, senza fare parola del rimpatrio agli interessati e consegnandoli alle forze dell'ordine libiche in palese violazione dei loro diritti. I giudici di Strasburgo, dopo aver rilevato che il respingimento si era svolto sotto la giurisdizione dello Stato italiano, in base ai principi del diritto internazionale e all'unanimità hanno accolto il ricorso presentato da tredici cittadini eritrei e da undici somali: cfr. *Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23.2.2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *rivistaaic.it* con nota di S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*. Particolarmente pregnanti, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, sono i profili di contrasto tra l'operazione di respingimento in alto mare e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU: alla stregua di tale norma è proibito eseguire estradizioni, espulsioni o altre misure di allontanamento quando vi sia il fondato motivo di ritenere che, giunto nel Paese di destinazione, lo straniero vada incontro a un rischio effettivo di torture o trattamenti inumani o degradanti. Sin dal 2009 era già ben noto alla comunità internazionale, grazie al Comitato contro la tortura, a *Human Rights Watch* e ad *Amnesty International*, che gli stranieri illegalmente presenti in Libia, compresi i potenziali richiedenti asilo, fossero sistematicamente arrestati e

Da ultimo, trattandosi di una *grave violazione* ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, chiunque commette tortura può essere chiamato a rispondere di crimini di guerra e finanche di crimini contro l'umanità¹⁴.

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

4. *La definizione di tortura accolta dalla Convenzione di New York e le sue caratteristiche strutturali.* Fondamentale, nella materia qui discussa, è il riferimento alla Convenzione ONU contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (c.d. CAT o UNCAT), approvata a New York il 10 dicembre 1984, divenuta efficace il 26 giugno 1987 (dopo l'adesione del ventesimo Stato membro) e ratificata dall'Italia con l. 3 novembre 1998, n. 498¹⁵.

detenuti in condizioni igienico-sanitarie allarmanti, e non di rado torturati. Del resto, anche al di fuori dei centri di detenzione gli immigrati irregolari erano soggetti marginali perennemente esposti al rischio di atti di razzismo e xenofobia.

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

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

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

¹⁴ Cfr., in special modo, F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, cit., 155 e ss.

¹⁵ V., da ultimo, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 48 e ss. L'A. rammenta che l'idea di un atto di fonte sovranazionale focalizzato sulla tutela degli individui rispetto a qualsiasi specie di tortura nacque nel 1977, a Siracusa, dall'iniziativa assunta da un comitato di esperti in seno all'Associazione Internazionale di Diritto penale: la bozza elaborata in quella sede costituirà, appunto, il nucleo del documento approvato nel 1984.

Questo documento, sottoscritto da ben 162 Paesi, definisce formalmente la tortura all'art. 1 come *qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, per propositi quali ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, intimidirla o far pressione su di lei o intimidire o far pressione su una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate*. La CAT esclude altresì la rilevanza esimente sia dell'adempimento di un ordine illegittimo vincolante, sia dell'evenienza di situazioni eccezionali, quali guerre o instabilità politica interna.

La fattispecie di tortura così delineata si contraddistingue:

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

A) Il riferimento espresso al carattere “forte”, “acuto”, “grave” della sofferenza serve – come meglio si vedrà in seguito – a tracciare una virtuale linea di confine tra tortura e trattamenti inumani o degradanti. In una prospettiva di omogenea progressione lesiva, i trattamenti inumani o degradanti rappresenterebbero un livello “basico” di sofferenza ingiustificata non

necessariamente acuta, mentre la tortura consisterebbe in un'ipotesi peculiare di maltrattamento o lesioni qualificata dall'intensità del dolore.

Questa distinzione, impostata sulla crescente percezione soggettiva della sofferenza, fisica o psichica¹⁶, si presta a consistenti dubbi sul piano logico ed assiologico. Non manca, del resto, chi imposta la linea di confine tra tortura e trattamenti inumani o degradanti sulla condizione di maggiore o minore impotenza della vittima, che solo nella tortura vera e propria resterebbe nella sfera di controllo dell'aggressore. Così procedendo, in verità, si rischia di "assorbire" i secondi nel *genus* della prima, di cui del resto costituiscono categoria ontologicamente affine e prodromica. Beninteso, la sovrapposizione tra i due concetti, un tempo negata, è oggi emersa dalla più recente giurisprudenza CEDU, che ha finalmente riconosciuto la difficoltà, se non la conclamata impossibilità, di distinguere le fattispecie in questione in modo nitido e con differenti conseguenze sul piano sanzionatorio. Il legislatore italiano del 2017 si è poi spinto (troppo) oltre, configurando la tortura *stricto sensu* intesa come reato *abituale* e il trattamento inumano o degradante come reato *istantaneo*, con tutte le perplessità che siffatta diversa qualificazione finisce con l'implicare (non a caso la Cassazione parla di reato *eventualmente abituale*).

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

È semmai il dolo *specifico*, peraltro assente nell'art. 613 *bis* c.p., a qualificare le condotte di tortura: la causazione di forte dolore deve essere finalizzata a

¹⁶ La definizione contenuta nell'art. 1 CAT non consente di circoscrivere la fattispecie ai soli casi di lesioni o danni all'integrità fisio-psichica. Il Comitato per la prevenzione della tortura ha infatti qualificato come tortura la c.d. *tortura bianca*, concepita per non lasciare alcuna traccia sul corpo della vittima. Sono parimenti ascrivibili alla tortura quelle condotte omissive gravemente pregiudizievoli per l'incolumità fisio-psichica del soggetto passivo: si pensi alla privazione prolungata del cibo o del sonno. Sul punto, tra gli altri, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 191 e ss.

ottenere informazioni o confessioni, a intimidire, punire o discriminare. Il quadro teleologico, seppur ampio, tracciato dall'art. 1 CAT non deve ritenersi tassativo, ben potendo spaziare fino a ricomprendere tutti i casi di minorata difesa della vittima ad esso assimilabili in via interpretativa.

C) La Convenzione di New York riconduce la tortura alla sua dimensione etimologica di *distorsione* dei rapporti tra cittadino e autorità¹⁷, causata da abusi di pubblici funzionari con la probabile connivenza, espressa o tacita, delle gerarchie statali. La c.d. tortura privata rileva, in tale contesto, solo se il privato agisca su istigazione del pubblico agente. Il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (CPT), organo del Consiglio d'Europa istituito dall'art. 17 CAT, ha precisato come il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti riguardi tutti gli atti compiuti in contesti di custodia o controllo (carceri, ospedali, scuole, gerarchie militari, istituti minorili, psichiatrici e geriatrici *anche privati*, purché le mansioni svolte abbiano connotazione pubblicistica)¹⁸. Incerta è la rilevanza delle azioni commesse da privati nell'indifferenza delle autorità pubbliche: sotto questo punto di vista la scelta del legislatore italiano, che ha configurato - nella sua ipotesi base - la tortura come reato *comune*, può probabilmente definirsi *felix culpa*.

D) La nozione di tortura delineata dall'art. 1 CAT non ricomprende, come già accennato, le sofferenze derivanti *unicamente* da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate. La clausola *de qua*, assai discussa già in sede di lavori preparatori, aveva in origine l'intento - non commendevole - di escludere che le pene corporali applicate in ossequio alla legge islamica ricadessero nella nozione giuridica di tortura. Tuttavia, il CPT ha giustamente incluso queste ultime nell'ambito applicativo della Convenzione, onde prevenire il rischio che

¹⁷ Per una breve ma efficace sintesi storica del fenomeno v., da ultimo, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 30 e ss.

¹⁸ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 192.

ripugnanti punizioni siano qualificate dagli Stati firmatari come “legittime” a fini elusivi del divieto¹⁹.

Dalla definizione convenzionale di tortura emergono i primi, irrisolti problemi ermeneutici legati alla configurazione di una fattispecie incriminatrice che non abbia carattere meramente simbolico: l’abuso dei pubblici funzionari deve essere strumentale all’ottenimento di confessioni o informazioni e causare una *forte* sofferenza fisio-psichica, la cui entità non pare tuttavia graduabile con parametri efficaci sia riguardo ai trattamenti inumani o degradanti, sia rispetto alle fattispecie di maltrattamenti e di lesioni personali gravi o gravissime. Non è un caso che sul dato asseritamente qualificante del livello di sofferenza si sia avviluppata, e solo in tempi recenti sviluppata, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo²⁰.

5. Segue: *gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT*. L’adesione alla Convenzione contro la tortura determina una serie vincolante di impegni: l’art. 4 CAT prevede uno specifico *obbligo di incriminazione* degli atti costituenti tortura con sanzioni penali *adeguate* alla gravità del fatto: obbligo adempiuto dall’Italia solo nel 2017, dopo due richiami nel 1999 e nel 2007 per le carenze dell’apparato normativo sia dal punto di vista della tipicità delle condotte punibili, sia da quello – invero deprimente – della prescrizione²¹. Gli artt. 2 e 16 impongono agli Stati firmatari un parallelo *obbligo di prevenzione* della tortura e dei trattamenti

¹⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 194. La dottrina, da sempre discorde sul significato della *lawful sanctions clause*, è divisa tra chi ritiene – come accade in Italia – che sanzioni *legittime* siano unicamente quelle rispettose degli standard internazionali minimi e chi, invece, priva la clausola in esame di qualunque significato precettivo.

²⁰ *Infra*, § 5.

²¹ P. LOBBA, *op. cit.*, 197. Il profilo sostanziale non esaurisce gli interventi reclamati dalla CAT. Il trattato prevede, infatti, altri divieti ed obblighi volti a prevenire e a punire gli atti di tortura: si pensi al principio di *non refoulement*, all’inutilizzabilità delle prove ottenute a mezzo di tortura, alla necessità di intraprendere – anche d’ufficio – indagini rapide per accertare l’avvenuta commissione di atti di tortura.

inumani o degradanti. Curiosamente, i trattamenti inumani o degradanti non vengono coperti da omologo vincolo.

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

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

La copiosissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia deve nondimeno dividersi idealmente in due fasi. In un primo, e più risalente, momento, la Corte EDU si è occupata del confine assiologico tra tortura e trattamenti inumani o degradanti, con esiti - come ora vedremo - assai insoddisfacenti. In tempi più recenti, grazie soprattutto a una serie di pronunce contro l'Italia²², l'obbligo di incriminazione della tortura e gli strumenti per

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

realizzare tale obiettivo da parte degli Stati inadempienti sono stati, invece, tracciati in modo particolarmente efficace. In una terza e recentissima fase, i trattamenti inumani e degradanti tendono a coincidere con l'abuso di autorità da parte delle forze dell'ordine.

Il primo criterio discretivo tra tortura e trattamenti inumani o degradanti delineato dalla Corte EDU faceva leva sull'esistenza di una serie progressiva di soglie di sofferenza, il cui livello minimo era rappresentato dai trattamenti *degradanti*, seguito a uno stadio intermedio dai trattamenti *inumani* fino a culminare nella *tortura* propriamente intesa, consistente nell'infliczione di sofferenze forti e crudeli: un maltrattamento insensato e brutale, tale da meritare autonoma considerazione²³.

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

L'applicazione di questa soglia di gravità ha tuttavia prodotto esiti contraddittori sin dai primi arresti significativi degli anni Settanta. Paradigmatica la vicenda *Ireland vs United Kingdom*²⁴. Quattordici prigionieri irlandesi, arrestati nel 1971 dal Regno Unito come sospetti terroristi, subirono in una base militare britannica la combinazione di "cinque tecniche d'interrogatorio" (simili a quelle descritte, parecchi decenni dopo, nei *Torture Memos*) utilizzate dalla polizia britannica: furono incappucciati, tenuti in piedi contro un muro, esposti a un rumore assordante e persistente ed infine privati di sonno, cibo ed acqua. Nel 1976, la Commissione europea dei diritti dell'uomo qualificò unanime l'interrogatorio "rinforzato" qui descritto come un'ipotesi di tortura. Tuttavia, nel 1978, la Corte EDU, a larga maggioranza (13 voti favorevoli contro 4), espresse avviso contrario, pronunciandosi nel senso dei trattamenti inumani o degradanti: nonostante l'elemento finalistico coincidesse con uno di

²³ P. LOBBA, *op. cit.*, 200.

²⁴ *Ireland v. United Kingdom*, 18/01/1978, 5310/71.

quelli tradizionalmente tipici della tortura, tali sistemi di coercizione, pur avendo causato intensa sofferenza fisica e mentale, non avrebbero provocato un dolore *di gravità sufficiente*.

Più di recente, il Comitato per la prevenzione della tortura ha affermato che l'imposizione di una condizione di privazione sensoriale e l'interdizione assoluta di comunicare provocano in chi le subisce una sofferenza in tutto assimilabile alla tortura²⁵.

I repertori di Strasburgo offrono un ricco, indesiderabile ventaglio di atroci maltrattamenti qualificati come tortura, e tuttavia in alcuni casi i giudici non hanno ritenuto *abbastanza elevata* la soglia di dolore inflitta. Incerti, allo stesso modo, gli esiti applicativi dei due criteri supplementari della *durevolezza* degli effetti della sofferenza e della *finalità* perseguita dall'agente. Beninteso, tanto più è intenso il patimento, tanto meno rilevante sarà l'obiettivo prefissato dal torturatore²⁶.

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

La giurisprudenza di Strasburgo più recente adotta indirizzi più flessibili, confermando come il confine (forse impossibile) tra tortura e trattamenti inumani o degradanti non sia comunque per nulla netto. A riguardo, la Grande Camera²⁷ ha precisato che l'asticella della soglia del dolore è necessariamente dinamica, essendo legata agli standard europei di tutela dei diritti fondamentali: aderendo a questa impostazione, oggi la tortura abbraccia anche i trattamenti inumani o degradanti, specie quando le operazioni dei corpi di polizia (e qui ritorniamo

²⁵ M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 326: «a oggi, una riapertura del dossier da parte della Commissione europea dei diritti dell'uomo è stata richiesta dal governo irlandese, in quanto gli elementi informativi che gli furono forniti in occasione del primo giudizio erano falsati, a causa del volontario occultamento di ulteriori elementi cruciali da parte del governo britannico in occasione dell'udienza».

²⁶ P. LOBBA, *op. cit.*, 201.

²⁷ Corte Edu, Grande Camera, *Selmouni v. France*, 28/07/1999, 25803/94.

naturalmente alla configurazione della tortura come reato proprio) siano caratterizzati da atti di violenza del tutto gratuiti, privi di alcun nesso con le iniziative in corso o vistosamente sproporzionati: è, tra gli altri, il caso dell'importante sentenza *Cestaro contro Italia*, su cui è utile formulare riflessioni più accurate.

7. Segue: *Cestaro v. Italy e gli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU. La gratuità della violenza come tratto caratterizzante gli abusi delle forze di polizia nella giurisprudenza recente*. Secondo la sentenza *Cestaro*²⁸, che ha condannato l'Italia per l'insensato atroce pestaggio di cittadini inermi avvenuto durante il G8 del 2001 a Genova nei locali della scuola Diaz-Pertini, per determinare se un abuso possa essere qualificato come tortura occorre – ancora una volta – valutare «l'inumanità dello stesso e la capacità di arrecare sofferenze molto gravi e crudeli. Tale specificità dipende da una serie di elementi, come la durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o mentali, e, a volte, il sesso, l'età, lo stato di salute della vittima etc.». In questo caso, tuttavia, l'inflizione di una crudele sofferenza è del tutto arbitraria, non potendo trovare alcun tipo di giustificazione né in esigenze legate all'ordine pubblico, né, tantomeno, in eventuali tentativi di invocare una presunta “sospensione dei diritti civili” legata all'evenienza del vertice

²⁸ Corte Edu, *Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, con nota di C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, 1709 e ss. Nello stesso senso cfr. C. Edu, Sez. III, 17 marzo 2015, Pres. Casadevall, *Chinez c. Romania*, ric. n. 2040/12; C. Edu, Sez. II, 24 giugno 2014, Pres. Karakaş, *Alberti c. Italia*, ric. n. 15397/11; C. Edu, Sez. XII, 01 luglio 2014, Pres. Karakaş, *Saba c. Italia*, ric. n. 36629/10; C. Edu, Grande Camera, 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 643; C. Edu, Grande Camera, 1 giugno 2010, Pres. Costa, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05; C. Edu, Sez. I, 28 luglio 2008, Pres- Rozakis, *Vladimir Romanov c. Russia*, ric. n. 41461/02; C. Edu, Grande Camera, 28 luglio 1999, Pres. Wildhaber, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94; C. Edu, 18 dicembre 1996, Pres. Ryssadal, *Aksoy c. Turchia*, ric. n. 21987/93; Cass. sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Caldarozzi ed altri, in *DeJure/Juris Data*.

internazionale in corso. Tanto basta, per i giudici di Strasburgo, a ritenere violato il divieto di tortura sancito dall'art. 3 CEDU.

Dopo aver precisato che la competenza della Corte europea dei diritti umani non si estende alla verifica della corretta applicazione del diritto penale da parte degli organi giudiziari interni, la sentenza ribadisce che compito del Collegio è quello di valutare le responsabilità internazionali degli Stati, in cui incorreranno i Paesi che non abbiano apprestato efficace protezione contro l'inosservanza dell'art. 3 CEDU. Ciò non ingenera necessariamente l'obbligo, per i singoli ordinamenti, di coniare una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, ma quello di far sì che il sistema penale *nel suo complesso* fornisca reale protezione contro tortura e trattamenti inumani o degradanti, assicurando che i fatti in causa siano acclarati tramite un'indagine ufficiale e che i responsabili, se individuati, siano puniti con sanzioni *adeguate* (a prescindere dalle concrete modalità della penalizzazione)²⁹.

Il nucleo dell'incompatibilità convenzionale è rappresentato proprio dall'inadeguatezza delle sanzioni comminate per gli atti di tortura e dall'esiguità dei termini di prescrizione correlati alle singole fattispecie delittuose di volta in volta in questione. Nel caso *Cestaro*, la Corte EDU ha denunciato, quale peculiare problema *strutturale* italiano, la lacunosità delle ipotesi criminose applicabili ai casi di tortura, lesioni e maltrattamenti, paventando quasi esplicitamente la possibilità che tra gli obblighi procedurali imposti dall'art. 3 CEDU vi sia quello di introdurre fattispecie criminose apposite.

In tempi più recenti, ferma restando l'impossibilità di distinguere in modo netto tortura e trattamenti inumani e degradanti, si è meglio delineato il rapporto tra tortura e abusi da parte delle forze dell'ordine: aderendo a questa impostazione, oggi la tortura ingloba - come una sorta di unità di misura - i trattamenti inumani o degradanti, specie quando le operazioni dei corpi di polizia siano caratterizzati da atti di violenza del tutto *gratuiti*, privi di alcun

²⁹ P. LOBBA, *op. cit.*, 205.

nesso con le iniziative in corso o vistosamente sproporzionati³⁰. Tale orientamento, richiamato anche da pronunzie molto recenti³¹, consente di ricostruire il confine – in verità abbastanza netto – tra *uso* ed *abuso* della forza pubblica³².

8. La tortura nello Statuto della Corte penale internazionale. Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale³³, come già ricordato, prevede la tortura sia come crimine di guerra, sia come crimine contro l'umanità, accogliendone *prima facie* una nozione assai ampia che tuttavia si affina attraverso il riferimento ai

³⁰ Corte Edu, *Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, con nota di C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, 1709 e ss. Nello stesso senso cfr. C. Edu, Sez. III, 17 marzo 2015, Pres. Casadevall, *Chinez c. Romania*, ric. n. 2040/12; C. Edu, Sez. II, 24 giugno 2014, Pres. Karakaş, *Alberti c. Italia*, ric. n. 15397/11; C. Edu, Sez. XII, 01 luglio 2014, Pres. Karakaş, *Saba c. Italia*, ric. n. 36629/10; C. Edu, Grande Camera, 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 643; C. Edu, Grande Camera, 1 giugno 2010, Pres. Costa, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05; C. Edu, Sez. I, 28 luglio 2008, Pres. Rozakis, *Vladimir Romanov c. Russia*, ric. n. 41461/02; C. Edu, Grande Camera, 28 luglio 1999, Pres. Wildhaber, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94; C. Edu, 18 dicembre 1996, Pres. Ryssadal, *Aksoy c. Turchia*, ric. n. 21987/93; Cass. sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Caldarozzi ed altri, in *DeJure/Juris Data*.

³¹ Corte Edu, Sez. I, 12 ottobre 2017, Pres. Sicilianos, *Pennino c. Italia*, n. 21759 (sull'obbligo dello Stato di proteggere persone che subiscono limitazioni della libertà personale); Corte Edu, Sez. I, 24 gennaio 2019, Pres. Sicilianos, *Knox contro Italia*, n. 76577 (sul divieto assoluto di tortura e trattamenti inumani e degradanti da parte di agenti dello Stato); Corte Edu, Sez. V, 30 aprile 2020, *Castellani c. Francia*, n. 43207 (sull'uso sproporzionato della forza da parte di agenti di polizia che procedano a un arresto), in *Cass. pen.*, fasc. 9/2020, 3426 e ss., con nota di M. BRANCACCIO, *Trattamenti inumani e degradanti: il diritto dell'arrestato al rispetto delle garanzie procedurali ed all'uso non sproporzionato della forza*.

³² *Infra*, § 10.

³³ Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, stipulato il 17 luglio del 1988 ed entrato in vigore il primo luglio 2002, qualifica la Corte come organo indipendente, dotato di personalità internazionale e permanente, competente a giudicare i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e i crimini di aggressione definiti dagli artt. 6-8 dello Statuto, cui si aggiungono i reati contro l'amministrazione della giustizia previsti dall'art. 70. Sul punto v., tra gli altri, G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in AA. VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2002, 534 e ss.; E. AMATI – M. COSTI – E. FRONZA – P. LOBBA – E. MACULAN – A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Torino, 2016, 18 e ss. Da ultimo, ampiamente, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 63 e ss., cui si rinvia per un'analisi dettagliata di tutte le carte internazionali che fanno menzione espressa della tortura.

rapporti particolari tra agente e vittima, per il crimine contro l'umanità, e al dolo specifico perseguito dal soggetto attivo, per il crimine di guerra³⁴. L'art. 7, § 2, lett. e dello Statuto definisce la tortura come crimine contro l'umanità in questi termini: «"Tortura" è l'inflizione intenzionale di un dolore o di una sofferenza gravi, fisici o mentali, su una persona in custodia o sotto il controllo dell'accusato». La nozione in questione, applicata al territorio dei crimini di guerra, si arricchisce, all'art. 8 [§ 2, lett. a ii 1) e lett. c i 4)] del ventaglio dei fini già contemplati dalla Convenzione di New York sulla tortura di Stato: «ottenere informazioni o confessioni, punizioni, intimidazioni o coercizioni per qualsiasi motivo fondato su intenti discriminatori». Ritorna quindi la classica configurazione di reato proprio (commesso da un soggetto che pure è genericamente definito *perpetrator* dallo Statuto) alla luce delle caratteristiche intrinseche dei crimini di guerra, dove i gruppi armati sono pubblici agenti. Quest'impostazione non riguarda la più ampia nozione della tortura come crimine contro l'umanità, anche qualora essa avvenga in un conflitto armato.

In questo contesto, non manca chi ritiene che le definizioni di tortura e di trattamenti inumani contenute nello Statuto di Roma deporrebbero a favore del superamento della concezione elaborata dalla giurisprudenza CEDU, che vede la prima come forma "aggravata" dei secondi, consentendo l'emancipazione dal problema annoso e ambiguo della fissazione di soglie eterogenee - percepite come tali dalla vittima - d'intensità del dolore³⁵. Rimane invece costante la configurazione qualificata della tortura come reato proprio, unitamente alla valorizzazione del dolo specifico del soggetto attivo.

9. *Gli obblighi di criminalizzazione inattuati.* Al di là del dato normativo di nuovo conio, tuttavia, il divieto di tortura dà vita a tutta una serie di obblighi

³⁴ F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, cit., 166 e ss.

³⁵ P. LOBBA, *op. cit.*, 215.

strumentali collaterali ma non certo accessori, espressi tramite raccomandazioni ripetutamente rivolte – spesso invano – all’Italia: «l’imprescrittibilità del reato; l’impossibilità di invocare l’ordine superiore come scriminante; la non concedibilità di attenuanti o di provvedimenti di clemenza individuale e collettiva; l’inutilizzabilità probatoria; il divieto di allontanamento verso paesi che torturano; la procedibilità d’ufficio del reato; la giurisdizione universale e l’obbligo di svolgere indagini tempestive ed efficaci; la sospensione in caso di rinvio a giudizio del pubblico ufficiale imputato di tortura e la sua destituzione in caso di condanna definitiva; finanche – secondo le raccomandazioni del CPT – il numero di matricola sul casco degli agenti impegnati in operazioni di ordine pubblico e il divieto di tortura come parte integrante nella formazione professionale delle forze dell’ordine»³⁶.

Molti di questi obblighi sono colpevolmente assenti nella legge 110 del 2017³⁷, ingenerando la sensazione che dietro le numerose omissioni del legislatore italiano si celi, con una certa chiarezza, l’intento di non inibire l’operato delle forze dell’ordine in un’epoca in cui la militarizzazione del diritto penale allenta la tenuta delle garanzie fondamentali della nostra materia. Si è puntato al ribasso, nella convinzione che una cattiva legge sia meglio di una legge assente: il varo faticoso di una norma su un delitto impronunciabile è stata presentata, al contrario, come una conquista di civiltà, correggibile negli esiti infelici tramite un’accorta opera – già iniziata durante i lavori preparatori³⁸– di ortopedia ermeneutica.

³⁶ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 403. Da ultimo, F. CASSIBBA, *Brevi riflessioni sull’inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2018, 109 e ss., evidenzia acutamente la discrasia tra debolezza sostanziale e vigore processuale della l. 110/2017.

³⁷ A. PUGIOTTO, *loc. ult. cit.* Assente dalla versione definitiva del testo è, del resto, persino l’originaria previsione dell’istituzione di un fondo di sostegno per le vittime di tortura (in applicazione dell’art. 14 della Convenzione ONU del 1984).

³⁸ V. tra gli altri, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura. Riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014; I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l’introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano: un’altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014; T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., 27 e ss.; F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*

Una cattiva legge non è meglio di nulla³⁹. La struttura dell'art. 613 *bis* e il singolare ambito di operatività dell'art. 613 *ter* c.p. ne danno conferma.

10. *La tortura come reato eventualmente abituale.* Con un imbarazzante ritardo di trentatré anni sulla Convenzione di New York del 1984, l'Italia ha introdotto due distinte fattispecie incriminatrici in tema di tortura: l'art. 613 *bis* c.p., che tipizza faticosamente una sorta di reato abituale *comune* (nella sua forma base) e a dolo generico, e l'ancora più improbabile art. 613 *ter* sull'istigazione *del pubblico ufficiale* a commettere tortura.

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

La tortura diventa un reato *comune*, già punibile se commesso da chiunque, tradendo sostanzialmente lo spirito della Convenzione di New York

del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati (parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014), in Dir. pen. cont., 25 settembre 2014.

³⁹ Al quesito, oggi sterile, se una cattiva legge sia meglio di nulla risponde assai efficacemente A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 404: «domandarselo oggi, significa formulare un interrogativo esclusivamente retrospettivo. E tuttavia, andrà pur detto che - in chiave di politica del diritto - una cattiva legge è come aria in vena: uccide l'argomento principe di un insostenibile *horror vacui* normativo. Complica il futuro, perché ci sono più probabilità di scrivere una buona normativa *ex novo* che modificarne una esistente, tanto più se approvata a fatica. Regala un argomento facile facile, ma di sicura presa, a chi volesse opporsi ad una sua pur necessaria futura novella: «Che cosa volete ancora?». Comporta uno slittamento di tutela penale, dalla certezza di un'adeguata previsione legislativa alle incerte capacità taumaturgiche di un'eventuale sua interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata: come se il diritto vivente giurisprudenziale potesse davvero soddisfare, in egual misura, le esigenze presidiate dal principio costituzionale di stretta legalità penale».

ma abbracciando gli orientamenti emersi dalla giurisprudenza CEDU. Tuttavia, la peculiare relazione tra autore e vittima richiesta dal testo riporta inevitabilmente l'alveo applicativo della fattispecie, anche nell'ipotesi di cui al primo comma, agli abusi commessi su soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale o in condizioni di minorata difesa.

Sul piano strutturale, il problema più evidente resta però un altro: gli elementi della *gravità* della violenza o della minaccia, unitamente al dato surreale della *verificabilità* del trauma psichico⁴⁰, aggravano la prova della commissione di un fatto che assume qui l'incredibile veste di un reato abituale proprio, in cui i singoli episodi criminosi *non* costituiscono reato salvo che integrino gli estremi del trattamento disumano o degradante. Il rapporto di omogeneità di progressione lesiva che caratterizzerebbe il crescendo tra trattamenti inumani o degradanti e tortura viene così invertito: il singolo trattamento inumano o degradante è punibile, mentre per la configurazione - assai più grave - della tortura sarà necessario accertare la reiterazione di sofferenze acute o di traumi psichici verificabili prolungata nel tempo⁴¹.

Il secondo comma della fattispecie contempla invece quella che sembra prima facie una (mera) circostanza aggravante «se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio». L'aggravante restituisce la tortura alla sua dimensione peculiare di reato proprio, ma in modo assai ambiguo. Non è mancato chi, valutando l'assetto complessivo della fattispecie, che al terzo comma prevede una causa di non punibilità per i fatti previsti dall'ipotesi aggravata (configurando

⁴⁰ T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., 30, non esita a definire assurda l'aggiunta dell'aggettivo *verificabile*: ogni requisito della fattispecie tipica deve poter essere, prima ancora che verificabile, *verificato*. Diversamente, sarebbe impossibile giustificare una sentenza di condanna.

⁴¹ La contraddizione è rilevata, tra gli altri, da A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 406: l'esito paradossale è quello di elevare alla soglia di tortura ciò che convenzionalmente tortura non è, «creando altresì le condizioni per punire con livelli sanzionatori dolomitici condotte anche di gravità decisamente inferiore».

acrobaticamente...l'esimente di un'aggravante speciale), ha tentato di qualificare la tortura aggravata come una fattispecie autonoma di reato⁴². Neanche l'interpretazione ortopedica qui suggerita, tuttavia, sfugge a un rilievo dirimente: considerando la tortura commessa dal pubblico ufficiale come fattispecie delittuosa autonoma piuttosto che circostanza aggravante, si giungerebbe alla conclusione paradossale di ritenere inapplicabili proprio al delitto più grave i consistenti aumenti di pena previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 613 ter c.p. se dalla tortura derivano lesioni personali, anche gravi o gravissime, o la morte del soggetto torturato. La tortura di Stato assumerebbe, così, la veste di un reato meno pesantemente sanzionato rispetto alla c.d. tortura privata, con tutto ciò che ne consegue.

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

⁴² Si veda ancora una volta A. PUGIOTTO, *loc. ult. cit.*

La Cassazione ribadisce, da ultimo nella sentenza 8973/22 della V Sezione penale (sui fatti di Santa Maria Capua Vetere), la natura *eventualmente* abituale⁴³ del reato di cui all'art. 613 *bis* c.p., integrabile anche mediante una sola condotta o più condotte realizzate, come in questo caso, nello stesso contesto spazio-temporale e che integrino gli estremi di un trattamento inumano e degradante. In questa prospettiva anche l'elemento psicologico subisce una sorta di frammentazione, ben potendo il dolo riferirsi ad una soltanto delle singole condotte che, in prospettiva sistemica, costituiscono la vera e propria tortura.

L'impostazione della Suprema Corte pone così in rapporto di omogeneità di progressione lesiva trattamenti inumani e degradanti e tortura, superando di slancio le diverse letture assiologiche dei due elementi in esame fornite nel tempo dalla Corte di Strasburgo.

11. *Uso e abuso della forza pubblica: i limiti irrinunciabili.* Secondo una recente chiave di lettura, gli episodi di abuso della forza da parte dei corpi istituzionali dello Stato, assai eterogenei negli Stati Uniti e in Europa in virtù del differente *background* storico, politico e culturale che caratterizza i due Continenti, non sono affatto frutto di isolate "mele marce" ma nascono in un contesto ben preciso, caratterizzato da una distorsione del rapporto tra forza legittima e forma di Stato che porta a "disumanizzare" alcune tipologie di soggetti (persone di colore, vagabondi, detenuti ed altri "indesiderabili"). S'invera così, ancora una volta, la logica del nemico da neutralizzare anche in chiave preventiva, con una sorta di legittimazione socio-istituzionale di base all'uso (ma, in realtà, all'abuso) della forza pubblica che rappresenta l'inquietante *plafond* criminologico da individuare e contenere nel caso di specie⁴⁴. Lo studio qui richiamato evidenzia correttamente lo stretto legame tra uso della forza pubblica e forme di

⁴³ Sui reati di durata v., da ultimo, il contributo monografico di A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*, Torino, 2019.

⁴⁴ R. CORNELLI, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Torino, 2020, 9 e ss.

democrazia, rammentando che la caratteristica della violenza collettiva è l'azione per conto di un gruppo, nel cui *milieu* subculturale l'uso della forza contro determinate categorie di soggetti sia visto come legittimo o addirittura doveroso. Occorrerebbe quindi individuare soglie invalicabili di accettazione della violenza studiando strategie preventive, tra cui spicca la necessità di affrontare una volta per tutte il problema culturale della legittimazione sociale di certe pratiche⁴⁵.

A livello giuridico-penale, la soglia invalicabile che separa l'uso legittimo dall'abuso della forza pubblica è rappresentata dai requisiti della *necessità dell'intervento* e della *proporzione* non solo tra i beni in gioco, ma tra l'entità della reazione da contenere ed i mezzi concretamente utilizzati. Sostanzialmente condivisibile, in proposito, è l'opinione di chi interpreta il requisito implicito della proporzione nell'uso legittimo delle armi in senso rigorosamente *sistemico e modale*⁴⁶. In particolare, la proporzione è un elemento fluido che si presta, secondo questa chiave di lettura, ad essere meglio inteso non come petizione di principio, ma come protocollizzazione dei limiti all'uso delle armi (letali o non letali che siano), analogamente a quanto sta accadendo in Italia con le linee guida in ambito sanitario.

Il requisito della *necessità* si ricollega invece all'*an* dell'intervento dell'autorità, prima che alle forme della sua estrinsecazione, e ci riporta alla genetica configurazione della tortura come reato *proprio* presente sia nella CAT⁴⁷ che nell'art. 7, § 2, lett. e dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale⁴⁸.

⁴⁵ R. CORNELLI, *La forza di polizia*, cit., 169 e ss.

⁴⁶ G. MARTIELLO, *I limiti penali all'uso della forza pubblica: un'indagine di parte generale*, Pisa, 2019, 217 e ss. L'Autore individua dei veri e propri limiti sistemici all'applicabilità dell'art. 53 c.p., sviluppando - senza pretesa di esaustività - una serie di percorsi alternativi sui destini costituzionalmente orientati della più autoritaria fra le scriminanti.

⁴⁷ *Supra*, nota 7.

⁴⁸ L'art. 7, § 2, lett. e dello Statuto definisce la tortura come crimine contro l'umanità in questi termini: «"Tortura" è l'inflizione intenzionale di un dolore o di una sofferenza gravi, fisici o mentali, su una persona in custodia o sotto il controllo dell'accusato». La nozione in questione, applicata al territorio dei crimini di guerra, si arricchisce, all'art. 8 [§ 2, lett. a ii 1) e lett. c i 4)] del ventaglio dei fini già contemplati dalla Convenzione di New York sulla tortura di Stato: «ottenere informazioni o confessioni, punizioni, intimidazioni o coercizioni per qualsiasi motivo fondato su intenti discriminatori».

Sotto questo punto di vista, l'abuso di autorità diventa cifra stilistica della tortura dei pubblici ufficiali, rappresentandone un sintomo inequivocabile.

12. *Conclusioni: la legittimazione impossibile della tortura "necessaria".* la tentazione della nuova legittimazione della tortura come strumento investigativo o contenitivo "estremo" in casi eccezionali - salvo poi discutere della confortevole ampiezza dei casi suddetti - si inserisce in un contesto molto più ampio ed impegnativo. C'entrano, scrive un Autore particolarmente sensibile, «la crisi del modello di Stato liberale; un'accelerazione dei processi storici che rende sempre più rapidamente evanescente anche la memoria di fatti non lontani; una fatale attrazione per una semplificazione di problemi complessi; un fastidio diffuso per il rispetto di regole formali (in questo caso le garanzie processuali dello Stato di diritto); la rinascente fascinazione in politica per l'uomo forte, che decide, che si libera da vincoli e contrappesi fondandosi sul mandato diretto del popolo»⁴⁹.

In questo *milieu* va certamente rintracciata la ragione per cui alcuni esponenti politici sensibili ad umori autoritari hanno impedito che il parlamento coniasse una fattispecie di tortura formulata in termini decorosi, ed alla quale solo gli orientamenti della giurisprudenza stanno dando - come nel caso di specie - una fisionomia più precisa.

Tuttavia, le direttive assiologiche del nostro diritto, comunque le si voglia definire, hanno radici profonde che condizionano in modo irrinunciabile il dibattito giuridico, persino ove si voglia collocare la "tortura di Stato" in un opinabile spazio libero dal diritto (dove abitualmente, in verità, si situano ben altre questioni di vita o di morte).

⁴⁹ G. FORNASARI, *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario*, cit., 241.