

## LA LEGGE ITALIANA: UN PROFILO GIURIDICO

1. Introduzione. – 2. Il reato di tortura: il soggetto. – 3. La condotta. – 4. L'evento. – 5. L'elemento soggettivo. – 6. L'art. 613-*bis*, II comma: fattispecie autonoma? – 7. Il *caveat* del terzo comma. – 8. Le aggravanti dei commi IV e V. – 9. L'art. 613-*ter* c.p. – 10. La modifica all'articolo 191 c.p.p. – 11. Quello che non c'è: la prescrizione; la tutela delle vittime. – 12. Alba o crepuscolo? Guardare avanti.

### 1. Introduzione

L'ordinamento italiano contempla, finalmente, il reato di tortura: lo ha introdotto la legge del 14 luglio 2017, n. 110.

Occorre domandarsi se la fattispecie che oggi compare nel codice penale all'art. 613-*bis*, "Tortura", insieme a quella prevista dall'art. 613-*ter* ("Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura"), costituisca adempimento degli obblighi internazionali, se risponda al dettato costituzionale e, soprattutto, se servirà allo scopo; in una parola, se questa lunga attesa abbia avuto un senso.

Ci sono voluti quasi trent'anni perché l'impegno assunto dall'Italia con la promulgazione della legge 3 novembre 1988, n. 498, di ratifica della Convenzione ONU del 1984 contro la tortura, fosse (come si vedrà, solo formalmente) rispettato. Sono passati, peraltro, quasi settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica Italiana, che all'art. 13, 4° comma, prevede che sia "punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà", così rendendo la tortura reato "costituzionalmente necessario": si tratta dell'unico obbligo di incriminazione previsto dalla Costituzione, che segnala in modo limpido (ma non abbastanza per un legislatore miope e timoroso) la natura eversiva dell'uso deviato della forza da parte degli apparati dello Stato, vero e proprio "furto di umanità" (*cfr.* A. Zamperini, V. Siracusa, M. Menegatto, 2017).

Su cosa debba intendersi per "tortura" la Convenzione è chiara: si prevede un reato proprio (agisce il pubblico ufficiale con abuso di potere, ossia con esercizio arbitrario e illegale di una forza di per sé legittima); condotta a forma libera; dolo specifico.

Nel luglio 2017, in un'Italia profondamente mutata rispetto agli anni Ottanta e che, nel frattempo, ha vissuto pagine nere come quella del G8 di Genova<sup>1</sup>, vengono approvate disposizioni che hanno una portata diversa,

<sup>1</sup> Sono anche i procedimenti promossi dalle vittime dei fatti di Genova davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per la violazione dell'art. 3 CEDU, ad avere imposto una (relativa) accelerazione dell'iter legislativo.

sicuramente più ristretta rispetto alla Convenzione, sebbene taluni vogliano accreditare la configurazione del reato comune, che può commettere chiunque, quale strumento di ampliamento dell'operatività della norma.

Voci di protesta, anche internazionali, si levano immediatamente prima e subito dopo l'approvazione della legge. Le osservazioni conclusive del Comitato ONU contro la tortura del 6 dicembre 2017 tacciano il nuovo articolo 613-*bis* del codice penale italiano di incompletezza, ristrettezza della definizione e, al contrario, ridondanza per la presenza di elementi superflui, evidenziando, in ogni caso, che la norma non è in linea con la Convenzione e crea spazi di impunità<sup>2</sup>.

Permettiamoci un passo in più: pensiamo che con l'adozione di questa legge si sia consumato un tradimento della Costituzione e della Convenzione: il cuore dell'obbligo di incriminazione della tortura è la tutela dell'*Habeas corpus*, principio che da più di ottocento anni trattiene la mano del sovrano, preservando l'inviolabilità del corpo del cittadino dalla violenza degli organi coercitivi dello Stato, la cui forza è tanto incommensurabilmente maggiore da poterlo annientare<sup>3</sup>. Di qui la necessità, tradita, di concepire la tortura come reato proprio del pubblico ufficiale.

## 2. Il reato di tortura: il soggetto

A cosa serve la nuova norma? A punire un prestatore di denaro a usura che ha tormentato il suo debitore, minacciandolo, picchiandolo legato a una sedia, facendolo rinvenire con getti d'acqua gelida, ferendogli lentamente una mano con un taglierino come in un classico della letteratura *noir*? Per qualcuno sì. Dopo l'approvazione della legge 110/2017 si è letto:

la sentenza in parola [Tribunale di Como, 27 aprile 2017] presenta profili di interesse perché dimostra l'opportunità – colta, dopo qualche incertezza, dal legislatore del 2017 – di declinare il delitto di tortura come reato comune e non come reato proprio (...) <sup>4</sup>.

Colpire la “tortura tra privati”, tuttavia, non era (non doveva essere) lo scopo di questa legge.

<sup>2</sup> Due le critiche principali mosse dal Comitato: non avere previsto il dolo specifico, ossia la direzione degli atti di tortura finalizzata a quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione; aver configurato la tortura come reato comune e non proprio.

<sup>3</sup> Non è un caso che la prima affermazione dell'*Habeas corpus* venga fatta risalire alla *Magna Charta Libertatum* inglese del 1215, per la quale la tortura era forma punitiva crudele, contraria al principio di libertà, da non infliggersi in alcun caso.

<sup>4</sup> Diritto Penale Contemporaneo, 23 febbraio 2018, nota redazionale, *Il Tribunale di Como si pronuncia su un caso di tortura tra privati “ante litteram”*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

Quella sentenza del Tribunale di Como, condannando per i reati di usura, estorsione, sequestro di persona e lesioni personali aggravate e continuate, ha irrogato all'imputato diciassette anni di reclusione, utilizzando le fattispecie già previste dal codice penale; senza rischio di prescrizione. C'era davvero bisogno d'altro?

Sui privati in preda a raptus di crudeltà già si abbatteva la mano pesante del legislatore penale<sup>5</sup>, mentre altri, diversi e meno estemporanei, erano i casi seguiti da scandalosa impunità dei colpevoli. Per i fatti della scuola Diaz-Pertini e della caserma di Bolzaneto a Genova la prescrizione ha spazzato via le imputazioni più direttamente pertinenti alla integrità fisica delle vittime e la Corte di Strasburgo ha dovuto prendere atto dell'inadeguatezza della legislazione penale italiana (*cfr.* Sent. Corte EDU *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015, § 225).

Eppure, il legislatore del 2017 ha privato la norma dell'immediato potere evocativo del reato proprio del pubblico ufficiale. Quel "chiunque" che dà avvio al 1° comma dell'art. 613-*bis* c.p. ci parla di un reato comune, seppure caratterizzato da una relazione tra l'agente e la vittima.

Quest'ultima è "una persona privata della libertà personale o affidata alla sua [di "chiunque"] custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa". È il tentativo di recupero di un'identità, per il nuovo reato, attraverso l'articolazione di rapporti sbilanciati tra soggetti forti e deboli, dopo che la fisionomia naturale del reato di tortura è stata cancellata con la scelta del reato comune.

Da rilevare che è sparito l'avverbio "comunque", previsto in origine dal testo licenziato dalla Camera, in relazione al rapporto di sottoposizione al soggetto forte. Illusionismo non da poco, considerato che in tal modo dal soggetto "comunque" affidato all'autorità, vigilanza o custodia si passa ad uno *status* giuridicamente già formalizzato, escludendosi situazioni antecedenti all'instaurazione di una vera e propria *auctoritas* o *potestas* di un soggetto sull'altro: per intenderci, casi come l'irruzione della polizia nella scuola Diaz-Pertini di Genova, al momento della quale nessun fermo o arresto era stato compiuto (*cfr.* A. Pugiotto, 2018, 14, nota 50).

E, dunque, relazioni tra autore e vittima con copertura, *lato sensu*, giuridica: situazioni di protezione o controllo formalizzate per legge o contratto; certamente

<sup>5</sup> *Cfr.* anche Tribunale di Monza, sent. 10.6.2016, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) 3.11.2016: 20 anni di reclusione irrogati in un caso di sequestro di persona, violenza sessuale e maltrattamenti commessi tra privati.

l'art. 613-*bis* del codice penale delinea ambiti di applicazione particolarmente dilatati. Scuole, ospedali, case di cura e riposo, famiglie, caserme, fabbriche, aziende agricole e quant'altro sono il luogo in cui possono commettersi prevaricazioni e violenze tali da assumere le connotazioni della vera e propria tortura (A. Cisterna, 2017, 18).

Senz'altro da aggiungere all'elenco le REMS (le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza che hanno sostituito gli Ospedali psichiatrici giudiziari) e i CPR (Centri di permanenza per il rimpatrio dei migranti): non a caso tra i luoghi visitati "a sorpresa" dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

Sono previste, poi, relazioni di fatto: la privazione della libertà personale o la minorata difesa, quest'ultima promossa dal rango di aggravante comune a quello di elemento costitutivo del reato. Con le conseguenti, prevedibili difficoltà applicative destinate a sorgere in materia di concorso, apparente o reale, di questa fattispecie rispetto ad altri reati: maltrattamenti in famiglia *ex* art. 572 c.p., *stalking* di cui all'art. 612-*bis* c.p., caporalato (art. 603-*bis* c.p.), abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.)<sup>6</sup>.

Quanto alla minorata difesa, la sfida interpretativa potrebbe risiedere nel collegare quest'ultima, nei casi di reato commesso da appartenente alle forze dell'ordine, al timore direttamente indotto dalla qualifica dell'agente, così parzialmente recuperandosi l'originario senso dell'incriminazione della tortura. Strada che si presenta, però, in salita: la giurisprudenza nega l'aggravante nel caso, per esempio, della sperequazione fisica tra i soggetti e pare difficile, e in qualche misura frustrante per le stesse forze di polizia, affermare che una divisa faccia, di per sé, tanta paura da rendere la vittima vulnerabile.

### 3. La condotta

Come vedremo a breve, il legislatore domestico sembra dimentico di opzioni valoriali, che invece si rinvencono nella Carta fondamentale, e in prodromi di lungo corso:

nel prescrivere ciò che deve esser punito, l'art. 13, 4° comma Cost. fa riferimento a «ogni violenza», non diversamente dall'art. 1 della Convenzione ONU del 1984, che vieta «qualsiasi atto» di tortura. Sono due mirabili singolari, che bastano a smontare il sofisma secondo cui un singolo atto di tortura non sarebbe tortura, ma solo un suo innocuo trailer (A. Pugiotto, 2018, 12-3)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> A. Cisterna (2017, 18-9).

<sup>7</sup> Cfr. anche G. Serges (2017, 335-91).

Violenze o minacce gravi, ovvero agire con crudeltà; son queste, le condotte incriminate.

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

Difficile immaginare la punibilità di condotte omissive, neppure in forza della generale clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2°, c.p.<sup>8</sup>; la lettera della legge l'esclude, a meno di forzature ermeneutiche.

Così, contrariamente a quanto previsto dalla CAT e dalla consolidata giurisprudenza alsaziana, l'aggettivo qualificante accede alla condotta, piuttosto che all'evento: se non è grave non è<sup>9</sup>.

Soprattutto, l'inusuale forma plurale impone di lasciare indenne da sanzione la singola azione<sup>10</sup>, quand'anche gravissima<sup>11</sup>.

In alternativa, «la selezione opera sul tipo d'autore»<sup>12</sup>, volgendo lo sguardo alle abiezioni e al sadismo; ciò che normalmente integra un'aggravante (art. 61 n. 4 c.p.), nel caso di specie si apprezza come elemento costitutivo del reato.

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

Nella legge 110/2017, tutto parla di tortura di Stato, tranne la norma che deve definire il reato.

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

Purtroppo,

lo Stato non si accusa da solo; quando un organismo da lui dipendente si compromette con un crimine quale la tortura, è l'intero sistema che viene messo in causa

<sup>8</sup> A. Pugiotto (2018, 14); *contra*, sul punto, *cfr.* D. Falcinelli (2017); C. Pezzimenti (2018, 156).

<sup>9</sup> M. Passione (2015, 46).

<sup>10</sup> M. Passione (2017).

<sup>11</sup> *Contra*, con motivazione non convincente, P. Lobba (2017).

<sup>12</sup> T. Padovani (2016, 27).

– così come, tutto sommato, sarà l'intero apparato statale a compromettersi qualora nasconda la verità<sup>13</sup>.

#### 4. L'evento

Nel corpo: acute sofferenze; non un dolore (come nella definizione convenzionale), non un pregiudizio. Piuttosto, un plurale, di nuovo, naturale *pendant* della condotta.

In alternativa, un verificabile trauma psichico.

Dalla formula adottata si evince il malcelato sospetto nei confronti della vittima (deviante, ribelle, a volte delinquente)<sup>14</sup>.

Eppure, il considerando n. 53 della Direttiva 2012/29/UE indica che “È opportuno limitare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta... svolgendo il procedimento in un modo coordinato e rispettoso, che consenta alle vittime di stabilire un clima di fiducia con le autorità”.

Ma non è finita; l'impudico legislatore pretende di più.

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

Sembrerebbe (o è?) “una sconcertante clausola condizionale... che riproduce una condizione obiettiva di punibilità”<sup>15</sup>.

Ed infatti, mentre la pluralità di condotte non consente di ricondurre l'ipotesi nel disposto di cui all'art. 44 c.p., il rinvio a trattamenti inumani e degradanti (si badi, con vocale congiuntiva, e non alternativa<sup>16</sup>) lascia del tutto esterrefatti.

Com'è noto, i trattamenti inumani o degradanti “indicano qualcosa di meno e di diverso rispetto alla tortura”<sup>17</sup>.

Il livello distintivo tra le due ipotesi di condotte in violazione di *core rights* convenzionali consiste nell'intensità delle sofferenze inferte (con superamento della cosiddetta “soglia minima di gravità”, da accertarsi in concreto e al di là di ogni ragionevole dubbio – in ordine crescente: dal trattamento

<sup>13</sup> P. Vidal-Naquet (1963, 22).

<sup>14</sup> Per una specifica trattazione del verificabile trauma psichico e delle conseguenze sulla vittima, in questo numero monografico cfr. A. Zamperini, M. Menegatto (2018).

<sup>15</sup> T. Padovani (2016, 31).

<sup>16</sup> Sebbene vi sia chi ha sostenuto (P. De Franceschi, 2017, 14) che “ciò che è inumano è anche degradante, ciò che è degradante è anche inumano”, non possiamo che convenire con chi (F. Pocar, 2017, 8) ha affermato che la “formula cumulativa costituisce una condizione ulteriore non ammessa dal diritto internazionale”.

<sup>17</sup> A. Costantini (2018, 7); cfr. anche M. Palma (2013, 175-9).

degradante a quello inumano, per finire con la più grave fattispecie di tortura) e nella volontarietà della condotta. Ed allora il pasticcio dogmatico pare irreversibile. La norma di nuovo conio, infatti, pretendendo un trapianto di nozioni giurisprudenziali che scontano il difetto dell'approccio casistico del giudice alsaziano, non soddisfa il necessario rispetto della legalità e tassatività. Di più. L'art. 613-*bis* c.p., semplicemente intitolato "Tortura", non solo comprende condotte di diversa natura e gravità (così consegnando lo stigma dell'ignominia a fatti ontologicamente diversi), ma consente (per una sorta di eterogenesi dei fini, se si segue l'*intentio legis* ricavabile dal dibattito parlamentare) di ravvisare tortura ove il crudele abbia posto in essere un trattamento inumano e degradante. Invertendo il proverbio, "nel meno ci sta il più", par di capire. Si direbbe il delitto perfetto<sup>18</sup>, ma l'autore è noto.

## 5. L'elemento soggettivo

Poco da dire; salvo rimarcare, ancora una volta, una nomografia distante dal testo convenzionale, e foriera di ulteriori pietre d'inciampo.

Ed infatti, nel passaggio del testo di legge dalla Camera al Senato, è stato eliminato l'avverbio "intenzionalmente", che avrebbe consentito di evitare un uso improprio delle incriminazioni<sup>19</sup>, utilizzando la categoria del dolo eventuale<sup>20</sup>, vera e propria "rivincita del processo inquisitorio sul processo di parti"<sup>21</sup>.

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

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

<sup>18</sup> Viene a mente la celebre e dolente affermazione di J.-P. Sartre (1958, 7), nel *Saggio introduttivo* a H. Alleg: "oggi sappiamo che non c'è nulla da comprendere; tutto si è compiuto insensibilmente, con abbandoni impercettibili; quando abbiamo levato il capo, abbiamo visto nello specchio un volto sconosciuto, odioso: il nostro".

<sup>19</sup> A. Colella (2014, 40).

<sup>20</sup> In questo senso non si condivide l'opinione di I. Marchi (2017, 64-5), che sostiene che la descrizione del tipo [di condotta] "è talmente pregnante, anche in relazione al livello sanzionatorio, da escludere la compatibilità del reato con il dolo eventuale". Il difetto di coerenza che sottende l'intero impianto normativo non consente di aderire all'assunto, sol che si pensi al fatto che l'art. 1 della legge, come già evidenziato, riunisce in un *unicum* la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.

<sup>21</sup> F. M. Iacoviello (2010, 477).

La distonia tra quanto concordemente ritenuto dalla Corte EDU, secondo la quale la tortura esige il finalismo di cui all'art. 1 CAT, a differenza di quanto previsto per i trattamenti inumani o degradanti (per i quali non è richiesto che l'agente si prefigga il raggiungimento di un determinato scopo, fosse anche quello di causare uno stato di sofferenza), si spiega, ancora una volta, con la confusa sintassi della novella, che riunendo fatti di diverso rilievo ha finito col travolgere una consolidata casistica ed una precisa ermeneutica del testo convenzionale ad opera della Corte Europea<sup>22</sup>.

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

Già immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge 23 giugno 2017, n. 103, voci di rilievo ne hanno suggerito "interpretazioni ortopediche" da parte della giurisprudenza.

Saggiamente si è, però, segnalato il rischio dell'eterogenesi dei fini (*cfr.* A. Pugiotto 2018, 20-1); peraltro quella di interpretazioni "creative" pare prospettiva poco rasserenante a chi ancora crede nel ruolo di limitazione dell'arbitrio che, nel modello teorico dello stato di diritto, è svolto dal principio di legalità (*cfr.* L. Ferrajoli, 2016, 13).

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

L'intenzione del legislatore sembrerebbe chiara: prevedere una circostanza aggravante del reato base. Di "fattispecie aggravate" del reato di tortura parlano i dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati<sup>23</sup>, né l'esame dei lavori parlamentari potrebbe condurre a seriamente dubitare dell'intenzione del legislatore di sottrarre la norma all'effetto stigmatizzante dell'incriminazione "diretta" dell'appartenente alle forze di polizia.

Tuttavia, la scrittura ambigua della norma ha già indotto taluni a proporre la diversa lettura quale fattispecie autonoma di reato (*cfr.* F. Viganò, 2014, 5; I. Marchi, 2017, 159; P. Lobba, 2017, 229).

Non va trascurato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 26.6.2002, n. 26351, ric. *Fedi*) hanno attribuito rilievo decisivo al criterio "strutturale" della modalità di descrizione della fattispecie penale: laddove questa sia operata *per relationem*, mediante rinvio ad altra figura criminosa

<sup>22</sup> Sull'argomento, si rinvia all'amplessima disamina giurisprudenziale di A. Scutellari (2015, 715-802).

<sup>23</sup> Dossier n. 149/2 del 6 giugno 2017 – Schede di lettura; dossier n. 285 del 21 giugno 2017 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale.



(come, nel caso che ci occupa, “i fatti di cui al primo comma”), ci si troverebbe dinnanzi ad una circostanza, e non ad una fattispecie autonoma di reato.

## 7. Il *caveat* del terzo comma

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

Ricomparsa nel testo finale, con diversa formulazione (in precedenza stabilendosi che la sofferenza dovesse essere *ulteriore*<sup>24</sup> rispetto a quella derivante dall'azione pubblica), la clausola di riserva<sup>25</sup> è ovviamente applicabile (per espressa lettera della legge, oltre che *ratione materiae*) solo ai fatti commessi da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio (il che costituisce indice dell'autonomia dei fatti di cui al secondo comma rispetto a quelli commessi dai privati).

La lettura del dibattito parlamentare rende evidente come il Senato abbia ceduto alle sollecitazioni dei sindacati di polizia, timorosi che le forze dell'ordine non possano “fare il loro lavoro”.

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

Tuttavia, poiché

in democrazia l'esistenza che è in gioco è quella della Costituzione e dei suoi diritti, e nel contesto dell'ordinamento costituzionale, e più in generale in uno Stato di diritto, lo Stato come tale non è mai un argomento<sup>26</sup>,

non può non segnalarsi come altre fonti del diritto pattizio (cfr. ad esempio, artt. 3 CEDU e 4 CDFUE), nell'interpretazione fornita dalle Corti (cfr., *ex multis*, sent. Corte EDU, Seconda Sezione, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*), non prevedano limitazioni legate alla liceità delle sanzioni<sup>27</sup>. Diversamente opinando, potrebbe prospettarsi il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 613-*bis* c.p., comma 3°, c.p., come introdotto dall'art. 1 della legge

<sup>24</sup> F. Viganò (2014, 22-3) sostiene l'opportunità dell'introduzione del *caveat* nel testo, in accordo con quanto previsto dall'art. 1 CAT, tenendo conto delle peculiarità del quadro normativo italiano... e del disastroso sistema penitenziario italiano.

<sup>25</sup> A. Cisterna (2017, 21) parla di scriminante di natura funzionale.

<sup>26</sup> M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa (2013, 148).

<sup>27</sup> A. Pugiotto (2014).

110/2017, per contrasto con l'art. 117, comma 1°, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU<sup>28</sup>.

## 8. Le aggravanti dei commi IV e V

Qui abbiamo inequivocabilmente la previsione di circostanze aggravanti, come indica l'espressione "le pene sono aumentate" del comma IV dell'art. 613-*bis*, nel quale il legislatore indica progressivi inasprimenti sanzionatori.

La certezza sulla natura di queste previsioni non le pone al riparo, in primo luogo, da problemi applicativi derivanti dalla troppo fluida linea di demarcazione fra la prima circostanza aggravante e l'evento come descritto nella fattispecie base, alla luce dell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza sulla nozione di lesione personale, che può consistere in un'altezzazione anatomica anche minima e transitoria ma anche, sul piano psichico, in un'ansia somatizzata, uno shock, uno svenimento.

Ebbene, se le "acute sofferenze fisiche" ben possono non sfociare in lesione (il classico pestaggio con l'asciugamano bagnato, che non lascia segni), non sarebbe già lesione, alla luce della giurisprudenza richiamata, il "trauma psichico" della fattispecie – base? (*cfr.* I. Marchi, 2017, 155).

I restanti aggravati di pena, previsti in misura fissa, senza possibilità di adeguamento alla concreta gravità del fatto se non tramite totale annullamento dell'effetto peggiorativo attraverso il bilanciamento con circostanze attenuanti, si prestano, invece, a molteplici censure di irragionevolezza, *ex art.* 3 Cost.. Difficilmente, dunque, potranno sfuggire all'interpello della Corte, in aderenza alla giurisprudenza costituzionale formatasi sul tema del rapporto tra le "pene fisse" e quelle "proporzionali" (il cui riferimento fondamentale è la sentenza n. 50 del 1980<sup>29</sup>).

Del resto, la tortura aggravata dalla lesione personale gravissima risulta irragionevolmente punita in modo meno grave del delitto di maltrattamenti; nel caso di morte come conseguenza non voluta la pena (fissa) è di trent'anni di reclusione, incomparabilmente più grave di quella dell'omicidio preterintenzionale (da dieci a diciotto anni), e perfino dell'omicidio volontario. Infine, quanto all'ergastolo per il caso di morte della vittima cagionata volontariamente, oltre a doversi rilevare l'inutilità della previsione (l'ergastolo già

<sup>28</sup> F. Viganò (2011, 290-1).

<sup>29</sup> Per C. Cost. 14/04/1980, n. 50, "va ribadita l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte, sicché in generale previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il 'volto costituzionale' del sistema penale che pone limiti alla potestà punitiva in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale".

scatta per l'omicidio aggravato da sevizie o crudeltà) non ci stancheremo mai di ribadirne la contrarietà al dettato dell'art. 27 co. 3 Cost., con il paradosso ulteriore di uno Stato che colpisce la tortura, apoteosi di inumanità, con la pena più inumana.

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

Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura; sebbene più coerente con la Convenzione ONU, il reato di nuovo conio, configurato come proprio, non fa che rivelare ulteriormente l'incongruenza del delitto di tortura, quale reato non necessariamente di Stato.

Anche qui, un vero e proprio guazzabuglio; norma preventiva, laddove su tale versante la legge è totalmente silente (in dispregio agli obblighi convenzionali), ma costruita malissimo.

In primo luogo, la norma non contempla l'ipotesi che l'istigato sia un privato (diversamente da quanto previsto dall'art. 16 CAT)<sup>30</sup>.

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

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

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

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

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

<sup>30</sup> S. Tunesi (2017, 14).

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

Norma, peraltro, inutile (*cfr.* A. Cisterna, 2017, 22-3), perché già l'art. 64, comma 2°, del codice di procedura penale stabilisce che "non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti". Identica formula è ripresa dall'art. 188 c.p.p. sulla libertà morale della persona nell'assunzione della prova.

Norma, in ogni caso, ambigua e di difficile applicazione. La circostanza che le dichiarazioni o informazioni siano state ottenute mediante tortura andrà soggetta ad accertamento, che non potrà non essere giudiziale<sup>31</sup>.

## 11. Quello che non c'è: la prescrizione; la tutela delle vittime

La legge 110/2017 si completa con gli artt. 3 e 4, che introducono, rispettivamente, modifiche all'articolo 19 del Testo Unico sull'Immigrazione, relativo ai divieti di espulsione e di respingimento, e previsioni relative alle immunità diplomatiche e all'estradizione.

Meritano segnalazione due silenzi rumorosi di questa legge: quello sul regime di prescrizione e quello sull'indennizzo alle vittime.

Quanto al primo, è sparita la previsione, contenuta nell'originario art. 3 del testo licenziato dalla Camera il 9 aprile 2015, che aggiungeva l'art. 613-*bis* all'elenco dei reati per cui il termine di prescrizione è raddoppiato. Una scelta sconcertante, alla luce dell'esito delle vicende processuali del G8 di Genova e, soprattutto, delle relative sentenze della Corte EDU, che hanno ribadito la necessità che, in materia di tortura o maltrattamenti inflitti da agenti dello Stato, non siano ammesse grazia, amnistia o prescrizione<sup>32</sup>.

E le vittime?

<sup>31</sup> *Contra* F. S. Cassibba (2018, 113): per l'autore va scongiurato l'equivoco, derivante dalla difettosa formulazione della norma, per cui condizione di operatività del divieto probatorio sarebbe l'accertamento della commissione del delitto di tortura.

<sup>32</sup> Sent. Corte EDU *Cestaro c. Italia*, cit., § 208.

La Direttiva 2004/80/CE, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, dispone (art. 12, comma II) che "Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime".

A seguito dell'entrata in vigore del D.lsg. 6 novembre 2007, n. 204, di (teorica) attuazione della Direttiva citata, la Commissione europea ha promosso, nel 2014, il procedimento innanzi alla Corte di Giustizia, deducendo la sostanziale inadempienza dell'Italia. L'esito è noto: con sentenza dell'11 ottobre 2016, la Grande Sezione della CGUE ha dichiarato la violazione della norma *de qua* ad opera del nostro Paese.

Pur dovendosi concordare con le affermazioni della Corte, secondo la quale "una situazione puramente interna non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva", non può non segnalarsi il paradosso di un sistema che lascia del tutto sprovvisto di tutele pubbliche le vittime del reato di tortura.

Successivamente, la legge 7 luglio 2016, n. 122, ha introdotto la disciplina per l'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti. Si tratta dell'ennesima truffa delle etichette, giacché l'indennizzo concerne solo i reati di omicidio e violenza sessuale, mentre per il resto riguarda soltanto spese mediche e assistenziali, e non già i danni derivanti dalla violenza subita.

Per esigenze di spazio, non è possibile dar conto di quanto la normativa italiana sia per altri versi assolutamente insufficiente, e contrastante con i principi della Direttiva. Prima di concludere, s'impone tuttavia un'altra considerazione. Com'è noto, a seguito della Direttiva n. 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, è stato introdotto il D.lsg. 15 dicembre 2015, n. 212. Nulla di più porta oggi la nuova legge per le vittime di tortura. Nel silenzio (sul punto; non il solo) della normativa domestica, si può solo prospettare la possibilità di un rinvio pregiudiziale, *ex art. 267 TFUE*, tenendo altresì conto di quanto previsto sul punto dall'art. 14 della CAT.

## 12. Alba o crepuscolo? Guardare avanti

Saranno il tempo e le aule giudiziarie, stavolta anche quelle italiane, a dare la risposta alla domanda che ha accompagnato la nascita della legge 110/2017: era forse meglio aspettare ancora piuttosto che avere, dopo tanta attesa, una pessima legge?

L'esperienza da deputata portò Natalia Ginzburg a concludere che "non si può chiedere troppo a una legge, come se essa avesse la facoltà di rendere

migliore e più limpida la società intiera”<sup>33</sup>. Tuttavia, si è sopra accennato a diversi temi critici che imporrebbero un intervento migliorativo del legislatore. Se ne possono, in conclusione, esplicitare le ipotetiche direzioni: fornire identità precisa di fattispecie autonoma all’art. 613-*bis*, comma II; riallineare la descrizione di condotta ed evento alla cristallina previsione della Convenzione ONU; intervenire sul regime di prescrizione e prevedere una seria tutela delle vittime di tortura.

Limitiamoci oggi, realisticamente, ad un richiamo ad altre risorse: anticorpi culturali e sociali in grado di restituire dignità alle vittime e di guarire la piaga nascosta e aberrante della tortura.

### Riferimenti bibliografici

- BUZZELLI Silvia (2018), *Tortura: una legge tanto per fare*, in [www.sicurezzacgs.it](http://www.sicurezzacgs.it).
- CANCELLARO Francesca (2018), *Pubblicate le osservazioni del comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 1, pp. 301-5.
- CASSIBBA Fabio Salvatore (2018), *Brevi riflessioni sull’inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 4, pp. 109-17.
- CISTERNA Alberto (2017), *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in “Guida al Diritto-Il Sole 24 Ore”, 39, 23 settembre, pp. 18-23.
- COLELLA Angela (2014), *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 3, pp. 1-49.
- COSTANTINI Anna (2018), *Il nuovo delitto di tortura (art.613 bis c.p.)*, in “Studium Iuris”, XXIV, 1, pp. 1-14.
- DE FRANCESCHI Paola (2017), *Divieto di tortura: dai principi internazionali alla Legge 110/2017*, in “Giurisprudenza Penale Web”, 10, pp. 1-18.
- DI CESARE Donatella (2016), *Tortura*, Bollati Boringhieri, Torino.
- FALCINELLI Daniela (2017), *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in “Archivio Penale”, 3, pp. 1-33.
- FERRAJOLI Luigi (2016), *Contro la giurisprudenza creativa*, in “Questione Giustizia”, 4, p. 13.
- FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo (2017), *Legge Orlando (disciplina penale). Il nuovo reato di tortura*, Zanichelli, Bologna.
- IACOVIELLO Francesco Mauro (2010), *Processo di parti e prova del dolo*, in AA.VV., *Criminalia*, ETS, Pisa, pp. 463-509.
- LA TORRE Massimo, LALATTA COSTERBOSA Marina (2013), *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna.
- LOBBA Paolo (2017), *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti*

<sup>33</sup> Natalia Ginzburg, intervento alla Camera sulla proposta di legge contro la violenza sessuale, Atti Parlamentari – Camera dei Deputati, X Legislatura, Discussioni, Seduta del 15 marzo 1989, 29536.

- umani e diritto penale internazionale*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 10, pp. 181-250.
- MARCHI Ilaria (2017), *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 7-8, pp. 155-67.
- PADOVANI Tullio (2016), *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in AA.VV., *Criminalia*, ETS, Pisa, pp. 27-32.
- PALMA Mauro (2013), *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in CORLEONE Franco, PUGIOTTO Andrea, *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, pp. 171-91.
- PASSIONE Michele (2015), *Il reato che non c'è; quello che ci serve*, in PERONI Caterina, SANTORSO Simone, *Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale*, Mimesis, Milano-Udine, pp. 39-57.
- PASSIONE Michele (2017), *Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura*, in “Giurisprudenza Penale Web”, 6, pp. 1-7.
- PEZZIMENTI Carmen (2018), *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in “Diritto Penale e Processo”, 2, pp. 153-7.
- POCAR Fausto (2017), *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in “Guida al Diritto”, 31, p. 8.
- PUGIOTTO Andrea (2014), *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2, pp. 129-52.
- PUGIOTTO Andrea (2018), *Una legge “sulla” tortura, non “contro” la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017)*, in “Quaderni Costituzionali”, 2, pp. 1-27.
- SARTRE Jean Paul (1958), *Saggio introduttivo*, in ALLEG Henri, *La tortura*, Einaudi, Torino, pp. 7-21.
- SCUTELLARI Alessandro (2015), *Trattamenti inumani e nuove schiavitù. Proibizione della tortura e dei trattamenti inumani*, in GIANNITI Pasquale, *La Cedu e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Bologna, pp. 715-802.
- SERGES Giuliano (2017), *Il diritto a non subire tortura, ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in RUOTOLO Marco, TALINI Silvia, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 335-91.
- TUNESI Stefania (2017), *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in “Giurisprudenza Penale Web”, 11, pp. 1-16.
- VALSECCHI Alfio (2014), *La Corte Costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).
- VIDAL-NAQUET Pierre (1963), *Lo Stato di tortura*, Laterza, Bari.
- VIGANÒ Francesco (2011), *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES Vittorio, ZAGREBELSKY Vladimiro, *La Cedu nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, pp. 290-1.
- VIGANÒ Francesco (2014), *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 1, pp. 1-26.
- VIGANÒ Francesco (2015), *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*, nota a C. EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* (§ 246), in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

- ZAMPERINI Adriano, MENEGATTO Marialuisa (2018), *Tortura psicologica e trauma psichico: la legge e la scienza*, in “Studi sulla questione criminale”, 13, 2, pp. 81-93.
- ZAMPERINI Adriano, SIRACUSA Valentina, MENEGATTO Marialuisa (2017), *Accountability and police violence: A research on accounts to cope with excessive use of force in Italy*, in “Journal of Police and Criminal Psychology”, 32, 2, pp. 172-83.