

CHIAMATELA COME VOLETE: È SEMPRE TORTURA. LA LEGGE ITALIANA, TRA CATTIVI MAESTRI E PRINCIPI DELLE CONVENZIONI

1. Introduzione. – 2. Tortura con altro nome, tortura legale. – 3. La codificazione italiana: sulle orme dei cattivi maestri. – 4. La tortura istituzionale oscurata. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

La storia ha già espresso il suo giudizio sulla tortura, ma la prima lezione della storia è proprio quella che non possono esservi certezze e acquisizioni durature. Nell'era della tutela dei diritti umani proclamati dalle convenzioni, la pratica della tortura non poteva che essere destinataria di totale esecrazione e quindi di un divieto assoluto per assicurarne la scomparsa¹. La narrativa prevalente ci aveva così abituato a una rappresentazione della tortura relegata ai secoli bui, con i terrificanti strumenti conservati nei musei a evocare modalità brutali e grossolane di violenza fisica. In altra variante, la tortura è nell'immaginario collettivo associata ai regimi dittatoriali o autocratici, pertanto incompatibile con i regimi democratici a matrice liberale di tipo occidentale: è infatti nella relazione di potere tra autore e vittima che si annida lo schema autoritario della tirannia (G. Serges, 2011; D. Luban, 2014). Nel riferimento assiologico delle supreme Corti di giustizia il divieto di tortura è così pregnante da essere individuato come valore di civiltà. Eppure, si è tornati a discutere di tortura non per dichiararne la sconfitta, ma per riconoscerle nuova legittimazione, come opzione praticabile per salvare le sorti di quella stessa civiltà che l'aveva espunta dall'orizzonte.

Qualcosa non torna. Se nel linguaggio dello stato di diritto la tortura è la più grande oscenità, è tuttavia caduta l'illusione che il ricorso a essa sia affare che riguarda soltanto gli Stati illiberali e le dittature. L'analisi storica (A. McCoy, 2006; D. Rejali, 2007; D. Luban, 2014) ha evidenziato come, nonostante il divieto e la cultura dei diritti umani, anche nelle democrazie occidentali è annidata la tortura, di cui si sono sperimentate nuove forme, senza i caratteri e i marchi distintivi di brutalità fisica. Pratiche di tortura senza tracce, operate clandestinamente (*stealthy torture*), alcune ancora fi-

¹ Nel caso Filartiga *cfr.* Pena-Irala, 630 F.2d 876, 884 (2d Cir. 1980) già la Corte d'Appello federale USA riconosceva come *ius cogens* internazionale il divieto; così anche di recente Cassazione Sez. 6, n. 46634 del 17.07.2014, Rep. Argentina in causa Reverberi (7), CED Cassazione rv. 261004.

siche, altre psicologiche, variamente denominate *white torture*, *clean torture*, *no touch torture*.

2. Tortura con altro nome, tortura legale

Nuove emergenze hanno tuttavia costretto a riscrivere la narrativa ufficiale nelle democrazie consolidate, senza più tener conto della “doppia contabilità”, tra condanna formale e pratica segreta. Dopo l’11 settembre, “*the gloves are off*”, diranno i vertici della CIA: si fa sul serio nei confronti del terrorismo. Non più gli strumenti del diritto penale ordinario, ma la dichiarazione di una guerra insolita, che non ha di fronte uno Stato, né un esercito, né campi di battaglia, ma solo nemici, ovunque, senza tempo, senza limiti (R. Brooks, 2016). Non ci sono regole da applicare per i sospetti terroristi, se non quelle create *ad hoc* da un’ordinanza militare, che non solo abbandona le leggi internazionali sui conflitti, ma lo stesso stato di diritto (J. Lepore, 2013). Rimane il divieto di tortura, ma è un ostacolo che i consiglieri del presidente Bush, in una serie di pareri giuridici², non esitano a superare, restringendo arbitrariamente la stessa definizione di tortura della Convenzione ONU e quindi negando che le programmate pratiche di coercizione nei confronti dei prigionieri (con un eufemismo: “*enhanced interrogation techniques*”) rientrino nell’ambito del divieto. È un tentativo di chiamare le cose con altro nome. Contestualmente, si apprestano giustificazioni per gli operatori, nel caso qualcuno invocasse il divieto assoluto, ampliando le basi per le esimenti della legittima difesa e dello stato di necessità. Un’altra interpretazione dei principi così forzata da poter financo configurare responsabilità degli stessi avvocati estensori dei pareri (J. A. Álvarez, 2006; J. D. Ohlin, 2010). Su tutto prevale la rivendicazione dei poteri del presidente, ritenuto svincolato da ogni legge o trattato, astrattamente in grado di ordinare la tortura che aveva già ordinato, pur continuando a negarla. Il terreno è pronto perché si avanzino proposte *de iure condendo*, queste apertamente miranti a una nuova legalizzazione della tortura³. La relativizzazione del divieto configura un’improbabile e irreale tortura, da un lato “minima” e, dall’altro, “eccezionale” (H. Shue, 2006). A rompere il ghiaccio è un paladino dei diritti civili, con argomentazioni oscillanti tra utilitarismo – lo scenario della *ticking bomb* evoca la tortura come male minore, in vista della tutela delle vite individuali e/o della nazione – ed eccezionalismo americano, nella difesa contro il ter-

² Sono i cosiddetti “*torture memos*” (cfr. D. Cole, 2009), in particolare il parere del 1º agosto 2002 sottoscritto da J. Bybee, capo dell’Ufficio legale del Dipartimento di Giustizia e redatto con il suo vice John Yoo.

³ Cfr. M. Lalatta Costerbosa, M. Latorre (2013).

rorismo e l'attacco ai valori occidentali (A. M. Dershowitz, 2002)⁴. Sul piano del diritto internazionale, tuttavia, non v'è spazio per conseguenzialismi di sorta, ma solo per il totale rifiuto in qualsiasi situazione, pur eccezionale⁵.

È invece singolare che la tortura sia riproposta in relazione alle sue finalità tipiche originarie. Nell'Europa continentale è per secoli disciplinata nel processo come mezzo di prova, non così per la *common law*, in cui è mero strumento di stato, utilizzato alla bisogna, contro nemici e sediziosi per ottenere informazioni e sventare complotti. Duplice è il percorso a ritroso nel lungo processo, che nello stato di diritto appariva irreversibile, di affrancamento dalla pratica. Da un lato, infatti, nel XVIII secolo le idee illuministiche che portano al ripudio della tortura legale si collocano in un contesto che ne ha già riconosciuto il fallimento per il fine che l'aveva imposta e che spingeva ora ad abbandonarla, cioè ottenere dichiarazioni affidabili, sia per fondare la certezza di una decisione giudiziale, sia per carpire informazioni altrimenti non disponibili (J. H. Langbein, 2006). D'altro lato, la prassi investigativa più recente ha dimostrato parimenti l'inutilità della coercizione, nonostante la sperimentazione di tecniche sempre più raffinate ed efficaci della brutale violenza fisica, mirate a infliggere sofferenze mentali, per infrangere la stessa personalità del soggetto. Tali sofferenze, infatti, generano stati mentali incompatibili con la rivelazione d'informazioni seriamente affidabili. Gli studi di psicologia sociale hanno suggerito l'abbandono delle tecniche d'interrogatorio coercitive ad opera delle agenzie investigative, in favore di altre metodologie che privilegiano l'attenzione e la costruzione di un rapporto con il soggetto (R. P. Fischer, R. E. Geiselman, 1992; R. Bull, 2014). Le neuroscienze confermano che lo stress cerebrale provocato dalle sofferenze, prodotte con la tortura, attiva processi che incidono negativamente sulla memoria, l'elaborazione dei pensieri, l'umore, in maniera antitetica all'estrazione d'informazioni attendibili: altro è costringere pertanto qualcuno a parlare, ma altro è estrarre dichiarazioni veritiere (D. Rejali, 2007; S. O'Mara, 2015).

È dubbio che il ricorso alla tortura nella “*war on terror*” fosse fondato sulla reale convinzione di ottenere dati investigativi apprezzabili⁶. Il rapporto del Senato USA, pubblicato nel 2014, nega che con gli interrogatori della CIA siano state acquisite informazioni rilevanti o utili. Nella prefazione, la senatrice Dianne Feinstein riconosce che ben prima del settembre 2001, la

⁴ Per questo dibattito, nel presente numero monografico, si rimanda a M. Lalatta Costerbosa (2018).

⁵ Gäfgen c/ Germania (ECHR, GC, 1.06.2010, ric. 22978/05, v. al § 107). UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties, par. II n. 6*, 24 January 2008, CAT/C/GC/2.

⁶ Quel motivo, si è sostenuto, è sempre un pretesto o una finzione (E. Scarry, 1985).

stessa CIA, sulla base della propria esperienza, era giunta alla determinazione che le tecniche coercitive “non producono informazioni”, che anzi avrebbe-
ro “probabilmente prodotto false risposte e storicamente si erano dimostrate inefficaci”. Nonostante ciò: “queste conclusioni furono ignorate”⁷. Probabile, allora, che il ricorso alla tortura sia stato motivato anche da finalità punitive e ritorsive, ovvero di deterrenza, per lanciare un messaggio di analogo terrore, combattere il fuoco con il fuoco. Nulla di più controproducente: la gravità del terrorismo sta proprio nella duplice minaccia che porta alla democrazia, non solo quella diretta dell’atto terroristico, ma anche quella indiretta che costringe la democrazia a una reazione sullo stesso terreno, abbandonando i propri valori⁸. Tale approccio si scorge dietro le grottesche espressioni in un’intervista del vicepresidente Cheney (“we also have to work, sort of on the dark side, if you will”)⁹. È l’apertura di una fase che, pur includendo opzioni e metodi che non rappresentano un’assoluta novità (A. McCoy, 2012; N. Chomsky, 2017), sembra tuttavia gettare la maschera e rivelare il fondo autoritario dello Stato quando si sente minacciato.

3. La codificazione italiana: sulle orme dei cattivi maestri

È in questo mutato contesto internazionale che si colloca la recente codificazione italiana. Essa s’inscrive tuttavia non – come auspicabile – nella reazione all’arbitrio dell’erosione del divieto, ma nel solco dei tentativi di chiamare la tortura in altri termini (M. Menegatto, 2016). Il risultato cui è giunto il legislatore porta, infatti, per essere casuale, troppe assonanze con l’approdo cercato dall’esperienza statunitense. Il dibattito parlamentare è influenzato dal quadro internazionale e dalla percezione d’insicurezza interna, tanto da far dubitare della volontà di affrontare ciò che evidenziavano la storia del paese e i casi giudiziari, cioè la tortura istituzionale, i numerosi eccessi delle forze di polizia¹⁰. Nella legge approvata si combinano, infatti, due linee antitetiche al rimedio delle lacune strutturali nell’ordinamento italiano che la Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) aveva ritenuto di ostacolo alla

⁷ *The US Senate Official Report on CIA Torture* (2015, 3). Che la tortura non abbia sortito risultati utili e abbia invece prodotto devastazioni non solo alle vittime, ma agli stessi torturatori, si evince dalle drammatiche esperienze personali degli operatori sul campo che conducevano gli interrogatori (*cfr.* E. Fair, 2016).

⁸ Sono i giudici Myjer e Zagrebelski a ricordare questo concetto espresso da Robert Badinter, già ministro della Giustizia francese, nella loro opinione concorrente alla decisione della Corte EDU, GC 28.02.2008, Saadi c. Italia, 31.

⁹ *Cfr.* J. Mayer (2008, cap. 1).

¹⁰ In merito all’accountability delle forze di polizia nel caso di uso eccessivo della forza, *cfr.* A. Zamperini, V. Siracusa, M. Menegatto (2017).

repressione dei fatti di tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. La prima è il deliberato abbandono della nozione convenzionale, con la previsione di un reato comune in grado di ridurre l'applicazione della norma proprio rispetto alle modalità tipiche della tortura istituzionale. In secondo luogo, v'è rinuncia al rafforzamento della tutela mediante le fattispecie ordinarie già presenti, in cui necessariamente ricadranno i maltrattamenti che non superano la soglia richiesta dalla nuova norma per la tortura. Si trascura, infatti, di adempiere quegli obblighi collaterali che assicurano efficace repressione non solo della tortura, ma anche degli altri maltrattamenti vietati dall'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Secondo la Corte¹¹, per tutte queste ipotesi occorreva impedire la prescrizione e l'applicazione di benefici o misure clementiziali, oltre ad assicurare per i pubblici ufficiali l'adozione di provvedimenti disciplinari, per prevenire abusi futuri. Nonostante ciò, anche il delitto che porta lo stigma più devastante non è stato affatto considerato "grave". La cornice edittale, paragonata ad altri delitti che offendono beni di minor rilievo costituzionale, non scongiura definitivamente la prescrizione. Anzi, è stata soppressa la previsione del raddoppio dei termini *ex art.* 157 c.p. prevista in prima lettura. Nessun intervento è poi previsto per escludere istituti (sospensioni di pena, indulti, benefici penitenziari) che vanificano la sanzione. Insomma, la tortura non è un reato "ostativo" a nessun fine.

La condotta descritta dal legislatore nell'*art. 613-bis* c.p. segna l'abbandono del porto sicuro costituito dalla definizione convenzionale (D. Weissbrodt, C. Eilman, 2011), in grado di coprire ogni manifestazione finora nota di tortura. Si sostiene, tuttavia, che la definizione convenzionale sia troppo vaga e generica, sebbene in realtà comprenderne la portata non ponga problemi eccedenti l'ambito di una "ordinaria" interpretazione, considerata anche l'assolutezza del divieto che la normativa internazionale configura (A. Hyde, 2006). La scelta legislativa non è evidentemente assicurare maggiore tassatività e precisione alla norma penale interna, quanto piuttosto evitare la potenziale efficacia applicativa della definizione convenzionale, già verificata incidentalmente nella concreta esperienza giudiziaria. I giudici non avevano avuto dubbi nel configurare come fatti di tortura quelli occorsi al G8 genovese, ricevendo l'avallo della Corte EDU. Anche il legislatore nel 2002, all'*art. 185-bis* del codice penale militare di guerra si era limitato a un rinvio mobile alla nozione convenzionale, limitandosi a menzionare "atti di tortura", adottando una tecnica non ignota in altre legislazioni¹².

¹¹ Cfr. Cestaro c/Italia, § 242.

¹² Secondo l'esemplare ricostruzione proposta da A. Pugiotto (2014): mancava la sanzione, non certo il preceitto.

La norma ora introdotta pone invece ancor più problemi di tassatività di quelli che avrebbe potuto risolvere. Da un lato, infatti, le difficoltà interpretative riguardano quasi esclusivamente la tortura istituzionale, dall'altro, v'è il serio rischio che la norma diventi invece una sorta di *passe-partout* e sia eccezivamente applicata nei rapporti tra privati, quale opzione sovrapponibile a un complesso di norme ordinarie che assicurano già adeguate sanzioni, ma mancano di una stigmatizzazione più rispondente ad ansia di difesa sociale che ad altro. La prima prassi applicativa, come riportato dalla cronaca recente, registra esattamente questa sovrapposizione di tutela. Provano troppo le insistite giustificazioni a sostegno della scelta della previsione di un reato comune. Inutile sostenere che le convenzioni non escludono e anzi favoriscono l'ampliamento dell'area d'incriminazione della tortura anche ad agenti privati, se ciò avviene al prezzo della restrizione della nozione, che è un minimo inderogabile, in altri casi.

4. La tortura istituzionale oscurata

La scelta di inglobare la tortura istituzionale nel reato comune ha comportato un incessante susseguirsi di limiti, *caveat*, soglie di punibilità, che producono percorsi argomentativi alternativi e altamente manipolabili. Nel caso del pubblico ufficiale, investito di un potere rispetto al soggetto con cui si confronta, v'è già una relazione asimmetrica e verticale; costituisce pertanto un limite la rigida individuazione di un rapporto formale tra autore e vittima (affidamento in custodia, potestà, controllo, cura, assistenza), che è invece necessaria per le relazioni instaurate tra privati. Ciò che avrebbe potuto costituire il precipuo elemento selettivo tipizzante è invece il fine specifico dell'azione, presente nella definizione convenzionale, ma scomparso dal testo nostrano, riluttante anche in questo a configurare la tortura istituzionale. Le finalità elencate nella definizione convenzionale sono infatti considerate, non a caso, espressione di finalità statali e legate a interessi o politiche di organi statali o d'istituzioni politiche organizzate (M. Nowak, 2006). A parte lo stato di privazione della libertà, l'unica ipotesi ermeneutica avanzata per l'applicazione della norma alle concrete situazioni operazionali delle forze dell'ordine è riferita allo stato di "minorata difesa" della vittima¹³. Tale situazione, già prevista nel codice come aggravante comune e oggetto di critiche per l'ampia discrezionalità applicativa, è del tutto impropria per configura-re la soggezione della vittima al potere del pubblico ufficiale, richiedendosi

¹³ Cfr. F. Viganò (2014, 12), P. Lobba (2017, 239), I. Marchi (2017, 167), così anche nel caso della scuola Diaz.

qualcosa di più del semplice esercizio di una funzione autoritativa. È quindi palese l'intento di contenere spazi di applicazione della norma nell'attività delle forze di polizia, in ordine pubblico o di polizia giudiziaria. Una scelta che ignora la casistica giurisprudenziale che riconosce la tortura nell'uso gratuito della violenza, non della forza, a fini punitivi, ritorsivi e di discriminazione in quelle contingenze operative¹⁴.

In questi casi, essendo stata espunta l'ipotesi che prevedeva, nel testo della Camera, in modo più ampio la sottoposizione del soggetto "comunque" all'altrui "autorità", è preferibile concentrarsi sul rapporto descritto come sottoposizione a "controllo". La giurisprudenza della Corte EDU suggerisce un'interpretazione estensiva sul punto, per ricomprendere anche quella situazione di fatto che si genera nell'esercizio di un potere autoritativo¹⁵. Per la Corte di Strasburgo, infatti, occorre riferirsi a quelle situazioni in cui il soggetto è sottoposto al pieno controllo della polizia ("under the full control of the police"), ovvero è nelle mani degli agenti ("at the hands of the police"). Dall'altro lato, descrive la situazione di vulnerabilità del soggetto che entra in senso più lato nella sfera di controllo del pubblico ufficiale, come quando si reca spontaneamente o è stato convocato in una stazione di polizia¹⁶.

La nozione convenzionale ha subito tuttavia ben altre amputazioni.

Da un lato manca la previsione di condotte omissive, pur sollecitata dagli emendamenti presentati e respinti; dall'altro la descrizione della condotta (attiva) è stata ossessivamente focalizzata su atti plurimi (volenze o minacce gravi). Anche la possibilità che la tortura si realizzi con unicità di condotta, anzi di un solo atto, nella norma legata soltanto alla sottoipotesi alternativa dell'agire con crudeltà, il verbo utilizzato esclude di nuovo la declinazione nella forma omissiva. L'opzione per un reato a condotta vincolata appare così impedire il richiamo all'interpretazione consolidata in sede internazionale, che ritiene implicita l'omissione nella condotta libera descritta dall'art. 1 della CAT¹⁷⁻¹⁸.

¹⁴ Nel testo precedente, ove compariva ancora il riferimento alle finalità della condotta, aveva allarmato la previsione fra queste dell'ipotesi di "vincere una resistenza". Qui si è ricercata una situazione di soggezione e vulnerabilità *ab origine* del soggetto passivo della condotta.

¹⁵ In senso contrario, *cfr.* P. Lobba (2017).

¹⁶ *Cfr.* Tiziana Pennino c/ Italia, ricorso n. 21759/15, I sez. Corte EDU sentenza 12.10.2017, I sez. (v. al § 45 e § 33-35-41); *cfr.* anche Bouyid c/ Belgio GC del 28.09.2015, ric. 23380/09.

¹⁷ Nell'ambito della Corte EDU, la posizione che la parola "atto" implichi anche una omissione è riconosciuta a partire dal precedente costituito dal "Greek case" (The Greek case: application no. 3321/67-Denmark v. Greece).

¹⁸ P. Lobba (2017, 228) definisce irrisolto il problema, accantonandolo; nel senso invece qui sostenuto, *cfr.* A. Colella (2014) e M. Passione (2015).

La pluralità di azioni non è solo contrastante con la previsione convenzionale, che menziona “qualsiasi atto”, ma soprattutto con la realtà delle più diffuse pratiche di tortura a livello internazionale (D. Rejali, 2007). La “reiterazione” delle azioni di violenza e minaccia, prevista in precedenti stesure, nel testo finale si stempera in locuzioni che mascherano la medesima sostanza. L’uso del plurale “violenze” o “minacce” è infatti rimasto, pur dopo la soppressione del fatidico termine di “reiterate”. Ma non è bastato l’infingimento della pluralità degli atti – almeno due, quindi, per la realizzazione della condotta tipica –, occorre ancora che si realizzi una pluralità di condotte, secondo l’ulteriore soglia di punibilità stabilita dall’art. 613-bis c.p. Ci si affida così a impropri distinguo legati all’incerta individuazione di sequenze spazio-temporali, atti plurimi commessi senza soluzione di continuità, o in rapida successione, più o meno intervallati, in contesti unitari o diversi. L’alternativa soglia di punibilità, in caso di condotta unica, cioè il realizzarsi di un “trattamento inumano e degradante”, non riconcilia la nozione con la definizione convenzionale ma ne segna altro distacco, nella sua funzione restrittiva¹⁹.

In controtendenza all’approccio vittimologico che il legislatore ha mostrato in molti settori, la vittima di tortura è invece circondata da una palese diffidenza proprio nel punto cruciale, quello concernente l’evento, la soglia di gravità del dolore patito. Prevalgono i timori delle forze di polizia, la preoccupazione di un *chilling effect* sullo “slancio nell’adempimento dei loro compiti”, provocato da “denunce strumentali”²⁰. Di qui la scelta paradossale di innalzare quantomeno la soglia probatoria, se non quella della sofferenza “tollerabile” per la vittima.

C’è un precedente che si può invocare, tuttavia, ed è di nuovo la dottrina dei giuristi della tortura. Spiegavano, infatti, gli avvocati del *Department of Justice* che la definizione convenzionale di tortura “copre solo atti di natura estrema”, provocanti dolore “difficile da sopportare”. Concludevano, pertanto, che il dolore fisico “dev’essere d’intensità pari a quella che accompagna le gravi lesioni fisiche, come il cedimento di un organo, la compromissione di una funzione corporea o anche la morte”; mentre quello mentale “richiede sofferenza non solo al momento dell’infilzazione, ma anche un danno psicologico duraturo, come quello che si può riscontrare nelle patologie mentali

¹⁹ Non è una sfumatura l’uso della congiuntiva tra le due forme di trattamento, che nei testi convenzionali sono sempre distinte.

²⁰ Cfr. audizione del prefetto Alessandro Pansa alla Camera il 29 ottobre 2014; http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02_tortura/2014/10/29/indice_stenografico.0007.html.

come la sindrome da stress post-traumatico”²¹⁻²². Nonostante nel contesto d’origine questa interpretazione sia stata notoriamente giudicata arbitraria²³, così come ovvio dagli organismi internazionali, resta il fatto che la dizione normativa di “trauma verificabile” adottata dal legislatore italiano per stabilire la soglia di gravità della sofferenza mentale è ora un dato testuale, cui i giuristi del presidente Bush giungevano solo per via d’interpretazione.

A difesa della scelta legislativa, molti si affrettano a svuotare la dizione letterale, assimilandola alla formulazione che compare nell’art. 612-bis c.p., ove – per consolidata giurisprudenza – alla vittima non è richiesto di documentare il perdurante e grave stato d’ansia, accertabile sulla sola base della testimonianza. Il riferimento alla nozione di trauma, unito a quello della verificabilità, implica il ricorrere di un effetto che va oltre il momento d’infilazione della sofferenza e una valutazione obiettiva esterna. Di qui il passaggio obbligato a un’indagine di tipo medico-legale, che evidenzi eventuali sindromi diagnosticabili: accertamenti complicati che in sede processuale si riflettono sull’onere probatorio con esiti incerti (cfr. T. Kelly, 2012)²⁴.

Analogamente, la scelta di definire il dolore fisico come sofferenze “acute”, aggettivo inusuale nel lessico giuridico del codice, consente di aprire a percorsi interpretativi selettivi con riferimento, improprio, ma voluto, alle definizioni della scienza medica. Poco manca al richiamo alle condizioni critiche proprie del quadro clinico delle emergenze mediche, scovato dal *Bybee Memorandum* in un testo di legge per il rimborso di spese sanitarie, in cui il dolore acuto (*severe pain*) era solo elencato come un sintomo tra gli altri²⁵.

Infine, tornano in gioco le argomentazioni avanzate nella “war on terror” in favore dell’impunità degli agenti impegnati ad assicurare il fine istituzionale, che può giustificare la tortura come mezzo necessario. L’agire “con crudeltà”, previsto dall’art. 613-bis c.p., difficilmente potrà sostenersi in capo al pubblico ufficiale. Inevitabile il riferimento a un elemento soggettivo: quell’atteggiamento psicologico è da tempo definito dalla giurisprudenza come espressione di speciale riprovevolezza. Nella fattispecie a dolo generico, espunte le finalità istituzionali proprie della definizione convenzionale, le sofferenze inflitte rimangono effetto collaterale dell’azione che, lungi dal dimostrare la particolare riprovevolezza del soggetto, è compiuta per la

²¹ Cfr. il cosiddetto *Bybee Memorandum* (1° agosto 2002, pp. 5-6).

²² Alan Hyde (2006) ricostruisce l’intero percorso interpretativo, caratterizzato da invenzioni e vere e proprie manipolazioni.

²³ Dopo lo scandalo di Abu Ghraib nel 2004 i cosiddetti *torture memos* vennero almeno formalmente ripudiati.

²⁴ Nel presente numero monografico, la questione del verificabile trauma psichico è specificamente trattata da A. Zamperini, M. Menegatto (2018).

²⁵ Cfr. le dichiarazioni del relatore al Senato D’Ascola (Seduta n. 202 del 05/03/2014).

“nobile causa”. Non occorre l’interpretazione dei giuristi nordamericani che sostenevano la necessità della prova dello specifico intento di causare le sofferenze come unico obiettivo dell’agente. Qui i precedenti sono domestici: pesa il riconoscimento dell’attenuante dell’aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale di cui all’art. 62 n. 1 c.p. ai colpevoli della tortura dei sequestratori del generale Dozier²⁶. Ancora più nella storia, l’impunità totale dei torturatori fascisti assicurata dall’interpretazione lassista del Decreto presidenziale 22 giugno 1946, n. 4 (cosiddetta amnistia Togliatti), che ne escludeva l’applicazione in caso di “sevizie particolarmente efferate”²⁷.

Nel luglio 2016, in seguito ad un attentato terroristico a Nizza, il Parlamento sospende la discussione in corso per la rinnovata attenzione alle esigenze della sicurezza, così apertamente messe in correlazione con l’opportunità dell’introduzione del delitto di tortura: un nesso distorto che pone in conflitto interessi non comparabili²⁸.

Puntualmente ricompare l’esimente di cui al terzo comma dell’art. 613-bis c.p., che riecheggia l’ambigua *lawful sanction clause* convenzionale, da non intendere come legittimazione delle pratiche di tortura solo perché formalmente approvate e autorizzate²⁹. La formulazione riprodotta nel testo dell’art. 613-bis c.p. fa riferimento all’esecuzione di “misure privative o limitative di diritti”, quindi anche ad atti coercitivi non sanzionatori, ma dovrà ragionevolmente escludere soltanto le sofferenze giustificate dalla necessità e proporzionalità dell’atto³⁰.

5. Conclusioni

A fronte di tali deliberate violazioni convenzionali³¹ non possono condivideri le ricostruzioni apologetiche della nuova normativa che le minimizzano,

²⁶ Ricorda la pronuncia del Tribunale di Padova del 15.07.1983 e la vicenda in questione nella sua pregnanza in quanto tortura istituzionalizzata e “professionale”, A. Pugiotto (2014, 136-7).

²⁷ Cfr. M. Franzinelli (2006) e A. Casazza (2010) sugli analoghi effetti delle applicazioni nei processi di Assise genovesi del tempo.

²⁸ In questo numero monografico, i diversi elementi socio-politici entrati a far parte dell’iter legislativo italiano sono trattati da L. Guadagnucci, E. Bartesaghi (2018).

²⁹ L’apparente paradosso della clausola della Convenzione ONU deriva dalla espunzione del riferimento, nel testo finale, alle “Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners” allora vigenti (cosiddetti *Mandela Rules* nell’ultima versione nel 2015). Si obietta che un trattato non avrebbe potuto basarsi su uno strumento che non aveva pari forza legale (cfr. A. Hyde, 2006, 15).

³⁰ Così anche P. Lobba (2017, 238 e 292), che parla di “rassicurante pleonasio”.

³¹ Già stigmatizzate nelle osservazioni finali, pubblicate il 18.12.2017, del Comitato ONU contro la Tortura (CAT) v. CAT/C/ITA/5-6 §§ 10-13.

senza misurarsi sulle fattispecie reali³². Si auspicano interpretazioni ardite affidate a una magistratura che ha dimostrato più riluttanza che zelo nel perseguitamento dei maltrattamenti e dei fatti di tortura – istituzionali – come le sentenze di condanna in sede europea dimostrano. La foga applicativa della nuova legge su fattispecie di violenza comune non può, infatti, essere significativa sul punto, né dimostra l'efficacia di una legge che avrebbe dovuto risolvere altri fenomeni.

Lo spazio per interpretazioni convenzionalmente orientate è limitato. Già il tentativo di eccepire l'incostituzionalità in merito ad istituti, come la prescrizione e l'indulto che, per consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sono incompatibili con gli obblighi di cui all'art. 3 CEDU, si è scontrato in Cassazione, nei procedimenti sui fatti della Diaz e di Bolzaneto, con l'assoluta rigidità dei confini riconosciuti alla discrezionalità legislativa, non meno che con la barriera del divieto di effetti di pronunce *in malam partem*, in un sistema che non prefigura sindacati svincolati dal caso concreto. Il vaglio costituzionale appare tuttavia ancora la soluzione più agevole per denunciare il vuoto di tutela in contrasto con i precisi e unici obblighi d'incriminazione previsti anche dalla Costituzione, come parte della dottrina da tempo si sforza di sottolineare (F. Viganò, 2011; V. Zanetti, 2012; G. Brunelli, C. Fioravanti, 2013; A. Pugiotto, 2014; G. Serges, 2017)³³.

Imbarazzante che la norma riveli problematicità di applicazione, già evidenziata dai commentatori, proprio nel clamoroso caso di tortura relativo al raid poliziesco alla scuola Diaz. Inaccettabile la mancata considerazione di condotte omissive, nonostante la depravazione di cibo o di sonno siano ormai passaggi obbligati nelle tecniche di tortura. Immotivata l'esclusione di azioni e condotte singole. Le forme di tortura più praticate non richiedono reiterazione alcuna, taluna di queste anche per la loro immediata efficacia. Tecniche quali posizioni stressanti, stazionamenti forzati prolungati, con o senza costrizione ulteriore (catene, manette), provocanti il cosiddetto dolore autoinfitto (tecniche ben note agli operatori a Bolzaneto, chissà per quale ragione o addestramento) anche in sovrapposizione ad altre (incapucciamento, depravazione sensoriale, sottoposizione a caldo o freddo, rumori assordanti, confinamento in spazi angusti). Si pensi alle finte esecuzioni. L'inquadramento della condotta o azione singola nell'ipotesi dell'agire con crudeltà, collegata alla soglia di punibilità del “trattamento inumano e degradante”, è di fatto impraticabile nei confronti dell'agente istituzionale, “costretto” a ricorrere ai mezzi coercitivi dal fine perseguito, non certo

³² Per tutte si vedano ancora P. Lobba (2017), pur nello sforzo analitico, e P. De Franceschi (2017).

³³ Cfr. anche J. M. Rampone (2017).

espressione di riprovevolezza estrema. A parte la storia del Paese, emergente dai casi giudiziari, avvolta dall'amnesia, nel dibattito parlamentare si scongiurano apertamente le possibili intrusioni delle denunce quando l'interrogatorio del mafioso si fa più duro. Nelle recenti *enhanced interrogation techniques* della CIA, il repertorio del passato non si è arricchito più di tanto (W. R. Levi, 2009), ad eccezione del *waterboarding*. Quest'ultima pratica, ben nota alle nostre polizie, sembra addirittura poco cruenta e nella singola azione si esaurisce in pochi secondi, al massimo un paio di minuti. Più in generale si pensi, qui sul fronte della difficoltà probatoria, alle diffuse tecniche di violenza fisica che non lasciano traccia, *clean torture* appunto³⁴. Quanti atti di violenza si possono provare in questi casi, quante condotte? Un turno di servizio consente al singolo torturatore di non raggiungere mai la soglia di punibilità e la condotta tipica. Provare il concorso, la consapevolezza di ciascuno. Un percorso ancora in salita. La rete di protezione della vittima è già lacerata. Nonostante ciò si evoca il potere talismanico della parola “indicibile” ora finalmente nel codice³⁵, ma una mezza parola, priva del suo contenuto, fa perdere di vista ciò che è rimasto fuori (L. Risicato, 2017). È la tortura che avevano ben visto i nostri giudici nelle convenzioni e nella Costituzione.

Riferimenti bibliografici

- ÁLVAREZ José A. (2006), *Torturing the Law*, in “Case Western Reserve Journal of International Law”, 37, 2, pp. 175-223.
- BROOKS Rose (2016), *How Everything Became War and the Military Became Everything*, Simon & Schuster, New York.
- BRUNELLI Giuditta, FIORAVANTI Cristiana (2013), *Geometria con “fantasia” ovvero: diritti umani e convenzioni internazionali nell'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in ARANGIO-RUIZ Gaetano, SALERNO Francesco, FIORAVANTI Cristiana, *Studi giuridici in memoria di Giovanni Battaglini*, Jovene, Napoli, pp. 91-122.
- BULL Ray (2014), *Investigative Interviewing*, Springer, New York-London.
- CASAZZA Andrea (2010), *La beffa dei vinti*, Il Nuovo Melangolo, Genova.
- CHOMSKY Noam (2017), *Who Rules the World*, Penguin, London.
- COLE David (2009), *Introductory Commentary*, in *The Torture Memos. Rationalizing the Unthinkable*, The New Press, New York.
- COLELLA Angela (2014), *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 3, pp. 1-49.

³⁴ Quando i torturatori ricorrono a queste tecniche “deliberatamente inducono una paralisi nella capacità di mostrare il dolore agli altri, privando le parole di quei segni che danno credibilità al dichiarante” (D. Rejali, 2007, 30).

³⁵ Cfr. A. Marchesi in “il manifesto” del 27.6.2017, in <https://ilmanifesto.it/tortura-una-legge-amara-ma-non-inutile/>.

- DE FRANCESCHI Paola (2017), *Divieto di tortura: dai principi internazionali alla l. 110/2017*, in "Giurisprudenza Penale Web", 10, pp. 1-18.
- DERSHOWITZ Alan M. (2002), *Why Terrorism Works*, Yale University Press, New Haven.
- FAIR Eric (2016), *Consequence. A Memoir*, Henry Holt & Co, New York.
- FISHER Ronald P., GEISELMAN R. Edward (1992), *Memory Enhancing Techniques for Investigative Interviewing. The Cognitive Interview*, Charles C. Thomas, Springfield.
- FRANZINELLI Mimmo (2006), *L'ammnistia Togliatti*, Mondadori, Milano.
- GUADAGNUCCI Lorenzo, BARTESAGHI Enrica (2018), *La legge sulla tortura: il difficile iter parlamentare*, in "Studi sulla questione criminale", 13, 2, pp. 35-49.
- HYDE Alan (2006), *Torture as a Problem in Ordinary Legal Interpretation*, in "Cornell Law Faculty Publications", Paper 69, in http://scholarship.law.cornell.edu/lsp_papers/69.
- KELLY Tobias (2012), *This Side of Silence, Human Rights, Torture and the Recognition of Cruelty*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- LALATTA COSTERBOSA Marina (2018), *Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della tortura*, in "Studi sulla questione criminale", 13, 2, pp. 19-33.
- LALATTA COSTERBOSA Marina, LA TORRE Massimo (2013), *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello stato di diritto*, il Mulino, Bologna.
- LANGBEIN John H. (2006), *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, University of Chicago Press, Chicago.
- LEPORE Jill (2013), *The Dark Ages. Terrorism, Counterterrorism, and the Law of Torment*, in "The New Yorker", March 11, p. 30.
- LEVI William Ranney (2009), *Interrogation Law*, in "Yale Law Journal", 118, p. 1434.
- LOBBA Paolo (2017), *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 10, pp. 181-250.
- LUBAN David (2014), *Torture Power and Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- 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.
- MAYER Jane (2008), *The Dark Side*, Doubleday, New York.
- MCCOY Alfred W. (2006), *A Question of Torture*, Henry Holt & C., New York.
- MCCOY Alfred W. (2012), *Torture and Impunity*, University of Wisconsin Press, Madison.
- MENEGATTO Marialuisa (2016), *Le parole per (non) dire tortura. Significati e depotenziamento linguistico di un tabù*, in LUCATELLO Andrea, MORANDINI Laura, *Tortura fuorilegge*, Forum, Udine, pp. 77-95.
- NOWAK Manfred (2006), *What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards*, in "Human Rights Quarterly", 28, pp. 809-41.
- OHLIN Jens David (2010), *The Torture Lawyers*, in "Harvard International Law Journal", 51, 1, pp. 193-256.
- O'MARA Shane (2015), *Why Torture Doesn't Work. The Neuroscience of Interrogation*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- PASSIONE Michele (2015), *Il reato che non c'è: quello che ci serve*, in PERONI Caterina, SANTORSO Simone, *Per uno Stato che non tortura*, Mimesis, Milano-Udine, pp. 39-57.

- 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.
- RAMPONE Jessica Marica (2017), *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, in "Osservatorio Costituzionale", 3, pp. 1-15.
- REJALI Darius (2007), *Torture and Democracy*, Princeton University Press, Princeton.
- RISICATO Lucia (2017), *La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in <http://www.lacostituzione.info>.
- SCARRY Elaine (1985), *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, Oxford University Press, Oxford.
- SERGES Giuliano (2011), *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in PACE Leonardo, SANTUCCI Simone, SERGES Giuliano, *Momenti di storia della giustizia*, Aracne, Roma, pp. 215-323.
- 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. 335-92.
- SHUE Henry (2006), *Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb*, in "Case Western Reserve Journal of International Law", 37, 2, pp. 231-9.
- THE US SENATE OFFICIAL REPORT ON CIA TORTURE (2015), *Select Committee on Intelligence*, Skyhorse Publishing, New York.
- VIGANÒ Francesco (2011), *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, pp. 2645-704.
- 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.
- WEISSBRODT David, HEILMAN Cheryl (2011), *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in "Law and Inequality", 29, pp. 343-94.
- 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.
- ZANETTI Viviana (2012), *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz: il legislatore negligente, gli obblighi internazionali e la Corte Costituzionale*, in "Studium Iuris", 4, pp. 430-4.