

TEMI D'ATTUALITÀ

DANIELA FALCINELLI

Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale

Con l'introduzione nel codice penale delle fattispecie di tortura si immette nel tecnicismo giuridico un ampio novero di trasversali considerazioni, filosofiche, etiche, mediche, politiche, sociologiche, infine tutte da filtrare al setaccio della lettera della norma penale, che impatta sensibilmente sull'emotività collettiva. Rimane però fermo che la sicurezza penale, per incrollabile principio di garanzia umana, non può e non deve "promettere" un eccesso di tutela. Le necessarie venature soggettivo-empatiche, che inevitabilmente segnano in profondità un qualsiasi intervento giuridico in materia di tortura, debbono quindi essere bilanciate da una capacità selettiva dei comportamenti criminalizzati tale da renderli oggettivamente rilevabili e predeterminati, in nome dei parametri costituzionali.

With the introduction in the criminal code of torture cases, it enters into the technical-legal dimension a wide range of cross-disciplinary considerations, philosophical, ethical, medical, political, sociological. All these profiles, finally, must to be filtered through the sieve of the letter of the criminal law, able to produce collective emotion. But it remains that criminal security, by the unshakable principle of human security, can't, and not must, "to promise" excessive protection. The necessary subjective-empathetic aspects, which inevitably accompany any legal intervention on torture, must therefore be in balance with a selective capacity of criminalized behaviours so as to make them objectively detectable and predetermined, in the name of constitutional parameters.

SOMMARIO: 1. Il prologo del crimine di tortura, tra grida e sussurri delle istituzioni di Strasburgo - 1.1. Il grido - 1.2. Il sussurro - 2. Il tema della libertà personale e lo svolgimento del crimine di tortura - 2.1. Breve storia di un reato comune - 2.2. La libertà morale "nella" libertà personale costituzionalizzata - 3. L'art. 613-*bis* c.p.: le fattispecie della tortura; a) La figura criminosa prevista e punita al comma 1; b) Le altre figure criminose - 4. Sul dolo di crudeltà - 5. L'art. 613-*ter* c.p., tra specialità ed interferenza - 6. Conclusioni, da scrivere.

1. Il prologo del crimine di tortura, tra grida e sussurri delle istituzioni di Strasburgo

Durante il processo di Norimberga chiesero allo psichiatra Gustave M. Gilbert se a contatto con quei criminali nazisti, che avevano freddamente e lucidamente torturato, e sterminato, milioni di persone, si fosse fatto un'idea di cosa fosse il male assoluto: la sua risposta fu in sostanza che riteneva la natura del male assoluto costituita dalla mancanza di empatia¹; termine oggi dilagante nei vari campi della cultura, che esprime (nella radice tratta dal termine greco *εμπάθεια*) il "sentire il dolore altrui dentro di sé", il rapporto emozionale di partecipazione che lega un uomo ad un altro uomo nel raccogliere l'uno le emozioni trasmesse dall'altro.

¹ GILBERT, *Nuremberg Diary*, New York, 1947.

La storia insegna che la natura umana spesso rifugge da questo processo empatico di com-passione; la storia insegna che la tortura è sempre esistita; la storia del diritto penale insegna anche che eterno è il dibattito sull'identità della punizione come forma legittimata di tortura, sia quella mediante la pena di morte, sia quella mediante la detenzione a vita o l'incarcerazione *tout court*; un immaginario dialogo con Nietzsche, Derrida, Freud, Klein, Davis, Butler², lascerebbe compiere importanti riflessioni "propedeutiche" a livello filosofico sulle aporie di un simile binomio.

Il profilo dell'emotività è dunque evidentemente legato a doppio nodo alla tematica allo studio, per la memoria storica che suscita il termine tortura, per il senso comune che ne traspare: entrambe queste dimensioni evocano uno stesso fatto, estremo, che genera un livello di dolore feroce, se non ineffabile senz'altro inaccettabile per una persona umana.

L'introduzione nel codice penale di un delitto così intitolato - di *tortura* - immette nel tecnicismo giuridico questo novero di trasversali considerazioni, filosofiche, etiche, mediche, politiche, sociologiche, infine tutte da filtrare al setaccio della lettera normativa, che impatta sensibilmente sull'emotività collettiva.

L'immagine che d'immediato si forma, grazie anche alla propalazione massmediatica delle misure adottate, è difatti quella di uno Stato impegnato a rassicurare con forza (la maggiore, quella dello strumento penale) i membri della società rispetto a fatti di violenza ineffabile. Eppure, rimane fermo che la sicurezza penale, per incrollabile principio di garanzia umana, non può e non deve "promettere" un eccesso di tutela. Le necessarie venature soggettivo-empatiche, che inevitabilmente segnano in profondità un qualsiasi intervento giuridico in materia di tortura, debbono quindi essere bilanciate da una capacità selettiva dei comportamenti criminalizzati tale da renderli oggettivamente rilevabili e predeterminati, sotto scotto di violazione di ben noti parametri costituzionali.

Al momento dell'analisi della specifica scelta di incriminazione, non v'è difatti da affrontare solo il confronto con il testo del novello legislatore ordinario, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il delitto di tortura con la l. 14 luglio 2017, n. 110³. L'art. 13, co. 4, Cost., sancendo «... punita ogni violenza

² Per una sintesi essenziale dei piani della questione, BUTLER, *On Cruelty*, in *London Review of Books*, v. 36, n. 14, 17 luglio 2014.

³ In G.U. n. 166 del 18 luglio 2017. Per un primo commento alle nuove fattispecie criminose, v. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *www.archiviopenale.it*, 2-2017, 30 luglio 2017; MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine*

fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà», definisce fin dall'immediato dopoguerra un preciso spazio di *necessaria* illi-
 ceità penale del "torturare". La questione della sussistenza di un siffatto ob-
 bligo costituzionale di incriminazione attraversa difatti da tempi non recenti la
 riflessione giuridica, e si è infine imposta all'attenzione dell'opinione pubblica
 e della classe politica italiana alle *grida* della Corte di Strasburgo⁴.

Del resto, l'osservatorio sulle fonti della materia non si restringe certo al cam-
 po nazionale: incontestata è la statura del divieto di tortura come norma di *jus*
cogens, precetto rientrante tra i *core rights*⁵, considerati inderogabili anche in
 situazioni d'emergenza⁶. L'addizionale ratifica da parte dell'Italia di Trattati e
 Convenzioni internazionali che si occupano della relativa prevenzione e re-
 pressione rappresenta un solido consolidamento di questo inquadramento:
 esso si specchia nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948,
 nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU), nei Patti
 internazionali per i diritti civili e politici del 1966, nella Convenzione europea
 di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o de-
 gradanti del 1987, e soprattutto nella Convenzione ONU contro la tortura ed
 altri trattamenti e pene crudeli, inumani e degradanti del 1984, con il relativo
 suo protocollo opzionale del 2002 (CAT).

Tra questi parametri si innalza il testo dell'art. 3 CEDU, ed il diritto giuri-
 sprudenziale che lo applica⁷: rubricato "Divieto di tortura", il disposto lette-
 ralmente recita come «Nessuno può essere sottoposto a torture e a pene o
 trattamenti inumani o degradanti»⁸. Tanto implica, anche, che ogni Stato parte
 ha il dovere di rispettare il divieto di espellere, respingere o estradare una

del nuovo art. 613-bis c.p., in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2017.

⁴ Per una analisi dell'argomento, si rinvia alle più ampie riflessioni contenute in FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in Anastasia-Anselmi-Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 21-96, in part. 75 ss. Cfr. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 febbraio 2014.

⁵ Il divieto di tortura è previsto infatti nell'art. 3 della CEDU e nell'art. 7 dei Patti di New York, previsioni che non ammettono deroghe neppure in ipotesi di attivazione delle clausole di eccezione, previste rispettivamente dagli artt. 15 CEDU e 4 dei Patti.

⁶ Per cui «nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura» (art. 2, par. 2, CAT).

⁷ Cfr. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1801 ss.

⁸ Al riguardo, MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2014, 3 ss.

persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura. Proprio l'Italia nel tempo ha riportato numerose condanne per la pratica del c.d. *refoulement* (respingimento degli immigrati)⁹: la Corte EDU ha difatti negato la praticabilità di un bilanciamento tra la pericolosità del soggetto allontanato e il rischio che lo stesso possa subire altrove trattamenti inumani e degradanti¹⁰, anche in presenza di circostanze eccezionali riconducibili a esigenze di prevenzione di reati, di contrasto dell'immigrazione illegale, di lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata¹¹.

1.1. Il grido

Pur seguendo la scia tematica di queste pronunce, la decisione sul c.d. caso Cestaro non è stata, né sembrata, il “solito” intervento del Giudice di Strasburgo nei confronti dell'Italia in materia di tortura. L'eco che la sentenza del 7 aprile 2015 ha conosciuto a livello sociale ed istituzionale l'ha presto resa un punto di svolta nella storia della formazione del delitto: senza mezzi termini, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esplicitamente riconosciuto integrata una violazione dell'art. 3 CEDU nella lacuna vigente nell'ordinamento italiano, silente quanto ad una specifica e singolare incriminazione della tortura in quanto tale¹².

I fatti che hanno dato origine al ricorso accadevano presso la scuola Diaz-Pertini nella notte tra il 21 ed il 22 luglio 2001 al termine del vertice del “G8” di Genova.

In questo contesto, durante l'irruzione della polizia nella scuola (dove manifestanti si trovavano a trascorrere la notte), il ricorrente lamentava di essere stato vittima di violenze e abusi qualificabili come tortura. E sosteneva altresì che i responsabili di quegli atti non fossero stati adeguatamente puniti, aggiungendo la mancata adozione da parte dello Stato delle misure necessarie per prevenire e reprimere fatti di tortura. In questi termini gli avvenimenti descritti venivano valutati pure dalla Corte EDU: una vera e propria tortura,

⁹ Cfr. sul punto, *ex multis*, Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10; Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ricorso n. 22635/03; Corte EDU, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia, ricorso n. 2447/05.

¹⁰ Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, ricorso n. 37201/06; Corte EDU, 13 aprile 2010, Trabelsi c. Italia, ricorso n. 50163/08.

¹¹ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia, ricorso n. 27765/09.

¹² Corte EDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, ricorso n. 6884/11, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2015, con nota di VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*. Cfr. anche CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola “Diaz-Pertini”*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 aprile 2015.

ai sensi dell'art. 3 CEDU, considerata la gravità e la totale gratuità delle violenze nella specie subite, alla testa, alle gambe e alle braccia, mentre l'uomo si trovava seduto contro il muro a braccia alzate, in posizioni umilianti, nell'impossibilità di contattare avvocati o persone di fiducia, nell'assenza di cure adeguate in tempo utile, in assenza di prova di una qualsiasi resistenza da parte dello stesso contro la polizia¹³.

Ravvisata nell'occasione la pura finalità punitiva dei manifestanti, e la strumentalità del pretesto di perquisire la scuola addotto dalla autorità, rimaneva sulla scena solo la violazione degli obblighi convenzionali.

Quelli procedurali, per non essersi provveduto a diligenti indagini, idonee a pervenire all'individuazione, alla persecuzione e alla condanna ad una pena proporzionata rispetto a chi riconosciuto colpevole di simili trattamenti¹⁴. Nessuna negligenza si apprezzava però rimproverabile a carico delle autorità inquirenti (data l'estrema difficoltà dell'inchiesta, con decine di imputati e centinaia di parti civili), né a carico del sistema giudiziario italiano nel suo complesso, che aveva sempre escluso con "fermezza esemplare" qualsiasi giustificazione o scusa in favore delle forze di polizia.

Quelli sostanziali, per aver agenti pubblici torturato il ricorrente e per non avere provveduto, lo Stato italiano, ad assicurare il ristoro della subita viola-

¹³ Per la ricostruzione degli avvenimenti, si vedano Corte App. Genova, sez. II, 5 marzo 2010, n. 678 (per i fatti di Bolzaneto); Corte App. Genova, sez. III, 18 maggio 2010, n. 1530 (per i fatti avvenuti nella scuola Diaz). Cfr. Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085 (per i fatti accaduti nella scuola Diaz), in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2012; Cass., Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3708813 (per i fatti avvenuti all'interno della caserma di Bolzaneto), *ivi*, 29 ottobre 2013. I giudizi delle Corti d'Appello sono stati peraltro sostanzialmente confermati dalle successive sentenze della Corte di Cassazione. Segnatamente, i giudici della Suprema Corte (Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012 - n. 38085, Pres. Ferrua, Rel. Savani e Palla) hanno riconosciuto che le violenze occorse presso la scuola Diaz risultavano scatenate contro «persone inermi, alcune dormienti, altre già in atteggiamento di sottomissione con le mani alzate e spesso, con la loro posizione seduta, in manifesta attesa di disposizioni»; una violenza, dunque, «non giustificata [...], punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione e alla sofferenza fisica e mentale delle vittime». Scrivono ancora i giudici della quinta sezione - «che nessuno degli imputati [...] aveva mai posto in dubbio che l'esito dell'operazione era stato l'indiscriminato e gratuito "pestaggio" di pressoché tutti gli occupanti il plesso scolastico, preceduto dall'altrettanto gratuita aggressione portata dagli operatori di polizia nei confronti di cinque inermi persone che si trovavano fuori dalla scuola [...]». Altrettanto certo in causa - prosegue la sentenza - è che «Quanto alle modalità con cui sono state realizzate le lesioni in danni degli occupanti la scuola "Diaz", le parti offese [...] hanno concordemente riferito che tutti gli operatori di polizia, appena entrati nell'edificio, si erano scagliati sui presenti, sia che dormissero, sia che stessero immobili con le mani alzate, colpendo tutti con i manganelli (i c.d. "tonfa") e con calci e pugni, sordi alle invocazioni di "non violenza" provenienti dalle vittime, alcune con i documenti in mano, pure insultate al grido di "bastardi"».

¹⁴ Un profilo di violazione degli obblighi procedurali è individuato dalla Corte nella mancata cooperazione della polizia italiana con le autorità inquirenti nell'identificazione degli agenti e degli ufficiali che materialmente eseguirono le violenze; né il Governo italiano è stato in grado di fornire informazioni alla Corte circa la (doverosa) sospensione dal servizio dei responsabili delle torture.

zione dell'art. 3 CEDU, che avrebbe preteso l'effettiva punizione dei responsabili per i fatti di tortura commessi, e non la mera prospettiva di uno strumento risarcitorio a favore della vittima. Dalla strutturale inadeguatezza del quadro giuridico di repressione della tortura nell'ordinamento italiano discendeva infatti la qualificazione giuridica dei comportamenti perpetrati nei termini di comuni reati quali le lesioni, le percosse, la violenza privata, l'abuso d'ufficio, che recano seco sia una disciplina dei termini di prescrizione che una regolamentazione di benefici (indulto di cui alla legge n. 241/2006) implicanti di fatto la non punizione dei responsabili¹⁵.

La decisione così specificamente scritta a Strasburgo, in effetti ripropone il classico formulario della sua giurisprudenza, per cui la violazione dell'art. 3 CEDU si integra in forza di un *carattere particolarmente acuto delle sofferenze, fisiche e psichiche inflitte alla vittima*, ed in forza del *carattere intenzionale dell'inflizione di tali sofferenze*¹⁶. Si riecheggia così, in una sorta di sintesi espositiva, il dettagliato tenore della definizione di tortura sancita all'art. 1 CAT, che stringe l'obiettivo su «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

Così, per un verso, la CAT impone pene «adeguate alla gravità del reato», per l'altro, l'effettività delle pene, parimenti pretesa, le vuole preservate dal rischio di termini brevi di prescrizione¹⁷.

¹⁵ In argomento, COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit.

¹⁶ Corte EDU, Grande Camera: *Salman c. Turchia*, ricorso n. 21986/93, § 100; *El-Masri v. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 39630/09, § 155; *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05, § 115-116; Corte EDU, 24 luglio 2008, *Georgiy Bykov c. Russia*, ricorso n. 24271/03, § 51. Si veda anche Corte EDU, 24 giugno 2014, *Alberti c. Italia*, ricorso n. 15397/11, § 41; Corte EDU, 22 luglio 2014, *Ataykaya c. Turchia*, ricorso n. 50275/08, § 47; Corte EDU, 23 febbraio 2006, *Tzekov v. Bulgaria*, ricorso n. 45500/99. 140 V. Corte EDU, 1° luglio 2014, *Saba c. Italia*, ricorso n. 36629/10; Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj c. Italia*, ricorso n. 47357/08.

¹⁷ Come già apprezzato dalla sensibilità del Trib. Genova, sez. III, 14 luglio 2008, 318: «La mancanza, nel nostro sistema penale, di uno specifico reato di 'tortura' ha costretto l'ufficio del P.M. a circoscrive-

1.2. Il sussurro

L'ultimo intervento del giudice sovranazionale scorre parallelo alle ultime "fatichette" del codificatore nazionale: con la sentenza resa il 22 giugno 2017 nel caso *Bartesaghi Gallo e altri c. l'Italia* (ricorsi nn. 12131/13 e 43390/13) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riaffermato le sue statuizioni e nuovamente condannato il nostro Paese per la violazione dell'art. 3 CEDU, ancora una volta in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di polizia italiane in occasione del G8, e in particolare durante l'irruzione nella scuola Diaz-Pertini avvenuta nella notte del 21 luglio 2001¹⁸.

Ennesimo *grido*, accompagnato da un *sussurro*. Pochi giorni prima, il Commissario per i diritti Umani del Consiglio d'Europa aveva difatti inviato ai Presidenti di Camera e Senato, delle Commissioni Giustizia dei due rami del Parlamento italiano, nonché al Presidente della Commissione straordinaria per i Diritti umani, una lettera con la quale manifestava preoccupazione quanto al testo di legge in *iter* di approvazione per l'introduzione di una apposita fattispecie incriminatrice della tortura (si intende, la proposta di legge n. 2168-B, al tempo sottoposta all'esame della Camera dei Deputati dopo il varo del Senato e di poi definitivamente approvata).

I rilievi coinvolgevano profili ritenuti in contrasto con la giurisprudenza della Corte, con le raccomandazioni del Comitato europeo per la Prevenzione della tortura (CPT) e con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura (CAT). In particolare, l'area di sanzionabilità stabilita dalle disposizioni italiane veniva criticata perché *depotenziata* nei confronti dei fatti di tortura realizzati dalle autorità statali, risultando confezionato – il delitto "di base" in parola

re le condotte inumane e degradanti (che avrebbero potuto senza dubbio ricomprendersi nella nozione di 'tortura' adottata nelle convenzioni internazionali) compiute in danno delle parti offese transitate nella caserma della P.S. di GeBolzaneto durante i giorni del G8, condotte che questo collegio ritiene provate (...) in virtù delle risultanze dibattimentali, nell'ambito, certamente non del tutto adeguato, della fattispecie dell'abuso d'ufficio (...), ma anche in correlazione con i delitti di ingiurie, percosse, lesioni, violenza privata in danno di diverse parti offese». V. SENESE, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, a cura di Anastasia, Torino, 2011, 101. Cfr. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di Giannelli-Paternò, Roma, 2004, 166 e - per indicazioni giurisprudenziali esemplificative - 178 nota 19; CATALDI, *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, a cura di Pinton-Zagato, Padova, 2010, 171 ss.

¹⁸ Sulla decisione in epigrafe v. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato. Considerazioni a margine di C.edu, sent. 22 giugno 2017, Bartesaghi e altri c. Italia, nonché della lettera del Commissario per i Diritti Umani presso il Consiglio d'Europa contenente rilievi critici sulla proposta di legge in discussione*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2017.

- come reato comune; e perché *ristretta* dalla necessaria pluralità delle condotte di gravi violenze o minacce o di crudeltà; ovvero dalla alternativa necessità di trattamenti congiuntamente inumani e degradanti; nonché dalla verificabilità del trauma psicologico conseguito (quale evento alternativo) alla condotta. Infine, l'effettività della punizione del colpevole rimaneva messa in crisi da termini di prescrizione "ordinari", avvertiti come inadeguati avanti alla gravità e complessità degli avvenimenti tipizzati.

2. Il tema della libertà personale e lo *svolgimento* del crimine di tortura.

Il Parlamento italiano, messo davanti a questo bagaglio di indicatori sovranazionali, ha affrontato un *originale* percorso legislativo.

Da Strasburgo, il monito conclusivo della rammentata sentenza Cestaro suonava esattamente come un "ordine" a «che l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte» (§ 246).

A Roma, l'Italia aveva "già" iniziato un proprio *iter* interno¹⁹. In ordine cronologico, dopo l'approvazione in Senato, il 5 marzo 2014, di un disegno di legge recante "Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano", il 23 marzo 2015 nell'aula della Camera si era aperta la discussione della proposta di legge n. 2168, risultante dall'unificazione del disegno di legge già approvato dal Senato e una serie di altre proposte di legge presentate alla Camera, che incisivamente avevano toccato il primo testo.

L'ultimo impulso al percorso parlamentare pareva definitivamente innescato proprio dalla pronuncia Cestaro, che senz'altro ha impresso al prodotto legislativo una marcatura prettamente populista: ciò non tanto per le origini emergenziali, in effetti ben presto disperse in un "silenzioso" percorso parlamentare che si è concluso solo circa due anni dopo, quanto per il risultato a tutt'oggi codificato. Il dibattito parlamentare svoltosi il 9 aprile 2015, esattamente all'indomani dell'intervento di Strasburgo, ne aveva posto in chiaro le premesse, dichiarandolo espressione di un compromesso tra il reale bisogno di tutela dei diritti umani travolti dal fatto di (reato di) tortura e l'ostentata esigenza di non creare uno strumento (politico di)-ostacolo all'attività delle forze

¹⁹ Si veda già la l. 31 gennaio 2002, n. 6 - di conversione del decreto legge 1 18 dicembre 2001, n. 421 - la quale ha introdotto nel c.p.m.g. l'art. 185 bis, a tenore del quale «il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani [...] in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette [...] è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

dell'ordine, che avrebbe finito per essere sbandierato come una sorta di “garanzia della criminalità”²⁰.

Così, la sinopia legislativa è stata modellata da contrapposte onde emotive, che l'hanno lentamente trasformata in una versione definitiva non solo smusata sotto il profilo dell'urgenza dell'inserimento, ma soprattutto non propriamente coincidente con le aspettative europee²¹, invero chiare nell'intendimento dell'art. 1 CAT come guida “esatta” della scrittura del reato.

La tortura, in quelle maglie, prende forma attorno alla qualifica “speciale” del soggetto attivo, “pubblico ufficiale” o “*other person acting in an official capacity*”, o, ancora, soggetti privati che agiscono su istigazione ovvero con il consenso o l'acquiescenza degli agenti pubblici; attorno ad un nucleo di fattori oggettivi consistenti nella inflizione di grave dolore o sofferenza, fisica o mentale alla vittima (con esclusione del dolore e della sofferenza che necessariamente sono implicati nell'inflizione di una pena legalmente irrogata ed eseguita); attorno al dato soggettivo dell'intenzionalità dell'inflizione di dolore e sofferenza, corredata da una serie di finalità specifiche che l'agente deve perseguire: estorcere una confessione o comunque informazioni dalla vittima o da un terzo; punire la vittima per un atto che (la stessa o un terzo) abbia commesso o si sospetti abbia commesso; intimidirla o coartarne la volontà (o intimidire/coartare un terzo); una finalità discriminatoria (*for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind*)²².

L'introduzione nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione III, del codice penale, dopo l'articolo 613, dei reati di tortura (art. 613-*bis*²³) e di istigazione

²⁰ V. resoconto stenografico della seduta del 9 aprile 2014, in www.camera.it.

²¹ Cfr. Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gälgen c. Germania*, ric. n. 22978/05.

²² Per una messa a fuoco degli elementi costitutivi del reato di tortura, alla luce della citata definizione convenzionale, cfr. - per tutti - MARCHESI, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, n. 6, 195 ss.

²³ *Art. 613-bis (Tortura)*. - *Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.*

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, la pena

del pubblico ufficiale a commettere tortura (art. 613-ter²⁴), corrisponde ad una rielaborazione in senso generalizzante di queste precise direttrici, incriminando sotto la *specialità* della Tortura un fatto dai tratti *comuni*²⁵, in risposta diretta alla suprema istanza di sanzione penale che l'art. 13, comma 4, Cost. (col valore di contro-limite) richiede avanti ad *ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a limitazione della libertà*.

2.1. Breve storia di un reato comune

A conti fatti, le disposizioni approvate rivelano quindi la netta scelta di fondo di configurare la tortura coi tratti di reato (di base) comune, piuttosto che di reato (necessariamente) proprio.

Ciò, per un verso non contraddice il precetto internazionale, che non preclude alla previsione di un più ampio scenario della tortura rispetto a quello contestualizzabile nei ristretti gangli dei pubblici apparati²⁶. Lo conforta la stessa

è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta.

Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo.

²⁴ Art. 613-ter (Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura). - Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

²⁵ Per il resto, l'art. 2 della l. 14 luglio 2017, n. 110 modifica l'art. 191 c.p.p. aggiungendo dopo il comma 2 il seguente: «2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Con l'art. 3 della normativa viene modificato l'art. 19 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (t.u. immigrazione) inserendo dopo il comma 1 il seguente: «1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani». Infine, l'art. 4, rubricato "Esclusione dall'immunità. Estradizione nei casi di tortura" stabilisce come «1. Non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale. 2. Nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, nei casi di cui al comma 1, lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale».

²⁶ L'art. 1.2 CAT lascia in effetti agli Stati parte la possibilità di ricorrere anche a forme di tutela più ampie rispetto a quelle previste dalla Convenzione, che all'art. 1.1 CAT si rammenta configurare il divieto di tortura esclusivamente come reato proprio del pubblico ufficiale o di colui che agisce a titolo

visione “sostanziale” della Corte EDU, riassumibile in recenti decisioni²⁷: con la pronuncia del 23 maggio 2017, *Balsan c. Romania*, ha riscontrato una violazione degli obblighi positivi discendenti dall’art. 3 Cedu in un caso in cui le autorità nazionali avevano omesso di adottare tutte le misure ragionevolmente possibili per prevenire i maltrattamenti continuamente subiti dalla ricorrente a opera del marito, infine sfociati in serie di gravi lesioni della sua integrità fisica e psichica, medicalmente certificate. Pur a fronte dei numerosi interventi della polizia in occasione degli altrettanti episodi di violenza, i fatti erano stati considerati punibili solo mediante una sanzione amministrativa pecuniaria, in quanto sconosciute il rilievo penale in termini di violenza domestica. Parimenti, una violazione degli obblighi procedurali discendenti dall’art. 3 Cedu è stata riscontrata dalla sentenza del 2 maggio 2017, *B.V. c. Belgio*. La conclusione della Corte europea è stata nel senso che le indagini svolte dalle autorità nazionali in relazione a diversi episodi di molestie e violenze sessuali subite dalla ricorrente sul luogo di lavoro erano state largamente inadeguate: in più occasioni erano state archiviate le denunce e le istanze di riapertura delle indagini formulate dalla donna, senza che venissero opportunamente assicurate le fonti di prova, sicché queste avevano finito per disperdersi.

Per l’altro, corrisponde all’esperienza storica e fenomenica nazionale, che racconta diffusamente di fatti di c.d. tortura privata²⁸.

Una pronuncia del Tribunale di Monza depositata nell’agosto 2016 offre in questo senso spunti di sensibilità giudiziaria, soffermandosi in considerazioni sul tema della configurabilità della tortura in rapporti che vedono protagonisti, rispettivamente come soggetto attivo e passivo, individui estranei a qualifiche pubblicistiche²⁹.

Il caso riguardava una vicenda sentimentale tra un proclamatosi manager della moda ed una modella svedese, venuta in Italia per lavoro: nel giro di pochi giorni la vittima si era trovata schiacciata dalle sopraffazioni e dagli abusi di lui, privata per sei mesi da liberi contatti con il mondo esterno.

Alla prova della qualificazione giuridica dei fatti contestati in imputazione era stata riconosciuta l’integrazione dei reati di sequestro di persona, violenza ses-

ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Letteralmente, l’art. 1.2 CAT prevede: «This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application».

²⁷ Per riferimenti alle sentenze CEDU citate v. CONCOLINO-BERNARDI, *Monitoraggio Corte Edu maggio 2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 luglio 2017.

²⁸ Per analoghi riferimenti alle decisioni dei Tribunali di Asti e di Bologna di cui al seguito del testo, si veda PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., 8-10.

²⁹ Trib. Monza, 10 giugno 2016, Pres. Pansini, Est. Colella, in www.penalecontemporaneo.it, 3 novembre 2016.

suale e maltrattamenti in famiglia, ma si era anche aperta una parentesi di riflessione sulla riconducibilità al concetto di “tortura” di molte delle condotte “altrimenti” riferibili alla norma di cui all’art. 572 c.p.

Precisamente, l’imputato veniva condannato per avere *maltrattato la donna percuotendola giornalmente con schiaffi al volto e colpi al corpo, tra l’altro anche facendo uso di una cintura, sferrandole calci alle gambe, costringendola a subire rapporti sessuali, esponendola nuda al freddo, causandole bruciate al corpo, minacciando di ucciderla stringendole le mani al collo o agitando un coltello, insultandola e impedendole di comunicare con altre persone tramite telefono cellulare e via internet, così mettendola in una condizione di totale prostrazione, fisica e psicologica, asservimento e terrore*. Più atti che, ai sensi dell’art. 572 c.p., risultavano realizzati in momenti successivi eppure collegati da un nesso di abitudine, avvinti nel loro svolgimento da un’unica intenzione criminosa di ledere l’integrità fisica o morale della vittima. La volontà era esattamente quella di ridurre l’esistenza della donna, irretita e poi segregata presso l’abitazione del reo, ad una condizione penosa di costante mortificazione della sua dignità, determinandone uno stato di incessante disagio e avvilimento per un arco temporale di circa sei mesi. *Una vera e propria “galleria degli orrori”*.

Ebbene, chiosa il Giudice di prime cure, *in mancanza di una norma incriminatrice ad hoc, tutte le predette condotte - agevolmente inquadrabili, anche considerate di per sé sole, nel tipo legale “tortura”, come definito dalle fonti normative e giurisprudenziali di matrice sovranazionale - non possono che essere ricondotte alla fattispecie di cui all’art. 572 c.p., di cui ricorrono tutti gli elementi oggettivi e soggettivi*.

Con pari sensibilità, la peculiare gravità di un contesto di abuso di poteri autoritativi pubblicistici era stata messa in risalto in non lontani episodi di cronaca giudiziaria italiana, oggi riferibili alle righe della *tortura penalmente rilevante*³⁰.

³⁰ - Il Tribunale penale di Asti, con sentenza pronunciata il 30 gennaio 2012 (pubblicata in *Quest. giust.*, 2012, 197 ss., in particolare si vedano 203-204), riteneva provata, «al di là di ogni ragionevole dubbio», l’esistenza nel carcere cittadino, di «una prassi generalizzata di maltrattamenti posti in essere verso i detenuti più problematici». Due di essi, «hanno subito non solo singole vessazioni, ma una vera e propria tortura, durata per più giorni e posta in essere in modo scientifico e sistematico»: spogliati completamente e rinchiusi in una cella senza vetri alle finestre (chiuse solo dopo circa un mese con del cellophane), priva di materasso per il letto, di lavandino e di sedie o sgabelli, i due detenuti venivano lasciati uno per due mesi e l’altro per venti giorni, nel primo periodo totalmente nudi nonostante il clima invernale, con il cibo razionato (per una settimana solo pane e acqua). Durante tale periodo venivano ripetutamente insultati e percossi, in particolare durante la notte in modo da non lasciarli dormire, con seguito di gravi lesioni per uno dei due, al quale veniva anche strappato con le mani il “codino” che il detenuto si era fatto ai capelli.

- Il Tribunale di sorveglianza di Bologna, con ordinanza del 21 maggio 2013, nel ricostruire la dinamica degli eventi sfociati nel decesso di Federico Aldrovandi avvenuto a Ferrara, alle ore 6.35 del 25 settembre 2005, ha qualificato il fatto come «integrante gli estremi del crimine [...] di tortura»: la vittima trovandosi la mattina del 25 settembre 2005, da solo, all'alba, in stato di agitazione psicofisica, probabilmente conseguito all'uso di sostanze [...] avendo accennato all'indirizzo dei quattro poliziotti una mossa di karate (sforbiciata andata a vuoto), veniva affrontato dai quattro odierni condannati, insieme, armati di manganelli [...], mediante pesantissimo uso di violenza personale. Il giovane veniva, in definitiva, percosso in diverse parti del corpo, proseguendo i quattro agenti la loro azione congiunta, anche quando il ragazzo (appena diciottenne) era ormai a terra, e nonostante le sue invocazioni di aiuto («...basta...aiutatemi...»); fino a sovrastarlo letteralmente di botte (ed anche a calci) e con il peso del proprio corpo, ed in definitiva esercitando materialmente una tale pressione sul tronco del ragazzo, oramai a terra, per tenerlo immobilizzato, (peraltro continuando anche in tale frangente a percuoterlo, ed anche con il manganello), da provocarne uno stato prolungato di ipossia posizionale e lo schiacciamento del cuore [...] fino a provocarne in definitiva la morte. [...] «... l'abbiamo bastonato di brutto per mezz'ora», comunicava infine alla Centrale di polizia proprio il condannato che richiede la concessione del beneficio penitenziario.

- In data 7 novembre 1978, Enrico Triaca veniva condannato dalla VIII Sezione penale del Tribunale di Roma, per detenzione illegale di armi e calunnia in danno di ufficiali e agenti di Polizia, alla pena detentiva di un anno e dieci mesi di reclusione. Nella sentenza di condanna, successivamente confermata in appello ed oggetto di procedimento di revisione innanzi alla Corte di appello Perugia (Corte App. Perugia, 10 ottobre 2013, T.E., in *questa Rivista*, si legge che il Triaca era stato tratto in arresto nell'ambito delle indagini per il sequestro e l'uccisione dell'Onorevole Aldo Moro e degli uomini della sua scorta, in quanto sospettato di essere un fiancheggiatore delle Brigate Rosse; si legge anche che Enrico Triaca, nel corso di un secondo interrogatorio di polizia svoltosi il 18 maggio 1978 successivo ad un altro tenutosi il giorno precedente, aveva redatto a macchina una dichiarazione di due pagine nella quale aveva indicato il nominativo di alcune persone indicate quali appartenenti all'organizzazione. La stessa sera del 18 maggio ed il giorno successivo il Triaca era stato interrogato dal giudice istruttore alla presenza del proprio difensore, confermando il contenuto di tutte le dichiarazioni rese in precedenza. Il 9 giugno 1978, ancora, sottoposto di nuovo ad interrogatorio, Enrico Triaca pur respingendo gli addebiti mossi con il mandato di cattura emesso a suo carico, confermava nondimeno le notizie sino a quel momento fornite. Soltanto il 19 giugno 1978, dopo oltre un mese dalle prime dichiarazioni, l'allora imputato aveva ritrattato tutto, sostenendo con estrema dovizia di particolari di essere stato torturato da personale appartenente alle Forze dell'ordine, con la finalità di indurlo a rendere dichiarazioni auto ed eteroaccusatorie. Enrico Triaca, più nel dettaglio, riferiva che alle 22.30 del 18 maggio 1978 era stato fatto salire dentro un furgone in cui si trovavano due uomini con casco e giubbotto; in tale frangente, lo stesso era stato dapprima bendato e, una volta fatto scendere dal furgone, spogliato completamente e legato ad un tavolo. A questo punto, mentre taluno gli tappava il naso, qualcun altro gli aveva versato in bocca acqua in cui era stata mescolata «una polverina dal sapore indecifrabile»; contestualmente era stato incitato a parlare. Proprio a seguito di queste dichiarazioni Enrico Triaca veniva rinviato a giudizio per il delitto di calunnia ed altri reati innanzi al Tribunale di Roma riportando una condanna, successivamente confermata in sede di appello, divenuta irrevocabile nell'ottobre del 1985. Il Tribunale, nel motivare la propria decisione, aveva evidenziato, inter alia, come in esito alle emergenze dell'istruzione dibattimentale espletata non fosse emerso alcun motivo per cui si sarebbe dovuto far ricorso alla tortura, soprattutto in considerazione del fatto che il Triaca, fin dall'inizio, si era mostrato disponibile alla confessione e comunque al rilascio di dichiarazioni utilizzabili ai fini delle indagini. Si rimarcava, inoltre, come durante l'interrogatorio del 9 giugno 1978, quando l'imputato si trovava ormai ristretto in carcere, lo stesso non solo aveva confermato le dichiarazioni rese in precedenza ma aveva precisato una nuova e rilevante circostanza, quella cioè di far parte della c.d. «colonna romana» delle Brigate Rosse. La Corte d'Appello di Perugia, investita dell'istanza di revisione della sentenza in questione soltanto nel dicembre 2012, si è mostrata di contrario avviso, revocando - limitatamente al delitto di calunnia - la

Non di rado, di fronte a simili scenari “pubblicistici” si è cercato il distinguo corrente con la *tortura privata* richiamando l’operatività della superiore ragione della *Salus Rei Publicae*, per la presenza di un pericolo esiziale e non altrimenti evitabile rispetto alla salvaguardia dello Stato. In questi frangenti - si sostiene - l’ordinamento deve tollerare il ricorso alla tortura giudiziaria quale estremo rimedio per mettere in condizioni di non nuocere feroci nemici delle libertà civili nelle democrazie moderne³¹. La c.d. tortura di salvezza entrerebbe così tra le regole di funzionamento dell’ordinamento statale, in nome della «sicurezza dello Stato» che «costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato» (Corte costi-

sentenza della Corte d’Appello di Roma dell’ottobre 1984. Nell’istanza di revisione, il difensore di Triaca aveva evidenziato che nell’ottobre 2011, il giornalista Nicola Rao aveva pubblicato un libro intitolato “Colpo al cuore. Dai pentiti ai “metodi speciali”: come lo Stato uccise le B.R. La storia mai raccontata”. In un capitolo del libro venivano descritte le vicende attraverso le quali si era giunti alla liberazione del generale Dozier, sequestrato dalle Brigate Rosse nel 1981, liberazione resa possibile o quantomeno fortemente agevolata - almeno secondo la tesi dell’Autore - dalle torture reiteratamente praticate nei confronti di alcuni arrestati da parte di un funzionario di polizia meglio conosciuto come “dottor De Tormentis” e dalla sua squadra denominata “I cinque dell’Ave Maria”, esperti nella pratica della tortura con acqua e sale, oggi meglio conosciuta con il nome inglese di “waterboarding”, consistente nel creare nella vittima una particolare pressione psicologica attraverso il senso di soffocamento indotto dall’introduzione in bocca di acqua e sale a naso tappato. In questo libro, acquisito agli atti del giudizio di revisione, si dava ulteriormente atto del fatto che la squadra del dottor De Tormentis, proprio nel maggio 1978, si era occupata di Enrico Triaca, arrestato il 17 maggio 1978, «il quale, a seguito del trattamento, aveva reso dichiarazioni auto ed eteroaccusatorie». Sempre nel testo, in nota, si rimarcava che il giornalista Matteo Indice del quotidiano Il Secolo XIX di Genova, garantendo l’anonimato dell’ex funzionario di polizia conosciuto con lo pseudonimo di “dottor De Tormentis”, era riuscito ad intervistarlo; nell’intervista, pubblicata nel giugno 2007, il funzionario di polizia avrebbe candidamente ammesso che il Triaca aveva fornito «una serie di rivelazioni impressionanti dopo che lo torchiammo». L’eco provocato dalla pubblicazione del libro di Rao aveva fatto sì che altri funzionari dello Stato, successivamente intervistati, avessero confermato di aver conosciuto personalmente il dottor De Tormentis (di cui erano state poi pubblicate le generalità corrispondenti a quelle di Nicola Ciocia, così testualmente, Corte App. Perugia, 10 ottobre 2013, T.E., cit., 7) e di averlo visto in azione nel corso del sequestro Dozier. Nel motivare la revoca della sentenza di condanna limitatamente al delitto di calunnia, la Corte d’Appello ha evidenziato che «il giudizio di colpevolezza essenzialmente si fondò [...] su argomenti logici, in assenza di qualsivoglia preciso elemento probatorio tale da far apparire impossibile che l’episodio si fosse realmente verificato». È difatti emerso dall’istruttoria compiuta innanzi alla Corte territoriale di Perugia che un soggetto, rispondente al nome di Nicola Ciocia, confermò di aver - quale funzionario dell’UCIGOS al tempo del terrorismo - utilizzato la pratica del waterboarding. Anche il Triaca, nel maggio 1978, fu sottoposto a tale trattamento con la finalità di indebolirne la capacità di resistenza e propiziare la collaborazione con le Forze dell’Ordine; di tale circostanza, peraltro, si trae conferma anche dal dato per cui, mentre nel verbale del 17 maggio 1978 il Triaca appariva risoluto a non voler prestare alcuna collaborazione nell’individuazione dei soggetti con i quali aveva avuto a che fare, a partire dal giorno successivo lo stesso non solo avrebbe accettato di fornire le indicazioni richieste ma persino di fissarle all’interno di due pagine di dichiarazioni dattiloscritte e firmate.

³¹ Cfr. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., 16.

tuzionale, sentenza n. 87/1977)³². «Fatto eversivo dell'ordine costituzionale» sarà allora ciò che mette a repentaglio, più ancora della forma statale, la sopravvivenza della sua sostanza da individuarsi nel nucleo dei suoi principi supremi e dei suoi diritti fondamentali. Quanto a dire che «In democrazia l'esistenza che è in gioco è quella della Costituzione e dei suoi diritti. Insomma, nel contesto dell'ordinamento costituzionale, e più in generale in uno Stato di diritto, lo Stato come tale non è mai un argomento»³³.

Esattamente dallo spirito costituzionale discende quindi la conclusione del ragionamento: «Nella contrapposizione tra sicurezza e libertà è la dignità umana a essere il concetto che deve orientare la decisione»³⁴.

2.2. La libertà morale “nella” libertà personale costituzionalizzata.

Lo sguardo dell'analisi, pertanto, non può che allargarsi alla *quaestio* del bene giuridico tutelato dalle novelle incriminazioni della tortura, introdotte nel catalogo dei delitti contro la libertà morale a norme di completamento e chiusura dello stesso. La numerazione *bis* e *ter* pare inoltre esprimere un allargamento di quello specifico perimetro di garanzia allestito dall'art. 613 c.p.³⁵ rispetto a fatti che intaccano la libertà di autodeterminazione in termini di tanto grave intensità da giungere a cancellare la capacità di intendere e di volere della vittima³⁶.

Un breve giro di considerazioni speso attorno alla libertà morale, come aspetto peculiare della libertà personale³⁷, la rileva difatti inevitabilmente intesa con

³² Si può del resto tentare di sostanziarne la nozione declinandola nei termini di «salvezza» delle esigenze dello Stato comunità, e non a tutela degli interessi «del Governo e dei partiti che lo sorreggono» (sent. n. 87/1977).

³³ LA TORRE-LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 148.

³⁴ GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 21.

³⁵ Se ne rammenta il testo nella sua lettera, art. 613 c.p.: *Stato di incapacità procurato mediante violenza. 1. Chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato d'incapacità d'intendere o di volere, è punito con la reclusione fino a un anno.*

2. Il consenso dato dalle persone indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo 579 non esclude la punibilità.

3. La pena è della reclusione fino a cinque anni:

1) se il colpevole ha agito col fine di far commettere un reato;

2) se la persona resa incapace commette, in tale stato, un fatto preveduto dalla legge come delitto.

³⁶ MEZZETTI, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Pen.*, vol. XV, Torino, 1998, 282; FLICK, *Libertà individuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1975, 546.

³⁷ Di contestato fondamento costituzionale, che la si ricomprenda direttamente entro il concetto di libertà personale in base all'art. 13 Cost., (V. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2013, 327; VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 1638; GUARINO, *Lezioni di dir. pubblico*, Milano, 1967, 40), ovvero la si estragga dal com-

riferimento congiunto al c.d. foro interno, ove si colloca la libertà di formare la propria volontà senza interferenze esterne che non siano legittimamente poste, ed al c.d. foro esteriore, e cioè libertà di agire in conformità alle determinazioni liberamente assunte³⁸.

Si ravvisa del resto nella «degradazione giuridica dell'individuo», secondo un'interpretazione risalente alla sentenza costituzionale n. 2 del 1956, l'elemento che qualifica la stessa restrizione della libertà personale, intendendosi per degradazione «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*»³⁹.

Si attinge quindi al «profondo» dell'ordinamento costituzionale italiano, ove la libertà personale rappresenta il primo dei diritti espressamente connotati dal carattere della inviolabilità, e si inserisce nell'alveo di quei diritti dell'uomo che costituiscono i valori fondanti della personalità umana e condizioni necessarie per la democrazia. Sta fissata al ricordato art. 13 Cost., tutelata «contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria»: concerne, insomma, le guarentigie supreme dell'*habeas corpus* che sono una delle pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico⁴⁰. Ma la libertà che emerge dai cinque commi dell'art. 13 Cost. «non si presenta affatto come illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e con il rispetto di talune forme», ossia, «come diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale». Il contemperamento tra le due fondamentali esigenze, di non frapporre ostacoli all'esercizio di attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana, si risolve così «attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità»⁴¹.

Emerge peraltro nettamente, proprio nella sensibilità del diritto costituzionale vivente⁴², che «la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto

plesso dei diritti di libertà costituzionalizzati, o ancora la si colga dal divieto generale di prestazioni personali o patrimoniali «se non in base alla legge» ai sensi dell'art. 23 Cost.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 30 maggio 1984, n. 7649, Marchiando, in *Mass. Uff.*, n. 165796; Cass., Sez. V, 14 gennaio 1987, *ivz*, n. 175658.

³⁹ Corte cost., n. 419 del 1994, in *Giust. pen.*, 1995, I, 72.

⁴⁰ Corte cost., n. 49 del 1959, in *Giust. pen.*, 1959, I, 323.

⁴¹ Corte cost., n. 11 del 1996.

⁴² Così Corte cost., n. 30 del 1962, in *Giur. it.*, 1962, I, 917.

in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere», non riguardando invece «oneri volontariamente assunti che non comportano alcuna degradazione giuridica e non ledono in alcun modo la dignità del soggetto»⁴³: perciò, il valore costituzionale dell'inviolabilità della persona deve essere tutelato contro «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»⁴⁴.

Del resto, la Costituzione, a primo fondamento della legittimità della restrizione della libertà personale, esige «la puntuale “previsione” legislativa dei “casi e modi” – oltre che, s'intende, l'atto motivato dell'autorità giudiziaria». Se ne deduce «l'esigenza di una “previsione”, cioè di una regolamentazione preventiva di ogni aspetto della restrizione stessa, con la conseguenza che le regole di questa non possono essere mutate in danno della libertà»⁴⁵: è alla legge, pertanto che «spetta l'indicare le circostanze che legittimano le singole misure restrittive della libertà personale»⁴⁶.

Così, la norma *de qua* «determina l'esclusiva competenza del giudice all'emanazione del provvedimento restrittivo della libertà personale e la necessità della sua motivazione»⁴⁷; d'altro canto, «all'autorità di polizia è consentito adottare provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale solo quando abbiano natura servente rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione, tra cui in primo luogo quelle connesse al perseguimento delle finalità del processo penale, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell'intervento dell'autorità giudiziaria»⁴⁸.

L'orizzonte del formante giurisprudenziale del diritto penale italiano forniva quindi da tempo più che uno spunto circa la dimensione criminale della tortura, avendo anche cura di puntualizzare come si trattasse di un diritto (umano, di protezione) riconosciuto pure a coloro che sono in stato di detenzione: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce e certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato dalla

⁴³ Corte cost., n. 99 del 1980, in *Giur. cost.*, 1980, I, 767.

⁴⁴ Corte cost., n. 105 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 2.

⁴⁵ Corte cost., n. 15 del 1982, in *Cass. pen.*, 1982, 409.

⁴⁶ Corte cost., n. 19 del 1966.

⁴⁷ Corte cost., n. 19 del 1966.

⁴⁸ Corte cost., n. 223 del 2004, in *Cass. pen.*, 2004, 3990.

maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁴⁹. Ciò significa che «l'amministrazione penitenziaria non può adottare provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto, il che può avvenire soltanto con le garanzie ... espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione, ma può solo adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna»⁵⁰, ossia, «misure di trattamento rientranti nell'ambito di competenza dell'amministrazione, attinenti alle modalità concrete, rispettose dei diritti del detenuto, di attuazione del regime carcerario in quanto tale, e dunque già potenzialmente ricomprese nel quantum di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione»⁵¹.

Nell'ordine del dibattito nazionale, difatti, non è mancato il tema della c.d. tortura giudiziaria (di Stato), posto che la tensione tra il bisogno di sicurezza e l'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali, della vittima come dell'autore del reato, deve rimanere gestita nel rispetto della legalità e della dignità della persona⁵².

Si è detto a questo proposito: l'uso sproporzionato della forza durante un'operazione di ordine pubblico, come l'irruzione nella scuola Diaz, è tortura. Quella "tortura" che la costante giurisprudenza della Corte EDU individua alla luce della particolare gravità e crudeltà di sofferenze deliberatamente inflitte, in un contesto di violenza arbitraria in quanto atteggiamento non giustificato (leggi non proporzionato)⁵³.

⁴⁹ Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, in *Foro it.*, 1995, I, 488.

⁵⁰ Corte cost., 15 novembre 2000, n. 526, in *Foro it.*, 2001, I, 1464.

⁵¹ Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 351.

⁵² BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1985, 113; VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2677-2682; RIMOLI, *Più sicuri e più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di Gianelli-Paternò, Roma, 2004, 121.

⁵³ Corte EDU, Grande Camera: *Salman c. Turchia*, ricorso n. 21986/93, § 100; *El-Masri v. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 39630/09, § 155; *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05, § 115-116; Corte EDU, 24 luglio 2008, *Georgiy Bykov c. Russia*, ricorso n. 24271/03, § 51. Si veda anche Corte EDU, 24 giugno 2014, *Alberti c. Italia*, ricorso n. 15397/11, § 41; Corte EDU, 22 luglio 2014, *Ataykaya c. Turchia*, ricorso n. 50275/08, § 47; Corte EDU, 23 febbraio 2006, *Tzekov v. Bulgaria*, ricorso n. 45500/99.

3. L'art. 613-bis c.p.: le fattispecie della tortura.

Il complesso orizzonte ideologico ed il tortuoso percorso politico e legislativo che hanno guidato la scrittura della normativa in materia⁵⁴ si sono infine specchiati in una formulazione normativa piuttosto “aspra”, che attraverso più fattispecie si è dedicata a costruire uno steccato di tutela penale per ciascuna delle facce che la tortura ha dimostrato di poter assumere nelle complesse dinamiche della realtà concreta.

I tratti dell'esperienza fenomenologica rimangono difatti ben impressi sotto la dizione *artificiale* di un *reato doloso, a forma causale vincolata dal modo di condotta, dall'evento e dal soggetto passivo*, che si sforza così di tradurre in termini tecnico-giuridici le primarie esigenze dell'oggettivismo penale al confronto con l'innata *sentimentalità* - leggi, tendenza al soggettivismo - delle vicende di tortura.

a) *La figura criminosa prevista e punita al comma 1*

Così, in primo piano sta un comportamento che concentra l'elemento oggettivo in gravi violenze o minacce o comunque in un agire crudele che cagioni acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico, attraverso più condotte o piuttosto ponendo in essere un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Più chiaramente, si descrive un comportamento *di chiunque* e lo si descrive come una *oggettiva crudeltà*.

Difatti, nonostante le modalità comportamentali siano inizialmente indicate con i termini “esatti” delle *violenze o minacce gravi*, la prospettiva d'immediato si allarga ad abbracciare un alternativo e generale agire con crudeltà, per chiudersi infine con l'altrettanto generale alternativa tra più condotte o l'unità-unicità di un trattamento inumano e degradante.

Sicché la gravità delle plurime violenze o minacce, la crudeltà dell'azione, la disumanità e la portata degradante di un comportamento attivo od omissivo, episodico o perdurante che sia, appaiono come le “doti” causali di una condotta che già in astratto si renda riconoscibile fattore condizionale dell'evento strettamente tipizzato.

Si scrive in questi termini la prima parte di un percorso a cerchi concentrici che perviene ad una definizione normativa proiettata a raccogliere un preciso

⁵⁴ Per una attenta ricostruzione dello *work in progress* che ha impegnato per anni il Parlamento, si veda LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei “lavori in corso” anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

dato fenomenologico: anche ove manchino segni di una eventuale e feroce aggressione fisica, la tortura in quanto tale incide sempre sulla personalità morale dell'individuo, con conseguenze negative indiziate da dimostrabili traumi, fisici o psichici che siano⁵⁵.

Perde insomma rilievo, entro questa scrittura, il tradizionale dibattito attorno al discrimine interno tra violenza e minaccia, dimostrandosi comunque significativi i soli confini perimetrali "essenziali" dei due concetti, che diventano, nel quadro complessivo dipinto dalla norma, esemplificazioni specificative del genere "agire crudele". In questa cornice, violenza è la condotta connotata dall'«esplicazione di una energia fisica da cui derivi, con carattere di immediatezza una costrizione personale»⁵⁶, secondo una visione di essa come *vis corpore corporis data*; minaccia è la condotta consistente nella prospettazione, attuata in qualsiasi forma, di un pregiudizio futuro la cui realizzazione è condizionata dalla volontà dell'agente⁵⁷.

Il prosieguo della formulazione linguistica svela difatti come la portata selettiva rispetto alla condotta criminalizzata sia concentrata sulla gravità, delle violenze come delle minacce, che ha canone di lettura nello "speculare" concetto di crudeltà dell'agire. L'uno spiega l'intensità della condotta specifica, e trova corrispondente spiegazione nell'altro, che illustra la qualità del genere riecheggiando il concetto di "reato commesso con crudeltà verso le persone". Si tratta di nozione che il n. 4 dell'art. 61 c.p. tiene legata non al risultato di sofferenza o patimento inflitto alla vittima (cui afferiscono invece, distintamente, le sevizie ivi considerate) ma a manifestazioni comportamentali che oggettivamente esprimono l'intenzione dell'agente di arrecare particolare dolore alla vittima. La crudeltà è quindi intesa a tipo di condotta che attesta, in sé e per sé, l'assenza di ogni sentimento di pietà e di umanità propri dell'uomo civile, rivelata da un *modus agendi* connotato da particolare insen-

⁵⁵ Cfr., per quanto riguarda la tutela dell'integrità psichica nel delitto di tortura, NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 79.

⁵⁶ VIARO, *Violenza e minaccia*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1976, 968.

⁵⁷ Infatti, per ritenere integrato il reato di cui all'art. 612 c.p. occorre che l'agente minacci ad altri "un ingiusto danno", con ciò intendendo la prospettazione di un male futuro ed ingiusto, la cui verifica dipende dalla sola ed esclusiva volontà dell'agente. Tale condotta può essere realizzata tanto mediante l'utilizzo di espressioni verbali, indirizzate alla persona offesa, oralmente o per iscritto; quanto mediante comportamento concludente, purché questo sia "oggettivamente caratterizzato da atteggiamenti marcatamente minacciosi": cfr., *ex multis*, Corte Cass, Sez. V, 12 gennaio 2004, in *Mass. Uff.*, n. 227660. Per la definizione di "minaccia", in dottrina, cfr. GATTA, *La minaccia*, Roma, 2013, 149 ss.; VIGANÒ, *Art. 610*, in Dolcini-Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, Milano, 2015, nn. 20-24; VALSECCHI, *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo*, in Viganò-Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, 234.

sibilità, spietatezza o efferatezza, a prescindere dall'afflittività percepita dal soggetto passivo⁵⁸, a prescindere dal motivo della crudeltà⁵⁹.

Il testo codificato, peraltro, non si arresta a questi tratti oggettivi, ed ulteriormente definisce sia la natura che la durata della condotta tipica: le espressioni “più condotte” e (in alternativa) “trattamento disumano e degradante la dignità umana” conducono dentro la sfera di punibilità sia la condotta attiva che quella omissiva (scompare il riferimento condizionante alle violenze, alle minacce, all’agire, evidentemente evocativi di una realtà comportamentale esclusivamente attiva); e la strutturano attraverso l’alternativa che abbraccia sia l’unico atto/l’unica omissione sia la pluralità di atti/omissioni.

I comportamenti di tortura possono quindi ripetersi, intervallarsi, eppure rimanere saldati nell’unicità del delitto commesso purché stretti in un medesimo contesto ambientale, capace di dar luogo ad unità-unicità di trattamento nel senso di unica e medesima relazione tra carnefice e vittima qualificata. Si intende cioè che si mantenga uno ed uno solo il rapporto di squilibrio entro cui il soggetto passivo assume il ruolo di *persona privata della libertà personale o affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza* (del reo o di altri, non specificato), *ovvero risulti in (generalmente) condizioni di minorata difesa*.

Concludendo, l’infrazione deliberata di simili sofferenze può dirsi integrata in caso di privazione del sonno, del cibo o dell’acqua, di esposizione prolungata a rumori assordanti, di costrizione a restare continuamente e per lungo tempo nudi, o in posizione fisicamente disagiata, o in condizioni di non vedere⁶⁰. Ancora, le maglie del delitto si estendono dichiaratamente dalla forma causale fisica (di aggressione corporale causa di acuta, pungente sofferenza) alla forma causale morale (di trauma psichico verificabile), sì da abbracciare ogni trattamento tale da creare nella vittima un senso profondissimo di paura, angoscia ed inferiorità capace di umiliarla o piegare la sua resistenza fisica o morale, così da determinarla ad agire contro la sua coscienza e volontà.

Una simile esegesi, per quanto estesa, eleva comunque uno schermo avverso il paventato “eccesso” di includere nell’incriminazione qualsiasi condotta che possa essere considerata degradante o lesiva della dignità umana (nel caso del detenuto, si pensi al sovraffollamento carcerario o alla mancanza di un muro divisorio per la toilette all’interno della cella). Proprio in quest’ottica va ap-

⁵⁸ Cass., Sez. I, 16 novembre 1998, n. 12595, Hass, in *Foro it.*, 1999, II, 273.

⁵⁹ Una visione di sistema consente infatti di valorizzare la distinzione tra l’espressione “con crudeltà” e quella “per crudeltà” che campeggia nell’art. 544-bis c.p. a descrivere il fatto delittuoso dell’uccisione di animali. In proposito, v. *infra*.

⁶⁰ Cfr. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione*, cit., 10.

prezzato il carattere congiunto, inumano e degradante la dignità umana, prescritto a tratteggiare il “trattamento”. L’enfasi ne rafforza l’identità: quella di modo comportamentale che riassume in sé tutti i caratteri causali che la condotta deve oggettivamente possedere per integrare la dimensione della tipicità penale; quella di un comportamento unitario (per atto e/o per contesto) capace di annientare, per la sua crudeltà (magari espressa dalla gravità delle violenze o minacce realizzate), l’entità morale di un individuo.

In effetti, non qualsiasi trattamento contrario all’art. 3 CEDU costituisce tortura, e merita di essere punito come tale: solo i casi più gravi, caratterizzati dall’inflizione deliberata ad un soggetto indifeso di sofferenze intense, così valutabili secondo una ragionevole oggettività scientifica⁶¹.

Se ne conclude, in buona sostanza, che le modalità comportamentali risultano puntualmente vincolate non dall’interno della condotta (non cristallizzata esclusivamente in atti violenti o minacciosi, in azioni od omissioni, ...), ma da due fattori estrinseci ad essa, l’uno integrato dalla specificità dell’evento-conseguenza naturalistica, l’altro integrato dalla specificità che qualifica il contesto della condotta attraverso la caratterizzazione del soggetto passivo.

A sua volta, la descrizione dell’evento costitutivo del reato si regge sulla pregnanza della locuzione «acute sofferenze fisiche» o «verificabile trauma psichico», che vale a delimitare la punizione così intitolata ai soli casi in cui la condotta dell’agente abbia arrecato alla vittima un intenso dolore fisico (corporeale) o psichico (in termini di terrore, paura, panico, comunque uno sconvolgimento psicologico). In ogni caso, la verificabilità empirica di questo elemento-effetto si attesta una volta staccato da una dimensione puramente vittimologica, che pretenderebbe l’impossibile dimostrazione della qualità, della “profondità” del grado di sofferenza prodotta al singolo, e la considerazione della particolare – magari “eccezionale” – sensibilità o insensibilità al dolore fisico o psichico di costui. La dimostrazione andrà pertanto retta da considerazioni scientifiche; ma corrispondenti parametri di senso esperienziale comune debbono rendere questo carattere chiaramente comprensibile e riconoscibile per “chiunque” stia perpetrando il fatto (doloso) di cui si tratta.

Altro confine sta nella tipizzazione del soggetto passivo – protetto, curato, assistito, minorato nella difesa - che da un canto non eleva a livello di fattore costitutivo la violazione di funzioni/doveri di protezione ovvero assistenza dell’agente rispetto alla vittima, ma dall’altro dimostra la potenziale configurazione di una continuità criminosa in progressione di offesa con il delitto di

⁶¹ Così LA TORRE-LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura?*, cit., 130.

maltrattamenti contro familiari e conviventi⁶² (art. 572 c.p.)⁶³. Le situazioni in cui l'agente maltratti una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia potranno risultare conteggiate nell'ambito della sussidiaria dimensione aggressiva del delitto contro l'assistenza familiare in quanto causino nella vittima sofferenze fisiche e morali da declinarsi "quantitativamente" (con le connesse difficoltà interpretative e probatorie) nel senso di dolore non intenso, non forte, ovvero non tanto forte quanto invece quello capace di integrare la tortura⁶⁴.

La fattispecie di cui all'art. 572 c.p. si è difatti prestata ad una applicazione non esclusiva ai casi in cui la condotta criminosa sia perpetrata nell'ambito di contesti familiari o di convivenza, configurandosi nel rapporto insegnante-alunno, infermiere-paziente, agente di custodia-detenuto⁶⁵.

Vero è, al contempo, che la dicitura relativa alle tipologie dei soggetti passivi indicate nella nuova fattispecie non fatica ad abbracciare anche i casi - i più frequenti dal punto di vista criminologico - di torture a danno di prigionieri, e dunque di persone private (legittimamente o illegittimamente) della propria libertà personale. Neppure permangono perplessità di tipizzazione per i casi (simili agli episodi accaduti nella scuola Diaz) in cui una vittima inerme sia sottoposta a una grave e gratuita violenza mentre si trova in stato di libertà: si pensi ad aggressioni fisiche durante una carica della polizia⁶⁶. La prevista situazione di minorata difesa - nel caso concretizzabile avanti agli strumenti a disposizione delle forze dell'ordine - consente di ricondurre il fatto alla casi-

⁶² Per una visione critica sul rapporto tra l'art. 613-bis (nella formulazione licenziata dal Senato) e la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. si rinvia a COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014, 38; MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., 17 ss.

⁶³ Il testo dell'art. 572 c.p. risulta: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni».

⁶⁴ Cfr. le diverse considerazioni di VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione*, cit., 12.

⁶⁵ La norma in esame è stata chiamata a qualificare anche fatti commessi da agenti di polizia penitenziaria per la reiterata e sistematica condotta violenta, vessatoria, umiliante e denigrante posta in essere nei confronti dei detenuti, in quanto tali sottoposti alla loro autorità o, comunque, a loro affidati per ragioni di vigilanza e custodia: v. Cass., sez. VI, 21 maggio 2012, n. 30780.

⁶⁶ Cfr. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 settembre 2014, 11.

stica “aggravata” di cui al comma 2 della disposizione, ove peso penale viene riconosciuto all’abuso di poteri e doveri pubblicistici di aggressione personale. L’esesesi consolidatasi sull’omonima circostanza aggravante di cui all’art. 61 n. 5 c.p. vuole difatti verificata una situazione di minorata difesa quando si materializzino circostanze di *tempo* (tra l’altro, oscurità; pubblica calamità), di *luogo* (località isolata o delimitata) o di *persona* (es. mutilazione; ubriachezza; debolezza fisica o psichica del soggetto passivo), tali anche solo da ostacolare o diminuire la difesa da parte della vittima⁶⁷, sì che il colpevole ne tragga consapevole ed obiettivo vantaggio grazie ad un incontrastato sviluppo della propria condotta illecita⁶⁸. Ciò, *anche in riferimento all’età*, secondo la dicitura inserita nel n. 5 dall’art. 1, co. 7, l. 15 luglio 2009, n. 94: l’orientamento della più recente giurisprudenza già riteneva che l’età dell’offeso - da apprezzarsi in riferimento alla dinamica del reato - contribuisse ad individuare una condizione di minorata difesa⁶⁹; oggi, il parametro anagrafico è suscettibile di richiamare l’attenzione dell’interprete sulla situazione di particolare vulnerabilità della persona offesa derivante dall’età senile come dall’età infantile e adolescenziale.

b) Le altre figure criminose

Il comma 1, con queste riflessioni, lascia il campo all’osservazione giuridica del capoverso.

Qui, distintamente e più severamente, lo stesso art. 613 bis c.p. inquadra il disvalore rappresentato dalla tortura commessa con violazione dei doveri funzionali dell’agente pubblico, in una cornice di distorsione dell’attività della pubblica amministrazione che pure non rimane l’esclusivo scenario di configurazione del delitto.

Con ciò, la formulazione non rinuncia ad ottemperare agli obblighi internazionali né rinuncia ad elevare ad ipotesi autonoma di reato anche questa fattispecie⁷⁰.

Il co. 2 dell’art. 613-bis c.p., così, porta verso l’alto l’asse sanzionatorio in considerazione della “specificità” del soggetto agente e del comportamento da costui perpetrato: se *i fatti* di cui al primo comma (in quanto *il fatto* di tortura è ivi previsto come perfezionabile attraverso più modalità alternative) sono

⁶⁷ Cass., Sez. II, 29 ottobre 1981, Gallone, in *Mass. Uff.*, n. 152504; Id., Sez. II 21, giugno 1983, Picini, *ivi*, n. 162876.

⁶⁸ Cass., Sez. III, 12 ottobre 2007, n. 40543, in *Guida dir.*, 2007, n. 48, 94.

⁶⁹ Cass., Sez. III, 3 aprile 2008, R., in *Mass. Uff.*, n. 240040.

⁷⁰ Per una visuale internazionale su questa prospettiva v. LANZA, *Verso l’introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano*, cit., 21 ss.

commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, si applica la pena della reclusione da cinque a dodici anni.

Pare allora ragionevole leggere l'ipotesi appena trascritta non come indicatore di un "mero" fattore circostanziale, destinato a seguire il relativo statuto di disciplina delle circostanze: sia per quanto concerne l'imputazione soggettiva, per cui dallo spessore del dolo "necessario" si cadrebbe nell'indifferenza tra dolo e colpa ai sensi dell'art. 59, co. 2, c.p.; sia per quanto riguarda la "riconoscibilità" nella pena da applicarsi, suscettibile l'aggravamento di "scompare" nell'ampio filtro del giudizio di prevalenza/subvalenza/bilanciamento di cui il giudice si arma *ex art. 69 c.p.* al cospetto del concorso di circostanze eterogenee.

Ad una simile conclusione negativa si approda ben prima di verificare che è al quarto comma che lo stesso disposto si impegna a contemplare "classiche" circostanze aggravanti. Come tali, esse sono segnalate dalla scelta della "generica" formula sanzionatoria di apertura - se dai fatti deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate - con rinvio al comune aumento fino ad un terzo fissato dall'art. 64 c.p. a valere per le circostanze aggravanti ad effetto comune; salvo poi "specificare" l'effetto ulteriormente punitivo se dai fatti deriva una lesione personale grave (le pene sono aumentate di un terzo) e (della metà) in caso di lesione personale gravissima.

Quanto commesso ad opera del pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio acquista difatti la dimensione di fattispecie criminosa autonoma⁷¹ nella misura in cui descrive una "speciale" condotta, oggettivamente qualificata dall'abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio. Sicché l'integrazione del delitto qui pretende non il mero contesto spazio-temporale della condotta abusiva/dell'esercizio delle funzioni o del servizio, ma l'estrinsecarsi di un comportamento la cui specialità si conquista uno spazio di autonomia fenomenica e di autonoma valutazione in termini di disvalore e riprovevolezza⁷²: così l'(ab)uso di una "arma di servizio" foss'anche la forza fisica, così il trattenimento indebito (per tempi/modalità di svolgimento) in "luoghi di servizio" (cella, stazione di polizia ...). Del resto, posto il richiamo ai fatti di cui al comma 1, le modalità di comportamento così descritte sono tipiche se ed in quanto rapportate ad un soggetto passivo qualificato, vale a

⁷¹ Ritiene preferibile questa chiave di lettura VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione*, cit., 6.

⁷² Sul tema, FALCINELLI, *Reato d'autore e tecniche di frammentazione penale*, Pisa, 2014.

dire che si deve trattare di poteri/doveri funzionali al violato contesto di cura, assistenza, difesa e così via.

La stessa sorte di autonomia di incriminazione pare del resto assegnabile alle ipotesi declinate nell'ultima parte (co. 5 e 6) dell'art. 613-bis c.p.

Se dai fatti (uno di quelli previsti alternativamente) di cui al comma 1 deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni 30, se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo: la formulazione linguistica d'immediato evoca la portata letterale dei commi 2 e 3 del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (previsto e punito dall'art. 630 c.p.), assieme al dibattito esegetico divampato attorno ad essi. Al pari, lascia concludere anche in questa sede che si tratta di ipotesi delittuose autonome, ove inquadrato è un reato diretto non più a punire una aberrante offesa alla libertà morale, ma un'offesa contro la vita umana⁷³.

Ad avvalorare queste considerazioni sul *reato proprio di tortura*, il co. 3 della stessa norma fornisce una "separata" (rispetto al co. 1) e "negativa" definizione della sofferenza tipizzata come risultato della perpetrata condotta: *il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti*. Una sorta di "floor" (parafrasando: la sofferenza deve essere ulteriore rispetto a ...) capace di garantire la non sussumibilità entro il grave cono di incriminazione in esame di quanta sofferenza derivante dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti. Torna qui il leitmotiv di principio che nemmeno l'art. 1 CAT dà per scontato (fornendo la stessa "formula autentica"): la *legittimità della pena* è suo crisma di identità e al contempo traduzione dell'*assolutezza del divieto di tortura*, che è fatto collocato al di là della pena legale, e che mai potrà dirsi giustificato/scusato dall'adempimento di un qualsivoglia dovere.

4. Sul dolo di crudeltà.

L'acquisizione culturale condivisa circa l'evidenza emotiva del fatto di tortura, sia rispetto al tipo di contesto realizzato sia con riguardo al risultato inflitto alla persona offesa, rende la vicenda umana "necessariamente dolosa": vale a dire, razionalizzata, decisa, deliberata dal reo con questa foggia, quale è tratta non solo dall'immediata intuizione umana ma altresì confermata analiticamente dalla memoria, dall'ambiente, dall'esperienza individuale e dalla dimensione sociale del colpevole.

⁷³ In questo senso, v. FALCINELLI, *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, Torino, 2013, 117 s.

Questa *sintassi psicologica* rimane trascritta nel dolo di tortura confezionato dal legislatore penale italiano, impostato agli artt. 613-*bis* e *ter* c.p. con il solo connotato della crudeltà, non riconoscendosi uno specifico rilievo espresso né al requisito dell'intenzionalità, quale peculiare grado di intensità psichica del volere, né all'orientamento della vicenda al raggiungimento di un preciso obiettivo.

Così, una volta abbandonato il modello normativo del dolo intenzionale ed "ulteriormente" finalizzato, come veniva suggerito dalle fonti sovranazionali ed internazionali e come era stato accolto nelle precedenti proposte di riforma nazionale⁷⁴, il codice penale italiano ha fatto proprio il modello, ben più elementare e di tara tutta sociologica, della cosciente volontà da parte del soggetto circa il proprio agire crudele.

Dolo generico, quindi, costruito *artigianalmente* sulla falsariga della consapevole volontà di infliggere alla vittima un dolore acuto – come tale "immaginabile" da chi lo produce⁷⁵ - attraverso un comportamento, appunto, crudele.

La palese scelta normativa, difatti, è quella di selezionare l'elemento soggettivo tipico in funzione del fatto oggettivo, materializzatosi *con* modi che riflet-

⁷⁴ Cfr. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione*, cit., 13.

⁷⁵ Ci sono due modi di comprendere le emozioni altrui, e sono profondamente diversi: nel primo caso (c.d. empatia cognitiva), l'osservatore inferisce l'emozione, ma non la prova; nel secondo caso (c.d. empatia emotiva), il riconoscimento è diretto, poiché il meccanismo (neurologico) a specchio induce nell'osservatore uno stato affettivo analogo, verosimilmente d'intensità variabile al variare della relazione che lega osservatore e osservato. Un esempio emblematico è rappresentato dall'emozione di base del disgusto. Uno studio ha dimostrato che provare una sensazione di disgusto dopo aver inalato sostanze odorose nauseanti o osservare l'espressione di disgusto sul volto di un'altra persona attivano esattamente la stessa regione di una struttura cerebrale chiamata insula, coinvolta nei meccanismi visceromotori dell'affettività. Questo suggerisce che osservatore e osservato condividono un meccanismo neurale per la comprensione diretta delle stesse esperienze emozionali. Simili risultati sono stati evidenziati anche in un altro studio, che avvicina il descritto metodo scientifico sperimentale all'argomento trattato in questo scritto: i partecipanti provavano dolore causato da stimolazione elettrica delle loro mani e poi vedevano gli elettrodi applicati sulla mano del proprio partner sottoposto al test, seguito da un segnale simbolico che segnalava la somministrazione al partner dello stesso stimolo doloroso. Le due situazioni attivavano nei soggetti le medesime regioni dell'insula. Nel complesso, questi dati implicano che l'uomo in quanto tale, osservatore diretto o meno di una certa situazione sensorialmente percepibile, comprende le emozioni attraverso un'attivazione diretta delle parti del cervello dalle quali nascono le risposte visceromotorie associate a quelle stesse emozioni, quantomeno quelle che hanno una carica negativa. Tale meccanismo neuroscientifico per la comprensione delle emozioni offre una base neurale in grado di spiegare alcuni importanti aspetti delle relazioni interpersonali su cui si costruiscono molti dei comportamenti sociali, e certo lascia procedere verso ulteriori ragionamenti in punto di dolo di tortura. V. in argomento RIZZOLATTI-FOGASSI-GALLESE, *Specchio, neuroni*, in *Enc. It. - VII Appendice*, 2007; GALATI, *Prospettive sulle emozioni e teorie del soggetto*, Torino 2002; RIZZOLATTI-SINIGAGLIA, *So quel che fai: il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Milano, 2006; RIZZOLATTI-CRAIGHERO, *The mirror neuron system*, in *Annual reviews of neuroscience*, 2004, 27, 169; LIEBERMAN, *Social Cognitive Neuroscience*, in *Annual Review of Psychology*, n. 58, 2007, 259.

tono la loro crudeltà sul rispettivo risultato, di severa sofferenza. Crudele è il fatto, non il motivo per cui il fatto si commette: *cum grano salis*, l'espressione adottata nell'art. 613-*bis* c.p. non ricalca la formula soggettiva "per crudeltà", che invece rende tipica l'uccisione di animali *ex art. 544 bis c.p.*⁷⁶. Pur accompagnata da un certo dibattito in proposito, quest'ultima espressione si stacca vistosamente dal riferimento oggettivo alle modalità esecutive della condotta descritto nell'art. 61 n. 4 c.p., e richiede: secondo una isolata impostazione giurisprudenziale, il dolo specifico⁷⁷; per una diversa posizione dottrina, un fattore motivante il reo (certo di non agevole verificabilità) e caratterizzante il momento volitivo del dolo, che accompagna il fatto con il compiacimento dell'altrui sofferenza o comunque con assenza di pietà umana⁷⁸. La scelta "oggettivizzante" intrapresa nelle fattispecie di tortura vale così ad accludere nella punibilità non solo la "gratuita" inflizione di un dolore atroce, e certo l'ipotesi in cui si soddisfa la propria ansia, la propria aspirazione a provocare ad altri un dolore penetrante, ma anche il caso in cui la modalità crudele sia stata consapevolmente intrapresa dal reo per non aver egli saputo scegliere in quel momento, nel perseguire il risultato prefissato, altro tipo di atteggiamento. Il dolo di crudeltà, quindi, sussiste ogni qual volta le modalità dell'azione manifestino la volontà di infliggere speciali sofferenze alla vittima⁷⁹.

5. L'art. 613-*ter* c.p., tra specialità ed interferenza

La previsione contenuta nell'art. 613 *ter* c.p. inquadra il comportamento istigatorio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio nell'(ambito spazio-temporale dell') esercizio delle funzioni o del servizio: col rivolgersi ad altro pubblico ufficiale o ad altro incaricato di pubblico servizio, in modo concretamente idoneo a che questi commetta il delitto di tortura, l'istigatore soggiace alla reclusione da sei mesi a tre anni *se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso*.

Con questa dizione l'art. 613-*ter* c.p. scrive la sua carta di identità, e si dichiara delitto speciale rispetto al quasi-reato disciplinato nella sua forma generale

⁷⁶ In argomento, v. GATTA, *art. 544-bis c.p.*, in Dolcini-Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 3673; G. PADOVANI, *art. 544-bis c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2007, 3356; D'ALESSANDRO, *Titolo IX-bis Dei delitti contro il sentimento per gli animali, Nota introduttiva*, in Crespi-Forti-Zuccalà, *Commento breve al codice penale*, Padova, 2008, 1456.

⁷⁷ Cass., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46784, in *www.ambienteditto.it*.

⁷⁸ Cfr. D'ALESSANDRO, *Titolo IX-bis*, cit., 1459.

⁷⁹ Cass., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 1894, Fertus ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 203808; Id., Sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, P.G. Botticelli ed altro, *ivi*, n. 222519; Id., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12680, Giorni, *ivi*, n. 239365.

dall'art. 115 c.p.; e fattispecie criminosa interferente al confronto con il delitto contro l'ordine pubblico descritto all'art. 414 c.p.

Considerazioni di massima fanno attribuire alla fattispecie in esame il valore di eccezione alla regola generale fissata dall'art. 115 c.p., nel senso che l'istigazione a commettere tortura, perpetrata da uno dei soggetti selezionati, rientra nel novero delle ipotesi richiamate dalla clausola di riserva prevista da quest'ultima disposizione. Dal canto suo, la norma-regola prescrive che nessuna delle due o più persone tra le quali (sia intervenuto l'accordo o) si sia intessuta una relazione istigatoria, risulti per ciò solo - e salva diversa disposizione legislativa - punibile se il reato non è commesso. Ricalcando la lettera dei commi 3 e 4, di interesse in questa sede, l'impunità consegue *nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso, o se l'istigazione non è stata accolta (ma ove si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza)*.

Siamo di fronte all'altra ipotesi di quasi-reato disciplinata nel sistema penale⁸⁰, da mettersi accanto a quella del capoverso dell'art. 49 c.p.

⁸⁰ Sulla norma dell'art. 115 c.p., e sul dibattito attorno ad essa, si limita il rinvio ai fondamentali studi di LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 577 s., per cui l'art. 115 contiene l'esplicita indicazione di quello che nel nostro ordinamento è il presupposto necessario di tutte le ipotesi di concorso di persone, cioè la commissione di un reato, per aversi la quale - afferma richiamandosi ad Antolisei - non è sufficiente che «almeno uno dei soggetti e precisamente l'autore *stricto sensu* abbia realizzato il fatto materiale che è descritto nella norma incriminatrice». Cfr. LATAGLIATA, *Principi del concorso di persone*, Napoli, 1964, 20 ss., 24 ss. «la vera ragione d'essere della disposizione non sta tanto nella necessità di riaffermare la non punibilità della sola istigazione e del solo accordo (dato che questa irrilevanza degli atti di accordo e di istigazione discende dalla loro natura di comportamenti meramente preparatori), quanto piuttosto nell'espressa previsione dell'applicabilità di una misura di sicurezza per la pericolosità rivelata dal soggetto». Cfr. M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 44 ss., in part. 54: «l'art. 115 non fa che sancire un principio del tutto ovvio come è quello alla stregua del quale si afferma l'irrilevanza penale di atti che da soli, ove non siano seguiti da un altrui comportamento, ad essi collegato e che realizzi gli estremi di una lesione giuridica, non possono considerarsi offensivi del bene tutelato, nemmeno a titolo di tentativo». Si vedano anche PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 25 ss.; VASSALLI, *Accordo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 302. Ancora in proposito vedi RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 220 ss.; ID., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 11, 36 s. Sia infine consentito anche il rinvio alle riflessioni sviluppate da FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, 237 ss., per cui, brevemente, nella previsione dell'art. 115 c.p. è descritto il «nudo e crudo» non proseguimento del disegno costitutivo che in origine saldava le plurisoggettive volontà o fondava l'intenzione istigatoria («qualora ... un reato ... non sia commesso»; «se il reato non è stato commesso»); e tanto è l'effetto involontario - per non esserne richiesta la volontarietà, ed utilizzandosi di inverse espressioni impersonali - di una peculiare situazione esterna.

Su questo versante, la deroga in astratto contenuta nell'art. 613-ter c.p. si legittima in nome di una offensività concretamente dimostrabile rispetto all'effettiva commissione della tortura da parte di chi istigato, in una *ratio* complessiva della criminalizzazione che certo non prescinde dalla peculiare diminuzione della fiducia sociale che l'atteggiamento del pubblico ufficiale (istigatore ed istigato) ingenera quanto alla salvaguardia della libertà morale.

La ricchezza descrittiva del fatto tipico oggettivo, ancora una volta sorretto da dolo generico, ne rimarca però la "specialità" pure in un diverso senso, che d'immediato ne aggancia le sorti a quelle del reato comune di istigazione a delinquere fissato all'art. 414 c.p.

L'istigazione a delinquere è stata definita come eccitamento, suggestione o sprone ovvero come azione diretta a far sorgere o rafforzare in altri un proposito criminoso⁸¹. Si tratta di una condotta che si riflette sulla psiche altrui, sollecitando spinte positive o rimuovendo freni inibitori, influenzando nel senso voluto dall'istigatore.

Il perno dell'incriminazione di cui si tratta si concentra esattamente su tale condotta, e sulle sue specifiche dinamiche causali, non necessariamente intrecciate ad un contesto pubblico di esternazione che invece il comma 4 dell'art. 266 c.p. descrive a tipizzare il fatto ai sensi del delitto contro l'ordine pubblico (eventualmente concorrente).

A partire dalle elaborazioni costituzionali effettuate sulle norme di cui agli artt. 414 e 415 c.p.⁸², la giurisprudenza prevalente ha di fatto identificato nel pericolo di reati l'unica residua ragione di compatibilità degli illeciti di istigazione (diretta come indiretta) con la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero⁸³: ha cioè ritenuto la condotta istigatoria passibile di sanzione penale solo in quanto idonea a dispiegare una sufficiente forza di suggestione e

⁸¹ V. in questo senso già Cass., Sez. I, 22 novembre 1974, Bindi, in *Giust. pen.*, 1975, 674.

⁸² Cfr. Corte cost., n. 87 del 1966, in *Foro it.*, 1966, I, 1650; Corte cost., 23 aprile 1970, n. 65; Corte cost., n. 108 del 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444.

⁸³ Cfr. Corte cost., n. 65 del 1970, in *Giur. cost.*, 1970, 955. Per una bibliografia essenziale, si rinvia agli studi di DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988; ID., *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 292 ss.; ID., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 76 ss.; DOLCE, *Istigazione a delinquere*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 995 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972; E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1514 ss.; PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 239 ss.; SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004; VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 986 ss.; ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte speciale*, diretta da Bricola-Zagrebel'sky, vol. IV, Torino, 1996, 533 ss.

di persuasione a delinquere⁸⁴, assegnando al delitto di istigazione previsto dall'art. 414, come a quello di apologia ex art. 415 c.p.⁸⁵, il senso di reato di pericolo concreto. Quanto a dire che l'esaltazione di un fatto di reato o del suo autore finalizzata a spronare altri all'imitazione non è di per sé punibile se per le sue modalità essa non integri un comportamento idoneo a provocare la commissione di delitti⁸⁶.

Forte di questo retroterra concettuale, il novello legislatore ha inteso qualificare in dettaglio non solo la condotta in sé, in quanto istigazione: ha espressamente qualificato il rapporto che la condotta dell'agente ha (deve avere) con l'oggetto dell'istigazione, ovvero il requisito dell'idoneità della condotta a (far) commettere tortura da parte di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, mettendo definitivamente nero su bianco lo spartiacque tra esigenze di repressione e tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

L'oggettiva concretezza di tale idoneità viene prima di tutto radicata nella pretesa della "concreta" destinazione del comportamento, non rivolto *ad incertam personam* ma indirizzato verso un destinatario esattamente qualificato: nell'identità, di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio; e nel contesto, dovendosi costui trovare nell'ambiente di esercizio delle funzioni/del servizio dell'istigatore ed in quel rapporto di protezione-superiorità rispetto alla vittima della tortura descritto dall'art. 613 bis, comma 1, c.p., e specializzato nel comma 2 della disposizione.

Con queste scansioni, in altre parole, anche l'*istigare alla commissione della tortura* acquista la dimensione di un comportamento vincolato, così come è per i delitti dell'art. 613 bis c.p., trattandosi di condotta che è tipica se, nell'"ambiente" pubblicistico delimitato dallo spazio-tempo di esercizio delle sue funzioni o del servizio, l'istigatore "pubblico" sollecita un potenziale pubblico aggressore a torturare una persona in situazione di "limitata" difesa.

Ancora. Di oggettiva concretezza si carica pure l'oggetto della condotta istigatoria - *il commettere tortura* - la cui interpretazione si presta a far ritenere necessaria l'individuazione del modello legale della tortura, attraverso l'uso nominativo del termine (già nel senso comune immediatamente evocativo del fatto ed equivalente al *nomen juris*) o attraverso la diretta enunciazione dei corrispondenti estremi di tipicità: ciò che conta è che il fatto criminoso oggetto di istigazione sia sufficientemente determinato nei suoi elementi fattuali.

⁸⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 5 marzo 2001, Gobbi, in *Riv. pen.*, 2001, 637.

⁸⁵ Che ha la foggia dell'istigazione indiretta, giusto il tenore di Corte cost., n. 65 del 1970, cit.

⁸⁶ Cass., Sez. I, 5 giugno 2011, n. 26907, in *Riv. pen.*, 2011, 820; Cass., sez. I, 23 aprile 2012, n. 25833.

Tanto è necessario, ma ancora non sufficiente. La norma prescrive espressamente la sussistenza di un modo istigatorio concretamente idoneo a far commettere tortura da parte di altro pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio, e così pretende una condotta accompagnata dall'indicazione di un minimo di corredo di modalità concrete che conferiscano consistenza «pratica» all'intento esternato, capaci di rendere inquadabile il disvalore dell'istigazione quale (autonoma fattispecie di) concorso in tentato delitto di tortura, ora ai sensi "privatistici" del comma 1 ora ai sensi "pubblicistici" del co. 2 dell'art. 613 bis c.p.

6. *Conclusioni, da scrivere.*

Pietro Verri scriveva le sue conclusioni sulla tortura al finire del Secolo dei Lumi, e osservava che «*Se è certo il delitto, i tormenti sono inutili, e la tortura è superflualmente data, quando anche fosse un mezzo per rintracciare la verità, giacché presso di noi un reo si condanna, benché negativo. La tortura dunque in questo caso sarebbe ingiusta, perché non è giusta cosa il fare un male, e un male gravissimo ad un uomo superflualmente. Se il delitto poi è solamente probabile, qualunque sia il vocabolo col quale i dottori distinguano il grado di probabilità difficile assai a misurarsi, egli è evidente che sarà possibile che il probabilmente reo in fatti sia innocente; allora è somma ingiustizia l'espore un sicuro scempio e ad un crudelissimo tormento un uomo, che forse è innocente; e il porre un uomo innocente fra que' strazj e miserie tanto è più ingiusto quanto che farsi colla forza pubblica istessa confidata ai giudici per difendere l'innocente dagli oltraggi. La forza di quest'antichissimo ragionamento hanno cercato i partigiani della tortura di eluderla con varie cavillose distinzioni le quali tutte si riducono a un sofisma, poiché fra l'essere e il non essere non vi è punto di mezzo, e laddove il delitto cessa di essere certo, ivi precisamente comincia la possibilità della innocenza. Adunque l'uso della tortura è intrinsecamente ingiusto, e non potrebbe adoprarsi, quand'anche fosse egli un mezzo per rinvenire la verità*»⁸⁷.

Le conclusioni sulle fattispecie di tortura codificate dal legislatore italiano devono ancora essere scritte. Lo saranno, e riempiranno pagine ancora bianche di studi penalistici, e probabilmente racconteranno di modifiche legislative *medio tempore* intervenute a plasmare il materiale normativo esistente, in riscontro alle esigenze di coordinamento tra i doveri di rispetto dei principi

⁸⁷ VERRI, *Osservazioni sulla tortura e singolarmente sugli effetti che produsse all'occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribui la pestilenza che devastò Milano l'anno 1630*, edito da Newton Compton editori Srl - Prima edizione 1804, cap. XI, Edizione elettronica del 26 novembre 1995, revisione agosto 1996, in www.classicitaliani.it.

garantistici del diritto penale; i doveri di osservanza degli obblighi di derivazione internazionale; i doveri di coerente trasposizione del concetto empirico di tortura dentro le complesse intersezioni del sistema criminale.

Oggi si può osservare che l'ultima formulazione del testo del disegno di legge passata nelle aule parlamentari è stata infine recepita nella codificazione penale assieme alle critiche che via via su quella si erano sedimentate⁸⁸.

La soppressione di una disposizione "speciale" relativa alla prescrizione, il ripristino di più tenui cornici edittali, la configurazione della fattispecie di tortura condizionata - alternativamente - dalla reiterazione delle minacce o delle violenze, la previsione di un verificabile trauma psichico quale evento costitutivo eventualmente disgiunto rispetto alle acute sofferenze fisiche, la non implausibile interpretazione in termini di semplice circostanza aggravante dell'ipotesi di tortura commessa da soggetto "pubblico", hanno lasciato individuare il segno di una politica criminale particolarmente attenta a preservare le funzionalità operative delle forze dell'ordine, riponendo sullo sfondo la protezione della libertà morale dell'individuo.

La valorizzazione di una lettura delle fattispecie nel segno di un moderno oggettivismo può tuttavia offrire la sponda per rimettere in primo piano la tutela del bene giuridico, in linea con le macro-coordinate di un sistema penale "umano", che parta dalla tortura quale negazione della pena⁸⁹: del resto, se la pena è conferma della coesione sociale, la tortura è negazione di qualsiasi vincolo solidaristico; se la pena riconosce al reo il diritto ad avere diritti, la tortura invece annienta la dignità umana della vittima, e quindi il fondamento di ogni diritto individuale⁹⁰.

⁸⁸ V. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano*, cit., in part. 27 s.

⁸⁹ Per questa e le riflessioni che seguono, v. già PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., 3 ss.

⁹⁰ V. ZAGATO-PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, 349-375; MAZZA, *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, Roma, 2010, 117-125; ALLEG, *Tortura*, Torino, 1958; AMÉRY, *La tortura*, in ID., *Intellettuale a Auschwitz*, Torino, 1987, 57-82.