

Il delitto di tortura: analisi critica e comparativa dell'art. 613-bis c.p. e problematiche irrisolte.

The crime of torture: a critical and comparative analysis of Article 613-bis of the Italian Penal Code and unresolved issues.

Sara Valerio

Dottoranda in Giurisprudenza nell'Università degli Studi Niccolò Cusano

Sommario: 1. Il vuoto normativo e l'iter di approvazione parlamentare della legge n. 110 del 2017: adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi europei – 2. Elementi del reato di tortura – 3. La posizione delle potenze mondiali sul reato di tortura al momento dell'introduzione della fattispecie italiana – 4. L'utilizzo della tortura può considerarsi uno strumento necessitato in caso di gravi crimini? Il dibattito sul «*ticking time bomb*» e le critiche - 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

La previsione del divieto di tortura all'interno dell'ordinamento italiano con la legge 110/2017 ha rappresentato un vero punto di svolta per quanto riguarda l'effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e ha portato l'Italia ad essere sempre di più un paese democratico. L'introduzione dell'articolo 613-bis del Codice penale però non è stata priva di ostacoli, che hanno portato nonostante tutto all'approvazione di un testo che tutt'ora lascia non pochi punti irrisolti. Il presente contributo si sofferma su un'analisi critica circa l'attualità di tale istituto, esaminando il farraginoso iter di approvazione dell'art. 613-bis c.p. e facendo un confronto con altri Paesi per comprendere al meglio quale fosse in quel momento l'orientamento generale di alcune delle maggiori potenze mondiali sulla criminalizzazione dei fatti di tortura, in modo da valutare in modo più compiuto le scelte operate dal nostro legislatore in sede di redazione dell'art. 613-bis c.p. Ci si soffermerà poi su alcune delle teorie giustificatrici delle pratiche di tortura elaborate della dottrina e sulla moralità o meno del suo utilizzo secondo i diversi orientamenti.

The introduction of the prohibition of torture within the Italian legal system through Law 110/2017 marked a real turning point regarding the effective protection of fundamental human rights and led Italy to become an increasingly democratic country. However, the introduction of Article 613-bis of the Penal Code was not without obstacles, which, despite everything, led to the approval of a text that still leaves several unresolved issues. This contribution focuses on a critical analysis of the current relevance of this provision, examining the convoluted approval process of Article 613-bis of the Penal Code and comparing it with other countries to better understand the general stance of some of the world's major powers at the time regarding the criminalization of acts of torture, in order to more fully evaluate the choices made by our legislator in drafting Article 613-bis. The text will then examine some of the justifying theories of torture practices developed by legal scholars and discuss the morality—or lack thereof—of their use according to various perspectives.

1. Il vuoto normativo e l'iter di approvazione parlamentare della legge n. 110 del 2017: adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi europei

L'art. 117 c.1 Cost., disponendo che la potestà legislativa debba essere esercitata «nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali», vuole qualificare gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione come obblighi costituzionali di penalizzazione. Tra questi obblighi sovranazionali ci sono le norme CEDU, che assumono valore di norme interposte e hanno quindi un grado intermedio, nel senso che sono subordinate alla Costituzione e sovraordinate rispetto alla legge ordinaria. Pertanto, a differenza di quanto accade per il diritto comunitario, in caso di contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, il giudice deve prima di tutto tentare di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata, assegnando alla norma interna il significato che la rende compatibile con la CEDU e la Costituzione. Qualora tale via non sia percorribile, il giudice deve sollevare la questione di legittimità davanti la Corte costituzionale. In tale contesto il divieto di tortura viene in considerazione anzitutto in ragione della sua natura di consuetudine internazionale o, addirittura, di principio costituzionale della comunità internazionale. Nonostante l'insistenza della comunità internazionale circa la salvaguardia di alcuni capisaldi, quali il divieto di tortura e livello ed effettività delle sanzioni, l'Italia per molto tempo non ha

adempito a tali impegni. L'obbligo di criminalizzazione è posto dapprima nell'art. 4 della Convenzione ONU del 1984 che stabilisce che «ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura». A tal fine «in ogni Stato Parte tali reati vanno resi passibili di pene adeguate che ne prendano in considerazione la gravità». Analogo obbligo di criminalizzazione è contenuto nel successivo articolo 16 per gli «altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura come definito dall'art. 1, allorché questi atti siano compiuti da un pubblico ufficiale o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito». L'art. 12 rende poi effettive le citate disposizioni punitive, stabilendo che le autorità interne competenti devono procedere «immediatamente ad un'inchiesta imparziale, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione»; a rafforzamento l'art. 13 stabilisce che «ogni Stato Parte garantisce ad ogni persona che pretende essere stata sottoposta alla tortura su qualsiasi territorio soggetto alla sua giurisdizione, il diritto di sporgere denuncia davanti alle autorità competenti di detto Stato, le quali procederanno immediatamente e imparzialmente all'esame della sua causa. Saranno presi provvedimenti per assicurare la protezione del ricorrente e dei testimoni contro qualsiasi maltrattamento o intimidazione a causa della denuncia inoltrata o di qualsiasi deposizione resa». La CAT, approfondendo l'art. 4, ha precisato che al fine del rispetto di detto obbligo positivo, gli Stati membri avrebbero dovuto introdurre nei rispettivi ordinamenti una specifica fattispecie di tortura, distinta da altri reati simili. Infatti, tale nuova fattispecie meritava un trattamento differenziato che ne sottolineasse la riprovevolezza e la maggiore gravità rispetto ai reati cui potrebbero esservi ricondotti (lesioni, percosse, maltrattamenti...). Altri espressi obblighi di criminalizzazione erano stati introdotti dalle Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949 e dai due Protocolli aggiuntivi del 1977; dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948¹; alla Convenzione supplementare sull'abolizione della

¹ L'obbligo era previsto all'art. 3 rispetto alle torture inflitte allo scopo di distruggere un gruppo nazionale, etico, razziale o religioso.

schiavitù del 1956²; dalla Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965³. L'Italia quindi per lungo tempo ha disatteso a tali obblighi, ricevendo vari richiami da parte delle organizzazioni e autorità nazionali e internazionali. Gli obblighi positivi di fonte CEDU non si risolvono solo con l'introduzione della fattispecie penale specifica per il reato di tortura ma prevedono anche che sia data la garanzia alla vittima di una tutela che sia effettiva ed efficace, attraverso la concreta punizione del responsabile della violazione.

Le argomentazioni avanzate dallo Stato italiano a difesa della protratta omissione sono di due ordini. Si è anzitutto prospettata la tesi per la quale il reato di tortura sarebbe stato introdotto nel nostro ordinamento per il solo effetto della ratifica della Convenzione ONU del 1984: veniva quindi sostenuta l'efficacia *self-executing* dell'art. 1 della Convenzione. Il relatore del Comitato contro la tortura Gil Lavedra sostenne invece la necessità di essere recepito tramite un atto interno, poiché tale tesi contrasterebbe col principio di legalità del reato e delle pene posto agli artt. 25 Cost. e 2 c.p., stante la mancanza di un apparato sanzionatorio a corredo. A sostegno ci fu anche la pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui «le norme della Convenzione ONU necessitano di essere adattate e implementate per essere introdotte nell'ordinamento interno, non essendo sufficiente a questi fini la semplice ratifica ed esecuzione: in altri termini è necessario che vengano introdotte specifiche disposizioni legislative al riguardo, trattandosi di materia penale in cui vige il principio costituzionale sancito dall'art. 25 c. 2 Cost., secondo cui *nullum crimen, nullam poenam sine lege*. Nel nostro sistema proprio in base al principio contenuto nel citato art. 25 c. 2 Cost. non è possibile che una nuova norma incriminatrice entri nell'ordinamento penale in via comunitaria, seppure attraverso una orma di *jus cogens* valevole per tutti gli stati della comunità internazionale. È quindi necessaria una legge che traduca il divieto internazionale di tortura in una fattispecie di reato, definendone i contenuti e stabilendo la pena, che potrà determinare anche il regime temporale della prescrizione». Un'altra tesi sosteneva l'inutilità di introdurre una fattispecie

² L'art. 5 richiede che siano punite specifiche forme di tortura, quali le mutilazioni, le stigmatizzazioni, e le altre marcature di persone in condizione di servitù al fine di infliggere loro un castigo o per qualsiasi altro motivo.

³ L'art. 5 impone ai Paesi aderenti di criminalizzare la tortura inflitta per motivi di discriminazione razziale.

ad hoc per il reato di tortura⁴ poiché «questa legge non ha alcun significato in Italia, perché tutti i componenti che potrebbero determinare la fattispecie che questa legge vuole sanzionare sono già sanzionati, come il sequestro di persona, l'abuso in atti d'ufficio, le lesioni e altro»⁵. La dottrina ha fortemente criticato questo orientamento, poiché erano molte le sfumature di cui non si teneva conto applicando le fattispecie comuni di reato: il mancato riferimento alle sofferenze di natura psicologica, requisito presente in tutte le convenzioni internazionali; il regime di procedibilità di molti dei reati indicati che richiede la querela della persona offesa; le difficoltà insite nell'accertamento del rapporto causale, ovvero in particolare rispetto all'art. 572 c.p., la natura abituale del delitto⁶. Inoltre tali fattispecie prevedono pene edittali eccessivamente miti e, conseguentemente «destinate e ricadere entro l'ambito applicativo dei più disparati meccanismi di "fuga" dalla sanzione (in primis la sospensione condizionale della pena)» nonché esposte al favorevole regime della prescrizione.⁷ Sul piano processuale il presidio più forte era rappresentato dall'art 188 c.p.p. ai sensi del quale «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», essendo detti atti colpiti da nullità ai sensi dell'art 191 c.p.p. Ma la mancanza di una fattispecie *ad hoc* lasciava con le mani legate il giudice, che si trovava ad applicare una collazione di norme al fine di descrivere un reato che poi non ritrovava un proporzionato corrispettivo sanzionatorio. Così nei fatti del G8 di Genova la Corte per quanto riguarda la disumana gravità dei fatti accaduti affermava «Trattasi di condotta che, per le sue

⁴ La tesi negazionista è stata ripresa anche in tempi più moderni. Si tratta della tesi, adombrata neppure troppo velatamente dai sottoscrittori della proposta di legge n. 623, presentata alla Camera dei deputati il 23 novembre 2022, avente ad oggetto l'abolizione del reato di tortura quale fattispecie autonoma, dove si legge quanto segue: «Le pene previste per il reato [di tortura] sono chiaramente sproporzionate rispetto ai reati che puniscono nel codice attualmente tali condotte (percosse, lesioni, minacce, eccetera) e non giustificate dall'andamento della situazione criminale in Italia; non risulta infatti che ci sia una recrudescenza di reati e di abusi in genere commessi da appartenenti alle forze dell'ordine nell'esercizio della loro funzione tale da giustificare l'introduzione di un nuovo reato». G. M. PAVARIN, *A proposito di carcere, uso della forza e tortura*, www.sistemapenale.it, 6 luglio 2023.

⁵ Il Segretario Generale SAP, audito dalla Commissione II Giustizia della Camera, ha così indicato superflua la legge introduttiva del reato di tortura: intervento del Segretario Generale SAP, Resoconto stenografico della seduta del 18 giugno 2014, p.4

⁶ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, p. 236, Cacucci editore, 2018.

⁷ F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Proibizione della tortura*, p. 71, in G. UBERTIS, F. VIGANO' (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

modalità concrete e le sue conseguenze probabili, va di gran lunga al di là del mero dato fenomenologico descritto dalla fattispecie criminosa contestata, del tutto insufficiente a ricomprenderla per darne una qualificazione descrittiva utile ai fini della conoscenza e del Giudizio degli eventi umani»⁸.

La prima disciplina italiana del divieto di tortura viene introdotta nel Codice penale militare di guerra del 1941 all'art 185-*bis*⁹, fattispecie molto criticata poiché metteva sullo stesso piano tortura e maltrattamenti inumani, esperimenti biologici e trattamenti illegali; inoltre era strettamente legata alla qualità del soggetto agente, prevedendo pertanto una pena inadeguata (da due a cinque anni di reclusione militare). Successivamente il 12 gennaio 2007 il nostro Paese adottava il d.lgs. n. 11 sulla Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del Regolamento CE n. 1236/2005, introducendo sanzioni penali e amministrative a presidio della normativa comunitaria in materia di strumento in commercio di strumenti utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura o trattamenti inumani o degradanti. Nel corso della XV legislatura venivano avanzate altre otto proposte legislative: le quattro presentate alla Camera, ottenuto il parere favorevole delle Commissioni permanenti competenti (bilancio ed esteri), furono unificate in un unico disegno di legge («Introduzione dell'art. 613-*bis* del codice penale in materia di tortura») che fu trasmesso al Senato sotto forma di disegno di legge S.1216, che qualificava il reato¹⁰ come comune anziché speciale, ma il disegno di legge decadeva a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere. Ci furono poi altre undici proposte presentate durante la XVI legislatura, nessuna delle quali è mai giunta in Aula per la discussione. Si arriva così al disegno di legge che ha portato l'introduzione nel Codice penale dell'art

⁸ Corte d'appello di Genova, 5 marzo 2010, p. 210.

⁹ «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da due a cinque anni».

¹⁰ Nella formulazione qui proposta si puniva «con la pena della reclusione da 3 a 12 anni chiunque, con violenza o minacce gravi, infligge ad una persona forti sofferenze fisiche o mentali, ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti, allo scopo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni su un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di aver compiuto ovvero allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale».

613-bis presentato dal Sen. Luigi Manconi del Partito Democratico nel marzo 2013 (d.d.l. S.10) e poi riunito in altri quattro disegni di legge a firma di Senatori del Popolo della Libertà, del Gruppo Misto e del Movimento 5 Stelle. Il disegno di legge prevedeva l'introduzione del delitto di tortura nei delitti contro la libertà morale¹¹ e il reato veniva introdotto come reato proprio, motivato sul presupposto che «fuori dal rapporto asimmetrico tra Stato e cittadino non rileva la tortura». L'inserimento del dolo specifico si giustificava con l'intento di dare rilievo a violenze realizzate con una finalità ulteriore di natura giudiziaria o più genericamente punitiva e la condotta poteva consistere anche in un atto unico. Erano previste due circostanze aggravanti in caso di morte o lesioni della vittima. Si puniva con la stessa pena l'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura. L'esame in Senato che terminava il 5 marzo 2014 approvava un progetto di legge che qualificava il reato come comune e la presenza di una sola aggravante nel caso in cui il fatto fosse commesso da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio. Questo scatenò critiche molto accese, soprattutto da parte del suo promotore, il Sen. Manconi, che sosteneva che le modifiche apportate sconvolgevano la *ratio* del delitto. A seguito di una successiva analisi da parte della Commissione Giustizia, che comportò un'approfondita attività istruttoria, si approvò un testo che collocava il 613-bis tra i reati a presidio dell'integrità morale, nonché la natura di reato comune, ma si modificava in modo significativo la condotta facendosi ora riferimento a «violenza o minaccia» e dunque attribuendo rilevanza anche a un singolo atto e si arricchiva l'elemento soggettivo, richiedendo che il fatto fosse commesso «intenzionalmente e al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni pubbliche o religiose». Veniva aggiunto un terzo comma che prevedeva che «ai fini dell'applicazione del primo e del secondo comma, la sofferenza deve essere ulteriore rispetto a quella che deriva dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». Anche questa formulazione però lasciò spazio a forti critiche laddove, nel limitare la

¹¹ «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge a una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente ad essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di fare pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su ragioni di discriminazione è punito con la reclusione da 4 a 10 anni».

punibilità ai casi in cui la vittima si trovi «affidata all'agente o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia» finiva con l'escludere la punibilità di quei fatti commessi prima che essa sia tratta in arresto (come i fatti avvenuti durante il G8). Tornato al Senato il 13 aprile 2015 il testo veniva di nuovo approvato con modifiche della Commissione Giustizia e trasmesso all'Aula che lo approvava il 17 maggio 2017. Così finalmente si arriva alla l. 110 del 2017 che porta a compimento un iter molto lungo e pieno di ostacoli, che riesce finalmente a dare una tutela concreta ed efficace contro una piaga che è sempre stata presente, sotto varie forme, nella storia dell'uomo e la cui negazione rappresenta uno dei capisaldi dello Stato democratico.

2. Elementi del reato di tortura

Per quanto riguarda l'individuazione del soggetto attivo è stato a lungo dibattuta la qualificazione di reato comune piuttosto che del reato proprio. La fattispecie veniva concepita in coerenza con gli indirizzi internazionali come reato proprio, ma con l'adattamento nell'ordinamento italiano è stata preferita la qualificazione di reato comune. La scelta è stata quella di individuare la fattispecie di cui al primo comma come un reato qualificato dalla particolare posizione in cui si trova il soggetto attivo rispetto al soggetto passivo, laddove si richieda che quest'ultimo sia affidato alla «custodia», «potestà», «vigilanza», «controllo», «cura o assistenza». L'art. 613-bis c.p. assume invece la natura di reato comune rispetto alle ipotesi in cui la vittima sia «privata della libertà personale [...] ovvero si trovi in condizioni di minorata difesa». Le fonti internazionali hanno per lo più prediletto l'inquadramento del reato di tortura tra i reati propri del pubblico agente; la definizione offerta dalla UNCAT che individua la tortura come atto espressione di abuso di potere e di autorità e non di fatti di maltrattamenti e lesioni vale esclusivamente a fornire una tutela minima che può essere rimodulata dal legislatore nazionale al fine di offrire una protezione più ampia del diritto fondamentale in questione¹². Non può negarsi il riconoscimento all'interno di numerosi atti internazionali a tutela dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte EDU di previsioni che ricomprendono tra i comportamenti connotati da crudeltà realizzabili da «chiunque» anche fatti di tortura, nonché trattamenti inumani o degradanti a fronte delle più varie

¹² F. VIGANO', *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati*. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione di giustizia della Camera dei deputati il 24 settembre 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 7.

situazioni (maltrattamenti in famiglia, tutela della violenza di genere e dalle discriminazioni, protezione dei minori...). Si può convenire inoltre sul fatto che «la tortura non è appannaggio esclusivo della forza pubblica»¹³, poiché nel nostro ordinamento sono stati molti di più gli episodi di tortura riconducibili a violenza domestica particolarmente efferata¹⁴, piuttosto che episodi riconducibili a fattispecie di abuso di potere. Tuttavia, non può dubitarsi del fatto che il reato di tortura è visto primariamente come manifestazione della prevaricazione statale nei confronti del cittadino inerme e questo si può evincere dal dettato dell'art. 13 della Costituzione che nel nostro ordinamento è espressione del principio dell'*habeas corpus*: la *ratio* della norma pare quella di imporre al legislatore la punizione degli atti compiuti dai pubblici ufficiali nei confronti dei soggetti interrogati, fermati, arrestati o detenuti. Come osservato dal senatore Manconi, nel corso del suo intervento a commento del testo discusso in aula al Senato il 5 marzo 2014, «tra cittadino e Stato democratico è questa l'essenza dell'obbligazione: la certezza che lo Stato garantisce l'incolumità, integrità fisica e psichica, tanto più quando ci si trovi sotto la sua custodia, dà forza al patto di ubbidienza verso lo Stato, e al dovere di lealtà nei suoi confronti. È su questo patto, tra garanzia di incolumità per il cittadino, e lealtà verso lo Stato che si basa l'ordinamento dello Stato democratico»¹⁵. La nuova formulazione del 613-bis c.p. ha introdotto un tipo di fattispecie che si discosta dal paradigma internazionale, che prevedeva una fattispecie di reato proprio del pubblico ufficiale, preferendo garantire uno spazio di punizione dei fatti di tortura all'interno di una norma che concerne una più ampia dimensione di tutela nei confronti di tutti i soggetti che si trovino affidati alla altrui «custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o

¹³ F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 6-7.

¹⁴ Emblematica in tal senso la pronuncia Cass., Sez. III, sent. 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), n. 32380, Pres. Marini, est. Di Nicola. Con la decisione in esame, la Suprema Corte ha confermato le decisioni di merito tra loro conformi nel riconoscere che la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. non esaurisce il disvalore delle condotte violente che talvolta travalicano i confini della violenza domestica per sfociare nella «inflizione brutale di sofferenze corporali» rilevanti ai sensi del più grave reato di tortura privata (art. 613-bis, comma 1, c.p.). F. R. GARISTO, *Quando i maltrattamenti divengono anche tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613-bis c.p. in un caso di violenze reiterate ai danni della partner*, in www.sistemapenale.it, 28 ottobre 2021.

¹⁵ Analoga posizione critica veniva assunto sul punto dall'On. Ferraresi, Relatore di minoranza, durante la discussione in assemblea del 23 marzo 2015. In senso opposto, nel corso della stessa seduta, si esprimeva invece l'On. Buttiglione: «devo dire, invece, che a me sembra migliorativa la decisione di iniziare con "chiunque". Diremo che le Brigate Rosse non esercitavano tortura per il fatto che non erano funzionari dello Stato o che non violavano proprio obblighi di protezione cura o assistenza? Direi di no».

assistenza» o comunque in stato di «minorata difesa», rispetto a chi si trovi a esercitare su di loro una qualche forma di potestà. L'aspetto della tutela contro gli atti arbitrari del pubblico ufficiale trova tuttavia una speciale previsione in un'apposita disposizione normativa: l'art. 613-ter.¹⁶ Tale fattispecie rappresenta una deroga rispetto alla norma generale art. 115 c.p. sull'istigazione a commettere un reato. 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.¹⁷ La nuova disposizione incriminatrice del 613-bis prevede una fattispecie comune di reato: la qualifica del reo come agente pubblico costituisce una semplice circostanza aggravante, per giunta nemmeno ad effetto speciale. Chiunque può compiere il reato di tortura, infliggendo ad una persona le sofferenze o il trauma indicati dalla norma del 613-bis c.p.. La norma, quindi, colpisce anche la cosiddetta tortura tra privati, ma la fattispecie è vincolata, perché esige che siano inferte sofferenze fisiche e psichiche agendo con violenza, minaccia e crudeltà. Ma al fine di assicurare la punibilità è necessario che si agisca nei confronti di una persona che si trovi privata della libertà personale o sotto la custodia, vigilanza, potestà, controllo, cura o assistenza (o che si trovi in uno stato di minorata difesa). Data la sua struttura, il reato si presta a naturali accostamenti con altre fattispecie di delitto quali: maltrattamenti in famiglia ex. art. 572 c.p., minacce persecutorie di cui all'art. 612-bis c.p., caporalato art. 603-bis c.p., abuso dei mezzi di correzione

¹⁶ La previsione contenuta nell'art. 613-ter c.p. inquadra il comportamento istigatorio del soggetto qualificato nell'ambito dell'esercizio delle funzioni o del servizio: l'istigatore è punito con la pena ivi prevista se si rivolge ad altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, istigandolo «in modo concretamente idoneo» a commettere il reato di tortura. La fattispecie di cui all'art. 613-ter c.p. si configura come una eccezione alla regola generale fissata dall'art. 115 c.p., che sancisce la non punibilità della mera istigazione. La deroga contenuta nell'art. 613-ter c.p. si legittima in nome di un'offensività concretamente dimostrabile rispetto all'effettiva commissione della tortura da parte di chi è istigato. Il delitto di cui all'art. 613-ter c.p. configura un reato di pericolo concreto: l'esaltazione di un fatto di reato non è di per sé punibile se per le sue modalità essa non integri un comportamento idoneo a provocare la commissione del delitto. La nuova fattispecie trascura però l'ipotesi di istigazione nei confronti di un soggetto privato a commettere il delitto di tortura: l'art. 613-ter c.p. lascia in tal modo scoperta un'area di impunità incompatibile con l'intento di apprestare rimedi sanzionatori effettivi, in ottemperanza agli obblighi internazionali. S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, www.giurisprudenzapenale.com, 5 novembre 2017, p. 13-14.

¹⁷ D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, p.30, in *Arch. Pen.*, online 2017.

art 571 c.p.. L'accostamento del reato di tortura con quello di maltrattamenti in famiglia è molto frequente così come il possibile inquadramento in una categoria dogmatica di derivazione dottrinale quale il reato abituale. Questa figura si ravvisa quando vi sia la reiterazione nel tempo da parte dello stesso soggetto agente di più condotte identiche od omogenee. Il reato deve necessariamente consistere nella ripetizione di condotte che, se considerate isolatamente, non costituirebbero reato (c.d. reato abituale proprio). Secondo la dottrina prevalente si riconosce però anche la figura del reato abituale improprio consistente nella ripetizione di condotte che già di per sé costituiscono reato. Accanto al reato abituale parte della dottrina prevede il reato eventualmente abituale in cui la reiterazione è solo una mera eventualità, potendosi il reato manifestare anche con una sola condotta. Quindi la consumazione del reato abituale (almeno per quello necessariamente abituale) richiede un numero minimo di fatti sufficienti a integrare quel sistema di comportamenti che caratterizzano tale fattispecie e la cui valutazione è affidata alla discrezionalità del giudice. La fattispecie di cui all'art. 613-bis c.p., prevedendo una pluralità di atti nella loro declinazione di violenze gravi e minacce, può ben essere ricompreso nella categoria dogmatica del reato abituale e, più nello specifico, nel reato abituale improprio atteso che le condotte necessarie costituiscono già di per sé reato; ma la giurisprudenza di legittimità qualifica il reato solo come eventualmente abituale. A tal proposito la Corte di Cassazione con la sentenza 8 luglio 2019 n. 47079 si pronuncia per la prima volta sul delitto di tortura adottando un'interpretazione estensiva della fattispecie e intervenendo sui punti che creavano maggiore criticità interpretativa. I giudici si sono interrogati circa l'eventuale mancanza del requisito della abitualità dell'azione, quando eventuali condotte contestate fossero connotate da violenza grave ma dovessero essere considerate singolarmente ed isolate l'una dall'altra. Si è stabilito che la fattispecie di cui al 613-bis c.p. ha natura di reato eventualmente abituale, in quanto la reiterazione nel tempo di violenze o minacce gravi non fosse richiesta ove l'agente abbia agito con crudeltà o ove il fatto comportasse un «trattamento disumano e degradante per la dignità della persona». Si ritiene sussistente il reato di tortura tutte le volte che vi sia una pluralità di condotte, ognuna caratterizzata da grande violenza, sia sulle cose che sulla persona, oltre che da crudeltà, in considerazione delle sofferenze patite dalla vittima. La Corte di legittimità ha inoltre esteso la portata della norma applicandola anche a tutte quelle casistiche in cui si vada ad infierire sul profilo psicologico, non potendosi escludere dalla sua definizione quelle

ipotesi in cui la tortura non lasci tracce visibili sul corpo. Sarà compito del giudice di merito rilevare la fattispecie secondo un criterio del fatto accertato «al di là di ogni ragionevole dubbio», che identifichi quando ci si trovi dinanzi ad una sofferenza psicologica grave e reiterata tale da poter essere ricompresa in questo ambito. La Suprema Corte sottolinea come il trattamento inumano e degradante possa essere integrato anche in quelle ipotesi in cui si verifica una mortificazione o un annientamento dei diritti fondamentali della persona che costituiscono il nucleo della sua dignità e non anche necessariamente al comportamento dell'agente. Il particolare disvalore della fattispecie deve essere dedotto ogni volta dalle caratteristiche del caso in specie, tenendo conto dello scopo dell'atto, delle sofferenze inflitte e delle condizioni di vulnerabilità e minorata difesa della vittima.

Dal punto di vista soggettivo è richiesto il comunissimo dolo generico; il tentativo pare astrattamente configurabile in quanto si tratta di un reato comune di danno e a evento naturalistico. Il reato è escluso quando le sofferenze derivino unicamente dall'esecuzione di provvedimenti privativi o limitativi di diritti legittimi. Il secondo comma dell'art 613-bis c.p. riconosce invece l'aggravante per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che ha compiuto gli atti di cui al primo comma con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio. Il legislatore ha quindi preferito trattare la spinosa fattispecie prevista quale reato proprio a livello internazionale, con un'aggravante della fattispecie di reato, sottraendo tale condotta da un'incriminazione diretta in virtù di un'apposita fattispecie di reato.

3. La posizione delle potenze mondiali sul reato di tortura al momento dell'introduzione della fattispecie italiana

Per comprendere la *ratio* che si è voluta perseguire nell'introduzione del reato di tortura ex art. 613-bis c.p. è importante capire in quale contesto internazionale si è sviluppato e quale strada si è deciso di perseguire da alcune delle maggiori potenze mondiali.

In Spagna il divieto di tortura ha fondamento costituzionale. All'art. 15 infatti afferma che «tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, senza poter essere in alcun caso sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; tuttavia qui non è espressamente previsto il divieto di tortura né la

sua criminalizzazione. Nel *Código penal* del 1995 vi è la conformazione dell'ordinamento spagnolo agli obblighi internazionali con l'introduzione del titolo VII del libro II degli articoli 173-177 che trattano la repressione di diversi fatti di tortura. Il Titolo VII rubricato «*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*», prevede all'art. 173 una dettagliata normativa volta a contrastare i fatti rientranti nella categoria di trattamenti degradanti; in particolare l'art. 173 prevede una generica tutela dell'integrità morale nelle vesti di un reato comune, dove il soggetto agente è identificabile in «chiunque» abbia inflitto alla vittima un trattamento degradante, menomandone gravemente, in virtù di un rapporto causale, la sua integrità morale. All'art. 174 si trova invece un espresso riferimento alla tortura, prevedendola come fattispecie autonoma: «commette tortura l'autorità o il funzionario pubblico che, abusando del suo incarico, e con il fine di ottenere una confessione o informazioni da qualsiasi persona o di punirla per qualsiasi fatto che abbia commesso o si sospetti abbia commesso, o per qualsiasi ragione fondata su ogni tipo di discriminazione, la sottopone a condizioni o procedimenti che per la loro natura, durata o altre circostanze, le procurano sofferenze fisiche o mentali, la soppressione o diminuzione delle sue facoltà di cognizione, discernimento o decisione o che, in qualsiasi altro modo, attentino alla sua integrità morale». Per tale reato il codice stabilisce la pena della reclusione da due a sei anni se il fatto è grave, con la reclusione da uno a tre anni se non è grave. In aggiunta a tali pene, in ogni caso, si applica la sanzione amministrativa dell'inabilitazione assoluta da 8 a 12 anni. Il diritto si prescrive entro 15 anni, nonostante la CAT abbia sollecitato la Spagna a conformarsi alla Convenzione che prevede l'impossibilità di prescrizione per il reato di tortura.¹⁸ Giurisprudenza e dottrina sono d'accordo nel giudicare il reato di tortura come uno dei reati più gravi in un ordinamento democratico; in particolare la dottrina è per la maggior parte orientata a ritenere come bene giuridico tutelato la *integridad moral*, capovolgendo la precedente versione della fattispecie in cui la finalità di tortura rilevava solo come circostanza aggravante di delitti comuni che incidevano sulla effettiva lesione del bene e dell'integrità fisica delle vittime, come ad esempio lesioni personali e omicidio. Un'altra parte della dottrina sostiene che il diritto di tortura abbia natura plurioffensiva, dal momento che, oltre ad offendere l'integrità morale della vittima, tale reato incide anche sul corretto esercizio della funzione pubblica, i diritti fondamentali rispetto

¹⁸ CAT\C\ESP\CO\5, par.22.

a ogni forma di abuso di potere, la libertà personale, nonché l'amministrazione della giustizia.¹⁹ Nell'ordinamento spagnolo il soggetto attivo del reato di tortura è esclusivamente una «*auctoridad o funcionario publico*»; quindi la fattispecie è confinata ad una dimensione pubblicistica, potendo essere punito unicamente il soggetto che abbia agito in «*abuso de cargo*» ossia deviando o eccedendo rispetto ai doveri del proprio ufficio, con la possibilità di mettere in pericolo la libertà morale della vittima, limitatamente ai compiti di attività di indagine e custodia di detenuti o persone sottoposte a restrizioni della loro libertà personale. Inoltre l'art. 174 prevede un reato di evento, in cui la condotta sia volta a costringere la vittima in una condizione che determini sofferenze fisiche e morali o che in qualsiasi altro modo possa ledere la sua integrità morale. Il richiamo normativo alle «*condiciones o procedimientos*» rimanda al concetto di reiterazione, sistematicità, metodo e dunque permanenza²⁰, escludendo che abbia rilevanza il singolo atto. È necessario che, oltre al dolo generico di volontà di realizzare la condotta tipica, sia presente anche il dolo specifico che si sostanzia nella finalità di ottenere una confessione, un'informazione o di punire e, dopo la riforma del 2003, nello scopo di discriminazione²¹. L'art. 175 contempla un'ipotesi sussidiaria e residuale in cui si punisce «l'autorità o il funzionario pubblico che, abusando del suo incarico e fuori dei casi compresi nell'articolo precedente, attenta all'integrità morale di una persona», quindi contro quella condotta tesa a generare inflizione fisica o psichica in danno del soggetto passivo o di un altro trattamento degradante o umiliante, ma di entità minore rispetto alla tortura. L'art. 176 punisce la condotta dell'autorità o funzionario pubblico che permettano che altri realizzino le fattispecie degli articoli precedentemente esaminati; è una fattispecie omissiva e dolosa in cui è implicita la posizione di garanzia rivestita dai pubblici agenti.

Nel 2015 la disciplina spagnola è stata fortemente criticata dal Comitato contro la tortura dell'ONU poiché le pene erano ritenute non adeguate al disvalore della fattispecie e non fu appoggiata neanche la differenziazione tra fatti più o meno gravi, non previste dalle convenzioni internazionali poiché ritenute tutte parimenti riprovevoli. Si sostiene inoltre che la tortura non sia debellata da un sistema tanto completo e articolato poiché continua ad essere

¹⁹ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 173.

²⁰ V. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998, cit., p. 129.

²¹ Tribunal Supremo, 25 aprile 2001, n.726, in *Ley Juris*, 736977/2001.

praticata soprattutto nei confronti di detenuti²² ed anche in occasione del mantenimento dell'ordine pubblico²³. Infatti, a seguito della morte di Franco, col decreto Arias Navarro, si autorizzavano le forze di polizia a restringere in più occasioni la libertà personale dei soggetti sospettati di terrorismo, e ciò ha favorito la creazione di zone franche di affermazione del potere di polizia al di fuori del controllo della magistratura, situazione che all'evidenza costituisce terreno fertile per il proliferare di abusi, se non, in taluni casi, di forme di vera e propria tortura²⁴.

La storia del regno Unito vede un uso molto esiguo della tortura, se non nel periodo dei regni dei Tudor e degli Stuart. Il divieto di tortura durante le indagini è stato formalizzato nel 1641; veniva poi introdotto il principio del *nemo tenetur se detegere*, con il divieto di deferire l'imputato al giuramento sulle proprie dichiarazioni. Un divieto di tortura più formale venne poi sancito dal *Bill of Rights* del 1688 e fu ulteriormente ribadito in Scozia con il *Treasons Act* del 1708. La *House of Lords* ha poi ribadito da tempo che il divieto di tortura è espressione del diritto internazionale con natura di *ius cogens*²⁵. L'art. 3 dello *Human Rights Act* 1998 vieta qualsiasi forma di *ill-treatment* recependo nell'ordinamento britannico la CEDU. Il *Criminal Justice Act* 1988 presenta un'apposita sezione della Parte XI (artt.134-135) dedicata alla repressione dei reati di tortura. Visto il particolare disvalore della fattispecie, anche in relazione alla sensibilità maturata nel tempo dall'ordinamento inglese, la pena prevista per questo reato è il carcere a vita. All'art. 134 c.1 viene affermato che «un pubblico ufficiale o una persona che agisce in veste di pubblico ufficiale, quale che sia la sua nazionalità, commette reato di tortura se nel Regno Unito o altrove infligga intenzionalmente grave dolore o sofferenza nell'esercizio, o nel preteso esercizio, delle sue funzioni»; al comma 2 viene ribadito che commette il reato di tortura anche chi causa «intenzionalmente grave dolore o sofferenza su istigazione di un pubblico ufficiale o una persona che agisca in veste di pubblico ufficiale» ove quest'ultimo «abbia istigato o consentito il reato, o non si sia opposto ad esso». Il comma 4 prevede una causa

²² F. REVIRIEGO PICON, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2008, p.55 ss.

²³ M. J. RODRIGUEZ MESA, *Torturas*, Editorial Comares, Andalucía, 2000, cit., p. 11.

²⁴ C. M. POLIDORI, *Il terrorismo internazionale negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali e i relativi strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia*, Ricerche CeMiSS 2006 (www.difesa.it/SMD/CASD/Istituti+militari/CeMISS/Pubblicazioni), Roma, 2006.

²⁵ R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Urgate (No. 3) 1998 3 W.I.R. 1456.

di non punibilità che si sostanzia nella situazione in cui il soggetto agente provi di aver agito avendo una legittima autorità, giustificazione o scusa per la propria condotta, che derivi da fattispecie previste dalla stessa Gran Bretagna o da altro Paese nel caso in cui il fatto sia accaduto all'estero. Altra garanzia prevista sul piano processuale è l'inutilizzabilità delle prove acquisite mediante tortura o trattamenti inumani o degradanti. Nonostante la previsione di questo apparato di norme a tutela della salvaguardia contro i reati di tortura, il Regno Unito è un Paese che presenta tutt'ora forti criticità e contraddizioni, in particolare con la concreta gestione dell'ordine pubblico e della sicurezza. Nell'ultimo *report* di *Amnesty International* del 2016/2017 si condannano comportamenti posti in essere dai militari inglesi in Afghanistan e Iraq; inoltre sono numerosi i casi individuati dalla Corte EDU di violazione dell'art. 3, in particolare per condanne relative alla mancata osservanza del divieto di estradizione verso paesi a rischio di tortura²⁶.

Paesi come la Francia hanno una storia costellata da un largo utilizzo della tortura. Col passare del tempo, l'affermazione del giusnaturalismo e dei diritti naturali, l'egualitarismo, il pensiero di alcuni filosofi illuminati come Locke, Beccaria, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, ha portato all'individuazione di un nucleo di diritti naturali che dovevano essere preservati da qualsiasi atto legato all'aggressione della persona, come la schiavitù e la detenzione arbitraria e illegale. Il Codice penale del 1810 ha previsto espressamente all'art. 303 la condanna per il reato di tortura, punendolo con la stessa sanzione prevista per l'omicidio volontario. La previsione odierna del Codice penale del 1994 prevede una disciplina ben più articolata, a seconda che il fatto sia manifestazione di un crimine contro l'umanità ovvero una forma di aggressione ai danni di un singolo. Tra i «crimini contro l'umanità» emerge l'art. 212-1 che prevede l'ergastolo per alcuni atti²⁷, tra cui la tortura, ove siano commessi «in esecuzione di un piano concertato nei confronti di un gruppo di popolazione civile nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico». La tortura è poi prevista anche tra i delitti contro la persona contemplati nella prima sezione del capitolo II all'art. 221 che

²⁶ Hilal c. Gran Bretagna, 6 giugno 2001; S.H. c. Gran Bretagna, 15 settembre 2010; Suzi e Elmi c. Gran Bretagna, 28 novembre 2011; Aswat c. Gran Bretagna, 9 settembre 2013.

²⁷ Tra questi atti elencati nella norma vi è l'attentato volontario alla vita, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione, la privazione grave della libertà personale in violazione delle leggi fondamentali del diritto internazionale, lo stupro, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e qualunque altra forma di violenza sessuale di pari gravità.

prevede che la sottomissione di una persona delle torture o a degli atti di barbarie è punita con la reclusione fino a 15 anni; la pena è aumentata fino a vent'anni quando il fatto è commesso contro particolari categorie, mentre aumentata fino a trent'anni se ai danni di persone particolarmente vulnerabili; si applica l'ergastolo se alla tortura si affianca lo stupro, l'omicidio o la morte non intenzionale del torturato. La normativa francese prevede una fattispecie di reato comune, non fornendo alcuna dettagliata definizione del concetto di tortura o atto di barbarie nonché quali siano le finalità rilevanti. La carente tipicità della normativa è probabilmente legata alla formulazione dell'articolo 303 del *Code penal* del 1810 che non forniva una compiuta formulazione, per consentire una più larga discrezionalità al giudice per la repressione dei fatti di brigantaggio che la norma mirava a sanzionare. Tale questione è stata definita dalla Cassazione in una sentenza del 10 gennaio 2007 (0487245) che stabiliva che il giudice dovesse fare rimando la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU del 1984 per individuare il concetto di tortura e atti di barbarie. La giurisprudenza ha ritenuto integrato il delitto in relazione a particolari fattispecie come la violenza sessuale, l'infibulazione di donne o minori; ciò ha suscitato delle critiche da parte della dottrina poiché attribuendo rilievo anche a comportamenti attinenti alla sfera privatistica si finirebbe per smarrire la dimensione pubblicistica dei fatti di tortura. La previsione francese del reato di tortura ha suscitato molte critiche da parte del Comitato Onu contro la tortura che nel 2008 ha invitato il governo francese a conformarsi maggiormente al dispositivo dell'articolo uno della convenzione di New York e di introdurre una differenziazione tra reato comune e il reato del pubblico ufficiale. A seguito dell'emanazione della legge costituzionale 23 luglio 2008 numero 724 all'articolo 41 è stato previsto che le vittime di tortura possano rivolgersi al cosiddetto difensore dei diritti, autorità indipendente alla quale possono fare riferimento in maniera totalmente gratuita, che ha il potere di instaurare un procedimento richiedendo la collaborazione di altre autorità amministrative per verificare la fondatezza della denuncia. Al termine dell'accertamento il difensore può promuovere un accordo transattivo risolutivo tra la vittima del soggetto agente e condannare quest'ultimo al versamento di un'ammenda. Le vittime hanno diritto a un risarcimento integrale del danno laddove la tortura abbia provocato la morte del soggetto passivo o un'invalità permanente o incapacità di attendere alle proprie obbligazioni

professionali per un periodo minimo di tre mesi²⁸, così come stabilito all'articolo 706-3 del Codice di procedura penale.

Merita un breve cenno anche l'introduzione del reato di tortura all'interno dell'ordinamento belga. In Belgio è stato molto difficile gestire l'ordine nelle carceri a seguito di un prolungato sciopero del personale che ha determinato molti episodi di violenza e un peggioramento delle condizioni di vita dei detenuti che il CPT ha considerato veri e propri *ill-treatments*. Con l'articolo 5 della legge numero 42 del 14 giugno 2002 il Belgio ha conformato il proprio Codice penale alla convenzione di New York del 1984 introducendo una sezione dedicata alla tortura e i trattamenti inumani e degradanti (artt. 417-*bis* ss.)²⁹. Sono di particolare importanza le definizioni fornite dall'articolo 417-*bis*: per tortura si intende «qualunque trattamento disumano deliberato che provoca un dolore acuto o delle assai gravi e crudeli sofferenze, fisiche o mentali»; per trattamento disumano si intende «qualunque trattamento per il quale delle gravi sofferenze mentali o fisiche sono intenzionalmente inflitte a una persona, allo scopo di ottenere delle informazioni o delle confessioni, di punirle, di fare pressione su di esse o di intimidire la stessa persona o un terzo»; per trattamento degradante si intende «qualunque trattamento che causa, su colui che vi è sottomesso agli occhi propri o altrui, una umiliazione o un avvilito gravi». Nonostante tali previsioni normative anche il Belgio non è esente da alcuni episodi di *police brutality*; inoltre, le legislazioni finalizzate a gestire l'aggressione terroristica ha permesso un allargamento nei poteri di indagine da parte delle istituzioni, favorendo il rischio di comportamenti che integrino fatti di tortura.

In Germania non si trova una normativa a sé stante per quanto riguarda la criminalizzazione della tortura; piuttosto, bisogna guardare all'insieme del *corpus* giuridico per evincere alcune forme di tutela. Prima di tutto, la Legge fondamentale tedesca all'art. 104 afferma che «le persone prese in custodia non possono essere sottoposte a maltrattamenti né fisici né mentali», mentre all'art. 2 «tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica» e all'art. 1 «la dignità dell'uomo inviolabile. Rispettarla e proteggerla sarà compito di tutte le autorità dello Stato». Nel 2002 la Germania ha introdotto il Codice dei crimini internazionali

²⁸ *Response du gouvernement aux questions posées par CAT a propos des 4eme a 6eme rapports de la France*, p.48, Consultabile online sul sito www.digitallibrary.un.org.

²⁹ G. SERGES, *L'Introduzione dei reati di tortura*, Università di Pisa, www.costituzionalismo.it, 2015, p.11.

(*Volkerstrafgesetzbuch*) che ha inserito alcuni crimini contro l'umanità tra cui la tortura. L'argomento è trattato anche all'interno del Codice penale al §343 StGB (*Aussageerpressung*) che punisce l'indebito ottenimento di informazioni nel contesto di un procedimento; in particolare la norma è indirizzata al pubblico ufficiale che, chiamato a collaborare a uno dei procedimenti indicati dalla norma (non solo penali), compie dei maltrattamenti fisici ai danni di taluno o usa violenza nei suoi confronti o ancora minaccia l'uso della violenza o infligge tormenti psichici per costringerlo a rendere dichiarazioni o a ometterle nel corso di un procedimento. Tale disposizione va letta in combinato con il §136 StPO che sancisce il divieto di qualsiasi tipo di costrizione della volontà per le persone sottoposte a procedimento penale e stabilisce l'inutilizzabilità delle informazioni così ottenute. Pur non essendoci una disciplina *ad hoc* per l'istituto generale del delitto di tortura, si può affermare che nell'ordinamento tedesco grazie a queste norme vi è per lo meno una forma di tutela per quanto riguarda la tortura giudiziaria. Quindi, anche se c'è una tendenza ad applicare un'interpretazione estensiva della norma (ritenendosi ad esempio non necessario l'avvio formale di uno dei procedimenti presi in considerazione ma basta anche solo l'esistenza di un provvedimento finalizzato in tal senso), si è avanzata *de iure condendo* una proposta di riformulazione di siffatta disposizione al fine di ampliare il suo raggio d'azione. Un caso che ha acceso un fervente dibattito è stato quello relativo a Wolfgang Daschner, vicecapo della polizia di Francoforte che venne accusato insieme ad altri agenti di aver ottenuto informazioni da un indagato circa il rapimento di un bambino. La vicenda è relativa al rapimento nel 2002 di Jacob von Meltzer, figlio undicenne di una famosa famiglia di banchieri di Francoforte sul Meno da parte di Magnus Gafgen. Dopo aver ucciso il bambino e occultato il corpo Gafgen chiese un riscatto di un milione di euro e venne catturato dalla polizia dopo la consegna del denaro. La polizia, sulla base delle dichiarazioni dello stesso rapitore aveva modo di ritenere che il bambino fosse ancora vivo, perciò in occasione dell'interrogatorio si verificarono dei maltrattamenti lamentati dallo stesso indagato, a seguito dei quali questi rivelò il luogo in cui era stato nascosto il cadavere. Si dispose l'inutilizzabilità della confessione resa dal Gafgen ai sensi del §136 §3 StPO, ma non delle prove reperite in virtù di questa, che furono ritenute sufficienti per pervenire ad una decisione. A seguito della vicenda si accese un fervente dibattito sia in dottrina che nell'opinione pubblica circa l'ammissibilità della tortura come mezzo per ottenere la confessione del rapitore: i difensori degli imputati invocavano infatti la causa di giustificazione

dello stato di necessità previsto dal §34 StGB avendo agito in un forte stato di agitazione e stress al solo scopo di salvare la vita del bambino. La Corte regionale di Francoforte sul Meno, nonostante ciò, condannò gli imputati al pagamento di un'ammenda; si evidenziò che il metodo di indagine non poteva essere giustificato come necessario perché violava la dignità umana riconosciuta come valore fondamentale anche dal §1 *Grundgesetz*, avendo comunque tenuto conto in sede di valutazione le relative circostanze del caso, ritenendo sussistenti «massicce circostanze attenuanti». Nonostante la pronuncia di condanna dei giudici l'opinione pubblica seguiva per lo più un orientamento diverso: il 63% dei cittadini tedeschi riteneva che il vicecapo della polizia di Francoforte non dovesse essere punito³⁰. Le differenti dottrine sono tutte compatte nell'affermare invece la natura assoluta del divieto di tortura ed esclude qualsiasi spazio di legittimazione di azioni che ledano la dignità personale. Infatti, le eccezioni che si vorrebbero introdurre finirebbero per corrodere la regola che la tortura non è mai ammessa: il rinnegare la dignità dell'uomo non può mai essere giustificato e che «è destino delle democrazie e delle Corti non poter accedere a tutti i mezzi di cui possono servirsi i loro nemici»³¹. La protezione dello Stato, afferma il giurista Claus Roxin, può sempre essere assicurata entro i confini in cui si colloca l'agire dello Stato di diritto, e a questi confini appartiene al posto più alto il divieto di tortura.

4. L'utilizzo della tortura può considerarsi uno strumento necessitato in caso di gravi crimini? Il dibattito sul «ticking time bomb» e le critiche

A seguito dell'affermazione del reato di tortura come uno dei principi fondamentali a tutela di diritti fondamentali dell'uomo, quale diritto all'integrità fisica e morale, alcuni continuano a chiedersi se tale pratica possa essere giustificata a seguito della realizzazione di particolari reati con elevata capacità offensiva. In particolare, il dibattito divenne molto acceso all'indomani dell'attentato dell'11 settembre 2001; l'evento coinvolse fortemente l'opinione pubblica e molti erano a favore della pratica della tortura operata dalle forze di polizia nei confronti dei terroristi. La tortura, nonostante fosse stata ampiamente condannata vista la sua spropositata lesività, sembrava trovare moralmente una

³⁰ Dato ripreso da H.DUX, *Meinungen zur "Folter diskussion"*, in *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, 2003, p.180.

³¹ J. KINZIG, *Not kennt kein Gebot?*, Gehl G. Editor, 2003, p. 809.

sua ragione giustificatrice quando veniva attuata a tutela della sicurezza pubblica e per scongiurare gli attacchi di matrice terroristica. Nonostante la ferma condanna di tale pratica sembrasse oramai una tematica universalmente accettata, anche la dottrina si divideva tra chi continuava a condannarla e chi la giustificava dinanzi a reati gravi come quelli di terrorismo. Lo scenario della bomba a orologeria (*ticking time bomb*) è un esperimento mentale nel quale ci si chiede se la tortura durante gli interrogatori possa mai essere giustificata. L'esperimento può essere formulato come segue: supponiamo che una persona a conoscenza di un imminente attacco terroristico, che ucciderà molte persone, sia nelle mani delle autorità e che possa rivelare le informazioni necessarie per prevenire l'attacco solo se viene torturata. Dovrebbe essere torturato? Alcuni consequenzialisti³² sostengono che le nazioni, anche se legalmente condannano la tortura, possano giustificare l'uso se hanno in custodia un terrorista che sia a conoscenza di informazioni di particolare criticità, come la posizione di una bomba a orologeria o di un'arma di distruzione di massa che presto esploderà e ucciderà molte persone. Dopo gli attacchi dell'11 settembre, Alan Dershowitz, un importante avvocato difensore americano, diede un parziale sostegno all'idea che la tortura possa essere giustificata. L'autore sostiene che la natura umana può portare ad abusi non regolamentati, quindi sarebbe meglio se ci fosse una procedura regolamentata da parte dello Stato attraverso la quale chi interroga possa chiedere un «mandato di cattura»; tale mandato costituirebbe una sorta di autorizzazione che renderebbe la tortura legalizzata a seguito di un vaglio fatto dall'autorità sul bilanciamento degli interessi in gioco, qualora si renda necessario derogare al rispetto di tali responsabilità fondamentali in virtù della salvaguardia di un bene ritenuto di superiore importanza. I mandati in questione indicherebbero i limiti delle tecniche che possono essere utilizzate negli interrogatori e la misura in cui possono ridurre i diritti del soggetto. Di questo esperimento si è servito anche W. Brugger per difendere la legalizzazione di ciò che egli chiama *Rettungsfolter* «la tortura di salvezza»: se non fosse utilizzata la tortura verrebbe meno il contratto fondamentale tra cittadino e Stato; per cui esso

³² Il consequenzialismo è una teoria etica che valuta le azioni in base ai loro esiti, sia positivi che negativi. Questa prospettiva considera il piacere o il dolore di ogni persona come uguale e pone l'accento sulle conseguenze delle azioni. Per valutare se un'azione sia giusta o meno si dovrà fare una lista dei pro e dei contro e qualora la somma di questi veda una preponderanza degli elementi vantaggiosi allora l'azione sarà da intraprendere, al contrario l'azione non si considera giusta. In altre parole, un comportamento è giusto se produce buone conseguenze.

si assume il compito di proteggere la vita e la dignità dei cittadini, i quali in caso contrario sarebbero esonerati dal dovere di obbedienza nei confronti dello Stato. Brugger ammette la possibilità di utilizzare misure violente di interrogatorio solo a precise condizioni: deve trattarsi di un chiaro, immediato e grave pericolo per la vita di un innocente, provocato da un aggressore indentificato come l'unico in grado di evitare il pericolo. L'utilizzo della violenza deve quindi essere l'unico mezzo per ottenere un'informazione decisiva al fine di evitare il pericolo. Afferma l'autore, che uno Stato di diritto ha potestà di esercitare la coazione, applicare sanzioni e usare violenza, laddove i cittadini siano posti in pericolo o siano violati i loro diritti. Tale argomentazione fu fortemente criticata poiché dall'assetto qui proposto ne deriverebbe una forma di violenza nettamente superiore, più invasiva e qualitativamente differente rispetto alla forza che si manifesta dalla coazione legittima che accompagna l'esecuzione di una norma giuridica, in quanto la sanzione statale non implica né necessità né crudeltà. Lo stesso Brugger afferma come l'accettazione di tale teoria costituisca il fondamento del «diritto di torturare», di cui lo Stato sarebbe detentore al fine di adempiere ai suoi obblighi di protezione.³³ La tortura diviene così misura di prevenzione generale della commissione di reati contro la vita e l'integrità delle persone fisiche. Alcune organizzazioni a tutela dei diritti umani, esperti, accademici, leader militari e di intelligence hanno fermamente condannato l'idea di un'eventuale accettazione della tortura, anche nella cosiddetta situazione di «bomba a orologeria». Hanno respinto con grave preoccupazione il modo in cui le risposte morali consequenziali al ragionamento semplicistico che l'esperimento della «bomba a orologeria» possano pericolosamente portare alla tortura legalizzata e sistematica. L'esperimento proposto infatti rimane molto lontano dalla realtà, richiedendo delle pre-condizioni ideali che non sono difficilmente riscontrabili in scenari quotidiani. Allo stesso modo la tortura viene criticata come un pessimo strumento per scoprire la verità, poiché le persone che la subiscono sono inclini a inventare qualsiasi cosa per far cessare il dolore e possono diventare incapaci di distinguere tra realtà e finzione sotto un'intensa pressione psicologica. Inoltre, dal momento che il terrorista presumibilmente sa che il timer sta ticchettando, ha un'ottima ragione per mentire e fornire false informazioni sotto tortura al fine di fuorviare i suoi interrogatori; il semplice fatto

³³ W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, The Mohr Siebeck Publishing Company 2000, pp. 165 e ss.

di dare una risposta convincente, che gli inquirenti perderanno tempo a verificare, rende più probabile che la bomba esploda, e naturalmente una volta che la bomba è esplosa, non solo il terrorista ha vinto, ma non ha più senso torturarlo, se non forse per vendetta. Altri affermano che i sostenitori delle determinazioni di questo esperimento adottano una visione a breve termine non rendendosi conto delle conseguenze a lungo termine. Infatti, autorizzare la tortura renderebbe molti altri gruppi propensi a loro volta ad adottarla; a lungo termine si avrebbe un aumento della violenza, che determinerebbe una situazione così grave che non si potrebbe più fare una stima ragionevole dei suoi risultati. Pertanto, chi prende la decisione di torturare non sarebbe più certo che il valore delle vite salvate dalla bomba a orologeria supererà il valore delle vite perse a causa del disordine che ne è seguito; sarebbe impossibile arrivare a un resoconto efficace delle conseguenze. Chi si pone contro la tortura infatti postula che la conoscenza umana ha dei suoi limiti intrinseci; invece, chi sostiene la teoria della «bomba a orologeria» ha la presunzione errata che il decisore possa conoscere con anticipo l'esito della tortura, sia nel breve periodo (probabilità che impedisca un attacco) sia nel lungo periodo (probabilità che non inneschi un aumento generale della violenza umana). Joe Navarro, uno dei massimi esperti dell'FBI nelle tecniche di interrogatorio, ha dichiarato al New Yorker: «*Only a psychopath can torture and be unaffected. You don't want people like that in your organization. They are untrustworthy, and tend to have grotesque other problems*»³⁴.

Non sono però finite le argomentazioni che tentano di moralizzare l'utilizzo della tortura, affermando la sua natura legale. Si distinguono svariate strategie:

a) Strategia della ridefinizione: tende a restringere l'ambito delle condotte e degli effetti riconducibili all'ambito della tortura. La definizione di tortura data dall'art. 1 della Convenzione del 1984 viene applicata solo ad atti diretti contro persone in custodia o sotto controllo fisico. Un atto di tortura è da condannare e perseguibile dalla Corte penale internazionale solo se compiuto a danni dei civili (non anche contro i «nemici combattenti»).

b) Strategia dell'analogia: si prende come parametro l'omicidio mirato di criminali aggressori al fine di salvare vite innocenti. Quindi se si ritiene giusto

³⁴ «Solo uno psicopatico può torturare ed essere indifferente. Non vuoi persone del genere nella tua organizzazione. Sono inaffidabili e tendono ad avere altri problemi grotteschi».

uccidere per salvare vite umane, si dovrebbe ritenere ammessa anche la tortura, essendo anche uno strumento meno lesivo per la vita umana. Il ragionamento per analogia, tuttavia, presuppone un giudizio di valore, considerando la tortura come un'azione di pari (se non minore) gravità morale e giuridica rispetto all'omicidio mirato. Essendo l'analogia vietata all'interno del diritto penale, si potrebbe affermare utilizzando le parole di Dworkin che, se il primo riduce l'essere umano ad una cosa inanimata, la seconda lo degrada ad un mero animale.³⁵

c) Strategia della lacuna: Brugger parla di lacuna nella regolamentazione giuridica della tortura. Afferma che in casi specifici laddove vi sia pericolo per migliaia di vite innocenti, la proibizione della tortura risulta immorale e persino «mostruosa». Non risulta però configurarsi all'interno dell'ordinamento internazionale una lacuna tecnica, e nondimeno è da escludersi la lacuna morale.

d) Strategia della ponderazione: Per giustificare l'uso della tortura si fa ricorso all'idea della ponderazione tra i diritti fondamentali, in particolar modo tra diritti individuali e beni collettivi. Da ciò si fa derivare l'assunto per il quale i diritti fondamentali, che non sono mai assoluti, devono cedere davanti alla realizzazione di beni collettivi di rilevanza generale³⁶. Si potrà bilanciare «dignità contro dignità», *Würde gegen Würden* – come ripete Brügger – la dignità del criminale torturato contro la dignità dell'innocente sequestrato. Obiezione a questo orientamento è che non tutti i diritti fondamentali sono principi e che i principi non sono necessariamente di bilanciamento e di deroga. La dignità umana, intesa come principio dell'eguale rispetto della dignità di ogni essere umano, non è passibile di bilanciamento. Il tormento finisce inevitabilmente per causarne la negazione tanto nella vittima quanto nel carnefice.

5. Considerazioni conclusive

Con lo sviluppo della società moderna e il progredire di una nuova sensibilità morale sembra scontato riconoscere e punire tutti quegli atti che possono essere ricondotti alla tortura. Ma abbiamo visto però come è stato tutt'altro che facile adattare gli ordinamenti delle maggiori potenze moderne all'obbligo di criminalizzare la tortura e, nonostante le numerose normative introdotte, queste lasciano ancora numerosi punti irrisolti e zone grigie che

³⁵ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press, 2011, p. 337.

³⁶ Cfr. W. BRUGGER, *op. cit.*

permettono il dilagare di comportamenti riconducibili alla fattispecie criminosa. La tortura, ai suoi albori, fu utilizzata in modo indiscriminato, anche per i motivi più futili: prima non era concepito il rispetto dell'essere umano in quanto tale, concetto che si è venuto a delineare soltanto nell'ultimo secolo. Nelle società più antiche, quella che oggi noi chiamiamo tortura, non era altro che espressione di un libero esercizio del possesso su talune categorie di uomini, concepite come *res* e non come esseri alla pari. Il concetto di tortura come uno strumento utile al mantenimento dell'ordine pubblico è stato quello più condiviso nel corso dei secoli: nonostante il riconoscimento della centralità dell'essere umano in quanto tale e il suo diritto alla vita a seguito dei copiosi studi umanistici, la necessità da parte dello Stato di garantire la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico, forte anche di un pregnante controllo della popolazione dato dalla paura dal verificarsi di taluni eventi, rese la tortura giustificabile per tutelare dei fini ritenuti superiori alla mera tutela psicofisica del singolo essere umano. Basti pensare come al giorno d'oggi pratiche di tortura siano ancora presenti in differenti Paesi mondiali e come sia divenuto nuovamente un tema caldo anche alla luce dei conflitti di forte rilevanza mediatica come quello tra Russia e Ucraina e Palestina e Israele, che hanno portato ad una forte risposta di condanna anche da parte dell'opinione pubblica. Uno dei temi più controversi, di cui si discute ormai da anni, è la situazione nei contesti carcerari: qui i detenuti si trovano in uno stato di particolare vulnerabilità vista la condizione di soggezione in cui versano e le garanzie poste all'art. 13 della Costituzione³⁷ non sono bastate ad arginare i numerosi comportamenti posti in essere da parte degli agenti penitenziari, riconducibili a veri e propri atti di tortura, che sono stati portati all'attenzione dei Tribunali.³⁸ L'utilizzo di tali condotte lesive nei confronti del detenuto costituisce uno dei tratti patologici dell'esperienza detentiva. Una patologia che si annida nelle strutture istituzionali dello Stato di diritto, distorcendone gravemente le funzioni e precludendo, con la lesione dei diritti fondamentali del detenuto, la

³⁷ La nostra Carta fondamentale al comma 4 stabilisce che è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. A prescindere delle azioni antigiusuridiche che sono state realizzate dall'individuo non si può non tenere conto in ogni caso del rispetto della dignità umana. La stessa pena dovrebbe essere funzionale a rieducare e predisporre il reo alla risocializzazione, principio enunciato anche all'art 23 c.3 Cost., e questo proposito verrebbe meno laddove la pena fosse percepita dal reo come un'ingiustizia non meritata.

³⁸ Basti pensare ad alcune delle più rilevanti sentenze in merito: Sulejmanovic c. Italia 16 luglio 2009, Torreggiani e altri c. Italia gennaio 2013, Cirino e Renne c Italia ottobre 2017, 26 dicembre 2017.

realizzazione delle finalità rieducative della pena e la promozione della dignità umana.³⁹ Sarebbe quindi auspicabile da parte del legislatore un intervento teso a garantire la tutela dei diritti fondamentali del detenuto, conciliando allo stesso tempo le esigenze tese a garantire una corretta applicazione della pena

Piero Fiorelli, nella sua monografia sulla tortura giudiziaria, confronta l'opinione di due personaggi storici sull'origine della tortura, Alfonso X il Savio, re di Castiglia, e Voltaire, uno dei padri dell'Illuminismo. Il re ne «*Las Siete Partidas*»⁴⁰ asseriva che «*Tormento es manera de pena que fallaron los que fueron amadores de la justicia para manera de pena que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar et saber la verdat por él de los malos fechos que se facen encubiertamente*». Voltaire scriveva invece nel *Dictionnaire Philosophique* che «*la torture avait été inventée par des voleurs, qui étant entrés chez un avare, et ne trouvant point son trésor, lui firent souffrir mille tourmens jusqu'à ce qu'il découvrit*»⁴¹. Dal primo la tortura viene quindi vista come un metodo creato dagli «amanti della giustizia» per scoprire la verità, dall'altro come un «atto di briganti», un grave crimine contro la persona. Entrambe le opinioni sono fortemente influenzate dall'ambiente sociopolitico che circondava queste figure. Infatti, Alfonso X visse nel XIII secolo quando con la riaffermazione del potere statale e l'abbandono del sistema ordalico si ebbe un ritorno in auge della tortura, ritenuta uno strumento giusto e adeguato alla scoperta della verità e la punizione dei colpevoli; il re di Castiglia sosteneva queste ragioni mirando ad un consolidamento dell'istituto. Voltaire invece scrisse nel Settecento, periodo in cui la tortura entrò in forte crisi ed egli ne auspicava l'abolizione, per cui le sue opinioni sono permeate da una connotazione fortemente negativa, descrivendola come un crimine crudele di cui lo Stato non poteva macchiarsi. L'opinione prima di Alfonso X e poi di Voltaire mostrano chiaramente l'evolvere dell'istituto da mezzo di ricerca della verità a crimine contro l'umanità, come oggi sancisce lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Il punto cruciale non è interrogarsi su quando sia nata l'idea di infliggere sofferenze per ottenere informazioni ma, come scrive Fiorelli «in quale

³⁹ V. DI TERLIZZI, *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, p.2, in *Arch. pen.*, 2023.

⁴⁰ Testo enciclopedico relativo al diritto, all'attività di governo, ai suoi presupposti e obiettivi, agli istituti giuridici. Volute nel 1265 dal re di Castiglia Alfonso X, costituiscono il tentativo da parte del potere monarchico centrale castigliano di superare con una legislazione comune i diritti consuetudinari locali (*fueros*).

⁴¹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 2-3.

momento od occasione gli “amatori della giustizia” abbian preso la mano ai “ladri” e abbian tolto loro, per servirsene contro di loro, la prerogativa dell’uso della tortura»⁴².

Punire atti riconducibili alla tortura rappresenta uno dei baluardi della società civile moderna, il risultato di un lungo e travagliato percorso che ha richiesto agli Stati mondiali di prendere una posizione ferma sulla questione, soprattutto alla luce dei tragici eventi riconducibili alle Grandi Guerre e all’affermarsi delle prime carte sui diritti fondamentali dell’uomo. Nonostante il ripudio di tali atti ci sembri al giorno d’oggi una questione scontata, abbiamo visto come dinanzi a particolari situazioni di pericolo si concepisca l’utilizzo di tale pratica per una migliore salvaguardia della collettività. Queste posizioni giustificatrici, nonostante tentino di rispondere al meglio a quelle questioni che riguardano il benessere dei più a scapito del singolo, rischiano però di minare quell’apparato di norme a tutela dei diritti fondamentali dell’uomo e favorirebbero la creazione di zone legali di applicazione della tortura che porterebbe soltanto ad un aumento del disordine sociale a lungo termine, oltre che all’applicazione di pratiche disumane ormai non più giustificate alla luce del progresso sociale avvenuto nell’ultimo secolo.

⁴² *Ibidem*, p. 2.