

OBBLIGHI INTERNAZIONALI E NUOVI CONFINI DELLA NOZIONE DI TORTURA (*)

di Paolo Lobba

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Panoramica di un divieto a geometria variabile. – 3. Conclusioni del Comitato contro la tortura: considerazioni preliminari. – 4. Conclusioni del Comitato contro la tortura: elementi caratterizzanti della tortura (anzi, la loro mancanza). – 4.1. Il dolo specifico. – 4.2. La qualifica soggettiva del soggetto agente. – 4.2.1. Il sistema internazionale dei diritti umani. – 4.2.2. Il sistema penale internazionale. – 5. La nuova fisionomia della tortura. – 6. Brevi osservazioni critiche sul modello di incriminazione accolto in Italia. – 6.1. La controversa introduzione del reato comune di tortura. – 6.2. Le reali criticità della fattispecie. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Gli obblighi di derivazione internazionale riguardanti il divieto di tortura hanno esercitato un ruolo cruciale nel determinare, finalmente, l'introduzione del relativo reato nel nostro ordinamento. L'analisi delle fonti internazionali è dunque un presupposto fondamentale "per comprendere quale sia il campo giuridico e semantico della tortura"¹. Si deve in buona parte alle raccapriccianti vicende avvenute durante il G8 di Genova – e soprattutto alle relative condanne inflitte dalla Corte europea dei diritti umani² – l'imporre della questione tortura quale priorità dell'agenda politica italiana, dopo lunghi anni di imperdonabile oblio dovuto, forse, a perverse ragioni

(*) Contributo destinato alla pubblicazione nel volume collettaneo *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, a cura di L. Stortoni e D. Castronuovo, BUP, Bologna 2019. Si ringraziano i curatori e l'editore per l'autorizzazione ad anticiparne la pubblicazione su questa *Rivista*.

¹ P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all'approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 416.

² *Cestaro v. Italy*, 7 aprile 2015, 6884/11, par. 246; *Azzolina v. Italy*, 26 ottobre 2017, 28923/09 e 67599/10, par. 161; *Bartesaghi Gallo v. Italy*, 22 giugno 2017, 12131/13 e 43390/13, par. 121; *Blair v. Italy*, 26 ottobre 2017, 1442/14. Per un commento, v. F. 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](#), in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015; C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura*, in *Giur. it.*, fasc. 7, 2015, p. 1709 ss.; F. CASSIBBA, [Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015; F. ZACCHÈ, *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU [...]*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2015, p. 462-466. Ricostruisce l'iter giudiziario in Italia A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1801 ss.

strutturali³. In modo simile a quanto avvenuto in altri casi⁴, le sentenze di Strasburgo hanno svolto la meritoria funzione di stimolare il legislatore a rimediare a lacune ed inadeguatezze normative che non garantivano una sufficiente tutela dei diritti fondamentali.

Per la verità, l'insoddisfacente funzionamento del sistema di prevenzione e repressione degli atti di tortura era già stato più volte denunciato nell'ambito di meccanismi di controllo al cui monitoraggio il nostro paese si è volontariamente sottoposto per via pattizia⁵. Primo tra tutti il Comitato istituito dalla Convenzione ONU contro la tortura del 1984 (detto anche "Comitato CAT"), che aveva condannato tanto la carenza di misure – non solo e non principalmente penali – idonee a prevenire

³ Cfr. il testo scritto dell'intervento del sen. Luigi Manconi, Senato della Repubblica, seduta del 17 maggio 2017, *Resoconto Stenografico*, Allegato B, p. 56 ("È come se la classe politica non si fidasse della lealtà delle polizie, dubitasse della loro dipendenza in via esclusiva 'dalla legge', ne temesse le reazioni incontrollate. Da qui, una sorta di complesso di inferiorità e di sudditanza psicologica che pone come prioritario l'obiettivo della stabilità e della compattezza di quegli stessi apparati"); v., altresì, F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 1, 2018, p. 182 (intento legislativo di ridurre al minimo l'applicabilità del reato di tortura così da "non toccare la suscettibilità politica delle forze dell'ordine"); A. PROSPERI, *Tortura – Premesse lontane*, in A. PROSPERI, A. DI MARTINO (a cura di), *Tortura. Un seminario*, Pisa, 2017, p. 14-15 (legami "inconfessabili" tra potere politico e polizia); P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, p. 37-39 (forte immedesimazione tra Stato ed apparati di sicurezza).

⁴ Si contano numerose le sentenze di Strasburgo che hanno esercitato pressione sul legislatore italiano affinché adottasse misure di maggior garanzia in materia penale. Considerando l'attinenza con il tema di questo scritto, ci si limita a richiamare la sentenza pilota emessa nel caso *Torreggiani v. Italy*, 8 gennaio 2013, 43517/09, che ha promosso l'introduzione di riforme tese a mitigare il problema del sovraffollamento carcerario.

⁵ Tra i principali trattati internazionali che, da distinte angolazioni, vincolano l'Italia al rispetto del divieto di tortura si annoverano, senza pretesa di esaustività, le Convenzioni di Ginevra del 1949 (artt. 3, comma 1, lett. a), 12, 50, Convenzione di Ginevra (I); artt. 3, comma 1, lett. a), 12, 51, Convenzione di Ginevra (II); artt. 3, comma 1, lett. a), 13, 14, 130, Convenzione di Ginevra (III); artt. 3, comma 1, lett. a), 27, 147, Convenzione di Ginevra (IV) ed il loro secondo Protocollo aggiuntivo del 1977 (art. 4, comma 2, lett. a)), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (art. 3), il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 7), la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, lo Statuto della Corte penale internazionale del 1998 (tortura quale crimine contro l'umanità: art. 7, comma 1, lett. f); tortura quale crimine di guerra: art. 8, comma 2, lett. a), ii) (conflitti armati a carattere internazionale) e art. 8, comma 2, lett. c), i) (conflitti armati non internazionali)) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (art. 4). Alcuni trattati hanno istituito degli organi appositi, aventi funzione di prevenzione e monitoraggio. Il Comitato internazionale della Croce Rossa opera sotto l'ombrello delle Convenzioni di Ginevra e dei loro Protocolli aggiuntivi; il Comitato dei diritti umani è stato istituito dal Patto del 1966 mentre il Comitato contro la tortura trae origine dalla Convenzione ONU del 1984. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987 ha dato vita al Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Quest'ultimo meccanismo ha dimostrato particolare efficacia in quanto può procedere a sopralluoghi nei centri di detenzione degli Stati parte senza dover dare preavviso né dover ottenere preventiva autorizzazione. Un sistema simile è stato creato dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura – ratificato dall'Italia a seguito della legge 9 novembre 2012, n. 195 – che prevede l'istituzione non solo di un apposito Sottocomitato ONU, ma anche di meccanismi nazionali di prevenzione con poteri di visita "a sorpresa" per la prevenzione della tortura nei luoghi di detenzione.

la tortura, quanto la mancata previsione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*⁶. Ad analoghe conclusioni erano pervenuti altri organismi internazionali di controllo⁷. Anche la dottrina, nel censurare le lacune del nostro sistema normativo e l'imbarazzante inerzia legislativa, aveva fatto perno sugli obblighi internazionali⁸, i quali erano stati altresì abbondantemente chiamati in causa nel corso dei lavori parlamentari⁹.

L'opera di identificazione degli obblighi incombenti sul nostro paese in materia di tortura, tuttavia, non si è dimostrata sempre attenta alle singolarità dei sistemi da cui originano tali vincoli, incappando in una decontestualizzazione delle fonti o in una sovrapposizione di piani distinti. Mossa dal pregevole intento di troncare un lungo ed intollerabile indugio legislativo, parte della dottrina è talora giunta, per sostenere l'improcrastinabile necessità di adempiere agli obblighi internazionali, a leggere negli stessi più di quanto in realtà non prescrivano¹⁰. Il divieto di tortura, articolato nei suoi

⁶ V. le seguenti osservazioni conclusive del Comitato CAT nei confronti dei rapporti periodici dell'Italia: anno 2007, CAT/C/ITA/CO/4, par. 5, 19; anno 1999, A/54/44, par. 169(a); formulate in modo meno stringente, ma pur sempre a forte sostegno dell'introduzione di una fattispecie autonoma: anno 1995, A/50/44, par. 157(a); anno 1992, A/47/44, par. 314, 337.

⁷ V., ad esempio, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture from 8 to 21 April 2016*, CPT/Inf (2017) 23, in <https://rm.coe.int/pdf/16807412c2>, par. 7; *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture from 13 to 25 maggio 2012*, CPT/Inf (2013) 32, in <http://rm.coe.int/doc/090000168069727a>, par. 6; Comitato per i diritti umani ("Comitato DU"), *Consideration of reports [...], Italy*, 18 agosto 1998, CCPR/C/79/Add.94, par. 19; Comitato DU, *Consideration of reports [...], Italy*, 3 agosto 1994, CCPR/C/79/Add.37, par. 8, 15.

⁸ V., senza pretesa di esaustività, A. COLELLA, [La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo](#), in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, p. 11-28; G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura ed ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 738-748; F. VIGANÒ, [Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati](#), in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014, p. 1-4; A. PUGIOTTO, [Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2014, p. 131-132; F. POCAR, *Reato di tortura, nonostante la legge, l'Italia sarà criticata*, in *Guida dir.*, n. 31, 2017, p. 6 ss.; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost.*, fasc. 3, 2004, p. 555 ss.

⁹ Durante le quattro letture necessarie all'approvazione del disegno di legge, il dibattito parlamentare, sia in Commissione che in Assemblea, al Senato come alla Camera, ha costantemente richiamato gli obblighi internazionali. Il punto, piuttosto pacifico, non necessita dettagliata dimostrazione: basti riferirsi, a titolo esemplificativo, agli interventi, nel corso dell'ultima lettura in entrambi i rami del Parlamento, del relatore di maggioranza (Camera dei Deputati, seduta del 26 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, p. 33 ss. (Franco Fazio)) e del rappresentante del Governo (Senato della Repubblica, seduta del 7 luglio 2016, *Resoconto stenografico*, p. 37 (Gennaro Migliore)). Per un approfondito ragguaglio sui lavori preparatori, v. L. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, *La legge sulla tortura: il difficile iter parlamentare*, in *St. quest. crim.*, fasc. 13(2), 2018, p. 35 ss.

¹⁰ V., ad esempio, G. ZICCARDI CAPALDO, *Giudice interno, reato di tortura e maltrattamenti*, in *Forum quad. cost.*, 6 ottobre 2017, par. 4 (la punibilità delle torture compiute nella scuola Diaz avrebbe dovuto essere assicurata tramite la disapplicazione del termine di prescrizione, come imporrebbero gli obblighi internazionali, "senza che a ciò faccia ostacolo il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*"); A. COLELLA, *La repressione*, cit., p. 20-21, 29 (il diritto penale internazionale, compresi gli Statuti dei Tribunali penali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, porrebbe degli obblighi di incriminazione impliciti della tortura) e 14 (la CAT obbligherebbe gli Stati parte ad incriminare non solo la tortura ma anche i trattamenti

aspetti sostanziali e procedurali, deriva dall'interazione di distinti settori del diritto internazionale ispirati a logiche di fondo non coincidenti, di cui occorre tener conto per non cadere in "errori di traduzione"¹¹. Per apprezzare correttamente il contenuto di una norma appartenente ad un altro ordinamento (in questo caso, quello internazionale) bisogna, in altre parole, acquisire una "conoscenza di spessore" (*thick conception*) di tale norma, vale a dire una cognizione profonda tanto del suo *contesto* di provenienza quanto di quello di sua destinazione¹².

La messa a punto del perimetro di tali obblighi è il primo obiettivo di questo lavoro che, per motivi di economia, si limiterà a soffermarsi solo su alcuni dei problemi più controversi che presenta il nuovo delitto di tortura introdotto all'art. 613-bis c.p. dalla legge 14 luglio 2017, n. 110. Queste riflessioni prendono spunto dalle conclusioni rese dal Comitato CAT pochi mesi dopo l'approvazione della suddetta legge¹³. L'analisi si concentrerà perciò sulle questioni relative, da un lato, alla forma di dolo che dovrebbe caratterizzare la fattispecie di tortura e, dall'altro, al soggetto attivo dell'illecito, uno dei profili di più acceso dibattito in dottrina ed in Parlamento. Lo scritto mostrerà la poliedrica fisionomia che assume il divieto di tortura nei vari settori

inumani o degradanti previsti dall'art. 16 di tale trattato); G. LANZA, *Obblighi internazionali*, cit., p. 746-747 (lo status di *ius cogens* del divieto di tortura imporrebbe una autonoma incriminazione dell'illecito). Come sostenuto in P. LOBBA, [Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, p. 207, 218-220, 224, gli obblighi internazionali si presentano molto meno coerenti e stringenti di quanto comunemente sostenuto nelle more dell'approvazione della legge; per questo, sembrava fuori luogo chiamarli veementemente in causa e riporre negli stessi cotanta fiducia, mettendo forse in secondo piano il fatto che i vincoli più cogenti in materia derivano dalla nostra Costituzione.

¹¹ Come osserva J. GENEUSS, *Obstacles to Cross-fertilisation: The International Criminal Tribunals' "Unique Context" and the Flexibility of the European Court of Human Rights' Case Law*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, p. 404 ss. a proposito dell'interscambio di nozioni tra i settori del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto penale internazionale.

¹² A. WIENER, P. LISTE, *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Global Community of Courts*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, 2014, p. 263 ss.; K. KNOP, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 2000, p. 501 ss. L'interdipendenza tra i vari settori del diritto internazionale, così come tra questi e gli ordinamenti interni, è stata oggetto di minuzioso esame nell'ambito della discussione sul c.d. "dialogo tra corti", un fenomeno analizzato a partire dallo studio di A.-M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, p. 99 ss. Per riferimenti più recenti, si permetta il rinvio a P. LOBBA, T. MARINIELLO (a cura di), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, 2017, nonché, a cura degli stessi autori, al numero speciale della rivista *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, p. 363 ss. La problematica è stata a lungo analizzata anche all'interno del dibattito su "pluralismo e frammentazione" nel diritto internazionale: v. M.A. YOUNG, *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, 2012; M. PROST, *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford, 2012; M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law*, in *Modern Law Review*, vol. 70(1), 2007, p. 1-30. Con specifico riferimento all'influenza reciproca tra diritto penale internazionale, diritto internazionale umanitario e diritti fondamentali, v. i saggi raccolti in E. VAN SLIEDREGT, S. VASILIEV (a cura di), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, 2014; L. VAN DEN HERIK, C. STAHN (a cura di), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden, 2012.

¹³ Comitato CAT, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 18 dicembre 2017, CAT/C/ITA/5-6 ("Report del Comitato CAT sull'Italia 2017").

del diritto internazionale, toccando, senza pretesa di esaustività, la complessa questione di quale sia la speciale offensività dell'illecito, tale da giustificare l'eccezionale severità del suo regime sanzionatorio.

L'esito dell'indagine potrà contribuire a valutare la misura dell'adempimento degli obblighi internazionali da parte del nostro paese. Essa servirà anche per dare il giusto peso, contestualizzandole, alle critiche mosse all'inedito delitto da parte di organi sovranazionali, in primis quelle del Comitato ONU contro la tortura. Si soffermerà l'attenzione, infine, sui reali difetti della fattispecie, che ne inficiano la tassatività e ne estendono eccessivamente i confini.

2. Panoramica di un divieto a geometria variabile.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, la tortura è oggetto di un divieto di straordinario rigore. Com'è noto, tale proibizione ha natura assoluta ed è inderogabile: non è sottoponibile a bilanciamento con altri diritti, né può essere oggetto di temporanea sospensione; resta pienamente valida anche in situazioni che possono mettere in pericolo l'esistenza stessa della nazione, inclusa la minaccia terroristica¹⁴. Pochissimi altri divieti condividono tale particolare inflessibilità, ad esempio il divieto di schiavitù; d'altro canto, diritti ritenuti inviolabili – si pensi al diritto alla vita o al principio di legalità in materia penale – non sono del tutto esclusi da operazioni di bilanciamento con altre esigenze aventi pari rango¹⁵. Questi principi non paiono essere stati scalfiti – almeno formalmente – dall'acceso dibattito sulla “legalizzazione” della tortura¹⁶ scatenatosi a seguito dell'emersione dei c.d. *Torture Memos*¹⁷ adottati dal governo statunitense per fronteggiare il terrorismo islamico¹⁸.

¹⁴ Assolutezza ed inderogabilità sono requisiti deducibili dai testi dei trattati – v. art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 15 della CEDU; artt. 2, commi 2 e 3 della Convenzione ONU del 1984 – e riaffermati perentoriamente da vari organi internazionali: v., ad esempio, Comitato CAT, *General Comment No. 2*, 24 gennaio 2008, CAT/C/GC/2, par. 1; Corte EDU, *Gäfgen v. Germany*, 1 giugno 2010, 22978/05, par. 87, 107; *Labita v. Italy*, 6 aprile 2000, 26772/95, par. 119; *Aksoy v. Turkey*, 18 dicembre 1996, 21987/93, par. 62. Il caso *Gäfgen* ha stimolato un dibattito sul carattere assoluto del divieto di tortura anche tra gli studiosi di diritto penale internazionale; v., per tutti, F. JESSBERGER, *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 1059 ss.; K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 261 ss.

¹⁵ Consiglio per i diritti umani (“Consiglio DU”), *Report of the Special Rapporteur on Torture [...] Addendum: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment [...]*, 5 febbraio 2010, A/HRC/13/39/Add.5 (di seguito “Addendum dello Special Rapporteur 2010”), par. 41.

¹⁶ La posizione più spesso richiamata in favore della legalizzazione (e regolamentazione) della tortura è quella di A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works* (2002), trad. it. *Terrorismo*, Roma, 2003. Prima ancora, il dibattito era stato riaperto da W. BRUGGER, *May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 48(4), 2000, p. 661 ss.; ID., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Der Staat*, vol. 35, 1996, p. 67 ss.; M.S. MOORE, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, vol. 23(2-3), 1989, p. 280 ss. Da ricordare, inoltre, le conclusioni della Commissione Landau in Israele, che ammettevano, in scenari estremi (*ticking bomb cases*), un “uso moderato di coercizione fisica” contro i sospetti terroristi: *Commission of Inquiry Into the Methods of Investigation of the General Security Service*

Le fonti internazionali pretendono, inoltre, che i casi di tortura siano oggetto di un'indagine ufficiale rapida, imparziale ed efficace, idonea ad accertare la fondatezza di notizie riguardanti pratiche di tortura ed identificarne i responsabili¹⁹. La Convenzione ONU del 1984 (o "CAT") contempla un obbligo composto di due elementi: da un lato, prevedere che gli atti di tortura costituiscano un illecito penale²⁰, meglio se tramite la creazione di una fattispecie *ad hoc*²¹; dall'altro, punire tali condotte

Regarding Hostile Terrorist Activity (1987), in *Israel Law Review*, vol. 23(2-3), 1989, p. 146-188. Per orientarsi tra le contrapposte posizioni, v. M.D. EVANS, *Torture*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, vol. 11(2), p. 101 ss.; D. KRETZMER, *The Torture Debate: Israel and Beyond*, in D. DOWNES et al. (a cura di), *Crime, Social Control and Human Rights, Essays in honour of Stanley Cohen*, Cullompton, 2007, p. 120 ss.; gli scritti raccolti in K.J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2006, nel vol. 11(2) della rivista *European Human Rights Law Review* (2006) e nel vol. 37(2) di *Case Western Reserve Journal of International Law* (2006). In Italia, v., per tutti, da una prospettiva storica ed interdisciplinare, M. LA TORRE, *La giustizia della tortura. Variazioni sul tema*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1, 2014, p. 3 ss.; ID., "Giuristi, cattivi cristiani". *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, tomo II, 2007, p. 1331 ss. E. BEA, *Il divieto della tortura rimesso in discussione*, in *Ragion pratica*, 2009, p. 133 ss.

¹⁷ Tra questi documenti il più noto è il *Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, on Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, 1 agosto 2002. Tutti i memoranda sono reperibili a questo [link](#), nonché in D.D. COLE (a cura di), *The Torture Memos: Rationalizing the Unthinkable*, New York, 2009, p. 41 ss. Spiega come questa linea di indirizzo politico abbia preso il sopravvento nell'amministrazione Bush, M.P. SCHARF, *The Torture Lawyers*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2010, p. 389 ss.

¹⁸ Cfr. Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia ("TPJ"), *Brđanin*, Appeal Judgment ("AJ"), 3 aprile 2007, par. 251, che ha rigettato la doglianza della difesa secondo la quale la soglia di sofferenza necessaria ad integrare il reato di tortura si sarebbe innalzata a seguito di un mutamento del diritto consuetudinario provocato dal *Bybee Memorandum*, nella parte in cui quest'ultimo considerava rientranti nella definizione di tortura solo gli atti che provocano un dolore simile a quello derivante da "lesioni fisiche serie come la perdita di un organo, il danneggiamento irreparabile di organi vitali o persino la morte".

¹⁹ Artt. 12 e 13 della Convenzione ONU del 1984; *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 116-117; *M. and others v. Italy and Bulgaria*, 31 luglio 2012, 40020/03, par. 100. Il dovere di compiere un'indagine effettiva scaturisce, più in generale, dai c.d. obblighi positivi, elaborati dalla Corte di Strasburgo combinando l'art. 1 della CEDU con le altre disposizioni (in questo caso, l'art. 3). Su di essi la letteratura è abbondante; si veda, anche per ulteriori richiami, A.R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the [ECHR] by the [ECtHR]*, Oxford, 2004; F. SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 363 ss.

²⁰ Art. 4 della Convenzione ONU del 1984. Per un panorama comparato sulle diverse posizioni assunte dagli Stati membri della CAT con riguardo all'adempimento dell'obbligo sancito dal suddetto art. 4, v. A. 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*, vol. 6, 2008, p. 195 ss.

²¹ Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 8-9, 11; Addendum dello Special Rapporteur 2010, cit., par. 46. In innumerevoli casi il Comitato CAT ha raccomandato l'introduzione di una fattispecie autonoma a paesi che, pur essendo privi di quest'ultima, erano dotati di altre fattispecie "comuni" entro cui potevano rientrare alcune pratiche di tortura, persino là dove la tortura era prevista come circostanza aggravante (v., *ex plurimis*, *Report of the Committee against Torture*, 2010, A/65/44, p. 92-93, par. 59(13) (Francia), p. 111-112, par. 61(7-8) (Liechtenstein), p. 121, par. 62(5) (Svizzera); Comitato CAT, *Concluding observations on the fifth periodic report of Israel*, 2016, CAT/C/ISR/CO/5, par. 12-13; *Report of the Committee against Torture*, 2002, A/57/44, par. 92(a) (Russia), 108(a) (Svezia); Comitato CAT, *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Denmark*, 2016, CAT/C/DNK/CO/6-7, par. 10-11 (Danimarca)). Descrive

con pene aventi un'entità commisurata alla grave natura dell'illecito²². La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, seppur contrassegnata da principi meno *tranchant*²³, impone anch'essa degli "obblighi di tutela penale"²⁴, comprendenti sia l'incriminazione delle pratiche costituenti tortura²⁵ (o trattamenti inumani o

puntualmente l'evoluzione dell'orientamento del Comitato CAT circa la necessità di introdurre nell'ordinamento interno un reato autonomo di tortura. C. INGELSE, *The UN Committee against Torture. An Assessment*, L'Aia, 2001, p. 218-222. Secondo N. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of Torture: State Obligations under the [CAT]*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 11(2), 2006, p. 119, l'introduzione di un reato autonomo di tortura avrebbe mutato natura: da forte preferenza del Comitato CAT, sarebbe diventata oramai un obbligo giuridico. Così anche A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 471.

²² Art. 4, comma 2, della Convenzione ONU del 1984; Comitato CAT, *Consideration of Reports [...] Conclusions and recommendations [...] Italy*, 16 luglio 2007, CAT/C/ITA/CO/4 ("Report del Comitato CAT sull'Italia 2007"), par. 5; Addendum dello Special Rapporteur 2010, cit., par. 49; J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook [...]*, Dodrecht, 1988, p. 129. Cfr. C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., p. 341-342, che, in seguito all'analisi dei lavori del Comitato CAT fino all'anno 1999, considera adeguata una pena concretamente irrogata (non, quindi, edittale) compresa tra i 6 e i 20 anni. Questo giudizio, tuttavia, si fonda prevalentemente sulle opinioni espresse da singoli membri del Comitato CAT e riflette dunque mere "tendenze", non necessariamente una prospettiva fedele dell'orientamento del Comitato nel suo complesso (cfr., sul valore delle opinioni dei singoli membri del Comitato, *ibid.*, p. 146).

²³ In armonia con il collaudato approccio sostanzialistico seguito dalla Corte EDU, ciò che conta, per i giudici di Strasburgo, non è tanto l'attrazione dei maltrattamenti entro una fattispecie penale specifica, quanto l'effettività (e dunque l'efficacia deterrente) del trattamento sanzionatorio applicato ai torturatori. V. ad esempio, *Gäffgen v. Germany*, cit., in cui la Corte non ha neppure fatto cenno al fatto che in Germania il codice penale non preveda un autonomo reato di tortura e gli atti in questione siano stati perciò qualificati come violenza privata. La censura europea non ha colpito la classificazione giuridica attribuita al fatto, bensì le pene inflitte, giudicate manifestamente sproporzionate.

²⁴ Per questa nozione, v. S. MANACORDA, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2012, p. 1364 ss., che li suddivide in obblighi di incriminazione, divieti di depenalizzazione e obblighi procedurali. Il tema degli obblighi di punire ha infiammato un vivace dibattito in dottrina. Senza poter dar conto di tutte le opinioni espresse, ci si limita a segnalare, anche per ulteriori riferimenti, V. MANES, *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, J. Tricot (a cura di), "Devoir de punir". *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, in *Société de législation comparée*, vol. 32, Parigi, 2013, p. 79 ss.; F. 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, p. 2645 ss. (opinione già enunciata in F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e [CEDU]*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, spec. p. 60 ss.); C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 167 ss.; R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e [Corte EDU]*, in *Leg. pen.*, fasc. 1, 2006, p. 171 ss.; E. NICOSIA, *[CEDU] e ordinamento penale*, Torino, 2006, p. 255 ss.; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003; F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

²⁵ V., ad esempio, *Myumyun v. Bulgaria*, 3 novembre 2015, 67258/13, par. 77; *Cestaro v. Italy*, cit., par. 243, 246.

degradanti²⁶), sia l'irrogazione di sanzioni penali deterrenti²⁷. Infine, i condannati per tale reato non debbono poter giovare della prescrizione, né di eventuali misure clemenziali, né delle generali cause di esclusione della punibilità, compreso lo stato di necessità²⁸.

La presente indagine terrà in debito conto il fatto che l'apparato sanzionatorio del divieto di tortura interagisce con una figura a geometria variabile, priva di una definizione trasversalmente accettata. L'illecito assume contorni diversi a seconda del sistema normativo di riferimento. Come si vedrà, però, dinamiche di armonizzazione sono in corso e vanno valorizzate.

Questi dati di contesto permetteranno, da un lato, di avanzare alcune osservazioni critiche sulle conclusioni che il Comitato ONU contro la tortura ha svolto nei confronti del reato di tortura di recente introdotto dal nostro legislatore e, dall'altro, di evidenziare gli effettivi profili problematici di tale nuova fattispecie.

3. Conclusioni del Comitato contro la tortura: considerazioni preliminari.

Tra i principali compiti affidati al Comitato contro la tortura vi è quello di esaminare le relazioni periodiche che gli Stati parte della Convenzione ONU del 1984 sono tenuti a trasmettere per fornire un resoconto sulle misure di attuazione adottate. Nelle sue ultime *Osservazioni conclusive* alla relazione presentata dall'Italia, il Comitato

²⁶ V., ad esempio, *Opuz v. Turkey*, 9 giugno 2009, 33401/02, par. 161; *Valiulienė v. Lithuania*, 26 marzo 2013, 33234/07, par. 70; v., altresì, *M.C. v. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, 39272/98, par. 148 ss. (in cui lo stupro non viene qualificato come tortura, bensì, genericamente, come pratica contraria agli artt. 3 e 8 della CEDU).

²⁷ V., ad esempio, *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 121.

²⁸ Il Comitato CAT esclude nettamente che, ai sensi della Convenzione del 1984, sia consentita l'operatività di prescrizione o misure clemenziali; v., ad esempio: Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 1, 5; Report del Comitato CAT sull'Italia 2017, cit., par. 12-13; Report del Comitato CAT sull'Italia 2007, cit., par. 19(c); *Guridi v. Spain*, 17 maggio 2005, 212/2002, par. 6.7. Nonostante l'uso di un linguaggio più sorvegliato, la Corte di Strasburgo giunge ad esiti simili, sempre con riguardo ad atti commessi da pubblici funzionari: *Cestaro v. Italy*, cit., par. 208, 225; *Mocanu v. Romania*, 17 settembre 2014, 10865/09, par. 326; *Abdişamet Yaman v. Turkey*, 2 maggio 2005, 32446/96, par. 55; *Bati v. Turkey*, 3 giugno 2004, 33097/96, par. 145-146. Quanto allo stato di necessità, il Comitato CAT ha criticato Israele per non averne escluso l'operatività anche nei *ticking bomb cases*: *Concluding observations on the fifth periodic report of Israel*, 3 giugno 2016, CAT/C/ISR/CO/5, par. 14-15. Il dibattito accademico dipinge però uno scenario più complesso. L'applicabilità delle cause di giustificazione, delle scusanti e delle circostanze attenuanti in scenari eccezionali è stata ampiamente discussa dalla dottrina internazionale che, con diversità di accenti, non la esclude del tutto, purché rimanga ancorata ad una valutazione *ex post facto* di esclusiva competenza del giudice penale, senza alcuna previa autorizzazione, sia essa legislativa (esimenti speciali previste dalla legge con norma generale ed astratta) o giudiziaria (i c.d. *torture warrants*). V., per tutti, anche per ulteriori riferimenti, K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 261 ss.; J.D. OHLIN, *The Bounds of Necessity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 289 ss.; P. GAETA, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 785 ss.; E. BENVENISTI, *The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists*, in *European Journal of International Law*, vol. 8(4), 1997, p. 596 ss.

ha mosso tre significativi rilievi contro la formulazione del delitto di tortura prescelta dal Parlamento lo scorso luglio. Alcuni di essi sono stati condivisi dal Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa in una missiva inviata al Parlamento²⁹.

In primo luogo, il Comitato ha biasimato la mancata configurazione di un reato a dolo specifico, giudicando “incompleta” la definizione contenuta nel primo comma dell'art. 613-bis c.p.³⁰. L'organo di Ginevra non ha condiviso la decisione di non recepire l'elemento finalistico previsto dalla Convenzione ONU, che si articola in tre scopi alternativi cui deve mirare la condotta: *a) ottenere informazioni o confessioni, b) punire, intimidire o fare pressioni e c) discriminare*³¹.

In secondo luogo, il Comitato ha espresso perplessità rispetto alla scelta di aver strutturato la tortura come un reato comune, ciò che trascurerebbe a suo avviso uno dei pilastri definitori essenziali, cioè il fatto che il soggetto attivo sia in possesso di una qualifica pubblicistica, ovvero sia agisca a titolo ufficiale³².

Infine, l'istituzione ginevrina ha stigmatizzato gli “elementi superflui” introdotti dalla legge n. 110/2017³³. Le *Osservazioni conclusive* non specificano quali siano questi componenti aggiuntivi, lasciando intendere che si tratti di ogni elemento costitutivo ulteriore rispetto a quelli scanditi dalla definizione accolta dall'art. 1 della CAT. Naturalmente, il commento del collegio si riferisce a quelli che determinano un “significativo restringimento” dell'ambito di applicabilità della fattispecie italiana rispetto a quanto preteso dal trattato³⁴.

In questa sede ci si intende soffermare principalmente sulle prime due censure, data la loro centralità nella messa a fuoco della tipicità della figura in esame. Prima di addentrarsi nello studio di questi aspetti specifici, giova anteporre tre considerazioni di carattere più generale.

In primo luogo, vale la pena precisare che l'illecito di cui si occupa la Convenzione dell'ONU rimanda al reato *ordinario* di tortura, da non confondere con il corrispondente crimine internazionale. Il divieto di tortura infatti, come già anticipato, risulta da una stratificazione normativa che tocca diversi settori del diritto internazionale. Oltre ad essere una violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, la tortura costituisce una grave violazione del diritto internazionale umanitario che

²⁹ Lettera del Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, 16 giugno 2017, CommHR/NM/sf 027-2017, reperibile a questo [link](#).

³⁰ Report del Comitato CAT sull'Italia 2017, cit., par. 10.

³¹ Meno schematicamente, nel testo ufficiale: “obtaining from [the victim] 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”.

³² Il diritto internazionale parla genericamente di *public official*, sicché non sarebbe del tutto appropriato tradurre il termine utilizzando la più specifica nozione di pubblico ufficiale. Si è quindi preferito l'uso delle generiche espressioni “funzionario pubblico” e “agente pubblico”, comprendenti tutti gli individui che agiscono “a titolo ufficiale”.

³³ Report del Comitato CAT sull'Italia 2017, cit., par. 11.

³⁴ Report del Comitato CAT sull'Italia 2017, cit., par. 10.

assurge a crimine di guerra³⁵. Inoltre, la tortura, ove commessa nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, integra un crimine contro l'umanità³⁶.

Si può quindi discutere se l'Italia, tramite l'introduzione del nuovo delitto di tortura, abbia adempiuto o meno agli obblighi posti dalla Convenzione ONU del 1984. Ma resta il fatto che il nostro paese non ha ancora recepito i crimini internazionali previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale (detto anche "Statuto di Roma"), tra cui figura appunto anche la tortura, nella duplice veste di crimine contro l'umanità e crimine di guerra³⁷. Il dibattito sull'adeguatezza della legge n. 110 a dare piena attuazione al citato trattato dell'ONU sulla c.d. tortura di Stato non deve oscurare la questione relativa ai tempi ed alle modalità di introduzione nel nostro ordinamento della tortura quale crimine internazionale³⁸.

In secondo luogo, la querelle tra il Comitato CAT e lo Stato italiano offre l'ennesima occasione per ragionare sulla c.d. fertilizzazione incrociata (*cross-fertilization*), un fenomeno che avviene quando concetti o risultati interpretativi elaborati in uno specifico ambito del diritto vengono "trapiantati" in un diverso settore giuridico. Nel caso della tortura, occorre fare attenzione a "prendere in prestito" nozioni e interpretazioni sviluppatesi nel settore dei diritti umani – in cui hanno cittadinanza canoni esegetici espansivi – per utilizzarle nel limitrofo ramo del diritto

³⁵ Basti richiamare, senza pretesa di completezza, gli artt. 3, comma 1, lett. a), 27, 147 della Convenzione di Ginevra (IV), e l'art. 8, comma 2, lett. a), ii) (conflitti armati a carattere internazionale) e comma 2, lett. c), i) (conflitti armati non internazionali) dello Statuto della Corte penale internazionale. V., altresì, *supra*, nota 5.

³⁶ V., ad esempio, l'art. 7, comma 1, lett. f) dello Statuto della Corte penale internazionale.

³⁷ Si segnala che l'ordinamento penale militare vieta espressamente, per mezzo di un mosaico di norme incriminatrici (tra cui spicca l'art. 185-bis c.p.m.g.), gli atti costituenti tortura o altri trattamenti inumani. Sulle pene previste aleggia però il sospetto di inadeguatezza, a causa di una modica cornice edittale: v. Comitato CAT, *Summary Record of the 761st Meeting*, 11 maggio 2007, CAT/C/SR.761, par. 33 (Mariño Menéndez); nello stesso senso, R. RIVELLO, *Gli episodi di tortura a civili o prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida dir.*, n. 6, 2002, p. 25 ss. e A. LANZI, T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 3, 2004, spec. p. 689 ss., che evidenziano anche come la clausola di sussidiarietà del citato art. 185-bis c.p.m.g. determini l'applicazione delle fattispecie comuni proprio per i fatti di tortura più gravi. Per ulteriori approfondimenti, v. M. DELLI SANTI, *Il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. pol.*, 2007, spec. p. 344-347. Sull'applicabilità del diritto di guerra anche alle missioni internazionali a cui partecipano corpi di spedizione italiani, v. S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 287 ss.

³⁸ Si precisa comunque che, per quanto riguarda i crimini internazionali (inclusa la tortura), non discendono obblighi di incriminazione, neppure impliciti, dalla ratifica dello Statuto di Roma. Gli Stati contraenti sono esclusivamente tenuti, in sede di attuazione, ad introdurre norme che consentano la cooperazione con la Corte penale internazionale ("CPI"). L'unico obbligo di introdurre fattispecie penali investe i reati contro l'amministrazione della giustizia; ne rimangono dunque esclusi i *core crimes* di diritto internazionale, il cui inserimento nell'ordinamento interno è solo *promosso* dallo Statuto, in quanto condizione che – pur non indispensabile – agevola l'esercizio del potere punitivo a livello statale, impedendo, in virtù del principio di complementarietà, l'attrazione dei fatti contestati nell'orbita giurisdizionale della Corte dell'Aia. V. CPI, *Al-Senussi, Judgment on the appeal [against the Pre-Trial Chamber's] "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi"*, 24 luglio 2014, par. 119.

penale, retto invece dal principio di stretta legalità³⁹. Nel soppesare le osservazioni del Comitato dell'ONU occorre tenere ben presente, quindi, che esse riflettono un preciso punto di vista⁴⁰. Non avendo il Comitato, per sua natura, specifiche sensibilità penalistiche, le sue considerazioni non vanno insomma assolutizzate; pare anzi doveroso bilanciarle con principi cui nel nostro ordinamento si riconosce rango costituzionale, tra cui quello di legalità.

La terza osservazione di ordine generale riguarda il ruolo del Comitato contro la tortura. Giova ricordare che la Convenzione del 1984 ha incaricato il Comitato di *vigilare sulla corretta attuazione del trattato* da parte degli Stati contraenti, attribuendogli poteri e compiti precisi⁴¹. Orbene, la Convenzione ha fissato una *soglia minima* di punibilità della tortura, concentrandosi su quelle forme in cui vi è il coinvolgimento di funzionari pubblici⁴². Il trattato permette espressamente agli Stati di superare questa soglia minima ed adottare una fattispecie maggiormente comprensiva⁴³, purché siano rispettati gli standard definatori della Convenzione⁴⁴. In altre parole, l'illecito configurato nei sistemi giuridici nazionali non può restringere l'area di punibilità minima fissata dal trattato; non può cioè intaccare, limitandone la portata, gli elementi costitutivi della tortura di Stato. Per queste ragioni, può destare perplessità il fatto che il Comitato abbia criticato l'assenza del dolo specifico e della qualifica pubblicistica dell'agente nel reato di tortura introdotto in Italia, visto che questa scelta sembra – almeno *prima facie* – ampliare il raggio d'intervento della fattispecie. L'organo ginevrino favorisce soluzioni normative il più possibile aderenti al testo della Convenzione in quanto teme che “gravi discrepanze” tra la definizione convenzionale e quella nazionale rechino con sé il rischio di creare lacune di tutela⁴⁵; una tendenziale uniformazione della definizione di tortura è anche ritenuta utile a fini simbolici, di

³⁹ Per una descrizione puntuale di questa dinamica, v. E. MACULAN, *Judicial Dialogue and the Definition of Torture: The Importation of ICTs from European Jurisprudence*, in P. Lobba, T. Mariniello (a cura di), *Judicial Dialogue*, cit., p. 184 ss.

⁴⁰ Cfr. Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 8. Contesta profondamente l'importazione all'interno del diritto penale internazionale di logiche appartenenti al settore dei diritti umani D. ROBINSON, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, p. 925 ss.

⁴¹ J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 150 ss., che analizza nel dettaglio le varie procedure di monitoraggio previste dagli artt. 19-24 della CAT.

⁴² Artt. 1 e 4 della CAT.

⁴³ Art. 1, comma 2, della CAT: “This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application”. V., altresì, Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 8: “States parties must make the offence of torture punishable as an offence under its criminal law, in accordance, *at a minimum*, with the elements of torture as defined in article 1” (corsivo aggiunto). L'uso di “in accordance” indica la possibilità di concepire elementi costitutivi “simili”, anche se non coincidenti, con quelli di cui all'art. 1; la locuzione “at a minimum” conferma che la definizione contenuta nel trattato mira solo a stabilire la soglia minima di punibilità, non a cristallizzare una definizione immutabile di tortura.

⁴⁴ Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 9: “the Committee recognizes that broader domestic definitions also advance the object and purpose of this Convention so long as they contain and are applied in accordance with the standards of the Convention, at a minimum”.

⁴⁵ Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 9, 11.

deterrenza e di monitoraggio⁴⁶. Tuttavia, rimane il fatto che esula dagli scopi del trattato (e dai compiti istituzionali del Comitato) tentare di uniformare la definizione di tortura adottata negli ordinamenti nazionali.

A questo punto, si tratta di comprendere se l'aver disegnato un delitto privo di questi due pilastri caratterizzanti – il dolo specifico e la qualifica soggettiva dell'autore – non abbia effettivamente limato l'incisività delle tutele penali contro la tortura di Stato, la cui prevenzione e repressione non sono solo obiettivo della CAT bensì anche priorità di natura costituzionale⁴⁷.

4. Conclusioni del Comitato contro la tortura: gli elementi caratterizzanti della tortura (anzi, la loro mancanza).

Il presente paragrafo si occupa di analizzare più nel dettaglio i primi due rilievi mossi dal Comitato ONU e fatti propri da alcuni commentatori della legge italiana.

La tesi che si intende dimostrare è che queste critiche, da un lato, vanno ridimensionate nel merito e, dall'altro, mettono in ombra i problemi più pressanti che solleva il nuovo delitto di tortura.

4.1. Il dolo specifico.

Un'osservazione preliminare riguarda la possibilità di recepire senza adattamento alcuno la definizione di tortura contemplata dalla CAT. La formulazione dell'elemento finalistico dell'illecito sembrerebbe infatti porsi in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza, data la notevole elasticità e vaghezza che caratterizza alcuni dei suoi componenti⁴⁸. Per questo motivo (e non solo⁴⁹), non pareva una

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ V. *infra* nota 114.

⁴⁸ Nello stesso senso, J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 122; C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., p. 206. V., altresì, O. DE FROUVILLE, *The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, p. 642, che dà conto di come anche taluni giudici penali internazionali abbiano riconosciuto la vaghezza delle nozioni elaborate nel ramo dei diritti umani, come tali sovente inadatte a fornire le basi per fattispecie penali. V., altresì, *Myummyun v. Bulgaria*, cit., par. 76, in cui la Corte EDU ha chiarito come per rispettare gli obblighi imposti dall'art. 3 della CEDU non si possa fare affidamento ad elementi descrittivi vaghi, in violazione del principio di legalità ex art. 7 della medesima Convenzione. La dottrina maggioritaria ritiene invece che la definizione della CAT sia direttamente trasferibile nel nostro sistema penale; v., ad esempio, A. DI MARTINO, *Appunti sulla tipizzazione del fatto*, cit., p. 101-102; F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., p. 154-155.

⁴⁹ Una diretta trasposizione della definizione della CAT sarebbe stata impedita anche da come essa delinea il requisito relativo al soggetto agente, il quale, non richiedendo alcuna connessione tra la condotta e l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri inerenti alla funzione pubblica dell'agente, creerebbe una (inammissibile) figura di reato d'autore. Se concepita come reato proprio, la tortura deve infatti

soluzione praticabile quella di importare senza modifiche la figura descritta dall'art. 1 della Convenzione, quasi bastasse un mero rinvio alla stessa da parte di una norma penale interna che si limitasse a prevedere la sanzione applicabile⁵⁰. Nello specifico, le perplessità derivano dal carattere puramente illustrativo della lista degli scopi prevista dall'art. 1 della CAT, confortato tanto dall'analisi testuale⁵¹ quanto dalla giurisprudenza internazionale⁵².

Ciò premesso, gli scopi previsti dalla CAT avrebbero potuto essere recepiti come un *numerus clausus*, andando così a svolgere, potenzialmente, una utile *funzione tipizzante* nella struttura normativa della fattispecie. Come messo in evidenza dalla dottrina, il fine perseguito dall'agente incide sul contenuto di tipicità del fatto di reato e contribuisce a determinarne l'offesa⁵³. Nelle fattispecie a dolo specifico, infatti, la condotta deve presentarsi come uno strumento volto al raggiungimento dello scopo stabilito dal legislatore, a pena di non poter superare il giudizio di tipicità⁵⁴. Da questa prospettiva, la contestazione del Comitato CAT andrebbe letta come tentativo di "attribuire alla tortura una fisionomia assai precisa"⁵⁵, contrassegnata da tratti qualificanti non rinunciabili, necessari a preservarne la specifica identità e ad evitare la sua sovrapposizione con altri illeciti di minor gravità.

rappresentare il perverso non di un qualsiasi potere pubblicistico, ma di quello inerente alle funzioni esercitate dall'autore dell'illecito.

⁵⁰ Si può argomentare diversamente in riferimento alla norma incriminatrice *ex art. 185-bis c.p.m.g.* dato che, contemplando essa la tortura ed i trattamenti inumani quali *crimini di guerra*, non soggiace ai medesimi standard di stretta legalità imposti ai reati ordinari, ma può lecitamente rinviare a nozioni stabilite "dalle convenzioni internazionali", nonostante il loro minor tasso di tassatività e determinatezza. Il rinvio a fonti sovranazionali è presente in vari articoli del c.p.m.g., senza che ciò abbia sollevato problemi di ordine costituzionale (v. ad esempio artt. 174, 184-bis, 212). Giova richiamare a tal proposito che, secondo un principio consolidato fin dai tempi dei processi di Norimberga, i crimini facenti parte del diritto internazionale consuetudinario non abbisognano di norma interna di recepimento per essere fonte diretta di responsabilità penale individuale (v., per tutti, *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* (1950), pubblicati in *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1950, par. 97, Principle II), sempre che siano rispettati i canoni di prevedibilità ed accessibilità (TPJ, *Milutinović, Decision on Dragoljub Ojdanić's motion challenging jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, Camera d'appello, 21 maggio 2003, par. 37 ss.). Può essere istruttivo, da un punto di vista comparatistico, ricordare che la Corte suprema degli Stati Uniti ha stabilito, già da due secoli, che non contrasta con il principio che le norme penali debbano essere definite con sufficiente certezza il fatto che la fonte interna rinvii alle fonti internazionali per la definizione di un reato contro "the law of nations" (nel caso specifico, la pirateria), *United States v. Smith*, 18 U.S. 153 (1820), opinione del giudice Story.

⁵¹ L'art. 1 della CAT recita "for such purposes as", formula che indica il carattere meramente esemplificativo della lista di finalità che segue.

⁵² V., ad esempio, TPJ, *Kvočka*, Trial Judgment ("TJ"), 2 novembre 2001, par. 140; TPJ, *Delalić*, TJ, 16 novembre 1998, par. 470.

⁵³ L. PICOTTI, *Il dolo specifico: un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 501 ss.

⁵⁴ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 87.

⁵⁵ Così, A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 1, 2018, p. 148, che ritiene queste rimostranze del Comitato CAT espressione di un'interpretazione "dinamica" delle norme della Convenzione ONU.

Tuttavia, l'indefettibile presupposto di una funzione tipizzante reale del nesso teleologico è quello della determinatezza del fine specifico, che dev'essere una *determinatezza autonoma* rispetto a quella della condotta, non inferiore a quella richiesta per le autonome ipotesi delittuose⁵⁶.

Nel caso di specie, è la stessa CAT a non limitare la tortura al suo archetipo – la tortura giudiziaria – ma ad estenderne il raggio agendo proprio sull'elemento finalistico. In aggiunta al fine di estorcere informazioni, il trattato annovera quelli di punire, intimidire, costringere e discriminare. La capacità inclusiva di questi scopi è talmente elevata da mettere in dubbio l'esistenza di condotte che non possano rientrarvi, salvo casi piuttosto marginali. A parere di alcuni, persino gli atti commessi senza apparente ragione o per sadismo potrebbero facilmente essere considerati come diretti ad intimidire la vittima, rientrando così nella definizione sopra citata⁵⁷. C'è di più. Secondo un indirizzo del Tribunale per l'ex Jugoslavia, alle finalità espressamente elencate dalla Convenzione se ne affiancherebbe una ulteriore, cioè quella di umiliare la vittima⁵⁸, degradando il requisito ad inutile pleonasma. Pare infatti arduo immaginare un atto che, nel cagionare acute sofferenze fisiche o psichiche, non implichi l'umiliazione della vittima.

La graduale perdita di centralità dell'elemento finalistico a livello internazionale è confermata dallo Statuto della Corte penale internazionale. La definizione del crimine contro l'umanità di tortura ivi contenuta ha del tutto abbandonato il dolo specifico, configurando un reato a dolo generico⁵⁹. Questa opzione, che ha trovato riscontri anche a livello nazionale⁶⁰, è stata salutata con favore da molti studiosi poiché la prescrizione normativa degli scopi avrebbe potuto creare indesiderabili zone di impunità⁶¹. Il corrispondente crimine di guerra, tuttavia, continua ad essere connotato da dolo specifico⁶². Non offre spunti univoci, dal canto

⁵⁶ L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 519-520.

⁵⁷ C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7 – Crimes against humanity*, in O. Triffterer, K. Ambos (diretto da), *The Rome Statute of the ICC. A Commentary*, 3° ed., Monaco, 2016, p. 272, nota 829.

⁵⁸ TPJ, *Furundžija*, TJ, 10 dicembre 1998, par. 162, che giustifica l'estensione tramite il riferimento alla "generale ispirazione del diritto internazionale umanitario, il cui scopo primario è quello di salvaguardare la dignità umana". Più prudente TPJ, *Krnjelac*, TJ, 15 marzo 2002, par. 186, che nega carattere consuetudinario alla finalità di umiliare la vittima. Considera ancora aperto il dibattito su questo punto C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 170.

⁵⁹ Art. 7, comma 1, lett. f) dello Statuto della Corte penale internazionale.

⁶⁰ V., ad esempio, art. 7, comma 1, n. 5 del Codice tedesco dei crimini di diritto internazionale (*Völkerstrafgesetzbuch*); art. 607-bis, comma 2, n. 8 del c.p. spagnolo; art. 50, comma 1 dell'*International Criminal Court Act 2001* del Regno Unito.

⁶¹ K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Vol II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, 2014, p. 90-91, che, alla nota 340, fornisce ulteriori riferimenti di autori concordi sul punto. Si segnala, invece, l'autorevole voce dissenziente di N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture in International Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 55, 2002, p. 467 ss.

⁶² Art. 8, comma 2, lett. a), ii) (conflitti armati a carattere internazionale) e lett. c), i) (conflitti non internazionali) dello Statuto di Roma; *Elements of Crimes*, art. 8, comma 2, lett. a), ii)-1, *War crime of torture* (p. 14), par. 1-2; *Elements of Crimes*, art. 8, comma 2, lett. c), i)-4, *War crime of torture* (p. 32-33), par. 1-2. Conferma la rilevanza dell'elemento finalistico nel crimine di guerra, CPI, *Mbarushimana*, *Decision*

suo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, incerta nel considerare lo scopo perseguito dall'agente un carattere essenziale o meramente eventuale dell'illecito⁶³.

Alla luce della rapida panoramica appena effettuata, la scelta italiana di non introdurre un elemento finalistico non pare dunque così anomala. Come osservato poc'anzi, è stata la stessa Convenzione ONU ad ampliare la lista degli scopi che devono muovere l'agente, optando per una nozione "allargata" di tortura⁶⁴. Così facendo, la CAT si è aperta ad alcune finalità di dubbia capacità selettiva, tra cui quella di intimidire la vittima o un terzo, o di umiliare la vittima.

Ciò precisato, un nesso teleologico sapientemente congegnato (quindi più limitato di quello convenzionale) avrebbe forse potuto diventare "un filtro di tipo 'soggettivo' oper[ante] nella cernita dei comportamenti punibili"⁶⁵, contribuendo ad una più efficace tipizzazione del reato proprio⁶⁶. Si considerino le condotte compiute nel corso di operazioni di ordine pubblico. In tali casi, l'elemento finalistico avrebbe potuto escludere la punibilità a titolo di tortura dell'uso sproporzionato, ma legittimo nei fini, di tecniche coercitive da parte delle forze di polizia. Questi eccessi non rientrano infatti tra le condotte comunemente classificate come tortura a livello

on the Confirmation of Charges, Camera preliminare, 16 dicembre 2011, par. 169, in cui i giudici si rifiutano di confermare un'imputazione di tortura per maltrattamenti contro civili il cui specifico scopo non era stato oggetto di prova; gli atti sono stati qualificati come trattamenti crudeli. Nello stesso senso, CPI, *Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, Camera preliminare, 3 luglio 2009 par. 299.

⁶³ Se il paradigma dominante per distinguere la tortura dai trattamenti inumani e degradanti sembra basarsi sulla gravità della sofferenza (v., per tutti, *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, 5310/71, par. 167), in molte decisioni, anche della Grande Camera, la Corte chiama in causa il criterio della specifica finalità della condotta, che qualifica come elemento costitutivo della tortura (v., per tutti, *The Greek Case: Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece [...]*, Report of the Commission, 5 novembre 1969, 3321/67, in *ECHR Yearbook* 12, vol. 2, parte 2, 1969, p. 186 ss.). Recentemente, nel caso *Cestaro v. Italy*, cit., par. 182, 189, 190, i giudici di Strasburgo hanno valorizzato ulteriori indici, tra cui il carattere gratuito delle violenze, la loro sproporzione con i legittimi obiettivi di polizia, il loro essere state provocate deliberatamente e la loro finalità punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione della vittima. Mette in evidenza, con abbondanza di riferimenti giurisprudenziali, i due divergenti orientamenti della Corte EDU, W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 174 ss.

⁶⁴ Il concetto di tortura ritenuto valido nel sistema giuridico internazionale almeno fino ai primi anni '70 si componeva di due figure essenziali: la tortura giudiziaria e la tortura pena. V., ad esempio, due tra i celebri processi celebrati di fronte ai tribunali militari statunitensi all'indomani della seconda Guerra mondiale: *U.S. v. Brandt et al.*, 19 agosto 1946, ristampa in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. II (c.d. *Medical Case*), p. 246-247; *U.S. v. Altstoetter et al.*, 3-4 dicembre 1947, ristampa in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. III, (c.d. *Justice Case*), p. 1088-1093; v. altresì, J.S. PICTET (a cura di), *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, 1958, sub artt. 32 (p. 223) e 147 (p. 598); *Greek Case*, cit., p. 186.

⁶⁵ N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 239.

⁶⁶ In termini simili, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 del 2017]*, in A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Torino, 2018, p. 242-243, che correttamente sottolinea anche i rischi derivanti dalla possibile operatività del dolo eventuale.

internazionale, bensì, eventualmente, tra i trattamenti inumani o degradanti, salvo i casi di violenze gratuite o assolutamente sproporzionate⁶⁷.

L'assenza del dolo specifico nella norma italiana, dunque, rischia in effetti di estendere eccessivamente il campo d'applicazione del reato di tortura, soprattutto per quanto riguarda l'uso sproporzionato della forza da parte delle forze di polizia. Tale scelta normativa non va tuttavia drammatizzata⁶⁸, tanto più che non sembra alterare significativamente le fattezze, già di per sé multiformi, della figura prevista dall'art. 1 della CAT; e, nei limiti in cui lo fa, lo fa senza inficiare lo scopo del trattato, vale a dire senza aprire indebiti spazi d'impunità⁶⁹. Al contrario, essa rischia di schiudere indesiderabili prospettive di eccessiva penalizzazione.

Occorre ora valutare l'operato del nostro legislatore sulla scorta della sua opzione a favore di un reato comune. Non è possibile infatti scindere la questione del dolo (specifico o generico) dall'alternativa tra reato proprio o comune: l'elemento finalistico si sposa solo con la tortura di Stato, restando irrilevante nella tortura tra privati⁷⁰.

4.2. La qualifica soggettiva del soggetto agente.

4.2.1. Il sistema internazionale dei diritti umani.

La seconda obiezione del Comitato CAT offre l'occasione per soffermarsi sull'annosa questione della tortura quale reato comune o reato proprio, questione su cui vi è stato ampio dibattito durante i lavori preparatori della legge italiana. Giova qui allargare lo sguardo ai più recenti sviluppi nel campo internazionale, giacché, come notato in premessa, la novella è stata energicamente sollecitata invocando la necessità di adempiere agli obblighi internazionali e ha (finalmente) visto la luce – dichiaratamente – proprio per farvi fronte. Le direttrici di sviluppo della nozione di tortura internazionalmente riconosciuta, inoltre, offrono un *benchmark* utilizzabile per valutare la strada intrapresa del legislatore interno e collocarla all'interno di tendenze più generali.

⁶⁷ Consiglio DU, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Manfred Nowak, 9 febbraio 2010, A/HRC/13/39 ("Report dello Special Rapporteur 2010"), par. 44, 60; Addendum dello Special Rapporteur 2010, cit., par. 38, 188; *Cestaro v. Italy*, cit., par. 182, 190; *Krastanov v. Bulgaria*, 30 settembre 2004, 50222/99, par. 53; *Darraj c. France*, 4 novembre 2010, 34588/07, par. 44; *Austrianu v. Romania*, 12 febbraio 2013, 16117/02, par. 65; v., altresì i casi citati in D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 241 ss.

⁶⁸ L'integrazione del reato resta infatti subordinata alla realizzazione di altre condizioni, tra cui la modalità di condotta e la gravità dell'evento lesivo.

⁶⁹ Nello stesso senso, F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., p. 181-182.

⁷⁰ T. PADOVANI, ascoltato dalla Commissione II Giustizia, Camera dei Deputati, seduta del 22 ottobre 2014, *Resoconto stenografico* (di seguito, "Audizione alla Camera"), p. 4.

L'ordinamento internazionale presenta figure di tortura differenziate, ognuna rispondente alle logiche di fondo del sotto-settore cui appartiene. Nell'ambito dei diritti umani, sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 7), sia la CEDU (art. 3) concepiscono la tortura come un illecito il cui autore può essere *chiunque*⁷¹. Di conseguenza, gli obblighi discendenti sugli Stati contraenti impongono di adottare misure idonee a prevenire e reprimere anche la tortura tra privati⁷². Questa conclusione, dedotta dal carattere assoluto del divieto e dalla dottrina degli obblighi positivi⁷³, appare ormai un'acquisizione consolidata⁷⁴.

Per quanto non vincolante per l'Italia, è istruttivo, per cogliere esaurientemente le linee evolutive del diritto internazionale, fare cenno al sistema interamericano per la protezione dei diritti umani. Anche in quel contesto convivono nozioni non coincidenti di tortura, in particolare con riguardo alla questione del soggetto attivo. Gran parte degli Stati oltreoceano, in aggiunta al trattato ONU del 1984, hanno ratificato un altro strumento regionale in materia, la *Convenzione inter-americana per la prevenzione e punizione della tortura* del 1985⁷⁵. In modo simile al trattato ONU, la Convenzione inter-americana concepisce la tortura come una condotta connessa al potere pubblico⁷⁶. Nonostante ciò, nel formulare una definizione di tortura valida ai propri fini, la più recente giurisprudenza della Corte inter-americana dei diritti umani, malgrado qualche perdurante (quanto criticata) oscillazione sul punto⁷⁷, omette il rigido *public official*

⁷¹ Comitato DU, *General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 marzo 1992, HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I), par. 2; *M. and others v. Italy and Bulgaria*, cit., par. 99-100; *H.L.R. v. France*, 29 aprile 1997, 24573/94, par. 40; *Z. and others v. United Kingdom*, 10 maggio 2001, 29392/95, par. 73; *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 149, 150, 153.

⁷² Uno Stato non può, ovviamente, essere chiamato a rispondere di ogni violazione dei diritti fondamentali commessa da privati nell'ambito della sua giurisdizione. Sui criteri che guidano il giudizio di responsabilità, v., ad esempio, *Z. and others v. United Kingdom*, 10 maggio 2001, 29392/95, par. 73; *Osman v. United Kingdom*, 28 ottobre 1998, 23452/94, par. 115-116.

⁷³ Comitato DU, *General Comment No. 20*, cit., par. 2; *H.L.R. v. France*, cit., par. 40.

⁷⁴ V., ad esempio, *Škorjanec v. Croatia*, 28 marzo 2017, 25536/14, par. 59 ("the Court notes that its case-law consistently and clearly establishes that Article 3 of the Convention requires the implementation of adequate criminal-law mechanisms once the Court has found that the level of severity of violence inflicted by private individuals attracts protection under that provision" (corsivo aggiunto)); *O'Keeffe v. Ireland*, 28 gennaio 2014, 35810/09, par. 172.

⁷⁵ *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, adottata a Cartagena de Indias, Colombia, in data 9 dicembre 1985 ed entrata in vigore il 28 febbraio 1987, *OAS Treaty Series* n. 67.

⁷⁶ L'art. 3 della Convenzione inter-americana dei diritti umani stabilisce che la tortura può essere commessa da: "A. A public servant or employee who acting in that capacity orders, instigates or induces the use of torture, or who directly commits it or who, being able to prevent it, fails to do so. B. A person who at the instigation of a public servant or employee mentioned in subparagraph (a) orders, instigates or induces the use of torture, directly commits it or is an accomplice thereto".

⁷⁷ Corte IADU, *González ("Cotton Field") v. Mexico*, 16 novembre 2009, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, par. 242; cfr., tuttavia, la *Concurring Opinion* della giudice Cecilia Medina Quiroga, che critica la Corte per non aver qualificato come tortura le violenze commesse contro le tre vittime solo perché non era stata fornita la prova di un coinvolgimento degli agenti pubblici. In ogni caso, la Corte inter-americana ha sviluppato da anni una dottrina assimilabile a quella strasburghese degli obblighi positivi, da cui deriva l'obbligo statutale di prevenire, a certe condizioni, le violazioni dei diritti umani, incluse quelle commesse da privati. Il *landmark case* sull'"obligation to guarantee" è Corte IADU, *Velásquez*

*requirement*⁷⁸. In quest'ottica, i giudici di San José hanno riconosciuto che la tortura può verificarsi anche in “contesti di custodia, dominio o controllo nei quali la vittima si trovi indifesa”⁷⁹. Si badi, queste decisioni riguardano pur sempre atti commessi da funzionari pubblici; è innegabile però come esse, nel delineare la nozione di tortura generalmente applicabile in ambito interamericano, segnalino l'emersione di una fattispecie allargata, emancipata dal nesso pubblicistico.

Direttamente vincolante per l'Italia, invece, e reiteratamente invocata come punto di riferimento nell'identificazione di una definizione adeguata degli atti costituenti tortura, è la più volte citata Convenzione dell'ONU del 1984. Uno dei punti qualificanti di tale strumento è proprio il suo concentrarsi sulla “tortura di Stato”. Esso è stato perciò spesso chiamato in causa, a mo' di *argumentum ad auctoritas*, nelle critiche mosse contro la diversa opzione sugellata nella legge n. 110/2017. Come per ogni normativa extra-sistemica, tuttavia, occorre considerare non solo il dato testuale, ma anche il contesto di appartenenza.

Lo studio della dottrina internazionalistica chiarisce che le ragioni che hanno portato a confinare il divieto alla sola tortura di Stato non rispecchiano logiche penalisticamente rilevanti, ma quelle tipiche invece del settore internazionale. Da una parte, la limitazione soggettiva in discorso riflette un paradigma classico del diritto internazionale secondo cui la responsabilità degli Stati non può che derivare da condotte attribuibili a funzionari pubblici⁸⁰. Dall'altra, essa si spiega con l'intenzione dei contraenti di evitare eccessive intrusioni nella sovranità statale, accontentandosi di colpire gli abusi a maggior rischio di impunità, il cui efficace contrasto richiedeva dunque l'intervento della comunità internazionale⁸¹.

Inoltre, la Convenzione è essa stessa testimonianza della tendenza espansiva che riguarda il *public official requirement*. Rispetto alla Dichiarazione ONU del 1975⁸², che ne costituisce il diretto precursore, la CAT si differenzia proprio per l'ampia definizione del soggetto attivo dell'illecito. Al pubblico funzionario in senso stretto (“public official”, nel testo del 1975) la Convenzione del 1984 equipara tutti coloro che agiscono a titolo ufficiale, inclusi i consulenti, collaboratori esterni o appaltatori, nonché i soggetti che operano in concerto o per conto dello Stato o sotto la sua

Rodríguez v. Honduras, 29 luglio 1988, Merits, par. 173; v., altresì, *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, 31 gennaio 2006, Merits, Reparations and Costs, par. 123.

⁷⁸ Corte IADU, *Ruano Torres v. El Salvador*, 5 ottobre 2015, Merits, Reparations and Costs, par. 121 (“se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: a) es intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito”); *Bayarri v. Argentina*, 30 ottobre 2008, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, par. 81; *Bueno Alves v. Argentina*, 11 maggio 2007, Merits, Reparations and Costs, par. 76.

⁷⁹ Corte IADU, *I.V. v. Bolivia*, 30 novembre 2016, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, par. 263.

⁸⁰ N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., p. 467-493. V., altresì, P. GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *Journal of International Criminal Justice* 2008, p. 189-191.

⁸¹ J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 1, 120.

⁸² *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, risoluzione dell'Assemblea generale n. 3452 (XXX), 9 dicembre 1975.

direzione o controllo o comunque “*under colour of law*”⁸³. Alla commissione diretta degli atti di tortura, vengono affiancati l’istigazione ed il consenso espresso o tacito da parte dell’*intransus*.

Su questi elementi, già di per sé ad ampio raggio, si innesta un’interpretazione ulteriormente espansiva del Comitato CAT, condivisa dal Relatore speciale del Consiglio per i diritti umani dell’ONU. A loro avviso, l’obbligo di prevenzione, indagine e punizione – che presuppone norme penal-processuali adeguate – si applica anche alla *tortura privata*. In altre parole, incorre in responsabilità internazionale, ai termini della Convenzione ONU, anche lo Stato che trasgredisca negligenemente (nell’ampia accezione sopra descritta, che comprende condotte omissive quali l’indifferenza, l’acquiescenza e la tolleranza) agli obblighi di indagare e perseguire penalmente gli atti di tortura, compresi quelli compiuti da privati⁸⁴.

Questa analisi rivela innanzitutto una complessiva tendenza internazionale a considerare tortura anche alcuni abusi commessi da privati, così proseguendo in un processo di espansione di cui la stessa Convenzione ONU del 1984 costituisce una tappa fondamentale⁸⁵. L’indagine mostra anche come un’ipotetica attuazione dei trattati ratificati dall’Italia, in particolare della CAT, mediante un reato proprio tradizionalmente inteso – centrato cioè sulle figure del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio e senza deroghe alla disciplina del concorso nel reato – non avrebbe assicurato l’integrale adempimento dei relativi obblighi.

⁸³ Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 15 (in francese: “*ou encore au nom de la loi*”; in spagnolo: “*o de cualquier otra forma al amparo de la ley*”). Il sintagma inglese designa le situazioni in cui, di fatto, l’atto appare compiuto sulla base di una disposizione di legge, a prescindere dall’effettiva competenza dell’agente, in punto di diritto, ad esercitare quel potere. Cfr. *Black’s Law Dictionary*, 9° ed., St. Paul, 2009, p. 301, voce “*color*” (“Appearance, guise, or semblance; esp., the appearance of a legal claim to a right, authority, or office”).

⁸⁴ Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 18 (“where State authorities [...] know or have reasonable grounds to believe that acts of torture or ill-treatment are being committed by non-State officials or private actors and they fail to exercise due diligence to prevent, investigate, prosecute and punish such non-State officials or private actors consistently with the Convention, the State bears responsibility”); Consiglio DU, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak*, 15 gennaio 2008, A/HRC/7/3, par. 31 (“the language used in Article 1 of the Convention concerning consent and acquiescence by a public official clearly extends State obligations into the private sphere and should be interpreted to include State failure to protect persons within its jurisdiction from torture and ill-treatment committed by private individuals”). V., altresì, Comitato CAT, *Elmi v. Australia*, 25 maggio 1999, Communication No. 120/1998, UN Doc. CAT/C/22/D/120/1998, par. 6.5 (anche i membri delle autorità di fatto, tra cui le organizzazioni o i gruppi che esercitano di fatto prerogative statali, “agiscono a titolo ufficiale” ex art. 1 della CAT).

⁸⁵ La dilatazione dell’illecito è stata effettuata dalla CAT anche con riguardo al nesso teleologico, arricchendo, rispetto alla Dichiarazione del 1975, l’elenco degli scopi che deve caratterizzare la tortura.

4.2.2. Il sistema penale internazionale.

Esaminiamo ora la sfera penale internazionale. Mentre i trattati sui diritti umani appena passati in rassegna trovano applicazione – perlomeno nella fisiologia⁸⁶ – rispetto ad atti di tortura isolati (o comunque non sistematici), il diritto penale internazionale nasce per occuparsi tendenzialmente di attività criminose commesse in modo massivo. Nonostante nella realtà dei fatti emerga sovente il coinvolgimento degli apparati statali, ciò non trova riscontro sul piano normativo: i crimini internazionali prescindono dalla qualifica pubblicistica dell'agente nella maggior parte dei casi, richiedendo piuttosto la sussistenza di un contesto di *violenza organizzata su larga scala*⁸⁷. Nei crimini contro l'umanità, ad esempio, questa condizione può realizzarsi in attuazione sia di una politica statale, sia di un disegno criminoso concepito da un'organizzazione privata⁸⁸; ad esempio, un partito politico⁸⁹ o un'associazione mafiosa, eversiva o terroristica, purché strutturalmente idonei a realizzare il fine perseguito. A rilevare non è tanto il tipo di entità cui appartiene il soggetto agente, bensì la magnitudine dell'attacco⁹⁰. La condotta individuale deve presentare un

⁸⁶ In realtà è oramai pacifico che, anche nelle situazioni di conflitto armato, il sistema dei diritti umani non cede il passo a quello del diritto umanitario, ma si affianca a quest'ultimo. V. Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 luglio 2004, Advisory Opinion, par. 106; J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, p. 303. Svariati sono i possibili modelli di interazione tra i due sistemi normativi; per un ampio ragguaglio sulle diverse tesi, v., per tutti, O.A. HATHAWAY *et al.*, *Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in *Minnesota Law Review*, vol. 96, 2012, p. 1883 ss.

⁸⁷ G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3° ed., Oxford, 2014, p. 35-36, 170.

⁸⁸ G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., p. 343; D. ROBINSON, in R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3° ed., Cambridge, 2014, p. 240; C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., p. 250 (che centrano l'analisi sull'*idoneità strutturale* dell'organizzazione a realizzare il piano criminoso); *contra*, C. KRESS, *On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 855 ss. La giurisprudenza prevalente sposa una concezione sostanzialistica di "organizzazione" che non ne richiede caratteri (para-)statali; per un'efficace sintesi delle varie posizioni e per i necessari riferimenti, v. E. AMATI, E. MACULAN, *Crimini contro l'umanità*, in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3° ed., Torino, 2016, p. 366-370.

⁸⁹ V., ad esempio, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Camera preliminare, 31 marzo 2010, par. 115 ss.

⁹⁰ Sembra di questo avviso anche A. DI MARTINO, *Appunti sulla tipizzazione del fatto*, cit., nota 39, che parla a tal proposito di reati del potere, "anche se non necessariamente statale", purché effettivamente detenuto, e quindi in grado di commettere attività criminose su larga scala.

sufficiente nesso funzionale con il suddetto elemento di contesto⁹¹ che non la faccia apparire un atto isolato⁹².

È quindi del tutto assodato che un crimine internazionale può essere commesso da un individuo privo di attributi pubblicistici. Inoltre, tanto il genocidio, quanto i crimini contro l'umanità, non richiedono l'esistenza di un conflitto armato, ma possono verificarsi in ogni tempo⁹³, incluso in contesti politico-istituzionali stabili⁹⁴. Per questi motivi, pare pertinente includere il diritto penale internazionale nell'attuale panoramica degli sviluppi internazionali del reato di tortura.

Tornando alla specifica questione della definizione di tortura, da tempo il requisito della qualifica pubblicistica dell'agente è stato abbandonato sia dalle fonti statutarie sia dalla giurisprudenza, che si sono allineate su questo punto alla nozione accolta a Strasburgo, non senza dare adito ad alcune perplessità circa il rispetto del principio di legalità⁹⁵. A partire dalla sentenza nel caso *Kunarac*, i Tribunali penali internazionali hanno invariabilmente configurato la tortura come un reato comune⁹⁶. A loro avviso, il diritto internazionale *consuetudinario* non prevederebbe alcuna restrizione legata al ruolo dell'autore del reato, dato che, per espressa disposizione

⁹¹ Per approfondire l'interpretazione dell'elemento di contesto offerta dagli organi di giustizia penale internazionale v., G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., p. 334 ss.; C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., p. 164 ss.

⁹² Per i relativi riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., p. 167. Secondo consolidata giurisprudenza, anche i crimini di guerra possono essere commessi da privati, purché sussista, appunto, un sufficiente nesso funzionale con il conflitto armato. Ciò non significa che la condotta debba necessariamente essere stata ordinata o anche solo tollerata da una delle parti belligeranti, né che essa debba mirare a realizzare obiettivi propri di una delle parti. Su questo punto, anche per ulteriori riferimenti, v. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., p. 422-425.

⁹³ Il progressivo abbandono del requisito della connessione con un conflitto armato, da tempo non più in dubbio, è ben descritto in E. AMATI, E. MACULAN, voce *Crimini contro l'umanità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. *****, vol. IV, 2011, Torino, p. 141 ss.

⁹⁴ V., a titolo illustrativo, le situazioni all'esame della Corte penale internazionale (<https://www.icc-cpi.int/>). Le indagini hanno riguardato (o riguardano) presunti crimini commessi, ad esempio, da cittadini di Regno Unito, Kenya, Colombia e Costa d'Avorio – tutti paesi caratterizzati da una relativa stabilità politico-istituzionale.

⁹⁵ Sull'intreccio tra giurisprudenza di Strasburgo e diritto penale internazionale in materia di tortura e trattamenti inumani o degradanti e la relativa tensione con il principio del *nullum crimen*, v., per tutti, E. MACULAN, *Judicial Dialogue*, cit.; E. SANTALLA VARGAS, *Confronting the Divergent Notions of Torture and Other Ill-Treatment under the Rome Statute through the Lens of Cumulative Conviction*, in P. LOBBA, T. MARINIELLO (a cura di), *Judicial Dialogue*, cit., p. 203 ss.; M. FARRELL, *Just How Ill-treated Were You?*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, p. 482 ss.; O. DE FROUVILLE, *The Influence*, cit., p. 633 ss.

⁹⁶ TPJ, *Kunarac*, TJ, 22 febbraio 2001, par. 470 ss. Questo esito interpretativo ha trovato conforto nelle pronunce successive: v., ad esempio, TPJ, *Kvočka*, TJ, 2 novembre 2001, par. 139, 141; TPJ, *Limaj*, TJ, 30 novembre 2005, par. 240; TPJ, *Stanišić*, TJ, 30 maggio 2013, par. 49; TPR, *Semanza*, AJ, 20 maggio 2005, par. 248. In dottrina, con varietà di accenti critici, v. C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence*, cit., p. 174 ss.; P. GAETA, *When is the Involvement*, cit., p. 183 ss.; J. MARSHALL, *Torture Committed by Non-State Actors: The Developing Jurisprudence from the Ad Hoc Tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, p. 171 ss.; S. SIVAKUMARAN, *Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: The Actor and the Ad Hoc Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 541 ss.; F. DE VITTOR, *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento per la definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 427 ss.

normativa⁹⁷, il requisito soggettivo previsto dalla Convenzione ONU del 1984 non avrebbe valenza generale⁹⁸. Lo Statuto della Corte penale internazionale non ha che confermato la natura di reato comune della tortura, sia nella sua veste di crimine contro l'umanità, sia in quella di crimine di guerra⁹⁹. Identica indicazione proviene dalla bozza di Convenzione sui crimini contro l'umanità approvata dall'autorevole Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite. In quello che costituisce il più recente rilevamento del diritto consuetudinario in materia, il percorso di emancipazione della tortura da ogni necessità di coinvolgimento dell'apparato statale (o para-statale) pare giunto al termine, con la definitiva stabilizzazione di tale figura quale reato comune¹⁰⁰.

Preme osservare che questa rimozione di uno dei capisaldi concettuali della tortura è avvenuta proprio nel settore che meno subirebbe effetti restrittivi dalla presenza di tale elemento costitutivo. I crimini di massa, infatti, vedono di frequente il coinvolgimento di un'entità statale o para-statale. Pare poco probabile, dunque, che questo complessivo rimodellamento discenda da sotterranei motivi di "giustizia sostanziale". Le ragioni addotte dalla giurisprudenza per giustificare l'estensione mostrano come sarebbe fuorviante minimizzare la portata di questa evoluzione richiamando il fatto che, in fin dei conti, i crimini internazionali sono illeciti tipicamente statali e che, quindi, la presenza o meno del requisito pubblicistico non inciderebbe sull'esito di gran parte dei processi. Emerge nitidamente, invece, come questo sviluppo segni un *mutamento di paradigma*, perfettamente coerente con le dinamiche che interessano il campo dei diritti umani, cui si è fatto cenno in precedenza.

L'innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali sta gradualmente ampliando il perimetro della nozione di tortura, riverberandosi sul tipo di condotte che ne sono ricomprese¹⁰¹. Non si tratta di un evento straordinario, ma di un'altra tappa in una storia che, iniziata dal "nucleo originario" costituito dalla tortura

⁹⁷ L'art. 1 della CAT stabilisce che la definizione di tortura ivi sancita vale solo "ai fini della presente Convenzione".

⁹⁸ V., per tutti, TPJ, *Kunarac*, TJ, cit., par. 473; TPJ, *Kunarac*, AJ, 12 giugno 2002, par. 148; TPR, *Semanza*, AC, cit., par. 248; TPJ, *Kvočka*, AJ, 28 febbraio 2005, par. 280 ss. Di diverso avviso, P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni*, cit., p. 416-420.

⁹⁹ Art. 7, comma 2, lett. e) e art. 8, comma 2, lett. a), ii), 1), Statuto della CPI. Riteneva che lo Statuto avesse adottato, sotto questo aspetto, una definizione più ampia di quella vigente nel diritto internazionale consuetudinario, A. CASSESE, *Crimes against Humanity*, in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, p. 374. Più di recente, è stato invece affermato che, in realtà, l'abbandono, da parte dello Statuto, del *public official requirement* "segue una tendenza del diritto internazionale consuetudinario": C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., p. 205.

¹⁰⁰ Commissione del diritto internazionale, *Crimes against humanity (Texts and titles of the draft preamble, the draft articles and the draft annex provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading)*, 26 maggio 2017, A/CN.4/L.892, art. 3, comma 2, lett. h).

¹⁰¹ Per le implicazioni di questo principio sulla soglia di gravità delle sofferenze, v. *Selmouni v. France*, 28 luglio 1999, 25803/94, par. 101.

giudiziaria, è fatta di continue “estensioni di ciò che si intende per ‘tortura’”¹⁰². Una storia, d’altra parte, tutt’altro che nuova nel diritto penale¹⁰³.

5. La nuova fisionomia della tortura.

La progressiva espansione della concezione internazionale di tortura, ormai in via di definitivo consolidamento, stimola un ripensamento del ruolo tradizionalmente attribuito al dolo specifico e alla qualifica soggettiva dell’agente. Questi due elementi restano forse legati ad una concezione classica della tortura – al suo nucleo originario – che risale alla duplice funzione che essa svolgeva nel medioevo, di mezzo di ricerca della “prova regina” (la confessione) e di pena corporale¹⁰⁴.

Eppure, essi parevano fondamentali nella puntualizzazione della precipua offesa della fattispecie¹⁰⁵. A fronte della loro perdita di centralità nell’economia dell’illecito, ci si chiede da quale altro *tratto caratteristico* possa desumere il proprio profilo di tipicità il reato di tortura, in modo da mantenere una sua autonoma e specifica sembianza, specialmente in rapporto alle ordinarie lesioni all’integrità fisica o psichica. A quale elemento può essere assegnato il compito di catturare quell’eccezionale disvalore che giustifica il severo trattamento riservato alla tortura?

Un serio confronto con tale interrogativo richiederebbe un grado di approfondimento che esula dai parametri imposti dalla natura del presente contributo. Ci si limita allora a proporre una riflessione sulla soluzione contemplata dallo Statuto della Corte penale internazionale. La scelta non è casuale. Si tratta, innanzitutto, di uno strumento internazionale a vocazione prettamente *penalistica*. In più, pur occupandosi di crimini di massa, è il primo intervento normativo a convalidare esplicitamente un’importante dinamica di armonizzazione della nozione di tortura – che interessa proprio l’elemento centrale della discordia – avvicinando sensibilmente la figura a quella accolta, stavolta in relazione a reati ordinari, dai più importanti trattati sui diritti umani.

Abbandonato il requisito della qualifica pubblicistica, il nuovo equilibrio della fattispecie ruota attorno al rapporto di soggezione o controllo che deve intercorrere tra soggetto attivo e soggetto passivo. Ai sensi dell’art. 7, comma 2, lett. e) dello Statuto di

¹⁰² C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2017, p. 1386.

¹⁰³ L’esempio più immediato è quello dei reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale, in cui l’evoluzione del sentire sociale e culturale ha determinato la dilatazione del concetto di violenza sessuale. V., ad esempio, nel contesto interno, G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, Aggiorn., vol. IV, Milano, 2000, p. 1153 ss. (interpretazione “oggettivo-contestuale” del concetto di atto sessuale, spesso accolta dalla Cassazione), e nel contesto internazionale, *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 154-166 (che rigetta, sulla scorta di un’analisi storico-comparativa, il requisito dell’uso della forza da parte del soggetto agente, per accogliere invece una definizione di violenza sessuale basata sull’assenza di consenso da parte della vittima).

¹⁰⁴ Su cui, per tutti, T. PADOVANI, *Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, vol. 3 *Tortura*, a.a. 2006/2007, Pisa, 2015.

¹⁰⁵ Come osserva C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence*, cit., p. 174 ss.

Roma, tortura è “l’intenzionale inflizione di gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo”.

In questo modo si è operato uno *spostamento significativo dell’asse di lesività* della fattispecie. Infatti, come autorevolmente osservato, il fulcro dell’offesa del classico reato proprio di tortura si identifica con il “tradimento”, con la “perversione” del potere coercitivo affidato al pubblico funzionario¹⁰⁶. Al contrario, un reato comune che faccia leva sul suddetto rapporto di controllo-soggezione tra soggetto attivo e soggetto passivo si attaglia ad ogni inflizione di gravi sofferenze ad una persona in stato di impotenza nei confronti dell’agente. Questa configurazione prescinde dalla qualifica soggettiva dell’autore. Non è più indispensabile che vi sia stato un utilizzo scorretto del potere pubblico. In quest’ottica, il tratto caratteristico del reato risiede nella *natura della condotta, piuttosto che nello status della persona che l’ha compiuta*¹⁰⁷.

La nozione di tortura si è dunque espansa, arricchendosi di nuovi contenuti rispetto alla sua iniziale conformazione a respiro pubblicistico, compiendo così un altro passo in un cammino che da tempo conduce verso un progressivo ampliamento del suo perimetro definitorio¹⁰⁸. La nuova cifra dell’offesa, in questa prospettiva, va ricercata nella *condizione di impotenza* in cui, in virtù del dominio esercitato dall’agente, si trova il soggetto che subisce le gravi sofferenze fisiche o mentali.

Né la giurisprudenza né la dottrina hanno avuto per ora occasione di offrire un’esaustiva descrizione del requisito del controllo. Sembra comunque fuori discussione che esso sottenda una condizione di assoggettamento simile ma meno intensa di quella insita nella detenzione vera e propria¹⁰⁹; una situazione di totale ed incontrollata signoria dell’autore sulla vittima che impedisce a quest’ultima di sottrarsi alle sevizie¹¹⁰ e che rende difficile l’intervento di terze persone¹¹¹.

6. Brevi osservazioni critiche sul modello di incriminazione accolto in Italia.

6.1. La controversa introduzione del reato comune di tortura.

La novella del 2017 sembra suggellare questo mutamento di paradigma che ha interessato la nozione di tortura. In continuità con le recenti tendenze internazionali, il primo comma dell’art. 613-bis prevede un reato comune, privo di un requisito finalistico. La disposizione, inoltre, seleziona l’area di punibilità avvalendosi di un

¹⁰⁶ T. PADOVANI, Audizione alla Camera, p. 4-5.

¹⁰⁷ TPJ, *Kunarac*, TJ, cit., par. 495.

¹⁰⁸ V. *supra*, § 4.1.

¹⁰⁹ K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, cit., p. 91.

¹¹⁰ C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., p. 272; E. AMATI, E. MACULAN, *Crimini contro l’umanità*, cit., p. 375.

¹¹¹ G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., p. 365. Va segnalato che autorevole dottrina ritiene che l’innovativa definizione contenuta nello Statuto di Roma non condurrebbe, in realtà, ad esiti interpretativi molto lontani da quelli raggiunti in base alla definizione “tradizionale”. Il requisito della custodia/controllo implicherebbe difatti un ruolo in qualche modo ufficiale dell’aggressore. Così ragiona N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., p. 25-26.

elemento che richiama il rapporto di soggezione, controllo o tutela tra l'agente e la vittima, spesso valorizzato a livello internazionale. La rilevanza attribuita anche alla condizione di minorata difesa della vittima conferma come il baricentro dell'offesa, in questa figura delittuosa, risieda nel provocare gravi sofferenze ad una persona che si trova in un qualificato stato di vulnerabilità ed impotenza.

La scelta a favore di un reato comune è stata aspramente criticata dal Comitato CAT, dal Commissario per i diritti umani e da parte della dottrina¹¹². In tale generalizzato rigetto ha probabilmente pesato il tentativo – talvolta emerso nel corso dei lavori parlamentari – di adottare una formulazione della fattispecie diretta a sabotarne l'effettività contro gli abusi delle forze di polizia¹¹³, così tradendo quello che dovrebbe essere l'obiettivo primario, *costituzionalmente* imposto¹¹⁴, di una legge contro la tortura. Ha pesato, altresì, l'assunto secondo cui la legge n. 110/2017 avrebbe introdotto un'unica figura di tortura, confondendo abusi d'autorità e abusi interpretati.

Il punto chiave è chiarire se l'introduzione di un reato comune abbia affievolito la tutela contro la tortura di Stato, non fosse altro che per la possibile diluizione dello stigma associato ad una classe di condotte – quelle "ufficiali" – la cui gravità si colloca indubbiamente su tutt'altro ordine di grandezza. A nostro avviso, la risposta, da un punto di vista strettamente normativo, è negativa. In un'unica disposizione – l'art. 613-bis c.p. – si annidano infatti *due figure autonome di reato*, contrassegnate da condotte e gradi di lesività ben distinti¹¹⁵. Il primo comma si risolve in una particolare forma di

¹¹² Report del Comitato CAT sull'Italia 2017, cit., par. 10; Lettera del Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, cit.; E. SCARONA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, p. 263-266; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2018, p. 400-402; S. AMATO, M. PASSIONE, *La legge italiana: un profilo giuridico*, in *St. quest. crim.*, fasc. 13(2), 2018, p. 51 ss.; E. ZUCCA, *Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana, tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni*, in *St. quest. crim.*, fasc. 13(2), 2018, p. 67 ss.; ID., *La decisione della Corte EDU su Bolzaneto. Un altro grido nel deserto*, in *Quest. giust.*, 21 novembre 2017, p. 3-4; A. GAMBERINI, *La punizione della tortura entra dalla porta di servizio, il testo in Gazzetta*, in <http://www.quotidianogiuridico.it/>; G. LANZA, [Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016, p. 20-22; ID., *Obblighi internazionali*, cit., p. 754-759. Vedono con favore l'introduzione, accanto ad un reato proprio, di un reato comune di tortura, purché dal primo ben distinto, F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 7-8, 22; T. PADOVANI, *Audizione alla Camera*, cit., p. 5; A. DI MARTINO, *Appunti sulla tipizzazione del fatto*, cit., p. 106-107; F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., p. 173; v., altresì, F. POCAR, *Reato di tortura*, cit., p. 7.

¹¹³ Basti leggere, per tutte, le dichiarazioni del senatore Maurizio Gasparri riportate da L. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, *La legge sulla tortura*, cit., nota 25.

¹¹⁴ Sottolinea condivisibilmente A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., spec. p. 390, 396, che le più pressanti ragioni a favore dell'introduzione di un reato (proprio) di tortura emanano dalla nostra Costituzione.

¹¹⁵ Al netto dei dubbi sollevati da una formulazione ed una collocazione normativa ambigua, sostengono la natura autonoma della figura di cui al secondo comma dell'art. 613-bis, F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 5; I. MARCHI, [Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014, p. 6 (v. però *ibid.*, p. 5); P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 229-232; M.L. MATTHEUDAKIS, *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, 2° ed., Milano, 2017, p. 254; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613-bis c.p.)*, in *Studium Iuris*, fasc. 1, 2018, p. 12-13; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in S. Seminara, G. Forti, G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017,

maltrattamento tra privati; il secondo punisce la perversione del potere coercitivo conferito all'autorità. Ciò consente di mantenere un separato inquadramento giuridico (e trattamento sanzionatorio) di due tipi di abusi che, ancorché non sovrapponibili, condividono non solo la contingente rubrica legislativa ma, oramai, una *comune cornice concettuale*. Detto altrimenti, nonostante la nozione di tortura si sia progressivamente estesa fino a coprire anche gli atti commessi da privati, la tortura di Stato, come impone la sua più intensa carica offensiva, avrà sorti penali autonome dalla tortura privata.

Un diverso interrogativo riguarda la reale necessità del reato comune. L'incriminazione della tortura privata risponde ad una effettiva lacuna di tutela? In linea di principio si direbbe di no, posto che il nostro ordinamento ha già mostrato di possedere un arsenale punitivo adeguato a reprimere le più gravi condotte di maltrattamento commesse dai privati¹¹⁶.

La scelta di prevedere, accanto ad una figura propria, anche un reato comune presenta d'altro canto una serie di non trascurabili vantaggi. Dal punto di vista internazionale, essa meglio risponde agli impegni assunti dall'Italia¹¹⁷. Sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia la CEDU chiedono di adottare misure preventive e repressive anche nei confronti degli atti commessi dai privati¹¹⁸. Quanto alla Convenzione ONU del 1984, la previsione del reato comune, da un lato, agevola l'adempimento degli ampi criteri di imputazione soggettiva sanciti dall'art. 1 del trattato¹¹⁹; dall'altro, pare maggiormente conforme all'interpretazione estensiva del testo convenzionale fatta propria dal Comitato contro la tortura e dal Relatore speciale¹²⁰. Giova ripeterlo: la sola introduzione di un delitto del pubblico ufficiale non avrebbe soddisfatto gli obblighi internazionali.

p. 2115; D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 24-25; S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giurisprudenza Penale Web*, vol. 11, 5 novembre 2017, p. 11-12; F. CANCELLARO, [Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2017, par. 5.4. Propendono, invece, per una sua natura circostanziale, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., p. 400-402, 405-406; F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., nota 41; E. SCARONA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 298-299. Inoltre, l'inquadramento della figura come circostanza aggravante è stato più volte ribadito (erroneamente, si crede) durante i lavori parlamentari: v., ad esempio, Camera dei Deputati, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano A.C. 2168-B. Dossier n° 149/2 - Schede di lettura*, 6 giugno 2017, p. 3-4; Camera dei Deputati, seduta del 26 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, p. 34 (Franco Vazio, relatore), 46 (Gennaro Migliore, rappresentante del Governo) e seduta del 5 luglio 2017, *Resoconto stenografico*, p. 91 (Rosanna Scopelliti); Senato della Repubblica, seduta del 6 luglio 2016, *Resoconto stenografico*, p. 31 (Nino D'Ascola, relatore).

¹¹⁶ V., ad esempio, [Trib. Monza, sent. 10 giugno 2016 \(dep. 22 agosto 2016\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2016, in cui i giudici hanno irrogato una pena di venti anni di reclusione in un caso di maltrattamenti commessi da privati con modalità restrittive ed afflittive pari a quelle tipiche della tortura.

¹¹⁷ In questo senso, F. LATTANZI, *La nozione di tortura*, cit., p. 170 (che però disapprova la restrizione relativa al rapporto tra autore dell'illecito e vittima presente nel reato comune); A. COLELLA, *La repressione*, cit., p. 32; F. ZACCHE', *Caso Cestaro c. Italia*, cit., p. 465.

¹¹⁸ Vero che si potrebbero invocare altre fattispecie, tra cui il maltrattamento in famiglia. Quest'ultimo però, oltre a non catturare la specifica offesa insita nella tortura, ha un campo di applicazione circoscritto, essendo un reato abituale e presupponendo un rapporto para-familiare tra soggetto agente e parte offesa.

¹¹⁹ In questo senso anche F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 22.

¹²⁰ V. *supra*, § 4.2.1.

La presenza di un reato comune può altresì evitare ingiustificabili disparità di tutela in casi in cui vi siano dubbi circa la qualifica di pubblico ufficiale dell'autore o circa il coinvolgimento di un pubblico ufficiale. Si immagini il caso di una persona sequestrata e torturata da agenti degli apparati di sicurezza di Stati stranieri. È pacifico che tali condotte esulano dal campo d'applicazione del reato proprio e quindi, in assenza di una fattispecie comune, sarebbero sottratte – a nostro avviso ingiustificatamente – allo stigma sociale ed alle conseguenze sanzionatorie associate alla tortura. Anche nell'eventualità che gli 007 stranieri operino nel nostro territorio con il consenso, espresso o tacito, delle autorità italiane o che addirittura si avvalgano della loro cooperazione, un'imputazione per tortura di Stato correrebbe il serio rischio di cadere, a causa delle innegabili difficoltà probatorie riguardanti la natura e la portata del coinvolgimento dei funzionari italiani¹²¹.

Il reato comune funzionerebbe insomma come *fattispecie di completamento* che estende la tutela ad altre condotte in tutto assimilabili a quelle ricomprese entro il nucleo forte della tortura, fatta eccezione per il profilo pubblicistico dell'abuso del potere. Altre situazioni in cui il reato potrebbe trovare applicazione sono quelle in cui operano gruppi neofascisti¹²², "ronde" organizzate da privati cittadini, associazioni criminali, gruppi terroristici, o organizzazioni private che pongono in essere violenze contro soggetti vulnerabili quali migranti o anziani loro affidati¹²³.

Certo, tanto più ampi i confini del reato, quanto più pressanti i problemi di sovrapposizione con altre fattispecie contigue, tra cui il maltrattamento *ex art. 572 c.p.* Una figura solida, costruita in armonia con la nozione emergente a livello internazionale, potrebbe offrire una risposta valorizzando due fondamentali elementi selettivi, la gravità della condotta ed il rapporto di controllo. Così non fa, purtroppo, il nostro legislatore, che come vedremo indebolisce tali assi portanti della fattispecie, intorpidendo la distinzione tra tortura e altri maltrattamenti "minori".

Il problema non va dunque identificato nella previsione di un reato comune di tortura, come fa il Comitato CAT, tanto più che il nostro ordinamento vi affianca un autonomo reato proprio, così sanzionando la superiore lesività degli abusi del potere pubblico. I pericoli più gravi, incombenti sui principi di tassatività ed offensività, provengono piuttosto da altri componenti dell'illecito, su cui si concentrerà il prossimo paragrafo.

¹²¹ Lo scenario è ispirato alla nota vicenda del sequestro di Abu Omar compiuto da alcuni agenti della CIA con la collaborazione dei servizi di sicurezza italiani. V. *Nasr and Ghali v. Italy*, 23 febbraio 2016, 44883/09. Le difficoltà probatorie in simili situazioni sono accentuate dal largo utilizzo che la Corte costituzionale consente di fare del segreto di Stato, su cui si veda, per tutti, T.F. GIUPPONI, *La Corte e il segreto: Abu Omar, ultimo atto*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2014, p. 386 ss.; A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato: una coesistenza problematica*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, 2015, p. 1719 ss.

¹²² L'intensificazione degli atti di violenza di matrice neofascista è denunciata da una recente risoluzione del Parlamento europeo, v. *European Parliament resolution of 25 October 2018 on the rise of neo-fascist violence in Europe*, 2018/2869(RSP), in <http://www.europarl.europa.eu>.

¹²³ Altri esempi sono forniti da F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 7.

6.2. Le reali criticità della fattispecie.

L'art. 613-*bis*, primo comma, c.p. impone che, ai fini della configurabilità del delitto di tortura, intercorra un rapporto di soggezione, controllo o tutela tra l'autore del reato ed il soggetto passivo. Nello specifico, la condotta deve essere rivolta ad una persona *a)* in stato di privazione della libertà personale oppure *b)* affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza dell'aggressore, ovvero *c)* in condizioni di minorata difesa. La collocazione sistematica della norma conferma che ad essere offesa "è, anzitutto, l'integrità morale del soggetto passivo", sottoposto "al potere arbitrario del torturatore", intesa come libertà psichica in senso ampio¹²⁴.

Un elemento che attiene allo stato di privazione o limitazione della libertà personale (e/o morale) dell'offeso non è affatto eccentrico rispetto alla nozione di tortura emersa a livello internazionale. Al contrario, esso può assumere un ruolo di rilievo nel sopperire alle incertezze insite nella soglia di gravità del dolore inflitto, controbilanciando allo stesso tempo l'estensione derivante dal superamento di un paradigma puramente pubblicistico della tortura.

L'analisi delle fonti internazionali suggerisce come uno dei tratti caratteristici della tortura sia la condizione di impotenza, soggezione, vulnerabilità del soggetto che la subisce¹²⁵. I lavori preparatori della CAT indicano che il trattato è nato proprio per tutelare le persone private della libertà personale e quelle "in potere o sotto il controllo, anche di fatto, del soggetto attivo"¹²⁶. Il Comitato di Ginevra conferma che gli obblighi discendenti dal trattato investono in primo luogo gli atti compiuti in *contesti di custodia o controllo*, non esclusi gli istituti ospedalieri, scolastici, militari, minorili o psichiatrici e quelli per la cura degli anziani o dei disabili¹²⁷. Il particolare stato di vulnerabilità che deve caratterizzare il soggetto passivo è messo in risalto anche dalla Corte EDU, che ha ravvisato la sussistenza di tortura in vicende in cui le sofferenze recavano offesa ad un individuo "indifeso"¹²⁸. L'impotenza della vittima, come già accennato, è un requisito costitutivo implicito del crimine contro l'umanità di tortura nello Statuto di Roma.

Sebbene in linea di principio non insolita nel panorama internazionale, ad attenta analisi la scelta del legislatore italiano si rivela *distonica*. Eccessivamente restrittiva, nel presupporre un *previo* affidamento della vittima alla "custodia, potestà,

¹²⁴ M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto*, cit., p. 228.

¹²⁵ Questa la posizione in Report dello Special Rapporteur 2010, cit., par. 60; v., altresì, J.H. BURGERS, H. DANELIUS, *The United Nations*, cit., p. 150.

¹²⁶ J.H. BURGERS, H. DANELIUS, *The United Nations*, cit., p. 120.

¹²⁷ Comitato CAT, *General Comment No. 2*, cit., par. 15, 17. V., altresì, Commissione per i diritti umani, [...] *Report by the Special Rapporteur, Mr. P. Kooijmans* [...], 19 febbraio 1986, E/CN.4/1986/15, par. 8, che parla di "situations in which human beings find themselves in the *absolute power* of other human beings" (corsivo aggiunto).

¹²⁸ F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 10. V., altresì, *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 149; *Valiulienė v. Lithuania*, cit., par. 73-75; *Opuz v. Turkey*, cit., par. 159, 168-170, 176.

vigilanza, controllo, cura o assistenza” dell’aggressore¹²⁹. Eccessivamente espansiva, nell’accontentarsi di un rapporto di controllo *debole* tra soggetto attivo e passivo.

Sul primo versante, la formulazione non abbraccia tutte le situazioni in cui la vittima si trovi *comunque* sottoposta all’autorità dell’agente, a prescindere da atti di affidamento anteriori e in qualche modo formalizzati. Ipotesi del genere possono manifestarsi durante operazioni di ordine pubblico che riducano ai minimi termini – nella sostanza annullandoli – i margini di libertà del soggetto passivo, instaurando di fatto un rapporto di soggezione e controllo. Gravi abusi del tutto ingiustificati, come quelli acclarati nel processo per l’irruzione nella scuola Diaz, rischiano quindi di restare impuniti, esponendo l’Italia a responsabilità internazionale¹³⁰.

Sul secondo versante, definendo in termini molto larghi il rapporto autore-vittima, la norma dilata eccessivamente l’area di punibilità del delitto. Lo Statuto di Roma, ad esempio, evoca – con soluzione equilibrata – contesti latamente custodiali o di *incontrollata signoria* dell’aggressore sulla vittima. L’art. 613-*bis* c.p. si applica invece a relazioni di dipendenza meno intense. In virtù del richiamo alla potestà, vigilanza, cura e assistenza, nonché alla minorata difesa, la disposizione colpisce anche condotte compiute nell’ambito di rapporti di affidamento deboli, che non comportano necessariamente situazioni di custodia, controllo o assoggettamento o, più in generale, situazioni in cui sia “molto difficile sottrarsi”¹³¹. Difatti, possono rientrare nella definizione codicistica gli atti posti in essere in contesti familiari o para-familiari, ma anche lavorativi, di educazione, cura o assistenza, *a prescindere dall’effettivo grado di controllo* insito nel legame autore-vittima e dalla difficoltà a sottrarsi alla sfera di signoria del torturatore.

Questa ampia presunzione legislativa di vulnerabilità crea un serio problema di sovrapposizione, ad esempio, con il reato di maltrattamenti in famiglia¹³². L’art. 613-*bis* c.p. potrebbe diventare un’altra fattispecie volta a punire generici atti di violenza. Lo smisurato allargamento dell’area di punibilità rischia di diluire il significato della tortura e, a lungo termine, di intaccare quello speciale e pressoché universale stigma che attirano su di sé tali gravi abusi¹³³.

¹²⁹ In termini simili, I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 3; M. PELISSERO, *L’introduzione del delitto*, cit., p. 230; S. AMATO, M. PASSIONE, *La legge italiana*, cit., p. 53.

¹³⁰ Ravvisa un rapporto di controllo tra agenti di polizia e persone perquisite all’interno della scuola Diaz, G. LANZA, *Verso l’introduzione*, cit., p. 26. In senso opposto, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia*, cit., par. 3. Un modo per assicurare la punibilità per tortura in simili situazioni è invocare la condizione di minorata difesa, richiamata dall’art. 613-*bis* c.p., che potrebbe applicarsi a contesti che determinano una particolare vulnerabilità della vittima. V. P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 236-237.

¹³¹ C. SOTIS, *Vincolo di rubrica*, cit., 1389. Utilizzano proprio la stessa espressione C.K. HALL, C. STAHN, *Article 7*, cit., p. 272 per descrivere il requisito di custodia-controllo sancito dallo Statuto di Roma.

¹³² Per una convincente analisi dei rapporti tra i due delitti, v. A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto*, cit., p. 14.

¹³³ Si potrebbe obiettare che nemmeno il criterio della custodia o controllo garantirebbe un’applicazione restrittiva del delitto, potendo comunque abbracciare atti commessi in ambienti scolastici, ospedalieri, di cura degli anziani, ecc. Premesso che la tortura *deve* potersi applicare anche in tali contesti di particolare vulnerabilità (come raccomandano gli organi di monitoraggio), il problema dell’eccessiva gittata dell’illecito risulta ridimensionato, se non risolto, a livello internazionale ricorrendo alla soglia di gravità delle sofferenze. A quanto consta, in nessun caso gli abusi più di frequente emersi in vicende avvenute

Il secondo nodo problematico della disposizione in commento riguarda la soglia di punibilità. Nel maldestro tentativo di limitare le potenzialità applicative del reato¹³⁴, il legislatore ha unito in un'unica fattispecie due figure distinte, la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti, determinando così una considerevole, quanto improvvida, *revisione al ribasso del grado di offesa minimo* richiesto per integrare il reato di tortura. Il delitto incapsula così un ventaglio amplissimo di condotte connotate da diverso disvalore. La soglia di gravità necessaria per soddisfare il parametro legislativo coincide con quella dei trattamenti inumani e degradanti, unanimemente considerati violazioni di minore intensità che non meritano lo stesso trattamento riservato alla tortura¹³⁵.

La scelta di attribuire, in ultima istanza, all'elemento dei trattamenti inumani la funzione di demarcare la frontiera del delitto *ex art. 613-bis c.p.* appare criticabile sotto almeno due punti di vista.

Il primo riguarda il rispetto del principio di tassatività della norma penale. Furono gli stessi redattori della CAT a lasciar fuori dall'orbita dell'art. 1 della Convenzione i trattamenti inumani o degradanti proprio perché giudicati inadeguati ad essere descritti in maniera sufficientemente precisa¹³⁶. A ciò si aggiunga la tendenza della Corte EDU ad abbassare la soglia minima richiesta per il riscontro di una violazione dell'art. 3 della CEDU, permettendo di ricomprendervi abusi qualificati diversamente in passato¹³⁷. Alcune pronunce hanno classificato come trattamenti

all'interno degli istituti scolastici (ad es. schiaffi o vessazioni varie) sono stati considerati violenze tali da meritare l'etichetta di tortura. Inoltre, anche il parametro della custodia o controllo può contribuire a distinguere la tortura dai maltrattamenti minori. La signoria normalmente esercitata dagli insegnanti sugli allievi non è comparabile, ad esempio, al dominio dell'agente di polizia su persone in stato di arresto o a quello del personale sanitario su anziani e disabili abbandonati a se stessi in una casa di riposo. Resta dubbia, al contrario, la funzione selettiva che potrebbe esercitare in questi casi la qualifica soggettiva dell'autore del reato. Per quanto possa destare perplessità l'applicabilità della tortura in ambiente scolastico, è agevole rilevare come gli insegnanti assumano la qualifica di pubblico ufficiale, talvolta persino al di fuori dell'orario di lavoro (Cass. pen., sez. 5, 12 febbraio 2014, n. 15367; Cass. pen., sez. 3, 6 febbraio 2008, n. 12419, Rv. 239839). Le loro condotte sarebbero dunque astrattamente classificabili come tortura anche ove l'ordinamento prevedesse esclusivamente un reato proprio. Discorso simile vale ad esempio per l'ausiliario socio assistenziale di una casa di riposo convenzionata, il quale assume la qualifica di incaricato di pubblico servizio (Cass. pen., sez. 3, 25 febbraio 2016, n. 26427).

¹³⁴ L'attuale formulazione è il risultato di un compromesso parlamentare volto ad eliminare, senza del tutto eliminare, il requisito della reiterazione delle condotte presente nella precedente versione del progetto di legge. L'esito dell'operazione, come sostenuto nel testo, è del tutto paradossale.

¹³⁵ V., per tutti, *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 90; *Ireland v. United Kingdom*, cit., par. 167. Ritiene, invece, che la soglia di gravità sancita dall'art. 613-bis c.p. coincida con quella tipica della tortura, M. PELISSERO, *L'introduzione del delitto*, cit., p. 238-239. Si nutre, tuttavia, qualche dubbio su questa operazione ermeneutica in quanto, pur mossa dal pregevole intento di sterilizzare le potenzialità espansive – condivisibilmente criticate – del riferimento ai trattamenti inumani e degradanti, si risolve in un'interpretazione abrogatrice.

¹³⁶ J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 47, 70-71, 149.

¹³⁷ Cfr. *Selmouni v. France*, cit., par. 101. Anticipava (auspicandola) questi sviluppi, A. CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, p. 258-259. Dà conto della

inumani o degradanti condotte di modesta lesività¹³⁸. Data la “mobilità” del parametro¹³⁹, dunque, la soglia di rilevanza penale risulta difficilmente determinabile a priori.

Il secondo e principale rilievo critico si appunta sull’inopportuna fusione in un’unica fattispecie di tortura e trattamenti inumani e degradanti, da sempre considerate, sul piano internazionale, due figure distinte, meritevoli di valutazione differenziata e generatrici di obblighi non coincidenti¹⁴⁰. Sottoporre la generalità delle condotte integranti due illeciti aventi un’offensività ben diversa al medesimo (rigoroso) trattamento sanzionatorio, nonché all’eguale carica stigmatizzante del *nomen* tortura, appare scelta né ragionevole né imposta dai vincoli internazionali. Essa reca con sé, inoltre, il rischio di banalizzazione della tortura, etichetta che diventa suscettibile di essere applicata anche a fatti di non eclatante severità, perdendo così tanto la sua natura ripugnante alla morale comune, quanto la capacità di indurre “disapprovazione universale” nella comunità internazionale¹⁴¹.

Vero è che il legislatore si è premurato di prevedere un’elevata soglia di gravità per entrambi gli eventi alternativi (*acute* sofferenze fisiche o *verificabile trauma* psichico); ciononostante, la prassi internazionale ha messo ampiamente in mostra le incertezze

tendenza espansiva della Corte EDU ricorrendo ad una ricca casistica M.D. EVANS, *Getting to Grips with Torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, p. 381.

¹³⁸ V., ad esempio, le violazioni dichiarate nelle cause *Slyusarev v. Russia*, 20 aprile 2010, 60333/00 (detenuto privato degli occhiali da vista per qualche mese); *Filiz Uyan v. Turkey*, 8 gennaio 2009, 7496/03 (applicazione di manette e presenza di guardie di sesso maschile, pur in attesa dietro un *séparé*, durante l’esame ginecologico di una detenuta). Malgrado non sia una decisione di condanna, giova richiamare, a testimonianza della natura “divisiva” del tema, *Costello-Roberts v. United Kingdom*, 25 marzo 1993, 13134/87 (tre sculacciate impartite dal preside ad un alunno di 7 anni ritenute di gravità non sufficiente da una risicata maggioranza di 5 giudici a 4). Sottolinea il rischio di applicazione dell’art. 3 della CEDU anche a condotte di minima lesività, con ulteriori riferimenti, M.D. EVANS, *Getting to Grips*, cit., p. 371-372.

¹³⁹ Parla al riguardo di un “piano mobile” A. COLELLA, *C’è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1819.

¹⁴⁰ Critici anche F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 9-10 e A. COLELLA, *La repressione*, cit., p. 34, 39, anche se in relazione ai trattamenti inumani o degradanti concepiti quali modalità alternative della condotta. “Ovvio” che i due tipi di violazioni debbano dar luogo a risposte punitive distinte anche secondo M.E. TARDU, *The United Nations [CAT]*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 56(4), 1987, p. 310.

¹⁴¹ M. STRAUSS, *Torture*, in *New York Law School Law Review*, vol. 48, 2003, p. 215.

insite nel parametro della gravità della sofferenza¹⁴², su cui tra l'altro sono destinate ad innestarsi, inevitabilmente, valutazioni soggettive¹⁴³ e vittimocentriche¹⁴⁴.

7. Conclusioni.

In conclusione, non si ritiene che le rimostranze del Comitato CAT abbiano colpito nel segno. Da un lato, la mancata adozione di un reato a dolo specifico sulla falsariga della Convenzione ONU, oltre a non essere una decisione particolarmente stravagante, non sembra aver compromesso in maniera apprezzabile i profili di tipicità ed offensività dell'illecito. Dall'altro, l'introduzione, in aggiunta ad un reato proprio, di un reato comune non sfigura il volto tipico della tortura ma, al contrario, contribuisce ad evitare ingiustificati deficit di tutela e meglio risponde agli obblighi internazionali di incriminazione. In entrambi i casi, l'opzione legislativa non devia dagli standard definitivi della CAT ma, anzi, si pone in linea di continuità con l'evoluzione della nozione di tortura riscontrata a livello internazionale.

Ciò non significa, ovviamente, che la tortura di Stato non continui ad essere una violazione che, "demol[endo] lo status di cittadino e di persona in chi la subisce, degradandolo a oggetto senza diritti e senza tutela"¹⁴⁵, merita un trattamento sanzionatorio differenziato rispetto alla tortura tra privati. Neppure si intende negare che, in Italia, il vuoto più lampante di tutela (e dunque la priorità di politica criminale) riguardasse la tortura di Stato. Ma questo non per ragioni storiche assolute¹⁴⁶ o per indefettibili obblighi di diritto internazionale, bensì per cogenti dettami costituzionali interni e carenze specifiche del nostro sistema penale.

¹⁴² Cfr. le acute e provocanti riflessioni di M. STRAUSS, *Torture*, cit., spec. p. 208-216, che ritiene di assoluta inidoneità selettiva i parametri fondati sul livello di sofferenza. Radicali critiche sulla reale portata chiarificatrice dei testi e della giurisprudenza internazionali che proibiscono la tortura – giudicati incapaci di indicare concretamente quando la soglia di dolore è da considerarsi superata – sono state mosse anche da M. SAIF-ALDEN WATTAD, *The Torturing Debate on Torture*, in *Northern Illinois University Law Review*, vol. 29, 2008, p. 1 ss.; D. SUSSMAN, *Defining Torture*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, vol. 37(2), p. 225 ss.; J. WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 1681 ss. Sottolinea l'indeterminatezza delle soglie di gravità che dividono tortura da trattamenti inumani, e questi ultimi dai maltrattamenti "minori" anche E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2009, p. 1255.

¹⁴³ In questo senso, v. M. FARRELL, *Just How Ill-treated*, cit., p. 482 ss.; E. BENVENISTI, *The Role of National Courts*, cit., p. 604-606; A. CULLEN, *Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the [ECTHR]*, in *California Western International Law Journal*, vol. 34, 2003, p. 33.

¹⁴⁴ Preoccupazione espressa anche da I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., p. 10-12. Osserva come il "vittimocentrismo" – che transita nel diritto penale veicolato da elementi tipici del settore dei diritti umani – generi tensione con i principi di stretta legalità e di colpevolezza, D. ROBINSON, *The Identity Crisis*, cit., spec. p. 927 ss.

¹⁴⁵ T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida dir.*, fasc. 4, 2007, p. 6-7.

¹⁴⁶ È lo stesso Fiorelli a ritenere la ricerca delle origini della tortura un esercizio fittizio. Dando torto sia a Voltaire sia ad Alfonso di Castiglia detto il Saggio, opina ragionevolmente che questa pratica "è un modo di procedere così umanamente ovvio che riesce difficile immaginare un'età in cui potesse non esser conosciuto": P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. 1, Milano, 1953, p. 3.

L'aver concentrato il fuoco dello sdegno sui due aspetti sopra citati ha lasciato in ombra quelle che si ritiene essere le reali criticità della neo-introdotta fattispecie, il cui cumulo genera un forte vulnus ai principi di determinatezza ed offensività. Ci si è soffermati in questa sede sull'elemento del rapporto tra agente e vittima, che non richiede – come dovrebbe – un grado di dominio tale da determinare l'incontrollata signoria del primo sulla seconda. Si è poi sostenuto che l'aver fissato la soglia di punibilità tramite la figura dei trattamenti inumani e degradanti rischia non solo di punire come tortura condotte di modesta gravità, ma anche di rendere estremamente incerta l'individuazione del limite inferiore della fattispecie. Queste non sono che due esemplificazioni del pesante difetto di precisione che inficia la configurazione del reato (*rectius*: dei reati). Simili considerazioni riguardano anche altre tessere di questo confuso mosaico. Al di là del criterio di gravità dell'evento, cui già si è fatto menzione, si pensi al parametro della "crudeltà" dell'azione o a quello della "minorata difesa". I problemi sollevati da queste due nozioni risultano amplificati dal ruolo cruciale che esse sono destinate a svolgere negli equilibri della fattispecie¹⁴⁷. Candidate naturali a diventare valvole di sfogo, possono, con la loro intrinseca vaghezza, divorare la (restante) tipicità del reato.

Se la preoccupazione sottesa ai rilievi critici del Comitato CAT, del Commissario per i diritti umani e della dottrina era legata al timore di una fattispecie a ridotta capacità incriminatrice contro gli abusi delle forze di polizia, si ha qualche esitazione a sottoscriverla. Si è dimostrato che gli aspetti al centro della polemica – ci si riferisce in particolare alla previsione di un reato comune a dolo generico – non determinano un depotenziamento della tutela contro la tortura di Stato (discendente, piuttosto, da altri nodi problematici¹⁴⁸). Se durante i lavori preparatori poteva essere una comprensibile strategia argomentativa quella di enfatizzare le presunte "mostruosità" del testo in discussione per stimolarne una revisione, controbilanciando le pressioni esercitate dalle forze di polizia¹⁴⁹, ora bisogna badare a non farsi condizionare dall'onda lunga di quelle rappresentazioni¹⁵⁰. Sembra, insomma, che

¹⁴⁷ La crudeltà è l'unica, tra le tre modalità alternative di condotta, a permettere la punibilità di una singola azione. La minorata difesa è una clausola residuale che entra in gioco quando la condizione di vulnerabilità della vittima non sia stata determinata da un suo *previo* affidamento all'aggressore.

¹⁴⁸ Un reale indebolimento di tutela deriva, piuttosto, dai dubbi che circondano altri punti della fattispecie, tra cui la necessaria "verificabilità" del trauma psichico, la possibile irrilevanza delle condotte omissive e la necessità di un *previo* affidamento della vittima all'agente. Rimane anche, naturalmente, la possibilità che la giurisprudenza qualifichi come circostanza aggravante, anziché come reato autonomo, la figura descritta dal secondo comma dell'art. 613-bis c.p., sottoponendola così al giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 c.p.

¹⁴⁹ Per un esempio di quelle pressioni, v. P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni*, cit., p. 438. V., altresì, E. ZUCCA, *La decisione della Corte EDU*, cit., p. 7 e L. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, *La legge sulla tortura*, cit., p. 41 (gli apparati delle forze di polizia sono stati gli interlocutori privilegiati del Parlamento, talvolta con modalità di audizione opache).

¹⁵⁰ Risulta, ad esempio, contrario alla chiara lettera della norma continuare a sostenere che essa non colpisce le torture commesse mediante una singola condotta. Cfr., già durante il termine dei lavori parlamentari, Camera dei Deputati, Seduta del 26 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, p. 45 (Gennaro Migliore).

l'inguaribile elasticità che affligge molti degli elementi del reato rechi con sé il rischio di un'estrema incertezza applicativa – con potenziale eccesso di criminalizzazione – che si riverbera negativamente su tutti i possibili destinatari della norma, inclusi i titolari di potere coercitivo. Non è rassicurante per nessuno che l'imprecisione del reato, come giustamente sostenuto, ne faccia in ultima istanza dipendere le sorti applicative dalla "cultura degli operatori della giustizia"¹⁵¹.

Sussiste semmai un pericolo nel lungo periodo: il pericolo che si eroda gradualmente la legittimazione della cornice giuridica repressiva contro la tortura. È cioè possibile che l'eccessiva dilatazione della nozione di tortura¹⁵² – e l'effetto inflattivo che potrebbe innescare – inizi ad incrinare quel consenso "quasi" universale circa il divieto di tortura e, di conseguenza, vada ad intaccare la giustificabilità – e dunque la tenuta – di quei principi rigorosi di derivazione internazionale che, per ora, ne sanciscono la natura di divieto a carattere assoluto ed inderogabile. Principi su cui affonda le radici la nostra identità culturale e lo stesso Stato di diritto, e che andrebbero dunque salvaguardati ad ogni costo.

¹⁵¹ P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni*, cit., p. 440-441, che osserva, tra l'altro, come nemmeno la fedele conformità alla definizione della CAT abbia assicurato in altri ordinamenti l'efficace repressione della tortura di Stato. Aderisce sostanzialmente alla stessa posizione A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., p. 405, 412, censurando il fatto che la concreta operatività del reato venga a dipendere dalla "tempra morale" o, all'opposto, dall'accidia o voglia di "quieto vivere" del singolo magistrato chiamato ad applicarla. Alcune vicende sintomatiche di questo secondo, inaccettabile, approccio hanno fortunatamente ottenuto giustizia grazie al sistema di tutela garantito dalla CEDU: v., *Pennino v. Italy*, 12 ottobre 2017, 21759/15, par. 49 ss.; *Alberti v. Italy*, 24 giugno 2014, 15397/11, par. 66-70.

¹⁵² V. *supra* § 6.2.