



10/2017

## PUNIRE LA TORTURA IN ITALIA. SPUNTI RICOSTRUTTIVI A CAVALLO TRA DIRITTI UMANI E DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

di Paolo Lobba

**Abstract.** *Nonostante i recenti tentativi di legittimarne un uso “eccezionale”, la tortura rimane oggetto di uno dei rari divieti aventi carattere assoluto. Tale messa al bando risulta da una sinergia normativa che intreccia il settore dei diritti fondamentali con il diritto umanitario ed il diritto penale internazionale. La proibizione della tortura costituisce, dunque, un punto di osservazione privilegiato per valutare la circolazione inter-sistemica di modelli giuridici; in particolare, si metterà alla prova la resilienza del principio penalistico di legalità, una volta entrato in contatto con nozioni e standard elaborati mediante l’impiego di metodi esegetici espansivi, propri di altre discipline. La prima parte del presente saggio si propone di enucleare i principi e le indicazioni applicative che scaturiscono dall’interazione tra la giurisprudenza degli organi dei diritti umani e quella dei tribunali penali internazionali. Nella seconda parte, lo scritto, precisati gli obblighi di tutela penale gravanti sul nostro ordinamento, mette a frutto gli spunti ricavati dall’analisi dei citati livelli normativi sopranazionali offrendo soluzione ad alcuni snodi problematici sollevati dall’interpretazione del nuovo delitto di tortura inserito all’art. 613-bis c.p. dalla legge 14 luglio 2017, n. 110. In conclusione, l’indagine rivela come la novella produca effetti paradossali. Da una parte, a dispetto delle dichiarate intenzioni legislative, essa schiude inopportune prospettive di eccessiva criminalizzazione dell’operato delle forze di polizia. Dall’altro, non chiude con sufficiente chiarezza spiragli di impunità rispetto a condotte comunemente qualificate come tortura a livello internazionale.*

SOMMARIO: 1. Introduzione e scopo dell’indagine. – 2. Il divieto di tortura al crocevia. – 3. La tortura nel diritto internazionale. – 3.1. La definizione accolta dalla CAT alla luce dei lavori del Comitato contro la tortura e dello *Special Rapporteur*. – 3.2. Il *punctum dolens*: la forte sofferenza fisica o psichica. – 3.3. Qualifica soggettiva dell’autore e imputazione dell’illecito. – 3.4. L’elemento soggettivo: dolo intenzionale e/o dolo specifico? – 3.5. La controversa (e forse inutile) *lawful sanctions clause*. – 3.6. Gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT. – 4. La tortura nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo. – 4.1. Un divieto che riguarda chiunque. – 4.2. La linea di demarcazione tra tortura e trattamenti inumani o degradanti: a) la gravità delle sofferenze inflitte. – 4.3. (continua) b) la finalità perseguita dal soggetto agente. – 4.4. Qualche precisazione circa gli obblighi discendenti dall’art. 3 della CEDU. *Cestaro v. Italy* e i suoi antenati. – 5. La tortura nel diritto penale internazionale. – 5.1. L’evoluzione da reato proprio a reato comune. – 5.2. La dubbia capacità selettiva dell’elemento soggettivo del reato. – 5.3. L’evento di danno e la sua funzione selettiva, tra esigenze di tassatività e spinte all’apertura. – 5.4. La tortura nello Statuto della CPI: il parziale abbandono del dolo specifico a favore del requisito della custodia o controllo della vittima. – 5.5. “Recenti” pratiche

statunitensi (i c.d. *Torture Memos*) ed il loro impatto sullo sviluppo del diritto internazionale. – 6. Precisazioni circa gli obblighi di tutela penale. – 7. Contributo al dibattito sull'adeguatezza del sistema penale italiano. – 8. Spunti di interpretazione della nuova fattispecie di tortura prevista dall'art. 613-bis c.p. – 9. Modalità della condotta: "con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà". – 9.1. Unicità o pluralità dell'azione: il problema dell'"atto singolo". – 9.2. Realizzazione tramite condotta omissiva: un dilemma irrisolto. – 10. Natura del reato: comune e proprio. Circostanza aggravante o figura autonoma. – 11. Evento: "acute sofferenze fisiche" o un "verificabile trauma psichico". – 12. Requisiti inerenti il soggetto passivo. – 13. Soglia di punibilità: la discutibile fusione tra tortura e trattamento inumano e degradante. – 14. Elemento soggettivo: un'occasione persa? – 14.1. Dolo intenzionale. – 14.2. Dolo specifico. – 15. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione e scopo dell'indagine.

Nel Settecento la tortura appariva, quantomeno nel Vecchio Continente, una pratica in declino e crisi di legittimazione; già allora si denunciavano tanto la sua intrinseca iniquità, quanto la frequente inattendibilità delle informazioni in tal guisa estorte<sup>1</sup>. Eppure oggi, lungi dal poter essere considerata un imbarazzante arnese del passato, essa è tornata al centro del dibattito politico e dottrinale sia a livello interno che internazionale<sup>2</sup>. Certo, la storia europea recente non manca di esempi tristemente celebri e controversi di un suo impiego sistematico, tra cui i fatti avvenuti nel corso della guerra

---

<sup>1</sup> Offre un quadro storico dell'abolizione della tortura nel continente europeo M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozesses und des Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Wien-Köln, Böhlau, 2000; per un rapido schema del fenomeno, v. S. PINKER, *Il declino della violenza*, Milano, Mondadori, 2013, p. 174, figura 4.2. Questa ondata riformatrice di matrice illuminista è stata significativamente influenzata dalla diffusione del pensiero di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), ristampa a cura di Gianni Francioni, 1984, Milano, Mediobanca, spec. pp. 62 ss., ma non va sottovalutato nemmeno il lucido apporto di F. VON SPEE, *Cautio criminalis* (1631), trad. it. *I processi contro le streghe*, Roma, Salerno editrice, 2004. V., altresì, L. CAJANI, *Pena di morte e tortura a Roma nel Settecento*, in *La Leopoldina*, n. 12, 1991, pp. 517 ss., spec. pp. 528-529, in cui l'A. descrive le crescenti perplessità dei giuristi dell'epoca sull'efficacia della tortura come mezzo per procurarsi la "prova regina", cioè la confessione, e la conseguente equiparazione a quest'ultima dell'intimo convincimento del giudice, fondato su indizi e presunzioni esterne al reo. Il più completo studio sulla tortura giudiziaria rimane P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1953 e 1954, che ne mette in luce sia la funzione di mezzo di ricerca della prova, sia quella di vero e proprio castigo legale. Per un dettagliato quadro storico sulle origini, la diffusione geografica, le funzioni, il declino e la riemersione della tortura, v. il pionieristico studio di M.C. BASSIOUNI, D. DERBY, *An Appraisal of Torture in International Law and Practice*, in *Revue internationale de droit pénal*, vol. 48, 1977 pp. 17 ss.

<sup>2</sup> 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, Carocci, 2003, pp. 125-156; posizione che affiorava, in controluce, già in ID., *Is It Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – And to Lie About It?*, in *Israel Law Review*, vol. 23(2-3), 1989, pp. 192 ss. V., altresì, *infra* nota 8. Per un efficace affresco del dibattito, v. E. BEA, *Il divieto della tortura rimesso in discussione*, in *Ragion pratica*, 2009, pp. 133 ss.; M.D. EVANS, *Torture*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, vol. 11(2), pp. 101 ss.

di indipendenza in Algeria<sup>3</sup>, nella Grecia dei colonnelli<sup>4</sup> ed in Irlanda del Nord<sup>5</sup>. Nessuno di questi eventi, però, fu accompagnato dal tentativo di giustificare apertamente la tortura<sup>6</sup>.

Ad aver riportato in auge, su scala globale, l'interrogativo riguardante la legittimità di tecniche di interrogatorio "rafforzate", ad aver rotto un tabù scaturito dal pensiero illuminista e cristallizzatosi all'indomani del secondo conflitto mondiale, è stata la "guerra"<sup>7</sup> al terrorismo di matrice islamica<sup>8</sup>. Giova rammentare come atti di tortura

---

<sup>3</sup> V., ad esempio, P. VIDAL-NAQUET, *La Raison d'État. Textes publiés par le Comité Audin*, La Découverte, 2002; R. BRANCHE, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie*, Gallimard, 2001; v., altresì, la controversa testimonianza del generale Paul Aussaresses nel suo libro *Services spéciaux Algérie 1955-1957: Mon témoignage sur la torture* (2001), trad. it. *La battaglia d'Algeri dei servizi speciali francesi, 1955-1957*, LEG, Gorizia, 2007. Le sevizie dei paracadutisti sotto il comando del colonnello Philippe Mathieu sono descritte anche nel capolavoro cinematografico di Gillo Pontecorvo *La battaglia di Algeri* (1966). Da segnalare la *loi n° 68-697* del 31 luglio 1968 che ha concesso amnistia per tutti i reati commessi dai militari francesi durante la guerra d'Algeria.

<sup>4</sup> V., per tutti, *The Greek Case: Report of the Commission: Application No. 3321/67 - Denmark v. Greece [...]*, vol. 2, parte 2, 5/11/1969, ECHR Yearbook 12, 1969, pp. 186-510. V., altresì, J. BECKET, *Barbarism in Greece* (1970), trad. it. *Tortura in Grecia: racconti-testimonianze e documenti*, Milano, Feltrinelli, 1970; J. STARAKIS, *Dans les prisons des colonels*, Parigi, 1971. Per un diverso punto di vista, v. D. HOLDEN, *Greece Without Columns: The Making of the Modern Greeks*, London, 1972. Per un realistico, seppur romanzato, affresco, v. O. FALLACI, *Un uomo: romanzo*, Rizzoli, Milano, 1979. Per un resoconto di uno dei processi celebrati per tortura, una volta caduta la giunta militare, v. *Torture in Greece. The First Torturers' Trial 1975*, Amnesty International Publications, 1977.

<sup>5</sup> *Report of the Commission*, adottato all'unanimità il 25/01/1976 nel caso *Ireland v. United Kingdom*, 5310/71. Per riferimenti relativi a rivelazioni più recenti, v. [www.theguardian.com/uk/2010/oct/11/inside-castlereagh-confessions-torture](http://www.theguardian.com/uk/2010/oct/11/inside-castlereagh-confessions-torture); [www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-19857088](http://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-19857088). V. altresì *infra* nota 107.

<sup>6</sup> Cfr., di recente, Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ("TPJ"), *Furundžija*, 10/12/1998, par. 138 ("no State has ever claimed that it was authorized to practice torture..."). Parla, a questo riguardo, di "rovesciamento di paradigma", M. LA TORRE, "Giuristi, cattivi cristiani". *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, tomo II, 2007, p. 1332.

<sup>7</sup> Sull'impatto di questa "guerra" sui principi fondamentali del diritto penale, v., per tutti, M. DELMAS-MARTY, *The Paradigm of the War on Crime*, in *Journal of International Criminal Justice* ("JICJ"), vol. 5(3), 2007, pp. 584 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2006, pp. 735 ss., spec. pp. 755-758.

<sup>8</sup> Prima della sua mondializzazione (e volgarizzazione), il dibattito circa la (condizionata) legalizzazione della tortura 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, pp. 661 ss.; ID., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Der Staat*, vol. 35, 1996, pp. 67-97; M.S. MOORE, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, vol. 23(2-3), 1989, pp. 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 Regarding Hostile Terrorist Activity* (1987), in *Israel Law Review*, vol. 23(2-3), 1989, pp. 146-188. L'impiego di tali metodi di interrogatorio è stato dichiarato illegale, nella sua quasi totalità, da una storica sentenza della Corte Suprema di Israele, che ha tuttavia ritenuto applicabile, in casi estremi, l'esimente dello stato di necessità: *Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel*, HJC 5100/94 (1999). Per ripercorrere l'ormai risalente dibattito, v. A. IMSEI, *Moderate Torture on Trial [...]*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 19, 2001, pp. 328 ss.; M. GUR-ARYE, *Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?*, in S. LEVINSON (a cura di), *Torture: A Collection*, Oxford, 2004, pp. 183 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, pp. 120 ss.

siano stati alla radice di cruciali operazioni militari, tra cui l'invasione militare dell'Iraq e l'uccisione di Osama bin Laden. In ambo i casi, infatti, la scintilla degli eventi si è sprigionata da un'informazione ottenuta tramite maltrattamenti; informazione nel primo caso dimostratasi in seguito priva di fondamento (la presenza di armi chimiche in Iraq)<sup>9</sup>, nel secondo non decisiva nell'identificazione del rifugio del fondatore di Al-Qaeda<sup>10</sup>.

In Italia, il dibattito sulla tortura, fatta eccezione per gli strascichi della missione in Somalia<sup>11</sup>, ha preso slancio a partire dalle violenze perpetrate dalle forze di polizia nel corso del G8 del 2001 a Genova, e in particolare dalla complessiva impunità derivatane sul piano penale<sup>12</sup> – per non parlare di quello disciplinare<sup>13</sup> – che ha prodotto (e

---

<sup>9</sup> D. ABRAMOWITZ, *Torture, False Information and the Iraq War*, in *Los Angeles Times*, 11/06/2015, in <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-0611-abramowitz-torture-false-lead-20150611-story.html>; cfr., altresì, United States Senate Select Committee on Intelligence, *Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, approvato il 13 dicembre 2012 e reso pubblico il 3 aprile 2014, p. 141, nota 857. Un altro drammatico capitolo riguarda le torture avvenute nel centro di detenzione ad Abu Ghraib: cfr. *Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade [c.d. Taguba Report]*, 27/05/2004, in [https://www.thetorturedatabase.org/files/foia\\_subsite/pdfs/DODDOA000248.pdf](https://www.thetorturedatabase.org/files/foia_subsite/pdfs/DODDOA000248.pdf). Queste sevizie sfuggono alla logica della tortura giudiziaria, palesandosi come forme di intimidazione politica o di sadismo: v. A.N. GUIORA, E.M. PAGE, *The Unholy Trinity: Intelligence, Interrogation and Torture*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, vol. 37(2), pp. 427 ss., spec. pp. 440-444.

<sup>10</sup> Cfr. United States Senate Select Committee on Intelligence, *Committee Study*, cit., in cui la Commissione d'inchiesta parlamentare rivela che le informazioni chiave riguardanti il messaggero di bin Laden (noto come Abu Ahmad al-Kuwaiti) che permisero alla CIA di identificare il rifugio del saudita ad Abbottabad erano in parte già in possesso dell'agenzia statunitense ed in parte provenienti da interrogatori condotti senza l'uso di tortura. Lo studio conclude che, nel complesso, le tecniche di interrogatorio rafforzato (*enhanced interrogation techniques*) sono risultate inefficaci.

<sup>11</sup> V. Senato della Repubblica, XIII legislatura, doc. XVII, n. 12, *A conclusione dell'indagine conoscitiva sul comportamento del contingente militare italiano in Somalia nell'ambito della missione ONU "Restore Hope"*, 2/06/1999 (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/83335.pdf>) in cui la Commissione Difesa conclude confermando la fondatezza delle accuse di stupro e maltrattamenti, inclusa la tortura con cavi elettrici, commessi da alcuni carabinieri a danno della popolazione locale. La Commissione, già allora (nel 1999), suggeriva l'introduzione del reato di tortura. V., altresì, gli inquietanti fatti, commessi negli anni '70 contro sospetti terroristi, riportati in M. BOATO, *Tortura? Impossibile: siamo in Italia*, in *Il ponte*, vol. 38(3), 1982, spec. p. 183.

<sup>12</sup> Cass. pen., sent. 5/07/2012 (dep. 2/10/2012) (scuola Diaz); Cass. pen., sent. 14/06/2013 (dep. 10/09/2013) (caserma Bolzaneto); Trib. Genova, sent. n. D 3119/08, 14/07/2008 (dep. 27/11/2008). Per una ricostruzione della vicenda, v. per tutti, 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.*, 9/04/2015; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1801 ss. Sulle pene accessorie, v. l'articolo di S. PIERANNI, *Condannati per la scuola Diaz. Fine interdizione via al reintegro*, in *Il Manifesto*, 19/07/2017, p. 6.

<sup>13</sup> Ha sollevato polemiche, in particolare, il trattamento riservato all'agente Massimo Nucera, condannato ad una sanzione di 47,57 euro per aver accusato falsamente un manifestante di averlo accoltellato, al fine di giustificare l'irruzione nella scuola Diaz: [www.corriere.it/cronache/16\\_luglio\\_08/caserma-diaz-l-agente-chementi-punito-47-euro-sanzione-8c349f72-44e2-11e6-888b-7573a5147368.shtml](http://www.corriere.it/cronache/16_luglio_08/caserma-diaz-l-agente-chementi-punito-47-euro-sanzione-8c349f72-44e2-11e6-888b-7573a5147368.shtml). Le uniche altre sanzioni disciplinari di cui si ha contezza riguardano quelle comminate, su impulso della Procura generale genovese, a circa 30 agenti per trasgressioni relative all'esercizio delle loro funzioni di polizia giudiziaria; il procedimento, regolato dagli artt. 16, 17 e 18 disp. att. c.p.p., si è concluso con condanne in prima istanza a

continuerà presumibilmente a produrre<sup>14</sup>) severe condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, "Corte EDU"). Nel *leading case Cestaro v. Italy*, l'organo di Strasburgo ha raccomandato caldamente l'introduzione di istituti in grado di garantire l'irrogazione di pene adeguate, cui corrisponda un'effettiva espiazione, a chiunque compia atti di tortura o altri trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("CEDU")<sup>15</sup>. Nonostante la Corte EDU si sia astenuta dallo specificare i mezzi per raggiungere tale obiettivo, la dottrina dominante riteneva che l'introduzione di una o più figure criminose non avesse reali alternative<sup>16</sup>.

In questo contesto il Parlamento, superate le critiche, per la verità non inedite<sup>17</sup>, circa l'atteggiamento di "diffidenza" verso le forze di polizia che sottenderebbe la novella<sup>18</sup>, ha approvato, a quasi trent'anni dalla ratifica della Convenzione contro la tortura ("CAT")<sup>19</sup>, l'introduzione nel codice penale di una fattispecie di tortura, con ciò dando corso – vedremo in che misura – agli impegni assunti dal nostro paese<sup>20</sup>. Lo studio dei lavori preparatori ed una ricognizione del panorama dottrinale evidenziano l'utilità di un approfondimento intorno ai profili sovranazionali dell'illecito, utilizzati, non sempre con rigore, a sostegno di svariate argomentazioni e destinati ad orientare l'interpretazione della nuova fattispecie.

La prima parte di questo saggio si propone di offrire una ricostruzione della disciplina internazionale sviluppatasi intorno al divieto di tortura, con particolare riguardo agli aspetti definitori della fattispecie e agli obblighi di tutela penale che s'impongono alle autorità nazionali. Si analizzeranno in prima battuta i trattati in materia di diritti umani, prestando speciale attenzione al sistema della CAT e a quello

---

sospensioni dal servizio da tre a sei mesi. Più miti le sanzioni irrogate agli stessi agenti dal Ministero dell'interno, che ha qualificato come colpose le condotte addebitate.

<sup>14</sup> V. i ricorsi citati da S. NEGRI, "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU [...], in *Dir. pen. proc.*, fasc. 12, 2016, pp. 1657 ss., note 4-5, che riguardano fatti simili.

<sup>15</sup> *Cestaro v. Italy*, 7/04/2015, 6884/11, par. 246. V., altresì, *Azzolina and others v. Italy*, 26/10/2017, 28923/09 e 67599/10, par. 161 (torture commesse nella caserma Bolzaneto); *Bartesaghi Gallo v. Italy*, 22/06/2017, 12131/13 e 43390/13, par. 121. Per un commento, v. F. VIGANÒ, [La difficile battaglia](#), cit.; C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura*, in *Giur. it.*, fasc. 7, 2015, pp. 1709 ss.; F. CASSIBBA, ["Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"](#), in *Dir. pen. cont.*, 27/04/2015; F. ZACCHÉ, *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU [...]*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2015, pp. 462-466.

<sup>16</sup> V. *infra* nota 209.

<sup>17</sup> V., ad esempio, L. RAGAZZINI, *I poteri della polizia giudiziaria a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 27 novembre 1969 e della legge 5 dicembre 1969, n. 932*, in *Riv. pol.*, 1970, pp. 180 ss., spec. p. 192; G. ZAPPA, *Osservazioni sull'arresto in flagranza e sul diritto di difesa davanti alla polizia giudiziaria*, *Riv. pol.*, 1971, pp. 278 ss., spec. p. 282.

<sup>18</sup> V., ad esempio, Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, *Resoconto stenografico della seduta del 18/06/2014*, p. 5 (Gianni Tonelli, S.A.P.); Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, *Resoconto stenografico della seduta del 26/06/2014*, p. 3 (Donato Capece, S.A.P.Pe.).

<sup>19</sup> *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 27 giugno 1987. La legge n. 489 del 3 novembre 1988 ne ha autorizzato la ratifica; la CAT ha acquistato efficacia in Italia il 1° febbraio 1989. Per gli opportuni riferimenti si rimanda a A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 1993, pp. 979 ss., spec. nota 22.

<sup>20</sup> Legge n. 110 del 14 luglio 2017, in G.U. n. 166, 18/07/2017. Per un primo commento, v. I. MARCHI, [Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 155 ss.

della CEDU. Seguirà l'esame del diritto penale internazionale, da cui provengono copiose indicazioni applicative, potendo la tortura costituire sia un crimine contro l'umanità, sia un crimine di guerra.

La seconda parte dello studio sposta l'obiettivo sull'ordinamento interno, mettendo a frutto le acquisizioni effettuate in precedenza. Essa intende, anzitutto, precisare l'esatta portata degli obblighi incombenti sul nostro legislatore, per poi procedere con l'esegesi della nuova fattispecie di tortura. Questa riflessione non pretende di abbracciare tutti gli elementi della figura criminosa *de qua*, concentrandosi su quelli per cui maggiormente ci si può avvalere degli spunti provenienti dalle fonti e dalla pratica internazionali. Ci si soffermerà, inoltre, sui limiti e le contraddizioni affiorati nel corso dell'applicazione delle norme sulla tortura nei settori dei diritti fondamentali e della giustizia penale internazionale, onde evitare effimere infatuazioni per una definizione che, si vedrà, ha dato luogo ad oscillazioni interpretative non trascurabili.

Onde scongiurare un processo ermeneutico ed applicativo che recepisca acriticamente tali nozioni importate dall'esterno, ci si appresta ad avanzare qualche proposta a salvaguardia del nostrano principio di tassatività, di recente confermato nel firmamento dei principi supremi dell'ordinamento<sup>21</sup>. D'altra parte, il nostro legislatore non sarebbe il primo ad effettuare un "adattamento ragionato" di una fattispecie di derivazione internazionale. Già la Germania, ad esempio, nell'approvare il Codice dei crimini di diritto internazionale (*Völkerstrafgesetzbuch*)<sup>22</sup>, in attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale ("CPI")<sup>23</sup>, ha aggiustato, iniettandovi una dose maggiorata di precisione, il perimetro definitorio di figure criminose considerate inaccettabilmente indeterminate<sup>24</sup>.

La tortura rappresenta anche un caso di studio emblematico per saggiare i controversi effetti di quella dinamica, detta, con un inglesismo, di "fertilizzazione incrociata" (*cross-fertilisation*), secondo cui i percorsi interpretativi e, dunque, le nozioni elaborate nell'ambito di un ramo del diritto, in questo caso quello penale internazionale, risentono significativamente dei risultati raggiunti in una altra sfera del diritto, in questo

---

<sup>21</sup> C. cost., ord. n. 24/2007, 23/11/2016, spec. par. 2, 5 (sez. "considerato in diritto"). In molti casi, tuttavia, i giudici della Consulta hanno confutato, in modo non del tutto convincente, le lagnanze fondate sul difetto di tassatività della norma penale, esponendosi a mordaci critiche dottrinali: v., per tutte, C. cost., sent. n. 327/2008, 30/07/2008, concernente il c.d. "disastro innominato" ex art. 434 c.p. Su questa ritrosia della Corte costituzionale, v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 49 ss.

<sup>22</sup> Il testo del codice è disponibile in tedesco sul sito [www.bundesrecht.juris.de/vstgb/index.html](http://www.bundesrecht.juris.de/vstgb/index.html), in inglese su [www.refworld.org/docid/4374af404.html](http://www.refworld.org/docid/4374af404.html). V., per tutti, H. SATZGER, *German Criminal Law and the Rome Statute [...]*, in *International Criminal Law Review*, 2002, pp. 261 ss.

<sup>23</sup> *Statuto di Roma della Corte penale internazionale (come modificato nel 2010)*, concluso il 17/07/1998, entrato in vigore il 1/07/2002.

<sup>24</sup> Il legislatore tedesco, ad esempio, non ha recepito il crimine contro l'umanità di "altri atti inumani", previsto dall'art. 7, comma 1, lett. k) dello Statuto della CPI, in tutta la sua area di punibilità, limitandola invece ai soli atti che cagionano un grave danno fisico o mentale, specialmente del tipo previsto dal § 226 StGB.

caso quella dei diritti umani<sup>25</sup>. Si vedrà, infatti, come il trapianto di nozioni dal terreno dei diritti umani a quello penale abbia determinato un'espansione dell'area di punibilità, nonché l'ingresso di elementi elastici che mal si attagliano ad una disciplina retta, a differenza dell'altra, dal principio di legalità, per quanto a declinazione internazionale<sup>26</sup>.

## 2. Il divieto di tortura al crocevia.

Il divieto di tortura giace all'intersezione di tre distinti settori del sapere giuridico, vale a dire il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto umanitario ed il diritto penale internazionale. Le principali convenzioni in materia di diritti dell'uomo stabiliscono innanzitutto un divieto di natura *assoluta* circa le pratiche di tortura. La tortura costituisce, altresì, violazione del diritto umanitario, sia ove occorra in connessione con conflitti armati di carattere internazionale sia in caso di conflitti interni. Trattandosi di una "grave violazione" ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, chiunque commette tortura può essere chiamato a rispondere di crimini di guerra. La tortura può, infine, assurgere a crimine contro l'umanità.

Questa poliedricità della fattispecie in esame<sup>27</sup>, oltre ad averla resa oggetto di studio da diversi angoli visuali, ha determinato un'interessante evoluzione dei suoi

---

<sup>25</sup> La prima indagine sul dialogo tra corti si deve a A.-M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 99 ss. V., più di recente, P. LOBBA, T. MARINIELLO (a cura di), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Brill, Leiden, 2017, nonché, a cura degli stessi Autori, il numero speciale della rivista *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, pp. 363 ss.; K.J. ZEEGERS, *International Criminal Tribunals and Human Rights Law*, L'Aia, 2016.

<sup>26</sup> Sui caratteri del "principio di legalità internazionale" che, nonostante in misura minore rispetto al passato, ancora ammette un più ampio margine creativo per i giudici, v., per tutti, A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, 3° ed., OUP, 2013, pp. 22 ss; T. MERON, *The Principle of Legality in International Criminal Law*, in *Id.*, *The Making of International Criminal Justice. The View from the Bench: Selected Speeches*, Oxford, 2011, pp. 110 ss.; M. SHAHABUDDIN, *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, in *JICJ*, 2004, pp. 1007 ss. Critica profondamente gli esiti interpretativi raggiunti nel diritto penale internazionale, eccessivamente influenzati da metodi ermeneutici tipici del settore dei diritti umani D. ROBINSON, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 925 ss.

<sup>27</sup> Dà conto di come la tortura assuma tratti in parte differenti a seconda del contesto giuridico di riferimento P. GAETA, *When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?*, in *JICJ*, 2008, pp. 183 ss. La letteratura sul divieto di tortura è sterminata e variopinta; ci si limita a segnalare, per il carattere più generale della trattazione: F. GRAZIANI, *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4, 2014, pp. 595 ss.; D. WEISSBRODT, C. HEILMAN, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in *Law and Inequality*, vol. 29, 2011, pp. 343 ss.; F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, pp. 27 ss.; M. FORNARI, *La [CAT]*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 203 ss.; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost.*, fasc. 3, 2004, pp. 555 ss.; R. KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains et dégradants*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2003, pp. 254 ss.; 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, pp. 29 ss.; W.P. NAGAN, L. ATKINS, *The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application*

elementi definatori, influenzati, con esiti altalenanti, dalle opposte tendenze all'omogeneizzazione o alla frammentazione dell'ordine legale internazionale<sup>28</sup>. Per ricostruire la disciplina di diritto internazionale riguardante il divieto di compiere atti di tortura occorre considerare, dunque, le norme in materia di diritti dell'uomo ed il diritto penale internazionale (ed umanitario). Questo intreccio normativo, come accennato in premessa, ha condotto al trapianto di nozioni elaborate nell'ambito del primo settore (soprattutto da parte della Corte di Strasburgo) verso il secondo. Logiche esegetiche espansive, tipiche della tutela dei diritti fondamentali, hanno perciò prodotto effetti anche sul piano penale, determinando l'allargamento dei confini del crimine internazionale di tortura<sup>29</sup>.

In via di primissima approssimazione, si può dire che la nozione internazionale di tortura ruota attorno alla inflizione intenzionale di sofferenze da parte di un funzionario pubblico<sup>30</sup> allo scopo di raggiungere determinate finalità. Tuttavia, accanto al nucleo centrale costituito dall'inflizione intenzionale di sofferenze, gli altri requisiti non sempre coincidono nelle ipotesi previste dai vari rami di questo settore giuridico. Ciò ha dato luogo ad una serie di questioni interpretative, come si darà conto di seguito.

### 3. La tortura nel diritto internazionale.

Il divieto di tortura è sancito da una nutrita serie di strumenti internazionali volti alla protezione dei diritti umani<sup>31</sup>, che mancano però di darle una definizione. Uno dei

---

*and Enforcement*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, pp. 87 ss.; J. BARRET, *The Prohibition of Torture Under International Law*, in *The International Journal of Human Rights*, vol. 5(1), 2001, pp. 1 ss. (parte 1), vol. 5(2), 2001, pp. 1 ss. (parte 2); A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, pp. 463 ss.; R. BANK, *International Efforts to Combat Torture and Inhuman Treatment: Have the New Mechanisms Improved Protection?*, in *European Journal of International Law ("EJIL")*, vol. 8, 1997, pp. 613 ss.; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit.; H. DANIELIUS, *Protection Against Torture in Europe and the World*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 263 ss.; M. E. TARDU, *The United Nations [CAT]*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 56(4), 1987, pp. 303 ss.; J. DONNELLY, *The Emerging International Regime Against Torture*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 33, 1986, pp. 1 ss.; M. C. BASSIOUNI, D. DERBY, *An Appraisal of Torture*, cit., spec. pp. 67 ss.

<sup>28</sup> Per i riferimenti dottrinali di base sul dibattito riguardante pluralismo e frammentazione del diritto internazionale, v. *infra* nota 199.

<sup>29</sup> Mette in evidenza questa dinamica, in particolare, 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., pp. 184 ss.

<sup>30</sup> 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".

<sup>31</sup> Basti ricordare, senza pretesa di esaustività, l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 3 della CEDU, l'art. 5 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo e l'art. 3 della Convenzione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

rari divieti a carattere assoluto, ossia non bilanciabile<sup>32</sup>, esso ha acquisito nel tempo lo status di norma di *jus cogens*<sup>33</sup>, come tale inderogabile e applicabile a tutti gli Stati a prescindere dalla loro adesione ad un qualunque strumento pattizio<sup>34</sup>.

### 3.1. La definizione accolta dalla CAT alla luce dei lavori del Comitato contro la tortura e dello Special Rapporteur.

Prima a colmare il segnalato vuoto definitorio è intervenuta nel 1975 la Dichiarazione delle Nazioni Unite<sup>35</sup>, cui ha fatto seguito la CAT<sup>36</sup>. Quest'ultima, dotata di efficacia giuridica di *hard law*, ricalca, dilatandola, la formulazione adottata dalla citata Dichiarazione<sup>37</sup>. Essa ne precisa i termini come segue: per tortura si intende l'inflizione intenzionale di gravi sofferenze (*severe pain or suffering*), fisiche o mentali, da parte di un funzionario pubblico (oppure su istigazione o con l'assenso anche tacito dello stesso) al fine "segnatamente" di (*for such purposes as*) ottenere da una terza persona informazioni o confessioni, punirla, intimidirla, esercitare pressioni su essa o altri o per qualunque altra ragione di tipo discriminatorio<sup>38</sup>. Ne restano esplicitamente escluse le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime. Tale trattato, inoltre, impedisce di

---

<sup>32</sup> Cfr. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Torture [...] Addendum: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment [...]*, 5/02/2010, A/HRC/13/39/Add.5 (di seguito "Addendum dello Special Rapporteur 2010"), par. 41, in cui si osserva come il divieto di tortura sia assimilabile, sotto questo profilo, al divieto di schiavitù, garantendo una maggiore resistenza al bilanciamento di quella del diritto alla vita, che può invece subire varie limitazioni.

<sup>33</sup> Corte internazionale di giustizia ("CIG"), *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment (merits), 20/07/12, par. 99; TPJ, *Delalić*, 16/11/1998, par. 452, 454; TPJ, *Furundžija*, cit., par. 153 ss. V., altresì, le decisioni citate da A.L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., nota 75. Per un'analisi critica delle posizioni dottrinali circa l'esistenza, il contenuto, la collocazione sistematica ed il rango delle norme di diritto internazionale riguardanti il divieto di tortura, v. A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., spec. pp. 980 ss. Discute dell'impatto della suddetta norma di *jus cogens* sul diritto interno E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, vol. 15(1), 2004, pp. 97 ss. La *House of Lords* inglese ha fatto leva su codesto status per negare l'immunità funzionale all'ex dittatore cileno Pinochet; v., per una valutazione critica della decisione, P. DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 1999, pp. 933 ss.

<sup>34</sup> Committee against Torture ("Comitato CAT"), *General Comment No. 2*, 24/01/2008, CAT/C/GC/2, par. 1.

<sup>35</sup> *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), 09/12/1975. In realtà, i tratti somatici della tortura potevano essere desunti, in epoca ancora antecedente, da altri indici, tra cui alcune sentenze dei tribunali militari istituiti dagli Alleati nel dopoguerra e il commentario della Croce rossa internazionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949; per un'approfondita analisi si rimanda a Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *KAING Guek Eav alias Duch, Appeal Judgement*, 3/02/2012, F28, par. 196 ss.

<sup>36</sup> Il più completo resoconto dei lavori preparatori della CAT, cui si aggiungono i testi delle diverse proposte succedutesi nel tempo, è offerto da J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook [...]*, Martinus Nijhoff, Dodrecht, 1988.

<sup>37</sup> La suddetta dilatazione riguarda la finalità di discriminazione ed il soggetto attivo del reato.

<sup>38</sup> Art. 1 della CAT.

invocare circostanze eccezionali, quali ad esempio lo stato di guerra o l'instabilità politica interna, per giustificare una deroga alla proibizione della tortura, così come non vale il ricorso alla esimente dell'ordine del superiore<sup>39</sup>.

In sostanza, la CAT centra l'evento naturalistico sul forte dolore procurato alla vittima, lasciando viceversa libera la modalità di estrinsecazione della condotta offensiva; a questa parte oggettiva della fattispecie si abbina un elemento soggettivo di *dolo specifico*. Senza poter, per ragioni di spazio, entrare nel dettaglio, alcune precisazioni si impongono circa l'esatta portata della nozione di tortura contemplata dalla CAT, traendo spunto dagli atti emanati dal Comitato contro la tortura ("Comitato CAT")<sup>40</sup> e dallo *Special Rapporteur* istituito dalla Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite<sup>41</sup>.

### 3.2. *Il punctum dolens: la forte sofferenza fisica o psichica.*

Una prima osservazione investe l'evento. Il trattato traccia una soglia minima relativa all'intensità del dolore fisico o psichico, connotandolo con un aggettivo (*severe*) traducibile come "forte", "acuto" o "grave", senza dover necessariamente raggiungere livelli "estremi", come confermano i lavori preparatori<sup>42</sup>. Si tratta di uno standard cruciale che, secondo la scuola di pensiero maggioritaria, vale a distinguere i trattamenti crudeli, inumani o degradanti dalla vera e propria tortura, la quale pertanto, in questa prospettiva, si presenta come un maltrattamento "aggravato" dalla speciale intensità del dolore<sup>43</sup>.

Secondo diverso orientamento, a distinguere la tortura dagli altri trattamenti proibiti sarebbe invece l'elemento finalistico che deve informare la condotta (il dolo specifico) e la condizione di *impotenza della vittima*, di talché di tortura potrebbe parlarsi solo quando il soggetto passivo si trova sotto il controllo dell'aggressore<sup>44</sup>. Più di un commentatore sostiene, anzi, che, dato il contesto in cui è stata discussa la CAT, entro i

---

<sup>39</sup> Art. 2, commi 2 e 3 della CAT.

<sup>40</sup> Sebbene la CAT non conferisca al Comitato l'espressa competenza ad interpretarne le disposizioni, questo organo esercita, in via di fatto, un ruolo ermeneutico per mezzo delle relazioni, delle comunicazioni e degli altri atti procedurali emanati ex artt. 19-22 e 24 della CAT. Di recente il Comitato, nonostante il silenzio del suo trattato istitutivo, ha pubblicato alcuni *general comments*, offrendo un'autorevole interpretazione di alcune specifiche previsioni della CAT.

<sup>41</sup> La Commissione è stata sostituita dal *Consiglio per i diritti umani* dalla risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 60/251, 15/03/2006.

<sup>42</sup> Commission on Human Rights, *Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention and Imprisonment* [...], 19/12/1978, E/CN.4/1314, p. 6, par. 27-28 (proposta degli Stati Uniti di innalzare la soglia inserendo l'espressione "dolore o sofferenze estremamente forti"; l'emendamento non è stato accolto).

<sup>43</sup> Così la definiva l'art. 1 della Dichiarazione dell'ONU del 1975. Adotta questo criterio Comitato CAT, *Kirsanov v. Russian Federation*, 6/06/2014, CAT/C/52/D/478/2011, par. 11.2.

<sup>44</sup> *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 37, 188. Così anche D. Sussman, *Defining Torture*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, vol. 37(2), pp. 227-229.

contorni della nozione di tortura non potrebbero che ricadere solo le situazioni di *privazione della libertà personale*, anche di fatto, della vittima<sup>45</sup>.

Questa posizione genererebbe, ad avviso di un autorevole *Special Rapporteur*, una duplice conseguenza<sup>46</sup>. Da un lato, anche ai trattamenti crudeli o inumani – sebbene non a quelli “meramente” degradanti – si applicherebbe la stessa soglia di gravità prevista per la tortura; dall’altro, sarebbe consentito enucleare una classe di trattamenti che, pur procurando forti dolori alla vittima, risultano in ultima analisi *giustificati* in vista dello scopo (lecito) preso di mira dall’agente. Tra queste condotte rientrerebbero senz’altro le violenze compiute nell’ambito di operazioni militari, di polizia giudiziaria o penitenziaria oppure di ordine pubblico, fermo restando il dovuto rispetto del principio di proporzionalità. Anche qualora, tuttavia, si riscontrasse un eccesso nell’uso della forza, l’agente di polizia o il militare che avesse agito per fini diversi da quelli di cui all’art. 1 della CAT dovrebbe rispondere non di tortura, bensì di trattamenti inumani o degradanti, sempre che gli stessi costituiscano illeciti penali nel sistema giuridico di riferimento. L’infamante accusa di tortura rimarrebbe così confinata ai casi in cui la vittima si trovi in stato di *completa dipendenza o asservimento* all’aggressore, essendo la sua sfera di libertà alla mercé di quest’ultimo in modo simile alle situazioni di schiavitù.

Ad ogni buon conto, la difficoltà di tracciare una chiara linea di demarcazione tra tortura e altri maltrattamenti proibiti è stata ammessa dallo stesso Comitato CAT<sup>47</sup>, che, non a caso, si è prudenzialmente astenuto, in alcuni casi, dall’assegnare una precisa qualificazione giuridica alla condotta<sup>48</sup>.

Forse non è superfluo richiamare come la definizione contenuta nell’art. 1 della CAT non permetta di circoscrivere la fattispecie ai casi di lesioni o di danni duraturi all’integrità fisica o psichica<sup>49</sup>. L’organo di Ginevra ha qualificato come tortura anche

---

<sup>45</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., pp. 120-121 (che le riferiscono, tuttavia, anche ai trattamenti inumani e degradanti di cui all’art. 16 della CAT (v. *ibid.*, pp. 149-150); C. INGELSE, *The UN Committee against Torture. An Assessment*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 211. V., altresì, Commission on Human Rights, [...] *Report by the Special Rapporteur, Mr. P. Kooijmans* [...], 19/02/1986, E/CN.4/1986/15 (“Report dello Special Rapporteur 1986”), par. 8, che parla di “situations in which human beings find themselves in the *absolute power* of other human beings” (corsivo aggiunto).

<sup>46</sup> Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak*, 9/02/2010, A/HRC/13/39 (“Report dello Special Rapporteur 2010”), par. 44, 60; *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 38, 188.

<sup>47</sup> *General Comment No. 2*, cit., par. 3. Nello stesso senso, lo *Special Rapporteur* ha parlato di “zona grigia” tra tortura e trattamenti inumani, specialmente per quanto riguarda maltrattamenti più psichici che fisici: *Report dello Special Rapporteur 1986*, cit., par. 33. Ammette la vaghezza del concetto, ma conta sull’interpretazione chiarificatrice del Comitato CAT, J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., pp. 122-123.

<sup>48</sup> V., ad esempio, Comitato CAT, *Annual Report*, 1997, A/52/44, par. 257, 260(a); Comitato CAT, *Concluding observations on the fifth periodic report of Israel*, 3/06/2016, CAT/C/ISR/CO/5 (“Report del Comitato CAT su Israele 2016”), par. 30. Nemmeno il Comitato DU ha elaborato una giurisprudenza coerente per quanto riguarda la distinzione tra tortura e altri maltrattamenti: v. N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture in International Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 55, 2002, pp. 7-9, 12-13.

<sup>49</sup> *Report dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 46. V., altresì, Comitato CAT, *Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of the United States of America*, 19/12/2014, CAT/C/USA/CO/3-5 (“Report del Comitato CAT sugli Stati Uniti 2014”), par. 9, in cui il Comitato CAT critica la nozione di “prolungato pregiudizio psichico” adottata dagli Stati Uniti per circoscrivere il raggio di applicazione della definizione

metodi di c.d. tortura bianca o *non-touch torture*, concepiti proprio per non lasciare alcuna traccia sul corpo del soggetto passivo<sup>50</sup>. Nemmeno è necessario che gli atti siano reiterati, giacché ne può bastare uno, anche isolato, per integrare la fattispecie in esame<sup>51</sup>.

### 3.3. Qualifica soggettiva dell'autore e imputazione dell'illecito.

Un'altra notazione si rende necessaria rispetto all'autore dell'illecito. La CAT disegna il divieto configurando un reato proprio, dato che richiede il coinvolgimento di un soggetto in possesso di una qualifica pubblicistica: l'inflizione di forte dolore rientra nella definizione della CAT se gli atti sono compiuti da un pubblico funzionario o da ogni altra persona che agisca *a titolo ufficiale*, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Questo attributo è legato alla finalità principale che muoveva i promotori della CAT, cioè reprimere gli abusi che, proprio perché commessi da agenti pubblici, presumibilmente con la complicità (o nell'indifferenza) delle alte gerarchie statali, rischiavano di rimanere tollerati ed impuniti<sup>52</sup>. Questa limitazione soggettiva riflette, inoltre, un paradigma classico del diritto internazionale secondo cui la responsabilità degli Stati deve collegarsi a condotte poste in essere dai loro funzionari<sup>53</sup>. A questi ultimi sono però equiparati anche gli altri individui, inclusi i consulenti, collaboratori esterni o appaltatori, che agiscono a titolo ufficiale in concerto o per conto dello Stato o sotto la sua direzione o controllo o comunque "*under colour of law*"<sup>54</sup>.

L'organo di Ginevra insiste nel precisare come gli obblighi discendenti dal trattato investano in primo luogo gli atti compiuti in *contesti di custodia o controllo*, tra cui istituti carcerari, ospedalieri, scolastici, militari, minorili o psichiatrici e quelli per la cura degli anziani o dei disabili, benché di proprietà o in gestione a privati, dal momento che

---

di tortura; il Comitato chiede anche l'abolizione di alcuni metodi di interrogatorio che comportano deprivazione sensoriale (*ibid.*, par. 17).

<sup>50</sup> V., ad esempio, *Report of the Committee against Torture*, 2001, A/56/44, par. 185-186 (deprivazione sensoriale e quasi totale isolamento dei detenuti in istituti penitenziari di massima sicurezza). V., altresì, *Report of the Special Rapporteur for the Commission on Human Rights*, 3/07/2001, A/56/156, par. 3, 7-8; *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 54-55. Sulla tortura bianca, v. M. MONTAGUT, *Che cos'è la tortura?*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2, 2015, pp. 323 ss.; sulle origini, la diffusione e la riemersione della tortura *no touch*, v. M. WELCH, *Fare l'impensabile. Genealogia della tortura moderna*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 3, 2007, pp. 41 ss.

<sup>51</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., pp. 117-118. V., altresì, E/CN.4/1314, Add 1, che dà conto del rigetto di una proposta britannica di limitare la tortura alle sofferenze inflitte "sistematicamente".

<sup>52</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., pp. 1, 120.

<sup>53</sup> N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 467-493. P. GAETA, *When is the Involvement*, cit., pp. 189-191, identifica la funzione di questo elemento nella necessità di riservare l'intrusione nella sovranità statale alle sole condotte che destano preoccupazione a livello internazionale, escludendo così quelle aventi connotati meramente privatistici.

<sup>54</sup> *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., Thomson/West, 2009, p. 301, voce "*color*" ("*Appearance, guise, or semblance; esp., the appearance of a legal claim to a right, authority, or office*").

questi ultimi starebbero comunque assolvendo funzioni a connotazione pubblicistica<sup>55</sup>. Quanto alle forme di responsabilità individuale, la CAT elenca, in aggiunta alla commissione in via diretta del reato da parte dell'*intransigent*, l'istigazione ed il consenso espresso o tacito. Non è chiaro se siano comprese la mera connivenza o indifferenza delle autorità pubbliche rispetto ad atti perpetrati da privati. Malgrado il Comitato CAT dia risposta affermativa<sup>56</sup>, sembra corretto ritenere che ciò riguardi non tanto l'estensione della fattispecie penale di cui viene chiesta l'introduzione, bensì la responsabilità internazionale posta in capo allo Stato. Dal canto suo, il Comitato dei diritti dell'uomo ("Comitato DU") – come la Corte EDU – considera gli Stati obbligati ad adottare misure per prevenire il compimento di atti di tortura da parte di chiunque, inclusi i privati<sup>57</sup>; a ciò non si collega, tuttavia, un obbligo di incriminazione di egual portata.

### 3.4. L'elemento soggettivo: dolo intenzionale e/o dolo specifico?

Passando ai profili soggettivi della fattispecie, occorre analizzare, da un lato, l'utilizzo dell'avverbio "intenzionalmente" e, dall'altro, gli scopi che devono animare la condotta ai sensi del trattato.

Né i lavori preparatori della CAT, né le decisioni del relativo Comitato contengono alcun indice che possa avvalorare una lettura del suddetto avverbio nel senso di una scelta a favore del dolo intenzionale. La sua, più limitata, funzione è quella di escludere le condotte colpose dal perimetro della tortura, relegandole, eventualmente, tra i trattamenti crudeli, inumani o degradanti<sup>58</sup>.

Saliente, viceversa, il ruolo giocato dal dolo specifico, autentico marchio distintivo degli atti di tortura. La CAT delimita le condotte costituenti tortura a quelle attuate per raggiungere determinate finalità (in breve: ottenere informazioni o confessioni, punire, intimidire, discriminare). Si discute della natura tassativa o illustrativa di siffatta lista. Sia pure ammettendo che il dato testuale e i *travaux* confortano la seconda alternativa, i commentatori più attenti hanno ravvisato, comunque, la necessità di garantire il rispetto dell'*omogeneità* tra le ipotesi espressamente previste dall'art. 1 e quelle ad esse assimilabili in via interpretativa<sup>59</sup>. In quest'ottica, il carattere che le accomuna è stato identificato nel loro nesso con interessi o politiche

---

<sup>55</sup> *General Comment No. 2*, cit., par. 15, 17.

<sup>56</sup> *General Comment No. 2*, cit., par. 18.

<sup>57</sup> Human Rights Committee, *General comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)*, 30/09/1992, par. 2.

<sup>58</sup> *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 34; C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., p. 209; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1999, p. 20.

<sup>59</sup> *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 35; J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 118. Ritiene arduo rinvenire una qualche omogeneità tra le varie finalità elencate, invece, M.E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 306, che le considera, nel loro insieme, troppo disparate.

tipicamente facenti capo alle autorità statali<sup>60</sup>. Lo scenario paradigmatico delle pratiche di tortura è perciò quello in cui la vittima è un detenuto o una persona sotto il totale controllo dell'agente, il quale fa uso di tale potere per raggiungere lo scopo desiderato. D'altra parte, tanto i lavori preparatori della Dichiarazione del 1975, quanto quelli della CAT suggerirebbero una portata di tali strumenti limitata ad assicurare protezione ad una *particolare categoria di vittime*: "le persone in stato di privazione della libertà personale o perlomeno in potere o sotto il controllo, anche di fatto, del soggetto attivo"<sup>61</sup>. Ne discenderebbe un implicito requisito di impotenza della vittima che, come già precedentemente accennato, secondo un autorevole orientamento rappresenterebbe, in uno con il correlato elemento finalistico, il tratto distintivo della tortura rispetto agli altri maltrattamenti<sup>62</sup>.

### 3.5. *La controversa (e forse inutile) lawful sanctions clause.*

L'ultimo aspetto da segnalare riguarda la clausola di chiusura dell'art. 1 della CAT, la c.d. *lawful sanctions clause*, volta ad escludere dalla nozione di tortura le "sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate". La clausola provocò accesi diverbi nel corso dei lavori preparatori, stante le diverse opinioni degli Stati in merito all'eventualità che le pene corporali, comunemente applicate in alcuni ordinamenti ispirati alla legge sharaitica, cadessero entro l'ambito del divieto di tortura<sup>63</sup>.

Sia il Comitato DU<sup>64</sup>, sia, benché con maggior esitazione e ritardo, il Comitato CAT<sup>65</sup> hanno dichiarato la contrarietà delle pene corporali alle disposizioni dei rispettivi trattati istitutivi. L'elusione dei principi della CAT diventerebbe altrimenti piuttosto agevole: basterebbe che una certa modalità punitiva fosse autorizzata dalla legge di uno Stato per renderla "*lawful*", estromettendola così dal raggio d'azione della CAT<sup>66</sup>. A fronte della difficoltà di offrire un'interpretazione della clausola coerente con gli scopi del trattato, la dottrina, unanimemente critica verso tale norma, risulta divisa tra chi ritiene che "sanzioni legittime" possano dirsi solo quelle rispettose degli standard

---

<sup>60</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 119; M. Nowak, E. McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008, p. 75; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., p. 989.

<sup>61</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 120.

<sup>62</sup> *Report dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 60; v., altresì, J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 150. Più sfumata la posizione in *General Comment No. 2*, cit., par. 10.

<sup>63</sup> C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., pp. 74 ss.; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture*, cit., pp. 31-35; Commissione DU, *Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention and Imprisonment [...]*, 19/12/1978, E/CN.4/1314, par. 30, 38, 46, 47.

<sup>64</sup> Human Rights Committee, *General comment No. 20*, cit., par. 5; Human Rights Committee, *General Comment No. 7: Article 7 (Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)*, 30/05/1982, par. 2.

<sup>65</sup> Comitato CAT, *Consideration of Reports [...], Conclusions and recommendations [...], Saudi Arabia*, 12/06/2002, CAT/C/CR/28/5, par. 8(b).

<sup>66</sup> Così, Commissione DU, *Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley [...]*, 10/01/1997, E/CN.4/1997/7, par. 8; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture*, cit., p. 39.

internazionali minimi<sup>67</sup> (e questa è stata anche la posizione assunta dal nostro paese<sup>68</sup>) e chi, invece, considera la clausola priva di significato precettivo<sup>69</sup>.

### 3.6. Gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT.

Aderendo alla Convenzione contro la tortura, gli Stati firmatari si assumono un ventaglio di obblighi che, quanto ad ampiezza e cogenza, ha pochi pari nel diritto internazionale dei diritti umani<sup>70</sup>. Centrale importanza in vista degli obiettivi del presente lavoro riveste l'obbligo di incriminazione degli atti costituenti tortura, previsto dall'art. 4 della CAT. Ad esso si affiancano altre disposizioni di rilievo, tra cui vale la pena ricordare gli artt. 2 e 16, che impongono agli Stati un generale *obbligo di prevenzione* rispetto sia alle pratiche di tortura, sia ai trattamenti crudeli, disumani o degradanti<sup>71</sup>.

La proibizione della tortura per mezzo di sanzioni penali adeguate alla gravità del fatto, sancita dall'art. 4 della CAT, è considerata dall'organo ginevrino una misura fondamentale per prevenire un fenomeno che prospera in ambienti dove regna un'atmosfera di impunità. Preme precisare come la lettera della norma non imponga di per sé l'introduzione di una figura autonoma di reato. Essa si accontenta che sia assicurata la punibilità, anche sotto le spoglie di altre ipotesi delittuose, delle condotte individuate dall'art. 1 della CAT, al di là del *nomen iuris* del reato (o dei reati) in cui esse possono essere sussunte e della rigorosa consonanza tra gli elementi costitutivi delle fattispecie integrate e la terminologia utilizzata dal trattato<sup>72</sup>. Tuttavia, i lavori del Comitato CAT e dello *Special Rapporteur* testimoniano la difficoltà di apprestare una tutela che sia comprensiva quanto a raggio d'azione e adeguata quanto a trattamento sanzionatorio per mezzo di fattispecie, per così dire, ordinarie (percosse, lesioni, minaccia, violenza privata, ecc.). Per evitare pene insufficienti, termini brevi di prescrizione e altre zone di impunità, ma anche per migliorare la chiarezza e prevedibilità della legge, mettere in risalto la particolare gravità della tortura e facilitarne il monitoraggio, il Comitato CAT e lo *Special Rapporteur* hanno perciò frequentissimamente raccomandato agli Stati di introdurre un reato a sé stante<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*; C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., pp. 216, 236. V., altresì, *Report dello Special Rapporteur 1986*, cit., par. 37; M.E. TARDU, *The United Nations*, cit., pp. 307-309.

<sup>68</sup> United Nations General Assembly, *Torture [...] Report of the Secretary-General*, 2/10/1984, A/39/499, p. 11, par. 6.

<sup>69</sup> M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nations Convention*, cit., p. 84.

<sup>70</sup> Cfr. P. GAETA, *When is the Involvement*, cit., pp. 183 ss., spec. pp. 187-189, che riconosce natura "ibrida" alla CAT, a mezza via tra un trattato sui diritti umani ed uno di cooperazione giudiziaria.

<sup>71</sup> Cfr. *General Comment No. 2*, cit., par. 3.

<sup>72</sup> *General Comment No. 2*, cit., par. 8; *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 48; J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 129.

<sup>73</sup> *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, pp. 92-93, par. 59(13) (France), pp.111-112, par. 61(7-8)).

Così è avvenuto, ripetutamente, anche nei confronti dell'Italia, richiamata nel 1999 e nel 2007 per le (comprovate) carenze del suo apparato normativo, generate sia da una copertura penale insufficiente dello spettro comportamentale individuato ai sensi dell'art. 1 della CAT, sia dalla disciplina della prescrizione, che intaccava l'efficacia delle fattispecie allora applicabili agli atti di tortura<sup>74</sup>. Reso edotto più volte del procedere delle discussioni parlamentari intorno all'introduzione di una fattispecie *ad hoc*<sup>75</sup>, il Comitato CAT ha visto disattese per anni le proprie aspettative<sup>76</sup>, prima della recente introduzione del reato nel nostro paese.

Resta da verificare, tuttavia, se la novella adempia in toto alle sollecitazioni internazionali<sup>77</sup>. Occorre infatti tener conto di almeno tre indicazioni che emergono dalle pronunce del collegio ginevrino: a) l'introduzione di una figura autonoma di reato è considerata la modalità più idonea a garantire il rispetto degli obblighi imposti dal trattato<sup>78</sup>; b) siffatto illecito dovrà essere punito con pene adeguate, cioè simili a quelle inflitte per i più gravi crimini previsti dal sistema penale interno<sup>79</sup>; e, infine, c) la

---

(Liechtenstein), p. 121, par. 62(5) (Svizzera); *Report del Comitato CAT su Israele 2016*, cit., par. 12-13; *Report of the Committee against Torture*, 2002, A/57/44, par. 92(a) (Russia), 108(a) (Svezia); *Report del Comitato CAT sugli Stati Uniti 2014*, cit., par. 9 (Stati Uniti); Comitato CAT, *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Denmark*, 4/02/2016, CAT/C/DNK/CO/6-7, par. 10-11 (Danimarca). Descrive 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*, cit., pp. 218-222. Secondo N. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of Torture: State Obligations under the [CAT]*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, vol. 11(2), 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*, cit., p. 471.

<sup>74</sup> Comitato CAT, *Consideration of Reports [...] Conclusions and recommendations [...] Italy*, 16/07/2007, CAT/C/ITA/CO/4 ("Report del Comitato CAT sull'Italia 2007"), par. 5, 19; 1999, A/54/44, par. 169(a); formulate in modo meno stringente, ma pur sempre a forte sostegno dell'introduzione di una fattispecie autonoma: 1995, A/50/44, par. 157(a); 1992, A/47/44, par. 314, 337. V., altresì, Human Rights Committee, *Consideration of reports [...], Italy*, 18/08/1998, CCPR/C/79/Add.94, par. 19; Human Rights Committee, *Consideration of reports [...], Italy*, 03/08/1994, CCPR/C/79/Add.37, par. 8, 15.

<sup>75</sup> V., ad esempio, Comitato CAT, *Consideration of reports [...], Italy*, 21/10/2015, CAT/C/ITA/5-6, par. 7, 9, 10, 12; Comitato CAT, *Summary Record of the 764th Meeting*, 7/05/2007, CAT/C/SR.764, par. 2, 10; Comitato CAT, *Summary Record of the 374th Meeting*, 3/05/1999, CAT/C/SR.374, par. 5.

<sup>76</sup> V., per tutti, lo scetticismo espresso già nel 1999 in Comitato CAT, *Summary Record of the 374th Meeting*, 3/05/1999, CAT/C/SR.374, par. 15-16. V., per un riassunto delle posizioni espresse dal governo italiano e delle rispettive repliche del Comitato CAT, A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)*, in *JICJ*, vol. 6, 2008, pp. 195 ss., spec. pp. 202-204 e p. 212 (in cui definisce "tattico" l'iniziale atteggiamento del governo italiano).

<sup>77</sup> Per un panorama comparato sulle diverse posizioni assunte dagli Stati membri della CAT con riguardo all'adempimento dell'obbligo sancito dall'art. 4 del trattato, v. A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention*, cit., pp. 195 ss.

<sup>78</sup> *Report del Comitato CAT sull'Italia 2007*, cit., par. 5.

<sup>79</sup> *Ibid.*; *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 49; J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 129. Cfr. C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., pp. 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

disciplina della prescrizione non dovrà scalfire le potenzialità accertative e repressive dei procedimenti avviati<sup>80</sup>. In casi riguardanti altri Stati, inoltre, il Comitato CAT ha dichiarato violati gli obblighi pattizi in casi di applicazione di misure clemenziali a favore di un pubblico funzionario ritenuto responsabile di tortura<sup>81</sup>.

Il profilo penale sostanziale non esaurisce gli interventi reclamati dalla CAT. Il trattato contiene altri divieti ed obblighi volti a prevenire e punire gli atti di tortura. Basti ricordare, in via puramente illustrativa, il principio di *non-refoulement* (art. 3), l'inutilizzabilità delle prove ottenute per mezzo di tortura (art. 15), nonché il c.d. *duty to investigate*, che impone di intraprendere, anche d'ufficio, indagini rapide ed imparziali per accertare la fondatezza di notizie riguardanti pratiche di tortura (artt. 12 e 13). Speciale menzione merita il principio dell'*aut dedere aut judicare* (art. 7), che ha di recente condotto, all'esito di un complesso iter giudiziario sovranazionale, all'istituzione in Senegal del primo tribunale penale internazionalizzato che vede la partecipazione dell'Unione degli Stati africani, avente il mandato di giudicare delle accuse contro Hissène Habré, ex dittatore del Ciad<sup>82</sup>.

I trattamenti crudeli, inumani e degradanti che non integrano la definizione di tortura, pur oggetto del medesimo divieto assoluto<sup>83</sup>, non sono accompagnati da un corrispondente corredo di obblighi posti in capo agli Stati. In particolare, ad essi non si applica l'art. 4 della CAT. Non sono quindi oggetto di uno specifico obbligo di incriminazione, né di tutti gli altri vincoli (preventivi o repressivi) aventi implicazioni penalistiche<sup>84</sup>. Anche per questo motivo assume grande rilievo discernere tra questi maltrattamenti "minori" ed i veri e propri atti di tortura.

---

necessariamente una prospettiva fedele dell'orientamento del Comitato nel suo complesso (cfr., sul valore delle opinioni dei singoli membri del Comitato, *ibid.*, p. 146).

<sup>80</sup> Report del Comitato CAT sull'Italia 2007, cit., par. 19(c).

<sup>81</sup> *Guridi v. Spain*, 17/05/2005, 212/2002, par. 6.7.

<sup>82</sup> Sul procedimento di fronte alle *Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts*, v. M. BORTOLUZZI, *La prima sentenza delle Camere straordinarie africane. Il caso Habré*, in *Ind. pen.*, fasc. 1, 2017, pp. 494 ss. Sulla pronuncia CIG, *Belgium v. Senegal*, cit., che ne ha ordinato l'istituzione, v. E. CIMIOTTA, *Aut dedere aut judicare, universalità "condizionata" e [CAT]*, in *Diritti umani e diritto internazionale ("DUDI")*, fasc. 1, 2013, pp. 105 ss.

<sup>83</sup> Artt. 1, 2 e 16 della CAT; *General Comment No. 2*, cit., par. 3, 5.

<sup>84</sup> M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nations Convention*, cit., pp. 247, 539, 571; N. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of Torture*, cit., p. 118. Nello stesso senso, F. VIGANÒ, [Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati](#), in *Dir. pen. cont.*, 25/09/2014, p. 3; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura*, cit., p. 565 e nota 40. L'obbligo di indagine posto dagli artt. 12 e 13, richiamati dall'art. 16, può dunque essere assolto anche mediante l'impiego di strumenti non penali. D'altronde, come nota M.E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 315, nemmeno la non vincolante Dichiarazione del 1975 né l'iniziale bozza svedese della CAT prevedevano obblighi di incriminazione estesi ai trattamenti inumani o degradanti. Di diversa opinione, A. COLELLA, [La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo](#), in *Dir. pen. cont.*, 22/07/2014, p. 14.

#### 4. La tortura nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'art. 3 della CEDU sancisce il divieto, assoluto ed inderogabile<sup>85</sup>, della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>86</sup>. Dalla giurisprudenza che promana dagli organi di Strasburgo – che non ha mancato di riscontrare, purtroppo, varie violazioni dell'art. 3 anche da parte del nostro paese<sup>87</sup> – possono desumersi numerose linee direttrici concernenti la fisionomia della figura in esame. I principi statuiti a Strasburgo sono stati adottati anche in altri fori, in particolare da quello penale internazionale che, come si vedrà in seguito, ha fatto proprie tali nozioni per precisare – *rectius*: espandere – i confini della fattispecie<sup>88</sup>. Data l'ampia portata dell'approfondimento dottrinale relativo all'art. 3 della CEDU<sup>89</sup>, ci si limiterà a mettere

---

<sup>85</sup> *Cestaro v. Italy*, cit., par. 188; *Gäfgen v. Germany*, 01/06/2010, 22978/05, par. 87, 107; *Aksoy v. Turkey*, 18/12/1996, 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 JICJ, vol. 3, 2005, pp. 1059 ss.; K. AMBOS, *May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?*, in JICJ, 2008, pp. 261 ss.

<sup>86</sup> Tenta di illuminare la laconicità dell'enunciato facendo ricorso ai lavori preparatori A. CASSESE, *Prohibition of Torture*, cit., pp. 226-228, dai quali deduce il palese intento dei redattori di conferire al divieto una portata molto ampia.

<sup>87</sup> V., ad esempio, *Cirino and Renne v. Italy*, 26/10/2017, 2539/13 e 4705/13 (tortura "sistematica" di detenuti nel carcere di Asti); *Sulejmanovic v. Italy*, 08/11/2002, 57574/00 e *Torreggiani v. Italy*, 08/01/2013, 43517/09 (sovraffollamento carcerario); *Saba v. Italy*, 01/07/2014, 36629/10 (maltrattamento di detenuti); *Alberti v. Italy*, 24/06/2014, 15397/11 (violenze su arrestati); *G.C. v. Italy*, 22/04/2014, 73869/10, *Contrada v. Italy* (n. 2), 11/02/2014, 7509/08 e *Scoppola v. Italy*, 10/06/2008, 50550/06 (incompatibilità del regime carcerario con le condizioni di salute dei ricorrenti); *Hirsi Jamaa v. Italy*, 23/02/2012, 27765/09 (respingimento in massa di migranti); *Abdelhedi v. Italy*, 24/03/2009, 2638/07, *Ben Salah v. Italy*, 24/03/2009, 38128/06 e *Saadi v. Italy*, 28/02/2008, 37201/06 (espulsione verso paesi in cui i ricorrenti sarebbero stati esposti ad un rischio reale di tortura). V., altresì, il celebre caso del sequestro di Abu Omar nell'ambito del programma americano delle *extraordinary renditions*, in cui l'Italia è stata condannata anche per violazione degli obblighi positivi discendenti dall'art. 3 della CEDU: *Nasr and Ghali v. Italy*, 23/02/2016, 44883/09, commentato da A. Liguori, *Extraordinary renditions nella giurisprudenza della [Corte EDU]: il caso Abu Omar*, in *Riv. dir. int.*, fasc.3, 2016, pp. 777 ss. Tale programma, così come la detenzione degli "enemy combatants" nella base americana di Guantanamo Bay, sono stati aspramente criticati da T. SCOVAZZI, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 2006, pp. 905 ss.

<sup>88</sup> Sull'intreccio tra giurisprudenza di Strasburgo e diritto penale internazionale in materia di tortura e trattamenti inumani o degradanti, 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., pp. 203 ss.; M. FARRELL, *Just How Ill-treated Were You?*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, 2015, pp. 482 ss.; 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 JICJ, vol. 9, 2011, pp. 633 ss. (che registra un progressivo declino del ricorso alla giurisprudenza della Corte EDU, via via che i tribunali penali internazionali *ad hoc* hanno sviluppato una loro nozione autonoma del reato in parola).

<sup>89</sup> V., nella letteratura italiana, con esclusione dei lavori più specifici (riguardanti, ad esempio, il principio di *non-refoulement* o i respingimenti), P. PUSTORINO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 63 ss.; A. COLELLA, F. CASSIBBA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 64 ss.; S. NEGRI,

in risalto gli elementi ritenuti di maggior utilità per il presente studio, senza pretesa di completezza.

#### 4.1. Un divieto che riguarda chiunque.

La prima indicazione riguarda il soggetto attivo. La Corte di Strasburgo non richiede che la condotta vietata sia posta in essere da un funzionario pubblico, deducendo siffatta portata generale del divieto dal suo carattere assoluto<sup>90</sup>. Dal combinato disposto degli artt. 1, 3 e 8 della CEDU, i giudici europei hanno ricavato un obbligo per gli Stati di adottare misure idonee a garantire che le persone sotto la loro giurisdizione non siano assoggettate a tortura o altri trattamenti inumani o degradanti commessi non solo da agenti pubblici ma *anche da privati*<sup>91</sup>. Un corollario di questo principio si esprime nell'obbligo di garantire, tramite interventi di tipo penale, un effetto deterrente nei confronti delle aggressioni contro la sfera personale dei soggetti più vulnerabili, da chiunque esse siano perpetrate<sup>92</sup>. Tale opzione ermeneutica è stata fatta propria dai tribunali penali internazionali *ad hoc* per trasformare la tortura da reato proprio a reato comune, allontanandosi dalla definizione fornita dalla CAT, cui si erano inizialmente affidati.

---

Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine (artt. 2 e 3 CEDU), in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano [...]*, Padova, 2016, pp. 115 ss.; A. ESPOSITO, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 49 ss.; ID., *Il diritto penale flessibile*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 220 ss.; G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della [Corte EDU] in materia di tortura*, in *DUDI*, 2008, pp. 50 ss.; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1801 ss.; ID., *La repressione*, cit., spec. pp. 21-28; P. PUSTORINO, E. FRONZA, *Commento all'art. 4*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, pp. 73 ss.; S. NEGRI, *"Violazioni strutturali"*, cit., pp. 1660-1663; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 30-80; A.L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni [...]*, in *La comunità internazionale*, 2005, pp. 269 ss. (Parte I), 471 ss. (Parte II); nella letteratura internazionale, v. C. GRABENWARTER, *The [ECHR]: Commentary*, Monaco, C.H. Beck, 2014, pp. 31 ss.; R.C.A. WHITE, C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, pp. 167 ss.; D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 69 ss.; A. CULLEN, *Defining Torture*, cit., spec. pp. 35-45; D. JENKINS, *The European Legal Tradition against Torture and Implementation of Article 3 of the [ECHR]*, in *Public Law*, 2007, pp. 15 ss.; F. SUDRE, *Article 3*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (a cura di), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, pp. 155 ss.; M.K. ADDO, N. GRIEF, *Does Article 3 of the [ECHR] Enshrine Absolute Rights?*, in *EJIL*, 1998, pp. 510 ss.; A. CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in R.ST.J. MACDONALD *et al.*, *The European System*, cit., pp. 225 ss.; P.J. DUFFY, *Article 3 of the [ECHR]*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32(2), 1983, pp. 316 ss.

<sup>90</sup> *H.L.R. v. France*, 29/04/1997, 24573/94, par. 40; *Z. and others v. United Kingdom*, 10/05/2001, 29392/95, par. 73.

<sup>91</sup> *M.C. v. Bulgaria*, 04/12/2003, 39272/98, par. 149.

<sup>92</sup> *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 150, 153.

#### 4.2. La linea di demarcazione tra tortura e trattamenti inumani o degradanti: a) la gravità delle sofferenze inflitte.

La seconda indicazione vale a chiarire la distinzione tra tortura e trattamenti inumani o degradanti; distinzione dalla quale scaturiscono certo effetti nell'ambito della CEDU e della CAT, giacché l'applicabilità di alcuni istituti presuppone l'integrazione della prima, più grave, fattispecie, ma che tuttavia si rivela di ancor più grande momento una volta transitata sul piano del diritto penale internazionale, da essa venendo a dipendere le sorti della punibilità<sup>93</sup>.

Un primo criterio di distinzione elaborato dai giudici di Strasburgo – quello considerato predominante dalla maggioranza dei commentatori – ruota attorno all'intensità delle sofferenze inferte. La giurisprudenza ha nel tempo sviluppato una gerarchia di soglie di sofferenza nell'ambito dell'art. 3 della CEDU: il livello d'ingresso (quello minimo affinché vi sia una violazione) è segnato dai trattamenti *degradanti*, seguiti ad un livello intermedio dai trattamenti *inumani*, per finire con la più grave fattispecie di *tortura*. Ne consegue che quest'ultima figura altro non sarebbe che una forma aggravata di trattamento inumano o degradante, consistente in condotte che cagionano “sofferenze molto forti e crudeli” (*very serious and cruel suffering*)<sup>94</sup>, di talché la sua integrazione è stata tradizionalmente “*réduit aux situations très exceptionnelles*”<sup>95</sup>.

L'accertamento dell'intensità del dolore ha natura relativa e fa leva su tutte le circostanze del caso concreto, tra cui la natura, il contesto, la durata e gli effetti dei maltrattamenti, nonché, sovente, le caratteristiche fisiche dell'offeso, tra cui la sua età, sesso e stato di salute<sup>96</sup>. L'attenzione del giudice tenderà, di conseguenza, a posarsi su fattori di tipo prevalentemente soggettivo, posto che il suo esame sarà diretto a soppesare il dolore inflitto alla vittima, cioè, in ultima analisi, quello *subito, percepito*, da quest'ultima<sup>97</sup>. L'applicazione di questa soglia di gravità, congenitamente relativa, ha prodotto una giurisprudenza che, contraddittoria sin dai primi arresti degli anni '70, non è ancora riuscita ad offrire risultati coerenti e prevedibili<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> Si precisa, comunque, che le condotte di maltrattamento che non costituiscono tortura possono integrare altri crimini internazionali, benché di gravità notevolmente inferiore: v., *ex plurimis*, TPJ, *Limaj*, Trial Chamber (“TC”), 30/11/2005, par. 236.

<sup>94</sup> *Ireland v. United Kingdom*, 18/01/1978, 5310/71, par. 167; *Selmouni v. France*, 28/07/1999, 25803/94, par. 100, 105. Esamina in profondità le diverse soglie di sofferenza ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo Y. ARAI-YOKOI, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21(3), 2003, pp. 385 ss.

<sup>95</sup> F. SUDRE, *Article 3*, cit., p. 161.

<sup>96</sup> *Selmouni v. France*, cit., par. 100.

<sup>97</sup> In questo senso, v. M. FARRELL, *Just How Ill-treated*, cit., pp. 482 ss.; E. BENVENISTI, *The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists*, in *EJIL*, vol. 8(4), 1997, spec. pp. 604-606; A. CULLEN, *Defining Torture*, cit., p. 33.

<sup>98</sup> V., in questo senso, M.D. EVANS, *Getting to Grips with Torture*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, spec. pp. 372-373; Y. ARAI-YOKOI, *Grading Scale*, cit., p. 420; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1815-1817; A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., p. 236; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p. 41 (che parla di “ampio tasso di discrezionalità” e “criteri di grande flessibilità”). Per una generosa rassegna di casi, v. R. KOLB, *La jurisprudence internationale*, cit., spec. pp. 257-271.

Nel caso *Ireland v. United Kingdom*, la (ora soppressa) Commissione EDU, con decisione unanime, classificò come tortura l'impiego sistematico delle "cinque tecniche" di interrogatorio utilizzate dalla polizia britannica contro i presunti terroristi irlandesi (assunzione forzata di posizioni vessatorie, testa incappucciata, esposizione a rumori assordanti, privazione di sonno ed alimenti)<sup>99</sup>. La Corte EDU, al contrario, relegò gli stessi metodi alla subalterna categoria dei trattamenti inumani e degradanti proprio perché, nonostante l'elemento finalistico coincidesse con uno di quelli caratterizzanti la tortura – ossia ottenere confessioni o informazioni – tali sistemi di coercizione non provocarono un dolore di gravità sufficiente<sup>100</sup>. E ciò a dispetto dell'"intensa sofferenza fisica e mentale" e degli "acuti disturbi psichiatrici" che secondo i giudici furono causati alle vittime<sup>101</sup>. Stante lo *speciale stigma* che porta con sé una condanna per tortura, ragionò ancora la Corte, tale etichetta va riservata ai casi di maltrattamento più gravi<sup>102</sup>.

I repertori di Strasburgo abbondano, sciaguratamente, di atroci maltrattamenti classificati come tortura<sup>103</sup>. Altre vicende, in cui i giudici non hanno ritenuto il livello del dolore abbastanza elevato per giustificare tale inquadramento, sollevano interrogativi sul peso attribuito alla *durevolezza degli effetti*, fisici o psichici, dell'offesa, soprattutto quando questa non sia stata perpetrata mediante violenza fisica<sup>104</sup>.

Di converso, rientrano tra i trattamenti inumani o degradanti altri comportamenti, non necessariamente dolosi, che provocano una sofferenza di intensità inferiore rispetto alla tortura, purché tale dolore superi, anche in questo caso, una soglia minima di gravità. I ricorsi riguardanti le condizioni di carcerazione ricadono normalmente entro questa categoria, dato che la condotta delle autorità non è in genere sorretta dall'intenzione di umiliare i detenuti<sup>105</sup>. Ne rimangono escluse, comunque, le

---

<sup>99</sup> *Ireland v. United Kingdom, Report of the Commission*, cit., par. 402. Per un'altra celebre causa che ha visto la Commissione e la Corte EDU attestarsi su posizioni divergenti in tema di qualificazione dei trattamenti contrari all'art. 3 della CEDU, v. *Soering v. United Kingdom*, 07/07/1989, 14038/88, par. 78 (che cita il *Report of the Commission*, 19/01/89), 106, 111.

<sup>100</sup> *Ireland v. United Kingdom*, cit., para. 167.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> V., ad esempio, *Virabyan v. Armenia*, 02/10/2012, 40094/05 (colpi allo scroto di una persona in custodia che ne hanno reso necessaria la rimozione chirurgica); *Zontul v. Greece*, 17/01/2012, 12294/07 (inserimento di un manganello nell'ano di un detenuto); *Mikheyev v. Russia*, 26/01/2006, 77617/01 (utilizzo di elettroshock); *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, 8/07/2004, 48787/99 (forme particolarmente estreme di isolamento carcerario); *Aydın v. Turkey*, 25/09/1997, 23178/94 (stupro di una detenuta); *Aksoy v. Turkey*, cit. (detenuto denudato e tenuto appeso fino a causare una paralisi delle braccia).

<sup>104</sup> Confronta, ad esempio, *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 103 (negata la qualificazione di tortura a minacce di cui non è stato dimostrato il pregiudizio psicologico a lungo termine) e *Egmez v. Cyprus*, 21/12/2000, 30873/96, par. 76, 78, 79 (negata la qualificazione di tortura quando in un caso di pestaggio avvenuto durante un arresto non vi è stata dimostrazione delle conseguenze dannose a lungo termine) con *Polonskiy v. Russia*, 19/03/2009, 30033/05, par. (plurime lesioni e percosse in varie parti del corpo, in assenza di dimostrati effetti a lungo termine, classificate come atti di tortura). Rimane tuttavia arduo stabilire il reale peso riconosciuto dalla Corte a singole circostanze, tra cui la durevolezza degli effetti della tortura, giacché l'esito di un caso è determinato da una molteplicità di fattori.

<sup>105</sup> V., per tutti, *Torreggiani v. Italy*, cit., par. 77-79 (sebbene la Corte EDU parli di una "violazione dell'art. 3 della CEDU" nel suo complesso, è evidente come non abbia mai preso in considerazione l'ipotesi di

sofferenze non eccedenti quelle inevitabilmente inerenti ad una data forma di trattamento o pena legittimi<sup>106</sup>. Almeno fino alla fine degli anni '90 del secolo scorso, la Corte EDU, seguendo l'approccio restrittivo inaugurato nel controverso<sup>107</sup> caso *Ireland v. United Kingdom*, tendeva a non assegnare l'etichetta di tortura a percosse e pestaggi, quand'anche violenti<sup>108</sup>.

La giurisprudenza più recente, che pare adottare un indirizzo più flessibile, conferma come il confine tra tortura e trattamenti inumani e degradanti, da un lato, e tra questi ultimi e condotte convenzionalmente lecite, dall'altro, non sia segnato da termini lapidei, bensì da – più mobili – picchetti<sup>109</sup>. A tal riguardo, un'illuminante sentenza della Grande Camera ha sancito che l'asticella relativa all'intensità del dolore non è statica ma *mobile*, essa cioè segue l'andamento degli standard europei di tutela dei diritti fondamentali<sup>110</sup>. L'innalzamento di questi ultimi ha portato all'abbassamento del livello di sofferenza richiesto al fine dell'integrazione della fattispecie di tortura, con la conseguenza che essa potrebbe, oggi, finire per abbracciare condotte classificate in passato come trattamenti inumani o degradanti<sup>111</sup>. Alla medesima dinamica non sfugge la soglia minima richiesta per il riscontro di una violazione dell'art. 3 della CEDU, come confermano alcune decisioni che paiono ridurre notevolmente il livello di rilevanza dei maltrattamenti<sup>112</sup>. Pertanto, si può dire che la giurisprudenza di Strasburgo vive al momento una tendenza espansiva<sup>113</sup>.

---

configurare i fatti come tortura). V., per una statuizione più esplicita, *Kalashnikov v. Russia*, 15/07/2002, 47095/99, par. 102-103. V., altresì, *Mkhitaryan v. Armenia*, 02/12/2008, 22390/05, par. 51-53, 57, in cui il ricorrente, assoggettato ad arresto di massa eseguito in seguito a manifestazioni di protesta, trascorse dieci giorni in celle in cui lo spazio personale variava da 0,75 a 1,80 mq, in assenza di letti ed alimentazione adeguati. In dottrina, v. per tutti M.D. EVANS, *Getting to Grips*, cit., p. 372.

<sup>106</sup> *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, cit., par. 428.

<sup>107</sup> V., per tutti, M. O'BOYLE, *Torture and Emergency Powers Under the [ECHR]: Ireland v. United Kingdom*, in *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 674 ss. Si osservi che l'Irlanda ha presentato una richiesta di revisione della celeberrima sentenza del 1978, chiedendo che, tenuto conto delle nuove prove emerse da documenti britannici desecretati, le pratiche di interrogatorio e detenzione applicate a presunti terroristi dell'IRA siano riclassificate come tortura: *Ireland v. United Kingdom*, communicated on 22/03/2016, 5310/71.

<sup>108</sup> V. N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 10-11 e gli esempi ivi citati.

<sup>109</sup> A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1819 parla, a questo proposito, di "un piano mobile".

<sup>110</sup> Cfr. *Selmouni v. France*, cit., par. 101. Anticipava (auspicandoli) questi sviluppi, A. CASSESE, *Prohibition of Torture*, cit., pp. 258-259.

<sup>111</sup> *Selmouni v. France*, cit., par. 101.

<sup>112</sup> V., ad esempio, le violazioni dichiarate nelle cause *Slyusarev v. Russia*, 20/04/2010, 60333/00 (detenuto privato degli occhiali da vista per qualche mese); *Filiz Uyan v. Turkey*, 8/01/2009, 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*, 25/03/1993, 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., pp. 371-372.

<sup>113</sup> M.D. EVANS, *Getting to Grips*, cit., p. 381.

#### 4.3. (continua) b) la finalità perseguita dal soggetto agente.

Un altro criterio per distinguere tortura e maltrattamenti è quello della *finalità* dell'agente. Nel *Greek case*, la Commissione EDU definì la tortura come una forma aggravata di trattamento inumano e degradante attuata per raggiungere un determinato obiettivo, quale ad esempio ottenere informazioni o punire<sup>114</sup>. Alcune pronunce successive hanno affermato che in assenza della prova che il torturatore fosse mosso dalle finalità elencate dalla CAT (che la Corte nella sostanza riprende), la condotta non può essere qualificata come tortura bensì, al più, come trattamento inumano o degradante<sup>115</sup>. Generalmente le operazioni legittime delle forze di polizia, tra cui il compimento di un arresto o le azioni per l'espletamento dei servizi di ordine pubblico, non cadono entro la nozione di tortura ma entro quella di trattamenti inumani o degradanti<sup>116</sup> tranne, come avvenuto nel caso *Cestaro*, quando esse sono apparse *gratuite*, cioè prive di alcun nesso con gli obiettivi di polizia o del tutto sproporzionate agli stessi<sup>117</sup>.

La giurisprudenza non segue linee coerenti che consentano di decifrare il rapporto tra il criterio finalistico e quello basato sulla gravità delle sofferenze, che dovrebbero distinguere la tortura dagli altri maltrattamenti, ma si sostiene che i due elementi, spesso applicati in combinazione tra loro, siano in "relazione di proporzionalità inversa", nel senso che più intenso è il dolore, meno peso assume lo scopo perseguito dall'agente<sup>118</sup>.

#### 4.4. Qualche precisazione circa gli obblighi discendenti dall'art. 3 della CEDU. *Cestaro v. Italy e i suoi antenati*.

Dall'art. 3 della CEDU scaturiscono due diverse tipologie di obbligazioni per gli Stati parte. In base alla sua componente negativa, le autorità statali devono astenersi dal porre in essere atti qualificabili come tortura o come pene o trattamenti inumani o degradanti. L'ambito di applicazione più tipico interessa la condotta delle forze dell'ordine nei confronti di soggetti in stato di privazione della libertà personale<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> *Greek case*, cit., p. 186. V., altresì, *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 101 ss.; *Dikme v. Turkey*, 11/07/2000, 20869/92, par. 95-96; *Denezi and others v. Cyprus*, 23/05/2001, 25316-25321/94, 27207/95, par. 384-386.

<sup>115</sup> Cfr. *Denezi and others v. Cyprus*, 23/05/2001, 25316-25321/94, 27207/95, par. 384-386; *Krastanov v. Bulgaria*, 30/09/2004, 50222/99, par. 53.

<sup>116</sup> *Krastanov v. Bulgaria*, cit., par. 53; *Darraj c. France*, 04/11/2010, 34588/07, par. 44; *Austrianu v. Romania*, 12/02/2013, 16117/02, par. 65; v., altresì i casi citati in D. HARRIS *et al.*, *Law of the European Convention*, cit., pp. 241 ss.

<sup>117</sup> *Cestaro v. Italy*, cit., par. 182, 190. V., altresì, *Vladimir Romanov v. Russia*, 24/07/2008, 41461/02, par. 65, 68, 70; *Dedovskiy v. Russia*, 15/05/2008, 7178/03, par. 82-83, 85-86.

<sup>118</sup> A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1817. Nota l'irregolare utilizzo, da parte della Corte EDU, dei criteri dell'intensità del dolore e della finalità perseguita dall'agente, M. FARRELL, *Just How Ill-treated*, cit., p. 489.

<sup>119</sup> V. gli esempi citati da A. COLELLA, F. CASSIBBA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., p. 69.

Per quanto riguarda l'aspetto positivo del vincolo convenzionale<sup>120</sup>, esso impone di adottare misure, anche di tipo penale, atte a proteggere, grazie all'effetto deterrente (asseritamente<sup>121</sup>) esercitato dalle stesse, gli individui da tali maltrattamenti, siano questi commessi da agenti pubblici o da privati cittadini. In quest'ultima evenienza, comunque, la Corte ammette una diversa estensione (si suppone, inferiore) di tali obblighi positivi<sup>122</sup>.

Questo orientamento si è tradotto, per quanto qui interessa, in una serie di "obblighi di tutela penale"<sup>123</sup>. Tra di essi spicca quello di dotarsi di norme penali che, all'esito di un'indagine efficace, consentano di comminare pene adeguate per i reati contro l'integrità fisica e psichica<sup>124</sup>, in particolare la violenza sessuale<sup>125</sup> e la violenza domestica<sup>126</sup>. Si precisa che in tali casi le condotte non avevano attratto la qualificazione di tortura, ma quella di trattamenti inumani o degradanti<sup>127</sup>. La Corte EDU si è premurata di puntualizzare come la sua competenza non si estenda alla verifica della

---

<sup>120</sup> Sugli obblighi positivi, ci si limita a segnalare, 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, pp. 363 ss.

<sup>121</sup> Per una critica del reiterato assunto della Corte EDU secondo cui a pene più severe corrisponderebbe un maggiore effetto deterrente, v. *Gäfgen v. Germany*, cit., *Joint Partly Concurring Opinion of Judges Tulkens, Ziemele and Bianku*, par. 5. Per fare il punto sugli ultimi approdi delle esplorazioni scientifiche sul tema del (dibattuto) effetto deterrente delle sanzioni penali, v. R. PATERNOSTER, *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100(3), 2010, pp. 765 ss., che individua nello iato temporale tra l'agire criminale e l'irrogazione della sanzione il principale ostacolo ad una reale efficacia deterrente del castigo minacciato.

<sup>122</sup> *Valiulienė v. Lithuania*, 26/03/2013, 33234/07, par. 73.

<sup>123</sup> 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, pp. 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, pp. 79 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, pp. 2645 ss. (opinione già enunciata in F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e [CEDU]*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, spec. pp. 60 ss.); C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, pp. 167 ss.; R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e [Corte EDU]*, in *Leg. pen.*, fasc. 1, 2006, pp. 171 ss.; E. NICOSIA, *[CEDU] e ordinamento penale*, Torino, 2006, pp. 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.

<sup>124</sup> *Valiulienė v. Lithuania*, cit., par. 73-75.

<sup>125</sup> *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 153, 185-186.

<sup>126</sup> *Opuz v. Turkey*, 09/06/2009, 33401/02, par. 159, 168-170, 176.

<sup>127</sup> Cfr. *M.C. v. Bulgaria*, cit., par. 148 ss. (in cui lo stupro non viene qualificato come tortura, bensì, genericamente, come pratica contraria agli artt. 3 e 8 della CEDU); *Opuz v. Turkey*, cit., par. 161; *Valiulienė v. Lithuania*, cit., par. 70. Siffatta classificazione va fatta risalire – pare lecito presumere – all'assenza dell'elemento finalistico che dovrebbe invece caratterizzare figura di tortura.

corretta applicazione del diritto penale da parte degli organi giudiziari interni. L'obiettivo dello scrutinio strasburghese è di valutare la responsabilità internazionale degli Stati; responsabilità in cui incorreranno quei sistemi giuridici che, a causa di carenze normative a monte o di vizi procedurali emersi nel caso concreto, non abbiano apprestato una protezione efficace contro atti di maltrattamento contrari all'art. 3 della CEDU<sup>128</sup>.

Ciò non comporta, comunque, un obbligo per gli Stati di introdurre una fattispecie *ad hoc* per sanzionare siffatti maltrattamenti, che ben possono rientrare in altre figure criminose tra cui le lesioni personali, la violenza sessuale o i maltrattamenti in famiglia. L'esame di Strasburgo tenderà piuttosto ad appurare se il sistema *penale* sia congegnato ed abbia in concreto funzionato in modo da offrire reale protezione contro gli atti contrari all'art. 3 della CEDU, assicurando che i fatti in causa siano acclarati per mezzo di un'indagine ufficiale efficace e che i responsabili, ove individuati, siano puniti con pene adeguate. Sicché, nei termini or ora precisati, non si può negare la sussistenza di un obbligo di tutela penale nei confronti dei trattamenti inumani o degradanti<sup>129</sup>, sia pure da non attuare necessariamente mediante l'introduzione di una fattispecie specifica.

Venendo, invece, alle condotte integranti la più grave violazione dell'art. 3 della CEDU, in qualche occasione la Corte EDU è parsa caldeggiare l'introduzione di un *reato autonomo* di tortura<sup>130</sup>. Ma fino a che punto può dirsi che ciò rappresenti un autentico obbligo di penalizzazione della tortura mediante una fattispecie a sé stante? Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l'incriminazione degli atti che ricadono sotto l'art. 3 rappresenta il *prerequisito* affinché lo Stato possa adempiere all'obbligo di indagine effettiva<sup>131</sup>. Ciò che conta, per i giudici europei, è che il sistema penale, da un lato, proibisca il catalogo di condotte individuato dall'art. 3 della CEDU nella sua interezza e, dall'altro, punisca tali condotte con sanzioni adeguate alla loro gravità, a prescindere dalla modalità in cui opera tale penalizzazione.

A ben vedere, il cuore dell'incompatibilità convenzionale, nelle decisioni più frequentemente citate in materia di tortura, riposa sulla – a dir poco – lampante sproporzionalità delle sanzioni irrogate, irrisorie in concreto<sup>132</sup>. Illuminante è il celebre

---

<sup>128</sup> *Valiulienė v. Lithuania*, cit., par. 75-77.

<sup>129</sup> In questo senso non si condivide l'opinione di F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 9, che ritiene non vi sia "alcun obbligo né opportunità di criminalizzazione" rispetto alle condotte costituenti trattamenti inumani e degradanti. L'obbligo, infatti, sussiste, benché non richieda l'introduzione di una norma incriminatrice specifica.

<sup>130</sup> *Myumyun v. Bulgaria*, 03/11/2015, 67258/13, par. 77; *Cestaro v. Italy*, cit., par. 243, 246.

<sup>131</sup> *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 116-117. Sulle ragioni sottostanti all'obbligo di un'indagine *penale*, v. le perspicue riflessioni di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2688-2695.

<sup>132</sup> V., ad esempio, *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 123-124 (condanna a pena pecuniaria di importo modesto, per giunta sospesa); *Cestaro v. Italy*, cit., par. 221 (reati di lesione estinti per intervenuta prescrizione; applicazione dell'indulto); *Myumyun v. Bulgaria*, cit., par. 75 (pene pecuniarie di ammontare compreso tra i 2 ed i 3 mesi di stipendio dei poliziotti condannati); *Valeriu and Nicolae Roșca v. Moldova*, 20/10/2009, 41704/02, par. 72 (3 anni di reclusione e 2 anni di sospensione dal servizio, ma pena sospesa; in questo caso la Corte lamenta anche della mancata applicazione, senza alcuna giustificazione, del reato di tortura, presente nel codice moldavo); v., altresì, *Darraj c. France*, cit., par. 49 (multa di 800 Euro); *Austrianu v. Romania*, cit., par.

caso *Gäfgen v. Germany*, in cui la Corte EDU non ha neppure fatto cenno al fatto che in Germania, come già deplorato dal Comitato CAT<sup>133</sup>, il codice penale non preveda un autonomo reato di tortura e gli atti in questione siano stati perciò qualificati come violenza privata<sup>134</sup>. La censura europea non ha colpito la classificazione giuridica attribuita al fatto, bensì le pene inflitte, giudicate manifestamente sproporzionate<sup>135</sup>. Anche nella sentenza *Cestaro*, la maggior parte delle critiche, per quanto riguarda gli aspetti procedurali della violazione, si è rivolta ad istituti attinenti la punibilità, quali la prescrizione e l'indulto<sup>136</sup>.

Ciò precisato, non va sottaciuto che spesso l'entità insoddisfacente della sanzione, nonché l'applicabilità di istituti incidenti *in mitius* sulla punibilità, discende, in via indiretta, dalla mancanza di una fattispecie autonoma di tortura, che comporta l'operatività di altre figure criminose che, riferendosi ad aspetti dannosi isolati della violazione, non riescono a riflettere il complessivo disvalore insito nella stessa<sup>137</sup>.

Per quanto concerne, più nello specifico, le direttive impartite allo Stato italiano nel caso *Cestaro*, l'organo di Strasburgo, da tempo non più pago di ordinare la semplice corresponsione di un indennizzo alla vittima, ha prescritto  *misure di carattere generale* <sup>138</sup>.

---

74 (multa di circa 30 Euro). V., altresì, *Siliadin v. France*, 73316/01, 26/07/2005, par. 142, in cui, sebbene l'ordinamento penale francese non disponesse di un reato autonomo di schiavitù, la Corte EDU non ha assegnato valore decisivo a tale mancanza, ma è passata a vagliare se le fattispecie applicabili (sfruttamento del lavoro e trattamento contrario alla dignità umana) avessero offerto protezione adeguata tramite "effective penalties". In sostanza, il fulcro dell'esame pare essere stato, ancora una volta, l'effettivo trattamento sanzionatorio, più che lo specifico veicolo penale utilizzato per irrogarlo. Sembra pervenire a conclusioni simili anche A. COLELLA, *La repressione*, cit., p. 27 che, infatti, non evince dalla giurisprudenza di Strasburgo la sussistenza di un obbligo di introdurre una fattispecie autonoma di tortura.

<sup>133</sup> Comitato CAT, *Consideration of Reports [...] Concluding observations [...] Germany*, 12/12/2011, CAT/C/DEU/CO/5, par. 9. La tortura è, invece, punibile come crimine internazionale.

<sup>134</sup> *Nötigung*, § 240, par. 1 StGB (letteralmente, "coercizione"), assimilabile, a grandi linee, alla nostra violenza privata; *Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat*, §§ 375, par. 1 e 240, par. 1 StGB ("istigazione di un subordinato a commettere coercizione"). La Germania, come accennato, punisce la tortura solo quale crimine contro l'umanità o crimine di guerra.

<sup>135</sup> *Gäfgen v. Germany*, cit., par. 123-124.

<sup>136</sup> *Cestaro v. Italy*, cit., par. 218-226.

<sup>137</sup> Cfr. *Myumyun v. Bulgaria*, cit., par. 77.

<sup>138</sup> A partire dal caso *Scozzari and Giunta v. Italy*, 13/07/2000, 39221/98, par. 249, la Corte EDU ha assegnato un significato più esteso al dovere degli Stati contraenti, imposto dall'art. 46 della CEDU, di conformarsi alle sentenze definitive da essa pronunciate nelle controversie delle quali sono parti. In aggiunta all'obbligo di versare l'indennizzo stabilito, allo Stato soccombente s'impone quello di adottare  *misure individuali e/o generali* per far cessare la violazione contestata e cancellarne, per quanto possibile, le conseguenze. Sugli Stati, altresì, grava un onere di assicurare la compatibilità della legislazione interna con i vincoli discendenti dalla CEDU, se del caso approvando adeguate riforme normative. V., ad esempio, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (n. 2)*, 30/06/2009, 32772/02, par. 85-86, 88; *Sejdovic v. Italy*, 01/03/2006, 56581/00, par. 119, 126-127; *Assanidze v. Georgia*, 08/04/2004, 71503/01, par. 198, 202-203. In dottrina si veda, anche per riferimenti relativi alle violazioni strutturali e al meccanismo delle sentenze pilota, G. BARTOLINI, *Articolo 41*, in *Commentario breve*, cit., pp. 703 ss.; P. PIRRONE, *Articolo 46*, in *Commentario breve*, cit., pp. 744 ss.; ID., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della [Corte EDU]*, Milano, 2004; F. M. PALOMBINO, *La "procedura della sentenza pilota" nella giurisprudenza della [Corte EDU]*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 91ss.; B. NASCIBENE, *Violazione "strutturale", violazione "grave" ed esigenze interpretative della [CEDU]*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pp. 645 ss.; S. VEZZANI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano delle sentenze della Corte [...]*, in L. CASSETTI (a cura

Benché non sia cristallina, *in parte qua*, la sua autentica efficacia giuridicamente vincolante<sup>139</sup>, il *dictum* segnala la necessità di attuare riforme legislative in grado di assicurare una punizione adeguata dei responsabili di trattamenti contrari all'art. 3 della CEDU<sup>140</sup>. La Corte non si è astenuta, inoltre, dal denunciare quale *problema strutturale* la lacunosità del grappolo di fattispecie applicabile ai casi di tortura e maltrattamento<sup>141</sup>, adombrando la possibilità che, tra gli obblighi discendenti dalla componente procedurale dell'art. 3 della CEDU, vi sia quello di introdurre nuove figure criminose<sup>142</sup>. Passando però ad individuare le misure di esecuzione della sentenza, vincolanti ai sensi dell'art. 46 della CEDU, i giudici europei si sono limitati alla generica indicazione di "istituti giuridici" idonei a garantire l'effettiva punibilità dei torturatori<sup>143</sup>, non rientrando nel mandato conferito alla Corte EDU il compito di specificare i mezzi con cui rimediare ai difetti indicati<sup>144</sup>.

---

di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 43 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e [CEDU]: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *DUDI*, 2008, pp. 5 ss. V., altresì, nota 204.

<sup>139</sup> A differenza di altre vicende riguardanti misure individuali (v. *infra*, nota 144) o generali (ad esempio, *Torreggiani v. Italy*, par. 99 e punto 4 del dispositivo; *Broniowski v. Poland*, 22/06/2004, 31443/96, par. 194 e punto 4 del dispositivo), le indicazioni della Corte non compaiono infatti nel dispositivo della sentenza (valorizza questa circostanza, D. HARRIS *et al.*, *Law of the European Convention*, cit., p. 164). Vero è che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 210 del 18 luglio 2013, ha dichiarato la sussistenza, in caso di accertate criticità strutturali, di un obbligo di adottare misure generali anche in assenza di una loro puntuale determinazione da parte dell'organo strasburghese (punto 7.2 (sez. "considerato in diritto"); v., altresì G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, [L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale](#), in *Dir. pen. cont.*, 25/05/2015, p. 29, sull'"efficacia espansiva" delle sentenze della Corte EDU). Ma questo obbligo pare sorgere in relazione agli interventi necessari "affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino" (sent. 210/2013, cit., punto 7.2), cioè nell'ambito di una ancora possibile (e doverosa) *restitutio in integrum*, ancorché parziale. Non sembrano, invece, godere dello stesso grado di coerenza prescrizioni volte a promuovere adeguamenti legislativi che, lungi dal poter porre rimedio ad una violazione in essere, tendono a prevenirla l'insorgenza futura (l'introduzione di una fattispecie di tortura non potrebbe dispiegare alcun effetto ristorativo sulle vittime di maltrattamenti già compiuti, stante l'ovvia irretroattività di siffatte norme). Si possono forse avanzare considerazioni simili in riferimento al distinto obbligo di garantire che la normativa interna sia compatibile con la CEDU, visto che esso viene regolarmente declinato nel dovere di rimuovere gli ostacoli giuridici che si frappongono ad una piena eliminazione delle conseguenze dannose della violazione (v., *ex plurimis*, *Maestri v. Italy*, 17/02/2004, 39748/98, par. 47). Si segnala, tuttavia, che la prassi degli Stati e del Comitato dei ministri si sta evolvendo verso un indirizzo che prevede l'inclusione entro il perimetro vincolante dell'art. 46, comma 1 della CEDU delle misure generali finalizzate ad *evitare la ripetizione futura* di violazioni simili a quelle già oggetto di condanna da parte della Corte EDU (ne dà conto P. PIRRONE, *Articolo 46*, cit., pp. 757 ss.).

<sup>140</sup> *Cestaro v. Italy*, cit., par. 246.

<sup>141</sup> *Ibid.*, par. 225, 242.

<sup>142</sup> *Ibid.*, par. 243-244.

<sup>143</sup> *Ibid.*, par. 245-246.

<sup>144</sup> Se normalmente spetta alle autorità nazionali scegliere le misure di ristoro più appropriate, siano esse generali o individuali, vi possono essere casi eccezionali in cui è la Corte stessa ad indicarle, talvolta addirittura nel dispositivo della sentenza. V., ad esempio, *Del Rio Prada v. Spain*, 21/10/2013, 42750/09, par. 139 e punto 3 del dispositivo; *Scoppola v. Italy (n. 2)*, 17/09/2009, 10249/03, par. 154 e punto 6(a) del dispositivo; *Assanidze v. Georgia*, cit., par. 202-203 e punto 14(a) del dispositivo; *Fatullayev v. Azerbaijan*, 22/04/2010, 40984/07, par. 174-177 e punto 6 del dispositivo. V., altresì, la *risoluzione del Comitato dei Ministri Res.(2004)3*, 12/5/2004, par. I, in cui il Comitato chiede alla Corte EDU di individuare, in relazione alle

In conclusione, l'art. 3 della CEDU, nell'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, racchiude un obbligo di tutela penale che intercetta la totalità delle condotte ivi descritte, ma non comporta necessariamente l'introduzione di una (o più) fattispecie *ad hoc*. Nel caso dell'Italia, tuttavia, occorre fare i conti con una persuasiva raccomandazione a garantire un'adeguata punizione dei responsabili di fatti di tortura; sebbene la Corte si sia astenuta dall'indicare gli istituti giuridici più idonei a realizzare questo obiettivo, la sua giurisprudenza ha palesato una *tendenziale preferenza* per l'adozione di un reato autonomo.

## 5. La tortura nel diritto penale internazionale.

Al divieto assoluto di tortura previsto dai trattati sui diritti dell'uomo fa da *pendant* la fattispecie penale di tortura nell'ambito del diritto penale internazionale. In quest'ambito, tale pratica, pur non assurgendo a reato a sé stante<sup>145</sup>, può costituire sia un crimine contro l'umanità<sup>146</sup>, sia un crimine di guerra<sup>147</sup>. Tralasciando i processi celebrati

---

violazioni accertate, il problema strutturale e la sua causa prima, così da guidare lo Stato convenuto nella scelta delle misure individuali e/o generali che sia chiamato ad adottare. Osserva come il margine di libertà lasciato agli Stati nella scelta dei mezzi con cui conformarsi alle sentenze della Corte EDU stia vivendo una progressiva restrizione P. PIRRONE, *Articolo 46*, cit., pp. 764-765, il quale però lo considera ancora "ampio" in relazione all'obbligo di evitare la ripetizione futura della medesima violazione.

<sup>145</sup> Per la precisione: la tortura non costituisce un crimine di diritto internazionale a sé, cioè una figura di reato idonea a far insorgere responsabilità penale individuale *in via diretta*, senza bisogno di misure interne di trasposizione. In questo senso, K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Vol II: The Crimes and Sentencing*, OUP, 2014, p. 245; P. GAETA, *International Criminalization of Prohibited Conduct*, in A. CASSESE (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, pp. 68-69 (che nega l'esistenza di una regola consuetudinaria che incrimini la tortura come crimine a sé stante); R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3° ed., Cambridge University Press, 2014, p. 346; P. DE SENA, *Immunità di ex-Capi di Stato*, cit., p. 956 (l'A. ritiene che la perseguibilità penale internazionale della tortura concerna la tortura quale crimine contro l'umanità, non l'autonoma figura prevista dalla CAT). In ultima analisi, ragiona in modo non del tutto dissimile Antonio Cassese, che, nonostante inquadri la tortura tra gli "*international crimes proper*" (A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's*, cit., p. 21), ammette come essa non sia stata giudicata come fattispecie autonoma a livello internazionale – circostanza che ritiene spiacevole, auspicando in futuro la persecuzione da parte di un tribunale internazionale dei fatti di tortura non costituenti né crimini contro l'umanità né crimini di guerra (*ibid.*, pp. 131-132). Su questo tema v., anche per ulteriori riferimenti, K. AMBOS, *Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon – Is There a Crime of Terrorism under International Law?*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 655 ss.

<sup>146</sup> Art. 7, comma 1, lett. f), Statuto di Roma; art. 5, lett. f), Statuto TPJ; art. 3, lett. f), Statuto TPR; art. 2, lett. f), Statuto della Corte speciale per il Sierra Leone; art. 5, punto 6, legge istitutiva delle Camere straordinarie in seno alle corti di Cambogia.

<sup>147</sup> 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); art. 4, comma 2, lett. a), Protocollo aggiuntivo (II). V., altresì, l'art. 2, comma 1, lett. c), legge n. 10 del Consiglio di controllo della Germania occupata.

nell'immediato dopoguerra<sup>148</sup>, in cui l'elaborazione giurisprudenziale in materia di tortura è rimasta allo stadio embrionale, sono stati i tribunali penali internazionali *ad hoc* – ed in special modo quello per l'ex Jugoslavia – ad occuparsi dei profili penali di tale figura<sup>149</sup>. Com'è noto, i reati di cui giudicano i suddetti organi non dispongono di una definizione legislativa, dato che i rispettivi statuti non si limitano che ad elencare i reati sui quali è attribuita giurisdizione all'organo istituendo. Rintracciare le coordinate dell'illecito è stato dunque compito assegnato al giudice penale internazionale in via esclusiva, almeno fino all'adozione dello Statuto di Roma, in cui, per la prima volta a livello pattizio, sono state tracciate le linee definitorie del reato *de quo*.

### 5.1. L'evoluzione da reato proprio a reato comune.

Inizialmente, il Tribunale penale per il Ruanda ("TPR") aveva adottato alla lettera la definizione di tortura sancita dalla CAT<sup>150</sup>. A partire dal caso *Kunarac*, tuttavia, il suo omologo per l'ex-Jugoslavia ha spostato in avanti i confini della fattispecie, servendosi anche della giurisprudenza della Corte EDU<sup>151</sup> per eliminare la condizione che l'illecito debba essere commesso da un agente pubblico, mutandolo così in un reato comune<sup>152</sup>. La Camera di primo grado, con motivazione convalidata in appello, ha fatto leva sul divario tra violazioni dei diritti fondamentali, da un lato, e reati, dall'altro; detto altrimenti, tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto umanitario (*rectius*: diritto penale internazionale)<sup>153</sup>. Le differenze "strutturali" vanno innanzitutto riferite, a parere dei giudici, al diverso ruolo rivestito dall'entità statale nelle due citate branche del diritto: la prima diretta a proteggere i cittadini da condotte poste in essere dalle autorità statali, che potranno essere chiamate a risponderne; la seconda volta a limitare le

---

<sup>148</sup> Il più importante è il c.d. *Medical case* celebrato nel 1946/47 di fronte al tribunale militare americano di Norimberga, avente ad oggetto gli "esperimenti" condotti da medici nazisti su pazienti non consenzienti prelevati dai campi di concentramento.

<sup>149</sup> Per un'analisi della giurisprudenza, v. C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, in *JICJ*, vol. 6, 2008, pp. 159 ss.; W.A. SCHABAS, *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, 2006, pp. 349 ss.; J.D. VAN DER VYVER, *Torture as a Crime under International Law*, in *Albany Law Review*, vol. 67, 2003, pp. 427 ss.; R. KOLB, *La giurisprudence internationale*, cit., pp. 271 ss.; J.M. WAUTERS, *Torture and Related Crimes – A Discussion of the Crimes Before the [TPJ]*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, 1998, pp. 155 ss.; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., pp. 81 ss.

<sup>150</sup> TPR, *Akayesu*, TC, 2/09/1998, par. 681.

<sup>151</sup> TPJ, *Kunarac*, TC, 22/02/2001, par. 479, 482.

<sup>152</sup> Su questo sviluppo, v. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 427 ss.

<sup>153</sup> TPJ, *Kunarac*, cit., par. 470 ss.; TPJ, *Kunarac*, Appeals Chamber ("AC"), 12/06/2002, par. 148. Questo sviluppo era stato adombrato già in TPJ, *Delalić*, cit., par. 459, 473-474, 494; TPJ, *Furundžija*, cit., par. 162, in cui erano stati estesi i confini del soggetto attivo, in virtù dello "specific viewpoint of international criminal law relating to armed conflicts".

potenzialità offensive di un conflitto armato. Nella seconda, il ruolo dello Stato non è ritenuto centrale, bensì meramente periferico, ininfluenza sull'antigiuridicità penale degli atti compiuti. Un ulteriore tratto distintivo rispetto al settore dei diritti umani è proprio quello della natura *penale*, e dunque necessariamente personale, della responsabilità accertata avanti i tribunali *ad hoc*. Da ciò ne è derivata l'irrelevanza della partecipazione di un agente pubblico alla commissione dell'illecito<sup>154</sup>.

Questo esito interpretativo – confortato dalle pronunce successive<sup>155</sup> – si pone in linea di continuità con la scelta compiuta nello Statuto della Corte penale internazionale di emancipare il crimine di tortura dal requisito riguardante il soggetto attivo<sup>156</sup>. Più in generale, lo Statuto di Roma svincola lo sviluppo della fisionomia del crimine internazionale di tortura dalla corrispondente nozione valida nel campo dei diritti umani, cristallizzata dall'art. 1 della CAT. Al di là dell'opportunità di una siffatta svolta espansiva, parte della dottrina ha criticato questo cambio di rotta per le ovvie tensioni che genera con il principio di legalità, specialmente in riferimento a quelle condotte poste in essere (da privati) prima della sentenza del TPJ nel caso *Kunarac*. Questo problema non si pone, naturalmente, per le fattispecie previste dallo Statuto di Roma, la cui geometria è stata definita in un trattato e che sono destinate ad applicarsi esclusivamente ai fatti commessi successivamente alla loro entrata in vigore.

## 5.2. La dubbia capacità selettiva dell'elemento soggettivo del reato.

Un altro punto di interesse attiene all'elemento finalistico del reato, considerato da parte della giurisprudenza il vero *quid pluris* della tortura, senza il quale si sarebbe in presenza di generici atti di violenza gratuita, da esaminare sotto altri capi d'imputazione<sup>157</sup>. In sede penale internazionale, la lista degli scopi perseguiti dall'agente, di cui occorre fornire prova ai fini dell'integrazione della fattispecie, da una parte si è arricchita dell'obiettivo di "umiliare" la vittima o un terzo, mentre dall'altra è stata dichiarata di valore puramente illustrativo, non tassativo<sup>158</sup>. Solo uno scopo meramente privato varrebbe ad escludere l'integrazione dell'illecito; tale evenienza è stata però giudicata di una certa rarità, dato che, in un contesto in cui si dà per presupposto un nesso tra la condotta ed un conflitto armato, verranno probabilmente in

---

<sup>154</sup> TPJ, *Kunarac*, TC, cit., par. 470, 489 ss.

<sup>155</sup> V., ad esempio, TPJ, *Kvočka*, TC, 2/11/2001, par. 139, 141; TPJ, *Limaj*, cit., par. 240; TPR, *Semanza*, AC, 20/05/2005, par. 248.

<sup>156</sup> Art. 7, comma 2, lett. e) e art. 8, comma 2, lett. a), ii), 1), Statuto di Roma.

<sup>157</sup> TPJ, *Krnjelac*, TC, 15/03/2002, par. 180. R. CRYER *et al.*, *An Introduction*, cit., p. 250. Per un'applicazione pratica del principio, v., ad esempio, TPJ, *Limaj*, cit., par. 297, 302.

<sup>158</sup> TPJ, *Furundžija*, cit., par. 162 (giustificando l'estensione tramite il riferimento alla "generale ispirazione del diritto internazionale umanitario, il cui scopo primario è quello di salvaguardare la dignità umana"); TPJ, *Kvočka*, cit., par. 140; TPJ, *Delalić*, cit., par. 470. V., tuttavia, *Krnjelac*, cit., 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*, cit., p. 170.

rilievo finalità di “intimidazione, coercizione, punizione o discriminazione”<sup>159</sup>. Inoltre, basta che uno degli scopi sopra citati faccia parte dell’intento criminale, mentre non si richiede esso sia il fine esclusivo né preponderante dell’azione<sup>160</sup>.

All’evidenza, questi principi determinano un ulteriore allargamento delle maglie definitorie della nozione di tortura cui gli Stati si erano obbligati tramite la CAT, tanto più che pare arduo immaginare casi di maltrattamenti in cui non vi sia umiliazione della vittima. Sotto questo aspetto, dunque, i tribunali penali internazionali si sono ben guardati dal far valere la specificità, rispetto al settore dei diritti umani, della materia di cui trattano, che avrebbe consigliato di non distaccarsi dal novero di finalità – già peraltro di ampia capienza semantica – previsto dalla CAT<sup>161</sup>.

Per quanto riguarda invece il requisito che la condotta sia commessa “intenzionalmente”, nulla ne suggerisce una lettura che si allontani dai classici insegnamenti in tema di dolo, senza esclusione di alcuna delle sue forme. Non ha rilevanza il fatto che la condotta sia ispirata da altri *motivi*, ad esempio la lussuria in scenari di stupro; basta che l’autore intenda agire in un modo che, nell’ordinario corso degli eventi, sia atto a cagionare acute sofferenze<sup>162</sup>. Questa lettura è avvalorata dalla, per quanto scarna, giurisprudenza della Corte penale internazionale<sup>163</sup>.

### 5.3. L’evento di danno e la sua funzione selettiva, tra esigenze di tassatività e spinte all’apertura.

Il *case law* dei tribunali *ad hoc*, infine, offre alcune indicazioni relative all’evento. Secondo consolidato orientamento non è necessario che la condotta, attiva od omissiva<sup>164</sup>, produca una lesione permanente alla vittima, né che sfoci in un danno fisico, bastando anche un pregiudizio alla salute mentale, tanto più che non si richiede alcuna prova “visibile” degli atti subiti<sup>165</sup>. Di ancor maggiore rilievo sono gli indirizzi concernenti la soglia di gravità che deve raggiungere la sofferenza inflitta al soggetto passivo per integrare gli estremi della tortura<sup>166</sup>. In modo simile ai colleghi di Strasburgo,

---

<sup>159</sup> TPJ, *Delalić*, cit., par. 471, in relazione alla violenza sessuale come condotta costituente tortura.

<sup>160</sup> *Krnojelac*, cit., par. 184.

<sup>161</sup> Più prudente, infatti, TPJ, *Krnojelac*, cit., par. 186. I tribunali *ad hoc* hanno, in alcuni casi, rifiutato di importare nozioni provenienti dalla giurisprudenza dei diritti umani a causa della loro eccessiva vaghezza: v. O. DE FROUVILLE, *The Influence*, cit., p. 642.

<sup>162</sup> Cfr. TPJ, *Kunarac*, AC, cit., par. 153, in cui il Tribunale distingue tra motivi ed intenzione in relazione ad atti di violenza sessuale costituenti tortura.

<sup>163</sup> CPI, *Bemba*, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute [...]*, Pre-Trial Chamber (“PTC”), 3/07/2009, par. 194.

<sup>164</sup> TPJ, *Brđanin*, TC, 1/09/2004, par. 481, punto 1; TPJ, *Delalić*, cit., par. 468.

<sup>165</sup> TPJ, *Limaj*, cit., par. 236; TPJ, *Brđanin*, cit., par. 484. V., altresì, TPJ, *Kunarac*, AC, cit., par. 150; TPJ, *Kvočka*, TC, cit., par. 148.

<sup>166</sup> Una direttrice di ricerca ancora poco esplorata riguarda il rapporto fra le gravi sofferenze, fisiche o mentali, che caratterizzano la tortura (*severe pain or suffering, whether physical or mental*) ed il grave pregiudizio, fisico o mentale (*serious bodily or mental harm*), che serve ad integrare una delle sotto-fattispecie del crimine di genocidio. La Camera d’appello nel recente caso *Tolimir*, con una pronuncia destinata ad accendere animate discussioni, ha negato la sussistenza di quest’ultima fattispecie – distinguendo i fatti di

dalle cui pronunce hanno tratto spunto<sup>167</sup>, i giudici dell'Aia hanno valorizzato, in primo luogo, criteri di tipo oggettivo (natura, scopo, durata e sistematicità degli atti), per fare ricorso, in via sussidiaria, a quelli soggettivi basati ad esempio sulle caratteristiche fisiche e mentali della vittima, tra cui la sua età, sesso, provenienza socio-culturale e stato di salute<sup>168</sup>.

Senonché, alcune speciali forme di aggressione sono state considerate in sé di gravità sufficiente per raggiungere la soglia della tortura. Rientrano in tale *presunzione* la violenza sessuale e le mutilazioni<sup>169</sup>, per le quali la procura sarà quindi sollevata dall'onere di provare il raggiungimento del livello minimo di intensità del dolore. Appare "probabile" la qualificazione come atti di tortura anche di pestaggi, deprivazione prolungata di sonno, cibo, igiene ed assistenza medica, così come delle minacce di torturare, stuprare o uccidere i familiari del torturato<sup>170</sup>. Occorre però dimostrare, in questi casi, la severità della sofferenza. Pratiche giudicate rientranti nel perimetro della tortura includono: applicare l'elettrocuzione, causare lesioni e costringere le vittime ad assistere all'esecuzione di terzi o a seppellirne i cadaveri<sup>171</sup>.

Tuttavia, non va sottovalutato che, seppure in un caso ad alta sensibilità politica risalente agli anni '70, la Corte EDU aveva escluso che le sopra citate "cinque tecniche" di interrogatorio configurassero un'ipotesi di tortura<sup>172</sup>. Inoltre, nonostante il TPJ abbia dichiarato che gli atti di violenza su detenuti, compiuti o meramente minacciati, possono costituire tortura<sup>173</sup>, la realtà applicativa rivela un panorama ben più complesso, in cui tale qualificazione è stata negata, ad esempio, in casi caratterizzati da violenti pestaggi, privazione anche prolungata di alimenti ed inaccettabili condizioni di detenzione<sup>174</sup>. Occorre infine fare i conti con i c.d. *Torture Memos*, che, come sarà esposto in seguito,

---

causa da quelli di Srebrenica – in relazione al trasferimento coatto dei bosniaci musulmani da Žepa, in quanto tali atti non avrebbero cagionato un pregiudizio che, pur non necessariamente permanente o irreversibile, avesse sortito effetti *durevoli*, cioè avesse provocato un grave e protratto nocumento all'abilità delle vittime di condurre una vita normale (TPJ, *Tolimir*, AC, 8/04/15, par. 201, 203, 215). Il requisito della durezza del pregiudizio è stato aspramente contestato da due giudici dissenzienti.

<sup>167</sup> Cfr. TPJ, *Krnojelac*, cit., par. 181.

<sup>168</sup> TPJ, *Brđanin*, cit., par. 484; TPJ, *Krnojelac*, cit., par. 182; TPJ, *Limaj*, cit., par. 237.

<sup>169</sup> TPJ, *Kunarac*, AC, cit., par. 150-151; TPJ, *Kvočka*, cit., par. 144. Cfr., tuttavia, CPI, *Bemba*, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, cit., par. 204, in cui atti di violenza sessuale sono stati sussunti esclusivamente sotto la fattispecie di stupro, ritenuta speciale rispetto a quella di tortura. Questa decisione, scontata per un *civil lawyer*, ripropone in realtà uno scontro tra culture giuridiche diverse circa l'applicazione dei principi disciplinanti il concorso di reati ed il concorso apparente di norme, sia in fase di formulazione dell'imputazione, sia in quella decisoria. V., per tutti, F. STUCKENBERG, *A Cure for Concursum Delictorum in International Law*, in *Criminal Law Forum*, vol. 16, 2005, pp. 361 ss.; G. BITTI, *Two Bones of Contention Between Civil and Common Law*, in H. FISCHER, C. KRESS, S. ROLF LUDER (a cura di), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, Berlino, Berlin Verlag, 2001, pp. 273 ss.

<sup>170</sup> TPJ, *Kvočka*, cit., par. 144, 149.

<sup>171</sup> TPJ, *Martić*, 12/06/2007, TC, par. 76.

<sup>172</sup> *Ireland v. United Kingdom*, cit., para. 167.

<sup>173</sup> TPJ, *Naletilić*, 3/05/2006, AC, par. 366-388.

<sup>174</sup> V., ad esempio, TPJ, *Delić*, TC, 15/09/2008, par. 255-258, 270, 273, 315-319; TPJ, *Orić*, TC, 30/06/2006, par. 414 ss.; TPJ, *Bošković*, TC, 10/07/2008, par. 383, 385; TPJ, *Simić*, TC, 17/10/2003, par. 737-745, 773; TPJ, *Krnojelac*, cit., par. 219-220.

hanno tentato di ridimensionare il raggio di intervento della tortura, innalzando notevolmente il livello minimo di dolore che dovrebbe caratterizzarla<sup>175</sup>.

La giurisprudenza ha costantemente ammesso la difficoltà insita nella citata distinzione tra la tortura e gli altri maltrattamenti<sup>176</sup>, rifugiandosi nel criterio della valutazione “caso per caso”<sup>177</sup>. Una catalogazione esaustiva degli atti costituenti tortura, secondo i tribunali, non sarebbe nemmeno auspicabile, poiché fungerebbe da pungolo per la fervida (e perversa) fantasia dei torturatori<sup>178</sup>.

Pare ragionevole supporre che l'assenza di punti fermi sia dovuta all'infinita variabilità delle situazioni giunte sul banco dei giudici, ma forse il disorientamento è esasperato dalla presa in prestito di istituti e concetti elaborati dalla Corte EDU, come tali dotati di una ragguardevole elasticità (si pensi, in particolare, alle valutazioni legate alla gravità delle sofferenze) e altamente dipendenti dalle circostanze del caso concreto; a ciò si aggiunga la naturale inclinazione “pro-vittima” dell'organo strasburghese e delle norme sui diritti umani in genere.

La causa prima di questa incertezza sarebbe da rinvenire, a parere di autorevoli studiosi, nel considerare la tortura una “forma aggravata” di trattamenti inumani<sup>179</sup>, elevando così l'inafferrabile criterio dell'intensità del dolore a frastagliato e franso crinale che separa le due classi di condotte<sup>180</sup>. Da ciò l'auspicio di affidare la distinzione all'elemento finalistico, cui è attribuito grande rilievo sia nel campo dei diritti umani che in quello penale internazionale<sup>181</sup>.

#### 5.4. La tortura nello Statuto della CPI: il parziale abbandono del dolo specifico a favore del requisito della custodia o controllo della vittima.

Nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, le definizioni della fattispecie di tortura coincidono sia nella sua veste di crimine contro l'umanità, sia in quella di crimine di guerra<sup>182</sup>, fermo restando i rispettivi e distinti elementi di contesto (o *chapeau elements*)<sup>183</sup>.

---

<sup>175</sup> V *infra*, § 5.5.

<sup>176</sup> TPJ, *Krnjelac*, cit., par. 182-183, 224; TPJ, *Delalić*, cit., par. 462, 469; TPJ, *Brđanin*, cit., par. 483.

<sup>177</sup> TPJ, *Martić*, cit., par. 76; TPJ, *Naletilić*, cit., par. 299; TPJ, *Brđanin*, cit., par. 483. Per un ricco repertorio comprendente una terribile combinazione di pestaggi, carcerazione in regime di isolamento, privazione di cibo e medicine, ecc. e la classificazione delle relative condotte come tortura, altri trattamenti inumani o atti non costituenti crimini internazionali, v. TPJ, *Krnjelac*, cit., par. 216 ss., che fa abbondante applicazione del principio *in dubio pro reo*, negando la qualificazione di tortura qualora sussistesse un dubbio circa l'intensità del dolore. Ancora: TPJ, *Limaaj*, cit., par. 290 ss.

<sup>178</sup> TPJ, *Delalić*, cit., par. 469.

<sup>179</sup> Cfr., per questa criticata interpretazione, TPJ, *Martić*, cit., par. 75, 80; TPJ, *Brđanin*, cit., par. 483.

<sup>180</sup> N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 25-26.

<sup>181</sup> M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nations Convention*, cit., pp. 69, 74; N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 17-19, 28.

<sup>182</sup> TPJ, *Brđanin*, cit., par. 482; *Simić*, cit., par. 79.

<sup>183</sup> V., per tutti, M. COSTI, E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3° ed., Giappichelli,

Non questa la scelta dello Statuto di Roma, che fornisce definizioni divergenti. L'art. 7, comma 2, lett. e) descrive il *crimine contro l'umanità* di tortura come l'inflizione intenzionale di gravi sofferenze, fisiche o psichiche, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo, eccezion fatta per le sofferenze connesse a sanzioni legittime<sup>184</sup>. Quanto, invece, alla nozione di tortura come crimine di guerra, essa si rifà essenzialmente a quella adottata dai tribunali *ad hoc*, compreso il ruolo giocato dallo scopo perseguito dall'agente<sup>185</sup>.

Il dato che suscita maggior interesse è il parziale abbandono della componente finalistica, che non compare nella definizione di tortura quale crimine contro l'umanità<sup>186</sup>. A questa assenza fa da contraltare l'aggiunta di un'inedita qualificazione del soggetto passivo: la condotta deve compiersi nei confronti di persone *in stato di custodia o sotto il controllo* dell'agente. In attesa che la Corte dell'Aia abbia l'opportunità di elucidare i dettagli di questa formula<sup>187</sup>, pare utile segnalare come autorevole dottrina ritenga che essa consenta di ottenere risultati interpretativi non lontani da quelli raggiunti in base alla definizione "tradizionale". Il requisito della custodia/controllo, ragiona Sir Nigel Rodley, implicherebbe difatti un ruolo in qualche modo ufficiale dell'aggressore<sup>188</sup> e, di conseguenza, finalità analoghe a quelle tipicamente prese di mira dall'apparato statale, ciò che le farebbe fortemente rassomigliare, se non coincidere, a quelle elencate dalla CAT (e dagli altri tribunali penali internazionali), escludendo dall'ambito del reato condotte poste in essere da privati per fini puramente personali<sup>189</sup>.

---

Torino, 2016, pp. 1 ss.; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3° ed., OUP, Oxford, 2014, pp. 35-36.

<sup>184</sup> Per un'approfondita analisi delle differenze tra la definizione di tortura accolta nello Statuto di Roma e quella sancita dalla CAT e dalla CEDU, v. D. ROBINSON, *Article 7(1)(f) – Crime against Humanity of Torture*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, New York, 2001, pp. 90 ss.

<sup>185</sup> 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 (pp. 32-33), par. 1-2. Conferma la centralità dell'elemento finalistico CPI, *Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges*, PTC, 16/12/2011, 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*, cit., par. 299.

<sup>186</sup> Come confermato, *ad abundantiam*, in Elements of Crimes, art. 7(1)(f), Crime against humanity of torture (p. 7), nota 14.

<sup>187</sup> I repertori della Corte penale internazionale constano, per ora, dell'opinione di un singolo giudice, in cui il requisito della custodia/controllo è stato ritenuto insussistente nel caso di atti di violenza sessuale commessi da soldati contro civili che stavano tentando la fuga da una città: CPI, *Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., par. 167 e *ibid.*, *Dissenting opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng*, par. 30. Sembra di poter dedurre che il controllo del soggetto passivo debba essere instaurato *prima* della commissione degli atti di tortura, non *tramite* gli stessi.

<sup>188</sup> N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 25-26.

<sup>189</sup> N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 29-30. V., altresì, W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2° ed., OUP, Oxford, 2016, pp. 182 (il fine privato esclude il crimine contro l'umanità di tortura), 244 (difficile concepire che il crimine di guerra di tortura venga commesso nei confronti di soggetti che non si trovino in stato di custodia o sotto il controllo dell'agente).

Ad avviso di alcuni autori<sup>190</sup>, inoltre, le definizioni di tortura e trattamenti inumani contenute nello Statuto di Roma militerebbero a favore del superamento della concezione strasburghese della prima quale “forma aggravata” dei secondi e, con essa, dei problemi legati alla soglia di intensità del dolore, di cui si è dato conto poc’anzi.

5.5. “Recenti” pratiche statunitensi (i c.d. Torture Memos) ed il loro impatto sullo sviluppo del diritto internazionale.

In seguito agli attacchi subiti l’11 settembre 2001, il governo degli Stati Uniti ha intrapreso uno sforzo interpretativo volto ad individuare gli esatti confini della nozione di tortura, in modo da poter impartire direttive chiare dirette agli agenti delle proprie forze speciali impegnati nell’interrogatorio di sospetti terroristi potenzialmente in possesso di informazioni decisive. Sotto il nome di *Torture Memos* vanno annoverati alcuni documenti redatti da Jay S. Bybee e da John Yoo volti ad offrire un’opinione giuridica al presidente degli Stati Uniti ed alla CIA in merito alla legittimità delle c.d. “tecniche d’interrogatorio rafforzate”<sup>191</sup>. Tra queste tecniche rientrano forme di coercizione fisica e psichica abbondantemente criticate, quali la prolungata privazione del sonno, l’assunzione coattiva di posizioni vessatorie e la pratica del *waterboarding* (versare acqua sul viso di una persona immobilizzata in posizione prona in modo da provocare sensazioni molto simili a quelle dell’annegamento). L’orientamento espresso in questi documenti ha infiammato un ampio e aspro dibattito internazionale<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence*, cit., p. 167; N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 25 ss. Il livello di intensità del dolore sembra però mantenere rilevanza per distinguere il crimine di guerra di tortura o altri trattamenti inumani ex art. 8, comma 2, lett. a), ii) dello Statuto di Roma da quello di oltraggio alla dignità personale ex art. 8, comma 2, lett. b), xxi) dello stesso Statuto: CPI, *Situation on the Registered Vessels of [...]*, *Decision on the Request of the Union of the Comoros to Review the Prosecutor’s Decision not to Initiate an Investigation*, PTC, 16/07/2015, par. 30.

<sup>191</sup> 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, 1/08/2002*. Tutti i memoranda sono reperibili a questo indirizzo: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol37/iss2/21>, nonché in D.D. COLE (a cura di), *The Torture Memos: Rationalizing the Unthinkable*, The New Press, New York, 2009, pp. 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, pp. 389 ss.

<sup>192</sup> Per un quadro riassuntivo del dibattito, v. gli scritti raccolti in K.J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, CUP, Cambridge, 2006. Altri punti di riferimento obbligati sono il vol. 11(2) della rivista *European Human Rights Law Review* (2006) ed il vol. 37(2) di *Case Western Reserve Journal of International Law* (2006), oltre alle discussioni sollevate dalle pratiche dei servizi di sicurezza israeliani (v. *supra* nota 8). Il citato numero della *Case Western Reserve* raccoglie gli atti di un seminario diretto dal prof. Michael P. Scharf. Tra gli articoli di maggiore spicco, ivi raccolti, tutti reperibili su <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol37/iss2/>, si segnalano: J.A. ALVAREZ, *Torturing the Law*; M.C. Bassiouni, *The Institutionalization of Torture under the Bush Administration*; A. GUIORA, *The Unholy Trinity: Intelligence, Interrogation and Torture*; M.P. SCHARF, R.T. HOOD, *The Elephant in the Room: Torture and the War on Terror*. Per alcune serrate critiche dei *Torture Memos*, che affrontano anche la giustificazione della tortura mediante l’argomento della *ticking bomb* v., ad esempio: H.H. KOH, *A World without Torture*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 662 ss.; ID., *Can the President Be Torturer in Chief?*, in *Indiana*

Ai fini della presente analisi, due sono gli aspetti più rilevanti dei memoranda statunitensi. Innanzitutto, essi hanno fornito un'interpretazione della gravità della sofferenza necessaria per integrare l'ipotesi criminosa della tortura. Adottando una visione estremamente restrittiva della locuzione "grave sofferenza", i documenti in parola l'hanno definita come quel dolore equivalente in intensità a quello che accompagna "lesioni fisiche serie come la perdita di un organo, il danneggiamento irreparabile di organi vitali o persino la morte".

L'opzione ermeneutica sposata dall'amministrazione Bush tocca anche l'elemento soggettivo dell'illecito. Le pratiche di interrogatorio possono considerarsi tortura esclusivamente qualora l'inflizione di (tale estremo) dolore sia l'obiettivo preso di mira *in via diretta* dal soggetto attivo. Nei casi in cui, invece, l'agente interrogatore, pur rappresentandosi la sofferenza che scaturirà dalle sue azioni, sia mosso dall'intento di ottenere informazioni, la condotta non sarà punibile per assenza del necessario requisito di dolo (specifico, dunque).

Prima di valutare l'eventuale impatto sul diritto internazionale di questi documenti, giova precisare come gli stessi abbiano scatenato reazioni avverse anche all'interno dell'amministrazione americana, tanto da provocarne il ritiro ad opera del c.d. *Levin Memorandum*, di due anni successivo, che riformulò molte delle statuizioni maggiormente controverse<sup>193</sup>. Sia pure ammettendo che altri aspetti del *Bybee Memorandum* avessero mantenuto la loro validità anche in epoca successiva, nel 2009 l'amministrazione Obama revocò tutte le disposizioni circa la detenzione e l'interrogatorio dei detenuti emanate durante la presidenza di George Bush, allo scopo di "assicurare il rispetto degli obblighi internazionali posti in capo agli Stati Uniti"<sup>194</sup>. La

---

*Law Journal*, 2006, pp. 1145 ss.; J.D. OHLIN, *The Torture Lawyers*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 193 ss.; M. NOWAK, *What Practices Constitute Torture? US and UN Standards*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2006, pp. 809 ss.; A. CLARKE, *Creating a Torture Culture*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2008, pp. 1-50; D. LUBAN, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *Virginia Law Review*, 2005, pp. 1425 ss.; J. PAUST, *Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees*, in *Columbia Journal of International Law*, 2005, pp. 811 ss.; J. WALDRON, *Torture and Positive Law*, in *Columumbia Law Review*, 2005, pp. 1681 ss.; D.A. WALLACE, *Torture v. The Basic Principles of the US Military*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 309 ss. Per una serie di voci a favore dell'utilizzo di tecniche di interrogatorio qualificabili come tortura, specialmente in situazioni di emergenza nazionale, v., in aggiunta ai riferimenti citati *supra* alle note 2 e 8, E.A. POSNER, A. VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, OUP, New York, 2007; R.A. POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, New York, OUP, 2006 (gli argomenti esposti in entrambe le opere sono stati aspramente criticati in T.P. CROCKER, *Torture, With Apologies*, in *Texas Law Review*, vol. 86(3), 2008, pp. 569 ss.); A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., pp. 125 ss.; ID., *Should the Ticking Bomb Terrorist Be Tortured? A Case Study in how a Democracy Should Make Tragic Choices*, in M.K.B. DARMER, R.M. BAIRD, S.E. ROSENBAUM (a cura di), *Civil Liberties vs. National Security in a post-9/11 World*, 2004, pp. 189-217; propugna la legittimità dei trasferimenti verso paesi in cui vi è un elevato rischio di tortura, J. YOO, *Transferring Terrorists*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 79(4), 2004, 1183 ss. 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*, 2014, fasc. 1, pp. 3 ss.; ID., "Giuristi, cattivi cristiani", cit., pp. 1331 ss.

<sup>193</sup> *Memorandum from Daniel Levin, Acting Assistant Attorney General, to James B. Comey, Deputy Attorney General, on Legal Standards Applicable under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, 30/12/2004.

<sup>194</sup> *Executive Order n. 13.491*, 22/01/2009, par. 3(c).

relazione del Comitato speciale del Senato statunitense ha peraltro smentito l'argomento, su cui più volte aveva fatto leva la CIA, della *ticking bomb*, uno scenario di cui non ha riscontrato la ricorrenza, visto che l'interrogatorio dei detenuti non si svolgeva con connotati di urgenza, né ha mai prodotto informazioni originali o decisive per sventare reali piani di futuro attacco terroristico<sup>195</sup>.

Ad affrontare in maniera diretta la questione dell'impatto sul diritto internazionale dei *Torture Memos* è stata il collegio d'appello del TPJ nel caso *Brđanin*, sollecitato dai motivi di ricorso avanzati dall'imputato, che propugnavano l'adozione di una soglia di gravità più elevata, corrispondente con quella individuata nel *Bybee Memorandum*, per valutare condotte qualificate come tortura dai giudici di prime cure. L'organo di ultima istanza del Tribunale ha rigettato con decisione tale doglianza difensiva. In particolare, la Camera d'appello ha negato che la suddetta interpretazione statunitense sia assurda a diritto internazionale consuetudinario<sup>196</sup>. *In primis*, la definizione di grave sofferenza invocata dall'imputato è stata in buona parte riformulata da atti successivi della stessa amministrazione Bush. I giudici fanno ricorso inoltre ai lavori preparatori della CAT, in cui fu rigettata una proposta britannica tesa ad adottare il più severo standard dell'inflizione di "estremo dolore". A supporto del suo costante orientamento a tale riguardo, il TPJ cita anche i suoi precedenti, nonché la giurisprudenza della Corte EDU. La conclusione, rinsaldata da pronunce successive, è che costituiscono tortura anche gli atti che non provocano un dolore simile a quello derivante da lesioni corporali gravi, fermo restando l'usuale requisito di intensità della sofferenza<sup>197</sup>.

In definitiva, per quanto gli Stati Uniti siano un attore di grande rilievo nel panorama internazionale, non pare che la lettura fatta propria dai *Torture Memos* possa aver inciso sulla sua nozione internazionalmente riconosciuta. Ciò non toglie che tali interpretazioni (e le operazioni legittimate mediante di esse) possano aver contribuito a "normalizzare" l'uso della tortura come strumento politico legittimo o a renderlo meno scioccante, gettando le basi per un corrispondente mutamento degli standard giuridici<sup>198</sup>.

## 6. Precisazioni circa gli obblighi di tutela penale.

Al termine dell'analisi ci si può chiedere se l'obiettivo di ottenere alcune indicazioni coerenti intorno al volto della tortura sia stato almeno in parte raggiunto, o se le nozioni accolte dalle varie branche del diritto internazionale siano talmente divergenti e contraddittorie da creare una frammentarietà concettuale incapace di

---

<sup>195</sup> United States Senate Select Committee on Intelligence, *Committee Study*, cit., par. 2 (findings and conclusions), pp. 409 ss. e 437 ss. (executive summary).

<sup>196</sup> TPJ, *Brđanin*, cit., par. 247-252.

<sup>197</sup> TPJ, *Karadžić*, TC, 24/03/16, par. 507; TPJ, *Brđanin*, cit., par. 251.

<sup>198</sup> In questo senso, J.E. ALVAREZ, *Torturing the Law*, cit., pp. 175 ss., spec. nota 1.

orientare l'interprete<sup>199</sup>. Prima di addentrarsi in questa discussione pare utile ricostruire, in base alla panoramica appena effettuata, quali sono gli obblighi di tutela penale incombenti sul nostro paese e quali le conseguenze di un loro inadempimento. Vale la pena ricordare, in premessa, che, secondo parte della dottrina, i vincoli di incriminazione di discendenza internazionale ed europea si traducono, grazie all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in altrettanti obblighi costituzionali, gravanti in primo luogo sul legislatore<sup>200</sup>.

Si è osservato come l'art. 4 della CAT imponga di punire con pene adeguate chiunque compie, anche solo in forma tentata o in veste di concorrente, atti di tortura. L'obbligo riguarda una nozione di tortura configurata quale fattispecie propria a dolo specifico, in cui albergherebbe, ad avviso di autorevole dottrina, un implicito requisito di potere o controllo esercitato dall'agente nei confronti del soggetto passivo<sup>201</sup>. Come già rilevato, al di là del *nomen iuris* delle fattispecie incriminatrici che possono venire in considerazione, ciò che conta è che l'intero spettro di condotte fissato dall'art. 1 della CAT risulti punibile con pene di severità assimilabile a quella relativa ai reati più gravi previsti dall'ordinamento; inoltre, l'effettività della persecuzione penale non dovrà essere minata da misure incidenti sulla punibilità in modo da rendere la sanzione di fatto inapplicata. Il trattato estende alcune prescrizioni anche ai trattamenti inumani o degradanti, ma non l'obbligo di incriminazione degli stessi.

Ad onor del vero preme precisare che l'Italia è tutt'altro che sola tra i paesi, anche di tradizione giuridica simile alla nostra, richiamati dal Comitato CAT per non aver ottemperato all'obbligo di incriminazione posto dall'art. 4 della CAT. Non si segnalano al momento misure di carattere sanzionatorio contro questi Stati. Innegabile è però il danno alla reputazione derivante dal far rimanere lettera morta il trattato, disattendendo i richiami emessi da vari organismi internazionali<sup>202</sup>.

Obblighi di tutela penale discendono altresì dalla partecipazione dell'Italia alla CEDU. Si è visto, nondimeno, come non si tratti di obblighi *clear-cut* bensì di un chiaroscuro giuridico. Le censure della Corte EDU puntano i riflettori sul versante della pena, più che su quello – per quanto, giocoforza, interconnesso – della descrizione del precetto. In sostanza, l'oggetto dei reclami europei è duplice. Gli Stati devono garantire, da un lato, indagini effettive sui presunti trattamenti contrari all'art. 3 della CEDU (cioè

---

<sup>199</sup> La letteratura internazionalistica su pluralismo e frammentazione nel diritto internazionale è abbondante. Ci si limita a rimandare a M.A. YOUNG, *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, CUP, Cambridge, 2012; M. PROST, *The Concept of Unity in Public International Law*, Hart, 2012; M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law*, in *Modern Law Review*, vol. 70(1), 2007, pp. 1-30. Con specifico riferimento all'interazione 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.

<sup>200</sup> F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2651.

<sup>201</sup> V. *supra* §§ 3 ss.

<sup>202</sup> V., ad esempio, il report del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) concernente la visita effettuata dal 13 al 25 maggio 2012, CPT/Inf (2013) 32, in <http://rm.coe.int/doc/090000168069727a>, par. 6, e i report citati *supra*, nota 74.

che ne presuppone l'integrale messa al bando, in tutte le loro sfaccettature); dall'altro, l'adeguata punizione degli stessi. Gli organi europei sembrerebbero altresì pretendere, come confermano i lavori in sede di esecuzione della sentenza *Cestaro*<sup>203</sup>, la generale inoperatività di misure, tra cui la prescrizione e l'indulto, atte a vanificare nei fatti la punizione del reo. Questo principio vale, a differenza di quanto sancito dalla CAT, sia per la tortura che per gli altri maltrattamenti rientranti nell'art. 3 della CEDU. L'estensione degli obblighi positivi è inferiore per quanto concerne gli atti compiuti da privati. Quanto alle conseguenze di violazioni persistenti e sistematiche, come quelle discendenti da un problema strutturale, si richiama il costante indirizzo di Strasburgo secondo cui, in presenza di rimedi interni non adeguati né effettivi, viene meno l'obbligo del cittadino di farvi ricorso, con sua corrispondente possibilità di adire direttamente la Corte EDU<sup>204</sup>.

Non discendono invece obblighi di incriminazione, neppure impliciti, dalla ratifica dello Statuto di Roma<sup>205</sup>. Gli Stati contraenti sono esclusivamente tenuti, in sede di attuazione, ad introdurre norme che consentano la cooperazione con la Corte dell'Aia. L'unico obbligo di introdurre fattispecie penali investe i reati contro l'amministrazione della giustizia; ne rimangono 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<sup>206</sup> – agevola l'esercizio del potere punitivo a livello statale,

---

<sup>203</sup> Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, verbale del 1280° incontro, 7-10/03/2017, secondo paragrafo della sezione "1) Italian criminal legislation and measures indicated by the Court" e par. 3 della sezione "Decisions". V., altresì, la lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa indirizzata ai Presidenti di Camera e Senato (16/06/2017, CommHR/NM/sf 027-2017) che ammonisce come la punibilità dei torturatori non debba essere ostacolata dalla prescrizione, dalla sospensione condizionale o da misure *lato sensu* clemenziali.

<sup>204</sup> *Scordino and others v. Italy (No. 1)*, 27/03/2003, 36813/97 (decisione sulla ricevibilità del ricorso), sez. *The Law*, par. 1(1)(3). Per un'analisi delle ulteriori conseguenze che possono derivare dalla mancata esecuzione di una sentenza della Corte EDU, v., anche per ulteriori riferimenti, P. PIRRONE, *Articolo 46*, in *Commentario breve*, cit., pp. 744 ss; G. BARTOLINI, *Articolo 41*, in *Commentario breve*, cit., pp. 703 ss. Per un ampio panorama delle misure a carattere generale adottate dagli Stati membri della CEDU per dar corso, a seguito di condanna da parte della Corte EDU, agli obblighi procedurali *ex art. 3* della CEDU, v. A.L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura*, cit., spec. pp. 284-292.

<sup>205</sup> Di diverso avviso A. COLELLA, *La repressione*, cit., pp. 20-21, la quale sembra tuttavia sovrapporre i profili relativi agli obblighi di incriminazione con quelli che regolano la derogabilità delle norme internazionali. Dalla (indiscussa) inderogabilità, anche per via pattizia, del divieto di tortura (derivante dal suo rango di *ius cogens*) non discende infatti necessariamente un obbligo di incriminazione. Tra l'altro, se la tortura rientrasse tra i crimini di diritto internazionale, l'assenza di un reato nell'ordinamento interno non ne impedirebbe la perseguibilità, perlomeno da parte di un tribunale penale internazionale. Quanto al principio dell'*aut dedere aut judicare*, richiamato dall'Autrice, esso configura una regola di esercizio della giurisdizione, senza imporre, di per sé, obblighi di incriminazione – né espliciti né impliciti – tanto che la Corte internazionale di giustizia considera un'opzione pienamente legittima quella di estradare, anziché sottoporre a processo, una persona sospettata di aver commesso atti di tortura (v. CIG, *Belgium v. Senegal*, cit., par. 120-121).

<sup>206</sup> Per impedire l'esercizio della giurisdizione della CPI basta che le condotte rientranti nell'oggetto dell'indagine della Procura dell'Aia – in quanto costituenti crimini punibili ai sensi dello Statuto di Roma – siano "sostanzialmente le medesime" di quelle oggetto di procedimento penale a livello interno. Non vi è alcun obbligo per le autorità nazionali di prevedere e punire i fatti come crimini internazionali, risultando

impedendo, in virtù del principio di complementarità, l'attrazione dei fatti contestati nell'orbita giurisdizionale della CPI<sup>207</sup>. Tra l'altro, anche assumendo, in via del tutto ipotetica, che qualche obbligo di tutela penale sia rinvenibile in uno degli Statuti dei tribunali penali internazionali, esso riguarderebbe unicamente la tortura quale crimine contro l'umanità o crimine di guerra, non come reato comune. La sua portata si estenderebbe quindi esclusivamente ai fatti commessi nell'ambito di un attacco esteso e sistematico alla popolazione civile o di un conflitto armato.

Breve: nonostante il testo della CAT non sia esplicito in questo senso, il Comitato CAT si aspetta, nella pratica, che gli atti di tortura commessi da funzionari pubblici siano sanzionati tramite una autonoma fattispecie di reato. La Corte EDU non ha affermato la sussistenza di questo obbligo in modo espressamente vincolante. Essa chiede, tuttavia, l'irrogazione di pene adeguate e, soprattutto, effettive contro gli autori non solo di tortura, ma di ogni forma di trattamento contrario all'art. 3 della CEDU. Da un lato, quindi, la giurisprudenza di Strasburgo non impone di adottare un reato a sé stante; dall'altro, essa si applica a tutti i maltrattamenti anticonvenzionali, a prescindere dalla qualifica soggettiva dell'autore. Viceversa, non discendono obblighi di sorta dal diritto penale internazionale, al quale sarà utile però fare ricorso per ottenere preziose indicazioni circa l'interpretazione degli elementi costitutivi di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

## 7. Contributo al dibattito sull'adeguatezza del sistema penale italiano.

Volgendo lo sguardo alla tutela contro la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti apprestata dall'ordinamento italiano<sup>208</sup>, si segnala l'introduzione di una (o più, come si vedrà) fattispecie *ad hoc* avvenuta ad opera della citata legge n. 110 del 2017.

---

sufficiente, appunto, che i reati perseguiti coprano sostanzialmente la stessa condotta di quelli contestati di fronte alla CPI. Così CPI, *Al-Senussi, Judgment on the appeal [against the Pre-Trial Chamber's] "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi"*, 24/07/14, par. 119. V., altresì, R. CRYER *et al.*, *An Introduction*, cit., p. 82.

<sup>207</sup> V. E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI *et al.*, *Introduzione*, cit., p. 44 (che parla, in questo senso, di "onere" di adattamento). Cfr., tuttavia, M. DELMAS-MARTY, *La Cour pénale internationale et les interactions entre le droit interne et international*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, pp. 1 ss.

<sup>208</sup> Per completezza va aggiunto che l'ordinamento penale militare vieta espressamente, per mezzo di un articolato 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 dal punto di vista degli obblighi posti dalla CAT: v. Comitato CAT, *Summary Record of the 761st Meeting*, 11/05/2007, CAT/C/SR.761, par. 33 (Mr. 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, pp. 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, pp. 685 ss., spec. pp. 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. pp. 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](#)

Al fine di agevolare il lettore, si riporta il testo dei primi tre commi del nuovo art. 613-bis c.p., sui quali saranno focalizzate le considerazioni che seguono.

1. Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.
2. Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.
3. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

L'intervento legislativo ha rimediato a deficienze che la dottrina riteneva non colmabili se non tramite, appunto, l'aggiunta di un reato autonomo<sup>209</sup>. Si sottolineava, in primo luogo, l'inadeguatezza del previgente quadro sanzionatorio, al netto dei molteplici benefici sostanziali, processuali e penitenziari ottenibili dal reo. Inoltre, si considerava lacunosa la protezione offerta dal reticolo normativo anteriore alla novella, specialmente per quanto concerneva gli atti che non cagionano lesioni all'integrità fisica (ma anche per quelli che le provocano, restava la procedibilità a querela delle ipotesi meno gravi), quelli che non lasciano traccia visibile sul corpo della vittima e quelli che nuocciono in via principale alla sua salute psichica senza però provocare una "malattia" penalisticamente intesa.

In effetti, neppure un robusto aumento delle pene per alcuni dei delitti più comunemente citati in letteratura, tra cui quelli previsti dagli artt. 607-609 c.p., le lesioni personali e la violenza privata – al di là delle tensioni, in termini di ragionevolezza, che le sanzioni così modificate avrebbero posto rispetto alle altre condotte comprese entro gli ambiti applicativi delle fattispecie – avrebbe potuto colmare le lacune di tutela evidenziate dal sistema penale italiano. Un discorso in parte diverso valeva per i trattamenti inumani o degradanti, per i quali le fonti internazionali, come già visto, non pongono obblighi equivalenti a quelli stabiliti per la tortura.

Per meglio precisare il quadro normativo in cui va ad inserirsi il recente reato *ex art. 613-bis c.p.* e capire in che misura risponda alle sollecitazioni internazionali, giova esaminare due fattispecie preesistenti le cui potenzialità sono state forse finora sottovalutate.

---

[italiane c.d. di pace all'estero \[...\]](#), in *questa Rivista.*, fasc. 5/2017, p. 287 ss. Da segnalare, altresì, il D. lgs. n. 11, 12/01/2007, che proibisce il commercio di strumenti utilizzabili per praticare la tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti.

<sup>209</sup> F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 2; 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, pp. 129 ss., spec. pp. 138-139; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1838-1840; G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura ed ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 2011, spec. pp. 749-753; A. MARCHESI, *L'attuazione*, cit., *passim*; A. ESPOSITO, *Articolo 3*, cit., pp. 75-76; S. NEGRI, *Violenze, maltrattamenti*, cit., p. 143; F. TRIONE, *Divieto e crimine*, cit., p. 130.

L'art. 572 c.p. (*Maltrattamenti contro familiari o conviventi*) è norma che, a dispetto della rubrica, può punire con pene di una certa severità anche i maltrattamenti compiuti in ambiente carcerario dagli agenti penitenziari<sup>210</sup>. Tra l'altro i suoi termini di prescrizione sono stati raddoppiati e paiono dunque adeguati ad assicurare il tempo necessario per ottenere una pronuncia di merito<sup>211</sup>. Il limite della fattispecie si annida nel suo essere un reato abituale, come tale integrato "allorquando le condotte realizzate sono espressione di una pratica reiterata e sistematica", cioè protratta "per un periodo di tempo significativo"<sup>212</sup>. Inoltre, la sua applicabilità presuppone un "rapporto para-familiare" tra agente e parte offesa<sup>213</sup>: insomma, "relazioni intense ed abituali", "consuetudini di vita" tra le due parti difficilmente ravvisabili, ad esempio, nelle situazioni di arresto o di detenzione di breve durata.

Questi caratteri rendono il reato inadatto a fornire copertura alla tortura, che, come attestato dalla pratica internazionale, ben può configurarsi come un singolo atto e non può quindi che essere iscritta in un reato istantaneo. Per contro, pare lecito ritenere che i (meno stringenti) vincoli internazionali riguardanti le "forme minori" di maltrattamento siano ottemperati, almeno in parte, mediante la figura criminosa in oggetto. Ciò implicherebbe la scelta di delimitare la punibilità alle condotte violente, vessatorie, umilianti e denigranti realizzate con connotati di abitudine in luoghi dove possa dirsi stabilita una relazione para-familiare tra soggetto agente ed offeso, quali l'ambiente carcerario, i centri di accoglienza, le case di riposo nonché, a certe condizioni, i nosocomi, gli istituti scolastici, ecc.

Una certa protezione contro maltrattamenti privi dell'attributo dell'abitudine è assicurata dal reato (stavolta proprio) previsto dall'art. 608 c.p. (*Abuso di autorità contro arrestati o detenuti*), applicabile, a differenza del precedente, anche ai casi di affidamento in custodia *temporaneo* di una persona arrestata o detenuta. Ancorché la dottrina ne lamenti il limitato raggio d'applicazione<sup>214</sup>, circoscritto ai casi in cui l'atto illecito provoca una restrizione della libertà personale del soggetto passivo che eccede quella inerente alla detenzione, pare agevole ritenere questo requisito sussistente in gran parte dei fatti qualificati come trattamenti inumani o degradanti a livello internazionale che non si risolvano in pestaggi di carattere episodico. La giurisprudenza italiana, ad esempio, ha

---

<sup>210</sup> Cass. pen., sez. VI, sent. n. 30780, 21/05/2012 (dep. 27/07/2012), sez. "considerato in diritto", par. 2, p. 4 (relativa alle torture sistematicamente inflitte nella casa circondariale di Asti). Data l'impunità cui ha condotto, anche in questa istanza, il procedimento giudiziario, l'Italia ha subito una recente condanna da parte della Corte EDU: *Cirino and Renne v. Italy*, cit.

<sup>211</sup> Art. 157, sesto comma, c.p., come modificato dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della c.d. Convenzione di Lanzarote.

<sup>212</sup> Cass. pen., sent. n. 30780/2012, cit., sez. "considerato in diritto", par. 2 e 2.2.

<sup>213</sup> Cfr. Cass. pen., sent. n. 685, 22/09/2010 (dep. 13/01/2011), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2011, pp. 1292 ss., con nota di M. SCALIA, *La problematica rilevanza penale delle condotte persecutorie sul luogo di lavoro*, pp. 1295 ss., che esclude il ricorso all'art. 572 c.p. per colpire le condotte di *mobbing*, proprio a causa dell'assenza del rapporto di natura para-familiare all'interno dell'ambiente di lavoro.

<sup>214</sup> A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., p. 138; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1838-1839. V., altresì, F. VIGANÒ, *Commento all'art. 608*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 608.

fatto ricadere sotto l'ambito della fattispecie le seguenti condotte<sup>215</sup>: svariati colpi sferrati ad una persona costretta ad assumere posizioni vessatorie<sup>216</sup>, restrizione in regime di isolamento protratta per più giorni ed attuata senza consentire l'uso di alcun vestito, al freddo e con razionamento dei viveri<sup>217</sup>, prolungato ammanettamento ad una ringhiera di un arrestato alla tempia del quale fu puntata una pistola (scarica)<sup>218</sup> e, infine, imposizione di posizioni vessatorie e comportamenti umilianti, esposizione al freddo e privazione di cibo e bevande<sup>219</sup>. Sicché la norma ha trovato applicazione anche nei casi di c.d. "tortura psicologica": la disposizione non richiede infatti danni all'integrità fisica, come conferma l'incontestata possibilità di concorso formale con il reato di lesioni<sup>220</sup>. Rimane ferma l'insufficienza dell'impiego di violenza qualora ciò non comporti una restrizione ulteriore della libertà personale dell'offeso; per soddisfare quest'ultima condizione sembrerebbe bastare, tuttavia, che il soggetto passivo sia tenuto fermo durante l'imposizione delle vessazioni o sia costretto ad assumere determinate posizioni tramite altri mezzi di costrizione. Piuttosto che in carenze del precetto, insomma, la causa prima dell'inefficacia di questo reato risiede nel suo lieve trattamento sanzionatorio.

In sintesi: entrambe le fattispecie colpiscono solo le sevizie perpetrate nei confronti di soggetti in stato di privazione della libertà personale, cioè proprio quelli verso cui si dirigono le più pressanti richieste internazionali di tutela<sup>221</sup>. Il reato *ex art.* 572 c.p. è assistito da una pena che pare adeguata, in astratto, a riflettere la gravità dei maltrattamenti che non assurgono a tortura, ma non abbraccia atti isolati né situazioni di custodia di breve durata. A questi ultimi due limiti potrebbe sopperire, con riguardo ai fatti commessi dai pubblici ufficiali, la figura delineata dall'art. 608 c.p.; senonché essa manca di efficacia repressiva reale, a causa di una cornice edittale mite, a cui – non va sottaciuto – si è abbinata un'applicazione giurisprudenziale piuttosto blanda.

---

<sup>215</sup> Stando a quanto risulta dai repertori, il reato *ex art.* 608 c.p. ha trovato rara applicazione. In aggiunta ai casi segnalati nelle note seguenti, v. Cass. pen., sez. VI, sent. n. 9003, 7/05/1982 (dep. 11/10/1982), in *Riv. pen.*, 1983, pp. 495-496 ("meri" pestaggi non configurano il reato); Trib. Roma, 23/06/1971, in *Giur. it.*, parte II, 1972, pp. 104 ss., spec. p. 110 (applicazione di manette fuori dai casi previsti, diniego di cibo, di bevande, di riposo e di sonno); Cass. pen., sez. III, 17/12/1960, in *Giust. pen.*, parte II, 1961, p. 583, m. 763; Cass. pen., sez. 2, 19/05/1953, in *Giust. pen.*, parte II, 1953, p. 913, m. 744 (reato escluso nel caso di lesioni provocate da un carabiniere "con la sola intenzione di ledere l'integrità dell'['] organismo [dell'arrestato], sospinto dalla rabbia provocata dal pertinace silenzio dell'arrestato stesso"); Cass. pen., sez. II, 14/11/1938, in *Giust. pen.*, parte II, 1939, p. 327, m. 126 (sussistenza del reato nel caso di brutali e gratuite percosse inflitte ad un detenuto tenuto fermo da altri agenti).

<sup>216</sup> Cass. pen., sez. V, sent. n. 31715, 25/03/2004 (dep. 21/07/2004), p. 11, che ha altresì affermato come siano sufficienti per realizzare la fattispecie "vessazioni funzionali a rendere ancora più rigide le modalità della custodia", che cioè peggiorano lo stato di limitazione della libertà personale nel quale si trova l'offeso (*ibid.*, p. 10).

<sup>217</sup> Cass. pen., sent. n. 30780/2012, cit. (torture di Asti).

<sup>218</sup> Cass. pen., sez. V, sent. n. 29004, 16/04/2012 (dep. 18/07/2012), sez. "considerato in diritto", par. 3, p. 4.

<sup>219</sup> Corte appello Genova, sent. n. 678, 05/03/2010, *passim*, confermata da Cass. pen., sez. V, sent. n. 37088, 14/06/2013 (dep. 10/09/2013) (vicenda Bolzaneto).

<sup>220</sup> Secondo giurisprudenza costante già da Cass. pen., sez. II, sent. n. 1239, 27/03/1956, in *Riv. pen.*, parte II, 1957, p. 153.

<sup>221</sup> V. *supra* §§ 3.2-3.4.

Muovendo dalla premessa che i trattamenti inumani o degradanti non richiedono un arsenale punitivo pari a quello imposto per gli atti di tortura, non cambiava, fino all'entrata in vigore della legge n. 110, il giudizio di inadempienza dell'ordinamento italiano rispetto ai vincoli internazionali. Si impone però una precisazione.

Le ragioni più convincenti che militavano a favore dell'introduzione di una fattispecie autonoma di reato nell'ordinamento italiano non erano da ricercare, ad avviso di chi scrive, negli obblighi internazionali – questi, oltre a non essere particolarmente cogenti su questo aspetto, avrebbero potuto essere assolti, in un'ottica di intervento normativo minimo, con pochi e puntuali aggiustamenti legislativi<sup>222</sup>. Il problema cardine del nostro assetto normativo risiedeva piuttosto nell'assenza di una fattispecie che, da sola, inglobasse il precipuo e specifico disvalore insito nella tortura. Specifico disvalore derivante dalla degradante miscela di inflizione di acuta sofferenza, elemento finalistico ed esercizio arbitrario del potere contro una vittima impotente da parte di chi, per compito istituzionale, doveva invece esserne il tutore<sup>223</sup>. La necessità di una figura *ad hoc* non sorgeva tanto in relazione a delle – benché non del tutto mancanti – lacune di protezione penale, dato che gli atti di tortura già potevano rimanere imbrigliati, per la gran parte, nella trama punitiva preesistente. Tale esigenza, come per altri reati complessi<sup>224</sup>, si coglieva nella palese inidoneità di fattispecie che ne fotografavano singoli assi di lesività a dar conto della *gravità d'insieme* dell'opera criminosa, che supera grandemente la somma algebrica (o normativa) di tali elementi offensivi considerati in isolamento.

## 8. Spunti di interpretazione della nuova fattispecie di tortura prevista dall'art. 613-bis c.p.

Nell'introdurre il reato di tortura nel nostro ordinamento, il legislatore ha deciso di allontanarsi dal “terreno già arato”<sup>225</sup> rappresentato dall'art. 1 della CAT, che sancisce una definizione non solo condivisa anche dalla Corte EDU, ma soprattutto progressivamente precisata da una lunga storia applicativa. Ora, è chiaro che la nozione della CAT non si prestava e nemmeno era mai stata concepita per un diretto trapianto

---

<sup>222</sup> Sarebbe potuto bastare, ad esempio, inasprire il trattamento sanzionatorio dell'art. 608 c.p. e rendere perseguibile d'ufficio il reato di lesioni “lievissime” ex art. 582, secondo comma, c.p. ove commesso da un soggetto in rapporto di autorità nei confronti della vittima.

<sup>223</sup> In termini simili anche T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida dir.*, fasc. 4, 2007, pp. 6-7, che centra la carica offensiva della tortura nella perversione del rapporto tra autorità ed individuo, che “demolisce lo status di cittadino e di persona in chi la subisce, degradandolo a oggetto senza diritti e senza tutela”; C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence*, cit., p. 176.

<sup>224</sup> Cfr. T. PADOVANI, ascoltato dalla Commissione II Giustizia, Camera dei Deputati, seduta del 22/10/2014 (di seguito, “Audizione alla Camera”), p. 9, che fa l'esempio della rapina, una fattispecie considerata necessaria nonostante colpisca fatti che già ricadrebbero sotto l'ambito di altri reati.

<sup>225</sup> L'espressione è di T. PADOVANI, *Audizione alla Camera*, cit., p. 15.

nei sistemi penali interni, data la carenza di tassatività di alcuni dei suoi componenti<sup>226</sup>. È risultato chiaro fin da subito ai più attenti commentatori, difatti, come, ad esempio, la natura meramente illustrativa delle finalità ivi elencate potesse sollevare problemi di compatibilità con il principio di stretta legalità<sup>227</sup>. Nello stesso senso, la Corte EDU ha chiarito come per rispettare gli obblighi imposti dall'art. 3 della CEDU non si potesse far ricorso a fattispecie penali contrastanti con il principio di legalità *ex* art. 7 della medesima Convenzione, ciò che sarebbe accaduto ove la descrizione delle condotte fosse stata affidata ad elementi vaghi o eccessivamente indeterminati<sup>228</sup>.

Nulla si può rimproverare, dunque, al nostro legislatore per non aver acriticamente sottoscritto la nozione internazionale di tortura; nemmeno è da censurare, di per sé, la scelta di non escludere l'operatività delle ordinarie cause di esclusione della punibilità, della prescrizione e dei comuni benefici penitenziari<sup>229</sup>. Resta da appurare se questa opzione, da una parte, comporti davvero un aumento della complessiva tassatività della fattispecie e, dall'altra, non apra inopportuni spazi di impunità.

Nonostante i punti di originalità della soluzione italiana, copiosi sono i suggerimenti ermeneutici che si possono ricavare dalle pronunce emesse in sede internazionale. Il prosieguo della presente trattazione si soffermerà sugli snodi concettuali che le istanze sovranazionali meglio possono contribuire ad illuminare, esulando dalla finalità di questo lavoro, come già specificato, fornire un'approfondita interpretazione del nuovo dettato legislativo in tutti i suoi risvolti.

## 9. Modalità della condotta: "con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà".

La tipizzazione dell'elemento oggettivo è stata indubbiamente uno dei punti di più marcata discordia tra i parlamentari, oggetto di ripetuti emendamenti approvati nel corso di un'estenuante *navette* tra le due camere. Il testo definitivo consacra un reato di evento a forma vincolata, in cui la condotta si articola in tre modalità alternative. Le acute sofferenze fisiche o il verificabile trauma psichico (cioè i due eventi alternativi) possono

---

<sup>226</sup> Nello stesso senso, C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, cit., p. 206. V., altresì, O. DE FROUVILLE, *The Influence*, cit., 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.

<sup>227</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 122.

<sup>228</sup> Cfr. *Myumyun v. Bulgaria*, cit., par. 76.

<sup>229</sup> L'applicabilità delle cause di giustificazione, delle scusanti e delle circostanze attenuanti in scenari eccezionali (il classico e già menzionato *ticking bomb case*) 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 giudiziale (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 JICJ, 2008, pp. 261 ss.; J.D. OHLIN, *The Bounds of Necessity*, in JICJ, 2008, pp. 289 ss.; P. GAETA, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, in JICJ, 2004, pp. 785 ss.; E. BENVENISTI, *The Role of National Courts*, cit., pp. 596 ss.

essere cagionati tramite *a)* violenze gravi o *b)* minacce gravi, oppure *c)* agendo con crudeltà<sup>230</sup>. Due sono le criticità esegetiche attorno a cui ruoteranno le considerazioni che seguono: la singolarità o necessaria pluralità della condotta violenta o minacciosa e la configurabilità del reato omissivo.

### 9.1. Unicità o pluralità dell'azione: il problema dell'"atto singolo".

Quanto al primo profilo, ci si chiede se l'ambito di applicazione della nuova figura criminosa si estenda alle torture inflitte per mezzo di un'unica azione. L'utilizzo del plurale ("violenze o minacce gravi") sembrerebbe suggerire una risposta negativa, avvalorata da ulteriori indici testuali<sup>231</sup> nonché dai lavori preparatori<sup>232</sup>. Questo esito deve essere conciliato con la soppressione, decisa all'ultimo passaggio parlamentare, del preesistente requisito della "reiterazione" delle violenze o minacce, che tanto clamore, anche mediatico, aveva suscitato<sup>233</sup>. Si ritiene plausibile che la formulazione attuale richieda una pluralità (cioè almeno due) *azioni* di violenza o minaccia gravi, senza la necessità, però, che le stesse avvengano nell'ambito di diversi contesti. In altre parole, non occorre che l'iter criminoso, come nei reati abituali, si presenti frammentato in più *episodi* separati, distinguibili tra loro in termini di tempo, luogo o altre circostanze.

Resta aperto il problema – la cui complessità dogmatica non consente un'esaustiva trattazione in questa sede<sup>234</sup> – di cogliere la differenza tra unità o pluralità di azioni compiute entro un breve lasso temporale ed intercorse tra i medesimi soggetti attivo e passivo. Si pensi, ad esempio, all'utilizzo ripetuto ma contestuale di una stessa "modalità rafforzata di interrogatorio" (più sessioni ravvicinate di *waterboarding*, scariche elettriche somministrate in rapida successione, ecc.) oppure si immagini una sequenza di minacce verbali, magari aventi una carica intimidatoria crescente. Ad ogni

---

<sup>230</sup> Critici rispetto alla specificazione di requisiti modali della condotta F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., pp. 8-10; T. PADOVANI, *Quel progetto*, cit., pp. 6-7; A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention*, cit., pp. 209-210; A. COLELLA, *La repressione*, cit., p. 35 (che, tra l'altro, dubita della reale capacità selettiva dei concetti di violenza e minaccia); G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 28/02/2016, p. 10.

<sup>231</sup> Nei commi successivi dell'art. 613-bis c.p. si fa riferimento – utilizzando una forma per la verità inusuale – ai "fatti" di cui al primo comma. V., per una diversa interpretazione, 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.*, 26/05/2014, p. 9.

<sup>232</sup> Senato della Repubblica, *Resoconto stenografico*, 660° seduta, 14/07/2016, p. 23 (D'Ascola, relatore): "La locuzione al plurale 'violenze e minacce gravi' implica che non potrà mai ritenersi sussistente la tortura se vi è un unico atto. Gli atti devono essere plurimi, quindi non uno solo".

<sup>233</sup> Cfr. Senato della Repubblica, *Resoconto stenografico*, 660° seduta, cit., pp. 21 ss.

<sup>234</sup> Il tema dell'unità o pluralità dell'azione è stato sovente affrontato nell'ambito della riflessione dogmatica in materia di concorso di reati e di concorso apparente di norme. Per maggiori approfondimenti si rimanda a A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, pp. 660 ss. (che, non a caso, considera tale questione "uno degli argomenti più impegnativi della dottrina del diritto penale"); F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; S. PROSDOCIMI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, pp. 508 ss.; V. PACILEO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988; D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Giappichelli, 2004.

modo, se l'intento legislativo sotteso all'utilizzo del plurale risiedeva nell'evitare di esporre le forze dell'ordine a denunce pretestuose, è chiaro però che far dipendere la punibilità della tortura dalla distinzione tra unità e pluralità di azione è una scelta discutibile, date le incertezze cui hanno dato luogo i relativi criteri discretivi. Inoltre, non vi è necessariamente corrispondenza tra offensività della condotta e pluralità dell'azione, ben potendo anche un unico atto di violenza o minaccia integrare gli estremi della tortura – nella sua accezione comune – come sostenuto anche a livello internazionale.

Il potenziale vuoto di tutela e le iniquità applicative cui potrebbero condurre le prime due modalità alternative della condotta possono essere almeno parzialmente rimediati dalla terza modalità, che pare consentire la punibilità di torture consistenti in azioni singole<sup>235</sup>. Combinando due parti separate della norma emerge che anche l'atto unitario può integrare il reato se, oltre ad essere stato commesso con crudeltà, "comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona"<sup>236</sup>. Per una prima delucidazione circa il significato della locuzione "agendo con crudeltà", si può fare ricorso alle pronunce relative alla circostanza aggravante *ex art. 61, n. 4 c.p.* La Cassazione ne ha riscontrato la sussistenza allorché le sofferenze causate alla vittima siano apparse gratuite, cioè ulteriori rispetto all'attività necessaria per consumare il reato<sup>237</sup>.

Nel caso qui in esame, tuttavia, la crudeltà non è un *quid pluris* che connota un'attività già di per sé illecita, bensì fonda essa stessa l'antigiuridicità del comportamento. Manca, quindi, il termine di raffronto per valutare la superfluità del patimento provocato all'offeso, ovvero il superamento dei limiti della "normalità causale"<sup>238</sup>. Probabilmente la giurisprudenza si attesterà sul vago e soggettivo accertamento della "spietata volontà dell'agente" e della sua insensibilità ai più basilari richiami umanitari, per quanto risultanti dalle obiettive modalità della condotta<sup>239</sup>. In sostanza, questo elemento del fatto tipico non solo permette di sanzionare le pratiche di tortura che si estrinsecano in azioni singole (anche un unico episodio di violenza o di minaccia), ma avvicina la figura criminosa in parola ad un *reato di evento a forma libera*, posto che la crudeltà non descrive una particolare forma di agire umano ma può connotare, quale elemento accessorio, qualunque tipologia di condotta attiva. Siffatta interpretazione riappacifica l'illecito introdotto in Italia con la nozione di tortura internazionalmente condivisa, in cui non si richiedono particolari modalità esecutive della condotta. Si rinvia, invece, ad un successivo paragrafo l'esame della condizione relativa al trattamento inumano e degradante.

---

<sup>235</sup> In questo senso, sia pure dubitativamente, anche G. LANZA, [Verso l'introduzione](#), cit., p. 12.

<sup>236</sup> Art. 613-bis, comma 1, ultima parte c.p.

<sup>237</sup> V., ad esempio, Cass. pen., sez. I, sent. n. 25835, 25/05/2012 (dep. 4/07/2012).

<sup>238</sup> Cass. pen., sez. I, sent. n. 33021, 16/05/2012 (dep. 22/08/2012), Rv. 253527.

<sup>239</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 25276, 27/05/2008 (dep. 20/06/2008 ) Rv. 240908. Questi canoni sono stati confermati dalla recente Cass. pen., sez. un., sent. n. 40516, 23/06/2016 (dep. 29/09/2016), pp. 4-7.

## 9.2. Realizzazione tramite condotta omissiva: un dilemma irrisolto.

L'altra questione attiene alla possibilità che il reato *de quo* sia consumato mediante condotta omissiva. Nessun dubbio pongono i sistemi internazionali sopra considerati. Un'attenta esegesi dell'art. 1 della CAT e, più esplicitamente, la giurisprudenza degli organi della CEDU e dei tribunali *ad hoc* confermano che la definizione di tortura cui essi fanno riferimento comprende condotte tanto attive quanto omissive<sup>240</sup>. Il caso di scuola è la mancata fornitura di viveri, che si realizza, appunto, con un *non facere* da parte del torturatore; diversamente, la privazione del sonno implica comportamenti attivi attraverso cui si impedisce, interrompe o comunque disturba il riposo dell'offeso. La soluzione dell'interrogativo va ricercata nelle tre modalità alternative di condotta sopra elencate. Non così agevole, stavolta, far ricorso, per allinearsi ai dettami internazionali, all'elasticità della terza modalità, l'agire con crudeltà: facendo riferimento ad un "agire", il legislatore potrebbe aver ristretto l'ambito di operatività del precetto alle sole condotte attive. Nessun ausilio proviene dagli arresti dei giudici di legittimità riguardanti l'aggravante *ex art.* 61, n. 4 c.p., mai applicata, a quanto consta, ad ipotesi omissive. Per altro verso, sembrerebbe da escludere che le altre due modalità della condotta – le violenze o minacce gravi – abbraccino comportamenti omissivi, a meno di adottare, a scapito di una concezione rigorosa della legalità penale, una nozione particolarmente "spiritualizzata" di violenza<sup>241</sup>.

Questa interpretazione, che escluderebbe la configurabilità del reato per omissione, porterebbe al paradosso di assoggettare a pena la minaccia di privare un detenuto degli alimenti, ma non la sua concreta attuazione. Nella pratica, è verosimile che a forme di tortura consistenti nel *non facere* se ne associno altre che comportano un agire attivo del soggetto agente, onde rendere questa disquisizione, forse, di interesse puramente accademico. Ad ogni modo, sembra che la via meno tortuosa per superare il potenziale deficit di tutela concernente le condotte omissive sia quella di intendere il sintagma "agire con crudeltà" in modo meno tecnico, così da ricomprendervi tutte le manifestazioni di efferatezza, si siano esse materializzate in comportamenti attivi o passivi<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> V. *supra* nota 164; *Greek case*, cit., pp. 499-500 (classificazione di tortura alla mancata fornitura ai detenuti di cibo, acqua, vestiario e cure mediche). V., inoltre, J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 118; A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on Torture*, cit., pp. 14-15.

<sup>241</sup> L'evoluzione in senso "psicologico" della nozione penalistica di violenza è messa in luce da A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 155 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. Da notare che il concetto di violenza psichica subisce un'ulteriore estensione nel campo dei reati commessi contro i minori, ove giunge a ricomprendere l'"incuria" (*child neglect*), definita come "comportamento omissivo di assistenza sia psichica che morale con effetti anche psichici" (*ibid.*, nota 66). Anche T. PADOVANI, *Quel progetto*, cit., pp. 6-7, ipotizza che alcune condotte, tra cui la privazione di cibo, potrebbero rientrare nella c.d. violenza impropria.

<sup>242</sup> Medesima interpretazione è stata autorevolmente proposta con riferimento al sostantivo "acts" che compare nella definizione sancita dall'art. 1 della CAT: così, N. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of Torture*, cit., p. 120; S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2° ed., Oxford, 2005, p. 197; M.E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 304. V.,

## 10. Natura del reato: comune e proprio. Circostanza aggravante o figura autonoma.

Disegnare la fattispecie di tortura come reato comune o come reato proprio incide radicalmente sulla fisionomia dell'illecito, sul suo reale baricentro. Scontato che questo dilemma abbia calamitato una parte consistente del dibattito precedente all'approvazione della citata legge n. 110 del 2017. Il legislatore ha optato per una fattispecie base in cui l'autore può essere chiunque (art. 613-*bis*, primo comma, c.p.)<sup>243</sup>, riservando pene più severe qualora l'agente sia un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio che commette il fatto con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla sua funzione o al servizio (secondo comma). Una delle questioni più importanti che la giurisprudenza si troverà ad affrontare riguarda la natura circostanziale o di fattispecie autonoma di reato da riconoscere alla figura tipizzata dal secondo comma<sup>244</sup>.

Giova a questo punto richiamare in estrema sintesi gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità più recente per distinguere tra queste due alternative. Innanzitutto, è sicuramente insufficiente il riferimento al rapporto di specialità tra la presunta ipotesi circostanziata ed il reato-base: pur necessario per rinvenire l'effettiva sussistenza della prima, si è rivelato non risolutivo<sup>245</sup>. Le Sezioni Unite della Cassazione (nella c.d. sentenza Fedi), optando, da ultimo, per la natura circostanziale della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, hanno assegnato rilievo decisivo al criterio strutturale delle *modalità di descrizione* della fattispecie<sup>246</sup>. Allorché il legislatore descriva l'elemento dubbio *per relationem*, cioè rinviando ad un fatto delineato in un'altra figura criminosa, ci si troverà dinanzi ad una circostanza. Indizi non univoci, invece, sono stati considerati il *nomen iuris*, il criterio topografico (relativo alla collocazione sistematica) ed il criterio teleologico (che imporrebbe la verifica circa l'identità o il mutamento del bene giuridico tutelato da reato-base ed ipotesi sotto esame).

Tuttavia, alcune pronunce successive sono tornate a fare ricorso ad altri parametri che non rifuggono dall'analisi dell'oggettività giuridica della norma<sup>247</sup>,

---

tuttavia, A. COLELLA, [La repressione](#), cit., p. 35, che ritiene necessario, ai fini del rispetto del principio di tassatività, un esplicito richiamo alla condotta omissiva.

<sup>243</sup> V., tuttavia, G. LANZA, [Verso l'introduzione](#), cit., p. 10, che, in virtù del rapporto di supremazia che deve comunque intercorrere tra autore ed offeso, propende per la classificazione della fattispecie come reato proprio.

<sup>244</sup> Per ponderate riflessioni dottrinali sulla distinzione tra ipotesi autonoma e circostanza, v., per tutti, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, pp. 558 ss.; F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1564 ss.

<sup>245</sup> F. BASILE, *Reato autonomo*, cit., p. 1575.

<sup>246</sup> Cass. pen., sez. un., sent. n. 26351, 26/06/2002 (dep. 10/07/2002), par. 9.

<sup>247</sup> V., ad esempio, Cass. pen., sez. IV, sent. n. 36606, 19/09/2006 (dep. 4/11/2006), par. 3 (furto in abitazione ex art. 624-*bis* c.p.; utilizzo del criterio della *intentio legis*, rinvenuta nella volontà di sanzionare più severamente un fatto di maggiore gravità e maggiore allarme sociale rispetto al furto semplice); Cass. pen.,

pervenendo ad esiti opposti a quelli cui avrebbe condotto la modalità di descrizione del precetto, giudicata invece decisiva nella citata sentenza Fedi. Tra le altre, si segnala in particolare la sentenza che ha dichiarato l'autonomia del delitto di cui all'art. 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo) da quello di cui all'art. 609-*bis* (violenza sessuale) cui il primo rinvia per la descrizione della condotta. Il Supremo Collegio ha ricostruito la *voluntas legis* valorizzando il "grado di lesività più intenso" della prima figura criminosa, discendente dal "peculiare disvalore" attribuito dal legislatore alla "partecipazione simultanea di più persone", che conduce ad una "maggiore capacità di intimidazione del soggetto passivo" e ad una "più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima nella sua ineliminabile essenza di autodeterminazione"<sup>248</sup>.

Tornando all'analisi del reato di tortura, può risultare utile richiamare il quadro internazionale. Il raggio di applicazione della CAT è limitato alle condotte in qualche modo imputabili a coloro che agiscono a titolo ufficiale, cioè a quelle riconducibili alla pubblica autorità, le sole oggetto di obblighi di incriminazione<sup>249</sup>. Solo in riferimento a queste violazioni, giudicate di gravità preponderante, si è giustificata l'"intrusione" della comunità internazionale nella sfera di sovranità penale degli Stati<sup>250</sup>. Particolare enfasi è stata dunque sempre posta sugli atti commessi da chi più di qualunque altro si trova, in ragione delle sue funzioni, in una condizione di supremazia nei confronti di soggetti in stato di impotenza<sup>251</sup>.

Si è visto che la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali ha svincolato il reato di tortura dall'attributo della necessaria partecipazione di un soggetto che agisca a titolo ufficiale. Dall'analisi delle sottostanti vicende fattuali, tuttavia, emerge come le imputazioni aventi ad oggetto atti di tortura abbiano sempre riguardato, da un lato, autori inseriti in strutture militari o istituzionali parastatali – cioè che esercitavano (o miravano ad esercitare) prerogative di autorità e controllo simili a quelle proprie dell'entità statale – e, dall'altro, vittime in stato di privazione della libertà personale<sup>252</sup>.

---

sez. III, sent. n. 3348, 13/11/2003 (dep. 29/01/2004) (violenza sessuale di gruppo *ex art. 609-octies* c.p.); Cass. pen., sez. un., sent. n. 34475, 23/06/2011 (dep. 22/09/2011), par. 3 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti costituita per compiere fatti di lieve entità *ex art. 74*, sesto comma, d.P.R. n. 309, 9/10/1990; rilievo assegnato al minor disvalore dell'ipotesi di cui al sesto comma, testimoniato dal generico rinvio *quoad factum* all'art. 416 c.p.).

<sup>248</sup> Cass. pen., sez. III, sent. n. 36036, 18/07/2012 (dep. 20/09/2012), par. 2.1, che riprende alla lettera il citato arresto del 2003.

<sup>249</sup> M.D. EVANS, *Getting to Grips*, cit., p. 376; J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., pp. 119-120. Anche secondo M.E. TARDU, *The United Nations*, cit., p. 306, lo "scopo essenziale" della CAT è assicurare la punizione dell'uso della tortura da parte dei governi.

<sup>250</sup> P. GAETA, *When is the Involvement*, cit., p. 191, che traccia un parallellismo con la limitazione di sovranità imposta dai crimini contro l'umanità e i crimini di guerra.

<sup>251</sup> In dottrina giustamente si osserva come in questa classe di soggetti rientrano i c.d. *contractors*, cioè personale alle dipendenze di agenzie private che svolge attività di vigilanza nell'ambito di missioni militari all'estero: M. DELLI SANTI, *Il divieto di tortura*, cit., pp. 313 ss., spec. p. 318, nota 5.

<sup>252</sup> V., ad esempio, i casi *Kunarac* (gli imputati erano soldati dell'autoproclamata Repubblica Srpska); *Brđanin* (reati commessi da soldati appartenenti alle forze serbo-bosniache); *Kvočka* (torture compiute da guardie all'interno di un campo di detenzione); *Martić* (maltrattamenti di detenuti effettuati da forze appartenenti ad una regione autonoma serba); *Limaj* (accuse di tortura riferite a fatti commessi in campo di detenzione); *Simić* (reati commessi da forze sotto il controllo di un territorio autonomo serbo).

Quanto alla definizione adottata dallo Statuto di Roma, si è osservato come il requisito della custodia o controllo sortisca, in ultima analisi, l'effetto di restringere il raggio d'applicazione del reato alle condotte commesse da chi agisce (o mira ad agire) a titolo ufficiale.

Anche la giurisprudenza di Strasburgo esige una "protezione rafforzata" per chi sia "'affidato' a soggetti che, al di là della qualifica formale, rappresentano lo Stato"<sup>253</sup>: si tratterà di situazioni di detenzione o controllo, intese in senso non formalistico e che dunque abbracciano la permanenza in scuole, ospizi, case circondariali, caserme, ospedali e così via.

Sicché, i testi internazionali individuano il disvalore specifico della tortura – il suo "nucleo duro"<sup>254</sup> – nel fatto che le sofferenze sono inflitte a persone in stato di impotenza da parte di un funzionario pubblico che le dovrebbe invece tutelare. È fuor di dubbio che la speciale riprovevolezza della tortura (come intesa sin da epoca medievale e come confermato dalle istanze internazionali), ciò che la distingue dai più generici maltrattamenti, risiede nella qualifica soggettiva dell'agente, da cui deriva – per usare le parole della sentenza degli ermellini, sopra citata<sup>255</sup> – un più intenso grado di lesività della condotta, nonché, data la maggiore capacità di intimidazione del funzionario pubblico, una più odiosa violazione dell'autodeterminazione dell'offeso, degradato ad un oggetto, privato di dignità<sup>256</sup>.

L'applicazione del criterio adottato in via principale per la classificazione del delitto di cui all'art. 609-*octies* sembrerebbe dunque suggerire la natura di tipo autonomo di reato dell'ipotesi di tortura prevista dal secondo comma dell'art. 613-*bis* c.p. Occorre però tenere a mente che i canoni discretivi individuati dalla giurisprudenza acquisiscono maggior forza di persuasione ove ve ne sia più di uno che converge verso lo stesso risultato<sup>257</sup>, pur non avendo, ovviamente, gli stessi, egual peso. Bisogna dunque fare i conti con il criterio abbracciato dalla sentenza Fedi, ossia quello strutturale della descrizione del precetto. La formulazione del citato secondo comma non fornisce, a tal riguardo, indicazioni normative di immediata ed univoca percezione. Da una parte, infatti, si utilizza la tecnica della tipizzazione *per relationem* ("[s]e i fatti di cui al primo comma"), che militerebbe a favore di una qualificazione come figura circostanziale<sup>258</sup>. Dall'altra parte, però, le modalità della condotta sono specificate tramite l'elemento dell'abuso di potere o della violazione del dovere.

Occorre stabilire se questi caratteri peculiari della figura di cui all'art. 613-*bis*, secondo comma c.p. siano tali da *alterare la struttura essenziale del reato* delineato dal

---

<sup>253</sup> A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1823. D'altronde, come osserva F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2689, la giurisprudenza della Corte EDU circa gli obblighi di tutela penale si è sviluppata a partire da gravi violazioni dei diritti fondamentali compiute "da agenti statali i quali contano sulla complicità, o almeno sulla colpevole inerzia, delle più alte gerarchie civili e militari" (corsivo in originale).

<sup>254</sup> F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 6.

<sup>255</sup> Cass. pen., sez. III, sent. n. 36036/2012, cit., par. 2.1.

<sup>256</sup> V., ad esempio, C. BURCHARD, *Torture in the Jurisprudence*, cit., pp. 159 ss.; O. DE FROUVILLE, *The Influence*, cit., p. 634; T. PADOVANI, *Quel progetto*, cit., pp. 6-7.

<sup>257</sup> F. BASILE, *Reato autonomo*, cit., p. 1578.

<sup>258</sup> Propende per questa qualificazione, sia pure dubitativamente, I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., p. 5.

primo comma. A parere di chi scrive, e sulla scorta di quanto emerge a livello internazionale, la risposta non può che essere affermativa. Come già autorevolmente sostenuto<sup>259</sup>, la tortura “comune” (cioè commessa dal privato cittadino) si risolve in una particolare forma di maltrattamento, in cui il cuore dell’offesa risiede nella violazione di una relazione di affidamento o tutela; viceversa, la tortura del pubblico ufficiale si colloca su un asse teleologico distinto, traendo la propria speciale lesività dal “tradimento” della funzione pubblica e dallo sviamento del potere coercitivo conferito all’autorità. Affatto diversa si rivela, insomma, non solo l’oggettività giuridica della norma, ma anche la fisionomia della condotta vietata al pubblico ufficiale: è evidente, ad esempio, che le gravi violenze, requisito modale previsto dal primo comma, non possono in sé determinare l’illiceità dell’operato del pubblico ufficiale, potendosi esse collegare all’esercizio legittimo (anzi, doveroso) di un pubblico potere, come confermato, *ad abundantiam*, dal terzo comma della medesima disposizione<sup>260</sup>. D’altra parte, è a questo versante che si sono sempre rivolte le pretese (e le preoccupazioni) internazionali, ed è in relazione ad esso che si sono concentrate le censure di ineffettività della tutela apprestata dal nostro sistema penale<sup>261</sup>.

In considerazione della debolezza o inutilizzabilità di ulteriori parametri, tra cui quelli topografico<sup>262</sup> e logico-letterale<sup>263</sup>, pare doversi concludere per la natura di fattispecie autonoma di reato della figura di cui all’art. 613-*bis*, secondo comma c.p.

## 11. Evento: “acute sofferenze fisiche” o un “verificabile trauma psichico”.

---

<sup>259</sup> T. PADOVANI, *Audizione alla Camera*, cit., pp. 4-5.

<sup>260</sup> La disposizione di cui al terzo comma dell’art. 613-*bis* c.p. si ispira alla c.d. *lawful sanctions clause* prevista dall’art. 1 della CAT (su cui v. *supra* § 3.5), anche se ne dilata l’ambito di applicazione. Simili – ma non identiche – clausole sono state inserite nell’art. 1 della citata Dichiarazione contro la tortura del 1975, nell’art. 2 della Convenzione interamericana per la prevenzione e repressione della tortura, nonché nell’art. 7, comma 2, lett. e) dello Statuto di Roma. V., altresì, *infra* nota 106.

<sup>261</sup> Nel caso di maltrattamenti commessi da privati con modalità restrittive ed afflittive pari a quelle proprie della tortura, il nostro ordinamento ha dimostrato, anche di recente, di possedere un adeguato arsenale punitivo: cfr. [Trib. Monza, sent. 10/06/2016 \(dep. 22/08/2016\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/11/2016, in cui è stata irrogata la pena di anni 20 di reclusione.

<sup>262</sup> F. BASILE, *Reato autonomo*, cit., p. 1581.

<sup>263</sup> Il legislatore si è astenuto dall’attribuire una qualificazione esplicita alla figura in discussione; inoltre, il riferimento ai soli “fatti di cui al primo comma” dell’art. 613-*bis* c.p. contenuto nelle aggravanti previste dai commi quarto e quinto, e quello all’aumento delle “pene di cui ai commi precedenti” previsto dall’ipotesi del quarto comma, non paiono decisivi, data la loro ambivalenza. V., comunque, F. VIGANÒ, [Sui progetti](#), cit., p. 5, che, stante la “stravaganza” dell’ipotesi secondo cui gli elementi del quarto comma si possano configurare, rispetto alla figura del secondo comma, come “aggravanti di un’aggravante”, propende per la qualificazione di quest’ultima come fattispecie autonoma di reato. Di maggior forza persuasiva l’argomento di I. MARCHI, [Il delitto di tortura](#), cit., p. 6, che considera un indice a favore della natura autonoma della figura in parola l’esimente sancita dal terzo comma dell’art. 613-*bis* c.p., la quale, come tale, non potrebbe ragionevolmente applicarsi, come impone la sua lettera, al “comma precedente” (cioè il secondo), se questo racchiudesse una mera circostanza aggravante.

La novella traccia distinte soglie di rilevanza penale per la sofferenza fisica e per quella psichica. *Nulla quaestio* per la prima, che si richiede essere “acuta”, cioè di elevata intensità, ancorché non eccezionale o assolutamente intollerabile, come suggerito dalla pratica internazionale già esaminata<sup>264</sup>. Dubbi sorgono in relazione alla seconda, forgiata dal nostro legislatore usando la locuzione “trauma psichico verificabile”. Può suscitare sorpresa, visto l’intento restrittivo dell’emendamento che ha introdotto questa formula, l’assenza di una esplicita soglia di intensità minima, conseguente alla non riferibilità dell’aggettivo “acute” alle sofferenze psichiche. La pretesa che il trauma sia verificabile, tuttavia, parrebbe estromettere dall’ambito applicativo della norma la sofferenza morale in senso stretto, cioè il “puro patema d’animo”, non osservabile empiricamente<sup>265</sup>. Come già rilevato, tali forme più lievi di afflizione morale potranno eventualmente rientrare in altre fattispecie (ad esempio, percosse, minaccia o violenza privata)<sup>266</sup>.

Naturalmente, la verificabilità del trauma, lungi dal rimandare ad un pregiudizio in senso esclusivamente fisico o anatomico, sarà retta dai metodi epistemologici della scienza psichiatrica, ben capaci di rilevare anche disturbi che non si riverberano (o non trovano la loro causa) in modificazioni organiche. Tale requisito pare piuttosto rimandare alla necessità di una perizia medico-legale, in ciò discostandosi dalle conclusioni cui la giurisprudenza è giunta in tema di *stalking* rispetto alla prova del grave e perdurante stato di ansia o di paura<sup>267</sup>.

Di grande interesse la nozione di *trauma psichico*, che fa la sua prima apparizione nella legge penale<sup>268</sup>. La sua originalità produce alcuni interrogativi. In che rapporto essa si pone con il concetto più comunemente utilizzato nella definizione di tortura, cioè quello di *sofferenze psichiche*? Ancora: l’imposizione di una soglia elevata di intensità del dolore, apparentemente assente, è in realtà recuperata proprio attraverso il concetto di *trauma*?

Senza addentrarci nel complesso dibattito che ha animato le discipline mediche, pare consentito, ai limitati fini di questa analisi, rintracciare il punto di partenza di queste considerazioni nel dizionario, che designa il trauma psichico come un “turbamento” o una “grave alterazione” del normale stato psichico di un individuo generati da esperienze negative. Non pare corretto richiedere lo sviluppo di una vera e

---

<sup>264</sup> V. *supra* § 3.2.

<sup>265</sup> V., per una rigorosa analisi di questi concetti, arricchita dal ricorso a categorie civilistiche, A. NISCO, *La tutela penale*, cit., pp. 151 ss.

<sup>266</sup> F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 8.

<sup>267</sup> V., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, sent. n. 17795, 02/03/2017 (dep. 07/04/2017), Rv. 269621; Cass. pen., sez. VI, sent. n. 50746, 14/10/2014 (dep. 03/12/2014), Rv. 261535, in cui si afferma che la prova dello stato di ansia o di paura “deve essere ancorata ad elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall’agente ed anche da quest’ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l’evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata”. Ancora, Cass. pen., sez. V, sent. n. 16864, 10/01/2011: “ai fini dell’integrazione del reato di atti persecutori non si richiede l’accertamento di uno stato patologico ma è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell’equilibrio psicologico della vittima”.

<sup>268</sup> Di trauma il legislatore ha finora parlato, in modo piuttosto circoscritto, solo in relazione a danni fisici: v., ad esempio, art. 200, comma 1, lett. b) del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e succ. ii. mm.

propria sindrome o di altre patologie psichiatriche, ferma restando la loro possibile insorgenza in soggetti traumatizzati. Se così fosse, infatti, il legislatore avrebbe fatto ricorso al più pregnante concetto di “malattia”, anch’esso peraltro non immune da letture estensive<sup>269</sup>. A conforto di questa interpretazione va ricordato che, ai sensi del quarto comma dell’art. 613-*bis* c.p., la produzione di lesioni personali costituisce una circostanza aggravante. Pare insomma ragionevole teorizzare che la causazione di un disagio emotivo di apprezzabile entità, i cui sintomi o effetti (ansia, angoscia, stati depressivi, stress, ecc.) siano verificabili clinicamente, possa essere sufficiente ad integrare l’evento del nuovo delitto di tortura. La nozione stessa di trauma implica – lo si ribadisce – la serietà, la profondità dell’alterazione psichica, che non potrà che configurarsi come grave, in conformità alla definizione di tortura internazionalmente accolta.

Per delucidare ulteriormente la questione, giova richiamare alcuni spunti di diritto internazionale e comparato. Il Comitato CAT, che come visto si è pronunciato su varie forme di afflizione mentale, ha qualificato come tortura non solo la *non-touch torture* ma anche, per esempio, la minaccia rivolta ad un pianista di concerto di amputarne gli arti<sup>270</sup>. Dal canto suo, la Commissione EDU ha identificato la tortura mentale nell’“inflizione di sofferenza psichica tramite la creazione di uno stato di stress e angoscia interiore con mezzi diversi dall’offesa fisica”<sup>271</sup>. Più dettagliata, ma in parte controversa, la descrizione elaborata dal Senato degli Stati Uniti in sede di ratifica della CAT:

Per dolore o sofferenza mentale si intende un prolungato pregiudizio di tipo psichico (*prolonged mental harm*) cagionato o risultante dalla:

- (i) deliberata inflizione o minaccia di inflizione di forte dolore psichico;
- (ii) somministrazione o applicazione, o minaccia di somministrazione o applicazione, di sostanze psicotrope o di altre procedure volte a perturbare gravemente i sensi o la personalità;
- (iii) minaccia di morte imminente;
- (iv) minaccia che, nell’immediato, un terzo sarà sottoposto a morte, forte dolore psichico, o somministrazione o applicazione di sostanze psicotrope o procedure volte a perturbare gravemente i sensi o la personalità<sup>272</sup>.

Come già osservato, il riferimento statunitense ad un danno psichico “prolungato” o “durevole” è stato oggetto di critica da parte del Comitato CAT e non conosce repliche in altre giurisdizioni. I lavori preparatori della CAT confermano che anche gli Stati Uniti non considerano necessario il riscontro di una menomazione

---

<sup>269</sup> V. Cass. pen., sez. V, sent. n. 25033, 22/06/2006, in *Guida dir.*, n. 36, 2006, p. 85, che emancipa la nozione di “malattia nella mente” dalla necessità di riscontrare alterazioni anatomiche o funzionali, ricomprendendovi disturbi psichici quali “vertigini, palpitazioni e stato ansioso” (nel caso di specie cagionati da un’aggressione verbale).

<sup>270</sup> Comitato CAT, *Estrella v. Uruguay*, 23/03/1983, CCPR/C/18/D/74/1980, par. 8.3.

<sup>271</sup> *Greek case*, cit., p. 461.

<sup>272</sup> Dichiarazione interpretativa (*understanding*) n. 1, lett. a) relativa all’art. 1 della CAT, in <https://treaties.un.org/>.

*permanente* dell'integrità fisica o psichica<sup>273</sup>. Questo standard non deve pertanto influenzare l'esegesi della norma italiana. Non si deve chiedere, insomma, all'alterazione psichica di riverberarsi in effetti nocivi *perduranti* sebbene la loro assenza, come dimostrato da alcune pronunce della Corte EDU, sopra richiamate<sup>274</sup>, appaia un fattore di ragguardevole peso nell'escludere il raggiungimento della soglia minima di gravità del dolore.

Il problema si pone nell'abbinare la non necessaria durevolezza del trauma con la sua richiesta verificabilità clinica. Ben si potrà presentare il caso di un soggetto che, pur avendo subito un intenso trauma psichico al momento del fatto, abbia nel frattempo superato quel temporaneo stato di turbamento e si mostri perciò al medico legale, magari trascorso un apprezzabile lasso temporale, in normale stato psicologico. Paiono possibili due opzioni, entrambe non del tutto soddisfacenti. Secondo la prima, in queste evenienze all'*accertabilità clinica effettiva* del pregiudizio si potrebbe sostituire un'*accertabilità clinica potenziale*. In base a quest'ultimo criterio, l'oggetto della prova – ammessa tramite tutti i consueti mezzi processuali – sarà dunque non un trauma psichico concreto ed attuale, ma uno astrattamente idoneo ad essere osservabile tramite perizia psichiatrica, benché oramai svanito. In ultima analisi, l'attenzione si sposterà sull'idoneità degli atti a produrre quello specifico tipo di evento dannoso, tenuto conto delle caratteristiche oggettive della condotta lesiva, nonché di quelle soggettive inerenti le condizioni fisiche e mentali della vittima. Questa modalità di accertamento, che già parte della dottrina suggeriva *de iure condendo* in relazione al delitto di atti persecutori<sup>275</sup>, rischierebbe però di tramutare la fattispecie in un reato di pericolo.

Indubbiamente, la tipicità del reato subirebbe uno scollamento, senza contare che le nozioni di verificabile trauma psichico *ex art. 613-bis c.p.* e di stato di ansia o di paura *ex art. 612-bis c.p.* tenderebbero a convergere, salvo che per il requisito di durata, non previsto dalla fattispecie di tortura. Dall'altro lato, non va sottaciuto come un consolidato orientamento dei tribunali penali internazionali abbia negato che la prova delle violenze subite debba essere "visibile"<sup>276</sup>, cioè clinicamente verificabile in concreto, a riprova del dubbio diritto di cittadinanza di questo rigido standard, perlomeno a livello internazionale<sup>277</sup>.

La seconda soluzione consiste, al contrario, nell'estromissione dal raggio applicativo del precetto dei traumi di cui, per i motivi più disparati, inclusi quelli non riconducibili ad un'inerzia dell'offeso, non si sia proceduto in tempo utile all'accertamento clinico dell'evento psichico destabilizzante.

---

<sup>273</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 44.

<sup>274</sup> V. *supra* nota 104; v. altresì, *supra* nota 166.

<sup>275</sup> A. CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, n. 19, 2009, pp. 52 ss., spec. p. 53.

<sup>276</sup> V. *supra* § 5.3.

<sup>277</sup> Cfr. *Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (c.d. Protocollo di Istanbul), 9/08/1999, par. 236, che mette in risalto come non tutti gli individui sottoposti a tortura sviluppano un disturbo psichico diagnosticabile, per quanto la maggioranza manifesti forme depressive, alterazioni della personalità e disturbi post-traumatici da stress (PTSD).

Per quanto riguarda l'identificazione della soglia di gravità dell'evento dannoso, si rinvia ad un paragrafo seguente<sup>278</sup>, oltre che alle indicazioni tratte dalla casistica internazionale di cui si è dato conto in precedenza<sup>279</sup>. Ci si limita qui a sottolineare che, giusta la scelta italiana (di cui si dirà *infra*) di fondere in un'unica fattispecie la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti, saranno certamente punibili quelle condotte ancora considerate, data l'equivocità degli orientamenti internazionali, a cavallo tra le due categorie, tra cui i pestaggi, l'imposizione di posizioni vessatorie e la deprivazione prolungata di sonno, alimenti e cure medico-sanitarie<sup>280</sup> (fermo restando quanto sopra precisato circa le condotte omissive).

## 12. Requisiti inerenti il soggetto passivo.

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 il soggetto passivo e l'autore del reato. Nello specifico, la condotta deve essere rivolta a 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.

Un elemento che attiene allo stato di privazione o limitazione della libertà personale dell'offeso non è affatto eccentrico rispetto alla nozione di tortura accolta a livello internazionale. Seppure non esplicitato nel testo dell'art. 1 della CAT, esso non solo rispecchia la quasi totalità delle vicende giunte dinanzi al Comitato CAT, ma può considerarsi immanente alla definizione pattizia, posto che questa rimanda, da un lato, ad un autore che agisce a titolo ufficiale e, dall'altro, ad una serie di finalità tipicamente statali<sup>281</sup>. Si è visto come gli obblighi imposti dalla CAT si concentrino soprattutto sulle condotte poste in essere nei contesti di custodia o controllo, là dove è dato riscontrare l'impotenza della vittima. Tanto è vero che la dottrina non coglie significative differenze tra la figura delineata dalla CAT e la struttura del reato accolta dallo Statuto di Roma, nonostante quest'ultima non conosca limiti legati alla qualifica soggettiva dell'agente e alle finalità perseguite, proprio perché effetti equiparabili sono stati conseguiti operando sull'identificazione del soggetto passivo<sup>282</sup>. Il particolare stato di vulnerabilità che deve caratterizzare il soggetto passivo non risulta estraneo neppure alla giurisprudenza della Corte EDU, che ha ravvisato la sussistenza di tortura in vicende in cui le sofferenze colpivano un individuo "indifeso"<sup>283</sup>.

---

<sup>278</sup> V. *infra* § 13.

<sup>279</sup> V. *supra* §§ 3.2, 4.2, 5.3.

<sup>280</sup> *Report del Comitato CAT su Israele 2016*, cit., par. 30 (che li considera genericamente "metodi contrari alla CAT").

<sup>281</sup> V. *supra* §§ 3.3-3.4.

<sup>282</sup> V. *supra* § 5.4.

<sup>283</sup> F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 10.

La scelta del legislatore italiano non è, dunque, insolita nel panorama internazionale, anche se, come si dirà tra poco, ad attenta analisi potrebbe palesarsi maggiormente restrittiva. In linea di principio, la connessione tra tortura e stato di privazione della libertà personale o di controllo impedisce l'inopportuna attrazione sotto questa fattispecie delle attività compiute durante le operazioni di polizia. Apparirebbe incongruo che la legittima causazione di dolore, anche acuto, da parte delle forze dell'ordine a fini di coercizione potesse rientrare nelle maglie di una figura concepita per colpire abusi qualitativamente diversi<sup>284</sup>. Non è un caso che l'eccesso nell'uso della forza per raggiungere scopi legittimi sia stato classificato a livello sovranazionale, alla ricorrenza dei relativi presupposti, come trattamento inumano o degradante (non tortura), salvo i casi di violenza palesemente sproporzionata o gratuita e perciò slegata da legittime finalità militari, di controllo penitenziario, polizia giudiziaria od ordine pubblico<sup>285</sup>.

Esiste però una discrepanza di non poco conto tra i lineamenti di questo elemento nei citati sistemi sovranazionali e quelli che connotano la neonata figura interna di tortura. Basti considerare il crimine contro l'umanità di tortura previsto dallo Statuto di Roma, che può essere commesso nei confronti di coloro di cui l'agente "abbia la custodia o il controllo"<sup>286</sup>. Si tratta di una condizione che, oltre a non snaturare il concetto di tortura, lascia spazio a rapporti di asservimento, autorità o soggezione non formalizzati tra soggetto attivo e passivo.

Non così l'art. 613-bis c.p., che richiede l'"affidamento" della vittima alla "custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza" dell'aggressore<sup>287</sup>. Il passaggio ha subito, durante l'esame al Senato, un emendamento rispetto al testo precedente, che qualificava l'offeso come una persona affidata all'agente "o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia". L'eliminazione dell'inciso relativo alla sottoposizione, "comunque", del torturato all'"autorità" del torturatore riduce il raggio di applicazione del reato, che sembra presupporre un *previo* affidamento<sup>288</sup>, mentre, stando al testo precedente, era lecito affermare la sufficienza di una relazione meno intensa (e, forse, meno formalizzata) tra agente ed offeso, come quella instaurata nel corso di operazioni di ordine pubblico che riducano ai minimi termini – di fatto annichilendoli – i margini di libertà del soggetto passivo, instaurando un rapporto di soggezione e controllo<sup>289</sup>.

Pare doversi concludere, dunque, per l'inapplicabilità della fattispecie a vicende quali i raccapriccianti pestaggi avvenuti nel corso dell'irruzione della polizia nella scuola Diaz e altre simili operazioni caratterizzate da gravi e sproporzionate violenze contro

---

<sup>284</sup> Nello stesso senso, forte dei lavori preparatori della CAT e della lettera della Dichiarazione del 1975, J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., p. 121.

<sup>285</sup> V. *supra* §§ 3.2, 4.3.

<sup>286</sup> Art. 7, comma 2, lett. e) dello Statuto di Roma. Tale formulazione è stata accolta anche nel Codice dei crimini di diritto internazionale tedesco (*Völkerstrafgesetzbuch*), al § 7, sez. 1, punto 5.

<sup>287</sup> Prefigura il pericolo di sovrapposizione con il delitto di maltrattamenti in famiglia, *ex plurimis*, F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 12.

<sup>288</sup> In termini simili, I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., p. 3.

<sup>289</sup> V. G. LANZA, *Verso l'introduzione*, cit., p. 26. In senso opposto, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia*, cit., § 3.

persone in chiaro stato di sottomissione e dipendenza<sup>290</sup>. Tale lacuna potrebbe esporre l'Italia a responsabilità internazionale, dato che, in quella sede, rientrano nella nozione di tortura gli episodi in cui l'inflizione di grave sofferenza si associa allo stato di *impotenza* della vittima. A giustificare la formulazione definitivamente approvata dal Parlamento non vale la preoccupazione di evitare pretestuose accuse nei confronti degli agenti coinvolti in operazioni di ordine pubblico o una loro incriminazione per tortura in casi di eccesso nell'uso della forza durante l'esecuzione di legittime misure coercitive<sup>291</sup>. Eventuali violenze commesse in tali contesti, come già visto, non sarebbero cadute sotto l'ombrello concettuale della tortura, salvo fossero state del tutto ingiustificate e gratuite. A sventare questo pericolo sarebbe soccorso altresì il terzo comma dell'art. 613-bis c.p. che, con un rassicurante pleonasma, sancisce l'inapplicabilità della fattispecie alle sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure limitative o privative di diritti<sup>292</sup>.

Ci si chiede se a sopperire all'evidenziata carenza di tutela possa bastare il richiamo alle "condizioni di minorata difesa", inserito – a dispetto della sua "congenita

---

<sup>290</sup> Si pensi ai violenti scontri avvenuti in piazza Municipio a Napoli il 17 marzo 2001, quando le forze dell'ordine, come documentato da numerosi resoconti, caricarono i manifestanti dopo aver bloccato tutte le vie di uscita della piazza. Molte persone, non escluse alcune di estranee ai fatti, furono successivamente prelevate dai reparti di pronto soccorso e condotte nella caserma Raniero, dove furono assoggettate ad una plethora di vessazioni. Il caso pende di fronte alla Corte EDU: *Cioffi v. Italy*, communicated on 21/01/2016, 17710/15.

<sup>291</sup> Gran parte dei rappresentanti delle forze di polizia sentiti in sede parlamentare hanno espresso il timore di denunce strumentali e di stigmatizzazione di un'intera categoria professionale: v., ad esempio, l'audizione del Capo della Polizia (Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, resoconto stenografico della seduta del 29/10/2014, pp. 4-5) e quelle dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali delle varie forze di polizia (Camera dei Deputati, XVII legislatura, II Commissione, resoconto stenografico delle sedute del 18/06/2014 e del 26/06/2014).

<sup>292</sup> L'esimente ha un raggio d'intervento più ampio di quello della corrispondente *lawful sanctions clause* internazionalmente accolta, che riguarda solo le sofferenze connesse alle "sanzioni legittime" (v., sull'indirizzo restrittivo del Comitato CAT nel valutare la legittimità di clausole di esclusione della punibilità simili alla *lawful sanctions clause*, N. RODLEY, M. POLLARD, *Criminalisation of Torture*, cit., p. 122). Se si accogliesse l'indirizzo di una parte degli studiosi, si potrebbe ipotizzare, in caso di un'interpretazione estensiva dell'esimente italiana che renda inapplicabile il reato (proprio) di tortura, ad esempio, a vicende di violenza sproporzionata e gratuita commessa nel corso di un arresto o di una perquisizione, un intervento della Corte costituzionale che dichiari incostituzionale tale asseritamente "illegittim[a] lacun[a] nella repressione di condotte lesive di diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU" (F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La [CEDU] nell'ordinamento penale italiano*, 2011, spec. pp. 290-291). Altra dottrina vede invece con preoccupazione l'espansione del giudizio sulle c.d. norme penali di favore, entro cui si inserirebbe il sindacato sulla violazione di obblighi di tutela penale, ravvisandone seri pericoli non solo per il tradizionale principio della riserva di legge, ma per il complessivo equilibrio di poteri nell'ambito della democrazia penale: tra gli altri, v., per la loro rigorosa posizione, G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; ID., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2015, pp. 154 ss., spec. pp. 183 ss. Sull'attuale crisi della riserva di legge nel suo versante di garanzia democratica, v., per tutti, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, tomo II, 2007, pp. 1247 ss.

imprecisione”<sup>293</sup> – nella versione definitiva dell’art. 613-bis c.p. Uno sguardo all’interpretazione dell’aggravante comune prevista dall’art. 61, n. 5 c.p., rievocata dall’elemento *de quo*, potrebbe suggerire un giudizio più sfumato circa il suo ruolo nell’economia della fattispecie. L’aggravante in discorso ha trovato applicazione quando il reo ha tratto profitto<sup>294</sup> da condizioni di luogo, di tempo o di persona concretamente esistenti che abbiano reso più difficile la difesa del soggetto passivo, agevolando la commissione del reato. Ora, se è vero che la “fragilità” della vittima, pretesa dalla giurisprudenza<sup>295</sup>, difficilmente avrebbe potuto essere rintracciata in fattori quali l’età, lo stato fisico, la salute ed il numero degli occupanti della scuola Diaz<sup>296</sup>, si sarebbe comunque dovuto aver riguardo al contesto nel suo insieme, incluse le circostanze di tempo e luogo che avessero determinato una *vulnerabilità* della vittima, valutando se tale situazione complessiva fosse stata concretamente agevolativa in rapporto all’esecuzione del delitto, nel senso che avrebbe grandemente diminuito la capacità di resistenza dell’offeso, pur senza renderla del tutto o quasi impossibile, con corrispondente consapevole approfittamento da parte del reo<sup>297</sup>.

Essendo una valutazione da effettuare in concreto, caso per caso, non resta che sospendere il giudizio in attesa della prassi applicativa. Le considerazioni appena svolte non consentono però di escludere in toto l’applicabilità della fattispecie alle vicende – come quelle avvenute nella scuola Diaz – in cui la vittima, non trovandosi sottoposta né a limitazione della libertà personale, né ad “affidamento” *ex art. 613-bis*, sia stata sottoposta a gravi e gratuite violenze nell’ambito di operazioni di ordine pubblico o di altre misure di polizia in genere. Per questo, sulla scorta di un’interpretazione (ancora astratta) del tessuto normativo, non si ritiene, allo stato, di ravvisare né una violazione degli obblighi internazionali sul punto, né un’indebita area di impunità. Ciononostante, resta fermo il giudizio negativo sulla preferenza accordata dal legislatore ad un criterio selettivo piuttosto indeterminato.

### 13. Soglia di punibilità: la discutibile fusione tra tortura e trattamento inumano e degradante.

---

<sup>293</sup> F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 12. Nello stesso senso, A. COLELLA, *La repressione*, cit., p. 38; G. LANZA, *Verso l’introduzione*, cit., p. 10.

<sup>294</sup> È sufficiente che l’agente sia venuto a conoscenza delle circostanze a lui favorevoli e se ne sia intenzionalmente avvantaggiato, benché la situazione di fatto che ne abbia determinato il verificarsi sia insorta occasionalmente o, comunque, sia indipendentemente dalla sua volontà: così Cass. pen., sez. II, sent. n. 6608, 14/11/2013 (dep. 12/02/2014), p. 7.

<sup>295</sup> Cass. pen., sez. III, sent. n. 38785, 23/06/2015 (dep. 24/09/2015), Rv. 264791.

<sup>296</sup> Così, F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., p. 12.

<sup>297</sup> V., ad esempio, Cass. pen., sez. VI, sent. n. 17937, 22/03/2017 (dep. 10/04/2017), p. 3; Cass. pen., sez. II, sent. n. 28795, 11/05/2016 (dep. 11/07/2016), Rv. 267496; Cass. pen., sez. III, sent. n. 42682, 07/05/2015 (dep. 23/10/2015), Rv. 265326; Cass. pen., sez. II, sent. n. 43128, 07/10/2014 (dep. 15/10/2014), Rv. 260530. V., tuttavia, Cass. pen., sez. I, sent. n. 40289, 18/06/2013 (dep. 27/09/2013), Rv. 257792, che esclude l’aggravante in presenza di minorazione della vittima inerente a situazione momentanea ed occasionale.

Uno dei tratti più originali della figura introdotta con la legge n. 110 del 2017 concerne le due soglie di punibilità<sup>298</sup> inserite nell'ultima parte dell'art. 613-*bis*, primo comma, c.p. In base ad esse, le azioni causative di grave sofferenza costituiscono tortura a patto che *a*) siano plurime oppure *b*) comportino un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Innanzitutto, preme ribadire l'inadeguatezza del requisito della pluralità dell'azione a segnare con efficacia e ragionevolezza il confine della punibilità per tortura. Gli scenari giunti all'attenzione degli organi internazionali – ma anche semplici massime di esperienza – smentiscono che due o più atti abbiano, rispetto ad uno, un'attitudine lesiva *indefettibilmente* (ma anche solo probabilmente) più intensa. Ad ogni modo, si è già sostenuto che anche una singola azione, se commessa con crudeltà, può rientrare nel perimetro tracciato dall'art. 613-*bis* c.p. là dove assume i connotati di un trattamento inumano e degradante; quest'ultimo elemento diventa così, stante la scivolosità della nozione di crudeltà, l'autentico cippo di confine della fattispecie, chiamato a selezionare i fatti punibili.

Tale assunto poggia su una presa di posizione per niente scontata concernente la funzione del sintagma "trattamento inumano e degradante". Premessa: si è rilevato che la distinzione comunemente accolta a livello internazionale tra tortura e trattamenti inumani passa attraverso la gravità dell'evento-sofferenza e la finalità degli atti. La prima e più grave figura è connotata, rispetto alla seconda, da un livello di intensità del dolore più elevato e dal dolo specifico, cosicché essa ingloba tutte le ipotesi rientranti nei maltrattamenti, dei quali costituisce sottoinsieme, visto che questi non si limitano che a richiedere un livello inferiore di sofferenza e il dolo generico. Breve: non si dà atto di tortura che non sia anche un trattamento inumano o degradante.

Si tratta ora di capire se il legislatore italiano abbia equiparato il regime giuridico dei due illeciti. È evidente che essi non sono stati differenziati nell'elemento soggettivo – che condividono – visto che la versione definitiva del testo approvata dal Parlamento ha rinunciato al requisito del dolo specifico previsto da altri disegni di legge. Ci si chiede, allora, se la soglia di gravità dell'evento introdotta dal legislatore – che è unica – sia da parametrare a quella (più alta) elaborata a livello internazionale per la tortura o a quella (più bassa) dei trattamenti inumani<sup>299</sup>. La prima opzione ermeneutica comporterebbe

---

<sup>298</sup> Non ci si intende qui pronunciare sulla qualificazione della pluralità dell'azione e del trattamento inumano e degradante come elementi costitutivi del reato o come condizioni obiettive di punibilità, pur propendendo per la prima opzione, dato che entrambe le ipotesi paiono direttamente attinenti al piano dell'offesa, ragion per cui si imporrebbe anche nei loro confronti il rispetto del principio di colpevolezza. Sulla distinzione tra le due categorie, v., limitandoci a pochi, non troppo remoti, riferimenti, M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 592 ss.; M. ZANOTTI, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, pp. 534 ss.; P.P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, fasc. 3, 2004, pp. 1139 ss.

<sup>299</sup> Come già precisato nei paragrafi precedenti, sia i trattamenti inumani sia la tortura sono definiti a livello internazionale facendo riferimento alle *gravi* sofferenze fisiche o psichiche. La distinta soglia di gravità che contrassegnerebbe le due figure – contestata da parte della dottrina (v. *supra* §§ 3.2, 5.3) – è stata elaborata dagli organi di Strasburgo e si rinviene anche nelle pronunce del Comitato CAT e dei tribunali penali internazionali. Non è dunque possibile sostenere che la formulazione adottata dall'art. 613-*bis* c.p. si riferisca inequivocabilmente, in virtù della sua pregnante aggettivazione ("gravi", "acute", "verificabile"), alle

l'inutilità (e quindi l'abrogazione) della soglia di punibilità in discussione (cioè quella che recita "se il fatto [...] comporta un trattamento inumano e degradante..."), posto che tale soglia risulterebbe invariabilmente raggiunta dalle condotte che abbiano già superato la strettoia delle modalità della condotta e dell'evento. Inoltre, questa interpretazione non tiene nel dovuto conto che il legislatore ha disegnato in modo innovativo la componente oggettiva del reato, allontanandosi dalla descrizione che caratterizza la figura internazionale di tortura in relazione sia all'evento che alla condotta. Parrebbe quindi una forzatura ritenere che la soglia di gravità incastonata nell'art. 613-bis c.p. sia quella tracciata per la tortura dagli organi sovranazionali. Per dare un senso alla soglia di punibilità qui in commento, allora, pare corretto concludere che essa debba essere *inferiore a quella individuata internazionalmente per la tortura*. Di conseguenza, il reato sarà integrato, in prima battuta, se l'intensità del dolore raggiunge almeno quella tipica dei trattamenti inumani e degradanti o, in subordine, se si tratta di azioni plurime<sup>300</sup>.

La scelta di affidare, 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 rendersi conto che l'impegno definitorio profuso non riusciva a garantire un risultato accettabile in relazione ai trattamenti inumani o degradanti, lasciati fuori, infatti, dall'orbita dell'art. 1 della CAT proprio perché giudicati inadeguati ad essere descritti in maniera sufficientemente precisa, specialmente in vista degli obblighi, anche ad incidenza penale, imposti dal trattato<sup>301</sup>. Anche alcune decisioni della Corte EDU hanno messo in luce la scarsa capacità di questo elemento di garantire una soglia di offensività sufficientemente definita, in ragione della sua notevole elasticità; a ciò si aggiunga la segnalata tendenza espansiva di tale giurisprudenza, incline ad includere entro l'art. 3 della CEDU condotte di lesività progressivamente inferiore<sup>302</sup>.

Il principale rilievo critico si appunta nondimeno 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 considerazione differenziata e generatrici di obblighi non coincidenti<sup>303</sup>. 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,

---

sofferenze tipiche della tortura, ma può anche includere quelle, (secondo l'opinione dominante) meno intense, dei trattamenti inumani.

<sup>300</sup> L'unica interpretazione utile circa la condizione della pluralità delle condotte è di ritenerla sussidiaria a quella del trattamento inumano e degradante; essa cioè permette la punibilità di condotte che non raggiungono la soglia di gravità fissata da quest'ultimo.

<sup>301</sup> J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations*, cit., pp. 47, 70-71, 149.

<sup>302</sup> V. *supra* § 4.2.

<sup>303</sup> Critici anche F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., pp. 9-10 e A. COLELLA, *La repressione*, cit., pp. 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*, cit., p. 310.

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<sup>304</sup>, perdendo così tanto la sua “abilità di sconvolgere e disgustare” i consociati, quanto quella di indurre “disapprovazione universale” nella comunità internazionale<sup>305</sup>.

Vero è che il legislatore si è premurato di prevedere un’elevata soglia di gravità sia per alcune modalità di condotta (violenze o minacce *gravi*) sia per entrambi gli eventi alternativi (*acute* sofferenze fisiche o *verificabile trauma* psichico) – la “strettoia” cui si è fatto poc’anzi riferimento. Ciononostante, l’analisi della ingente prassi internazionale ha messo ampiamente in mostra le incertezze insite in siffatto parametro<sup>306</sup>, da cui è scaturita una delimitazione oscillante tra tortura e trattamenti inumani che ha persino suggerito ad attenta dottrina la valorizzazione di diversi snodi definitivi, cioè quello finalistico e quello dello stato di impotenza dell’offeso. È pertanto sconsigliabile fare eccessivo affidamento sul metro di valutazione della gravità della sofferenza, su cui, tra l’altro, sono destinate ad innestarsi, inevitabilmente, valutazioni soggettive e vittimocentriche<sup>307</sup>.

A dispetto degli sforzi intrapresi in sede internazionale per distinguere tra trattamenti inumani e tortura, volti a riservare il regime più rigoroso a quest’ultima, il legislatore italiano ha insomma deciso, in controtendenza, di unificare le due figure entro una medesima cornice di rimproverabilità. Eppure, non si può dire che fossero assenti dalla discussione parlamentare le legittime istanze provenienti dalla galassia delle forze dell’ordine, per le quali, in effetti, un’eccessiva penalizzazione può permeare attraverso il canale dei trattamenti inumani e degradanti.

Il Comitato CAT ha in svariate occasioni inquadrato nei trattamenti inumani, non nella tortura, gli eccessi nell’uso della forza da parte degli agenti di polizia nel corso di manifestazioni o altre operazioni di ordine pubblico (attenzione: eccessi che non

---

<sup>304</sup> V. *supra* nota 112.

<sup>305</sup> M. STRAUSS, *Torture*, in *New York Law School Law Review*, vol. 48, 2003, pp. 201 ss., spec. p. 215.

<sup>306</sup> V. *supra* §§ 3.2, 4.2, 5.3. Cfr., altresì, le acute e provocanti riflessioni di M. STRAUSS, *Torture*, cit., spec. pp. 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, pp. 1 ss.; D. SUSSMAN, *Defining Torture*, cit., pp. 225 ss.; J. WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, pp. 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, pp. 1240 ss., spec. p. 1255.

<sup>307</sup> V. *supra* nota 97. Preoccupazione espressa anche da I. MARCHI, *Luci ed ombre*, cit., pp. 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. pp. 927 ss.

sconfinino nella grave violenza gratuita)<sup>308</sup>. La medesima classificazione è stata assegnata dalla Corte EDU ad altre azioni sproporzionate da parte delle forze dell'ordine quali l'uso di manette, manganelli o altri mezzi di contenimento fisico ove non richiesto dalle circostanze<sup>309</sup>. Per evitare, allora, il rischio di indebita penalizzazione dell'operato della polizia, sarebbe stato sufficiente adottare la nozione di tortura sancita dalla CAT – in particolare, la sua incontestabilmente elevata soglia di sofferenza e il dolo specifico –, relegando, eventualmente, gli altri maltrattamenti ad una fattispecie di diversa fattura.

Si esprime qualche perplessità, invece, nei confronti delle supposte potenzialità limitatrici del terzo comma dell'art. 613-bis c.p., che potrebbe riferirsi più alla coercizione esercitata in esecuzione di misure limitative della libertà personale quali l'arresto o la detenzione, che non all'uso della forza durante i servizi di ordine pubblico. Simile giudizio dubitativo merita l'utilizzo della congiunzione "e" per indicare che il trattamento dev'essere sia inumano che degradante. Al di là dei (non del tutto convincenti) rilievi critici provenienti, all'ultimo minuto, dal Commissario per i diritti umani<sup>310</sup>, non sembra che tale formulazione possa restringere oltremodo l'ambito di applicazione del reato: come correttamente osservato<sup>311</sup>, i giudici di Strasburgo spesso e volentieri utilizzano indifferentemente, alla stregua di un'endiadi, i due termini, che descrivono dimensioni lesive difficilmente separabili e sovente sovrapposte (l'intensità della sofferenza inflitta e l'umiliazione della vittima).

#### 14. Elemento soggettivo: un'occasione persa?

Nella CAT e – sia pure non sempre esplicitamente – nella giurisprudenza della Corte EDU, la tortura marca il confine con i trattamenti inumani e degradanti anche ricorrendo all'elemento finalistico, cioè alle peculiari finalità che muovono il soggetto agente. Il nostro legislatore ha invece optato per l'unificazione dei due illeciti in un'unica figura criminosa contrassegnata dal dolo generico. Basterà, perciò, che l'autore intenda, mediante condotte violente, minacciose o crudeli, agire in un modo che, nell'ordinario corso degli eventi, sia idoneo a cagionare la richiesta sofferenza alla persona offesa.

Eppure, durante i lavori preparatori, due punti avevano attirato una notevole attenzione – e registrato un certo apprezzamento – sia a livello dottrinale che parlamentare. Il primo si appuntava sull'opportunità che la condotta che cagiona gravi sofferenze dovesse essere sorretta da dolo intenzionale; il secondo, sulla ragionevolezza del modello di reato a dolo specifico sancito dall'art. 1 della CAT. Una riflessione su

---

<sup>308</sup> V. *supra* § 3.2; v., altresì, *Report del Comitato CAT su Israele 2016*, cit., par. 32. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., p. 1256, conclude, all'esito di un'analisi giurisprudenziale, che la qualificazione di tortura è stata in genere riservata "soltanto a casi particolarmente gravi e brutali di violenza fisica".

<sup>309</sup> V. *supra* § 4.3; v., altresì, *Muradova v. Azerbaijan*, 02/04/2009, 22684/05, par. 133-134; *Hénaf v. France*, 27/11/2003, 65436/01, par. 56, 59; *Iwańczuk v. Poland*, 15/11/2001, 25196/94, par. 55-60.

<sup>310</sup> Lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, cit., p. 1.

<sup>311</sup> A. COLELLA, F. CASSIBBA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, cit., p. 67. Dà conto della contiguità delle due figure anche P. PUSTORINO, *Articolo 3*, cit., p. 68.

questi due profili problematici risulta utile per lo sviluppo delle critiche cui si espone la soluzione da ultimo preferita dal Parlamento.

#### 14.1 Dolo intenzionale.

Come sopra esposto, il termine *intentional*, riferito all'infrazione di dolore, compare sia nella definizione di tortura sancita dalla CAT, sia nelle nozioni rispettivamente adottate dai tribunali penali internazionali *ad hoc* e dallo Statuto di Roma. Il significato da attribuire al lemma, tuttavia, non va sovrastimato; si è visto, infatti, che tutti gli organi internazionali competenti lo hanno interpretato in un senso corrispondente a quello comunemente attribuito al dolo generico, limitandone la funzione a quella di negare la rilevanza della colpa<sup>312</sup>. Anzi, una recente decisione della Corte penale internazionale sembra addirittura escludere che l'intensità delle sofferenze inferte rientri nell'oggetto del dolo, affermando come sia sufficiente la volontà del soggetto agente di porre in essere la condotta, a prescindere dalla consapevolezza della gravità del danno provocato alla vittima<sup>313</sup>. Tale orientamento travolgerebbe l'usuale coincidenza tra estensione del dolo e fatto tipico, lasciando l'evento dannoso fuori dall'ambito del primo. A prescindere da questo (poco condivisibile) arresto, non è insomma ravvisabile nelle fonti internazionali alcuna indicazione a favore del dolo intenzionale.

Parte della dottrina, richiamandosi a CAT e giurisprudenza CEDU, suggeriva invece di inserire nella fattispecie di tortura allora in discussione in Parlamento il requisito che l'infrazione di sofferenza "sia effettuata *intenzionalmente* dall'agente, sia pure in chiave strumentale per raggiungere finalità ulteriori"<sup>314</sup>. Ciò – si riteneva – per scongiurare l'eventualità che potessero finire nelle maglie del reato comportamenti chiaramente estranei al suo ambito d'applicazione classico, tra cui la collocazione di un detenuto in una cella sovraffollata o l'eccesso nell'uso della forza da parte della polizia durante un arresto.

La proposta si avvicina alla dichiarazione interpretativa resa dagli Stati Uniti in sede di ratifica della CAT: "in order to constitute torture, an act must be *specifically intended* to inflict severe physical or mental pain or suffering" (corsivo aggiunto). La formula nordamericana sembra suggerire una forma più pregnante di dolo, poi in effetti patrocinata dai *Torture Memos*<sup>315</sup>, che varrebbe ad escludere il rimprovero penale quando la causazione del dolore non sia stata lo scopo preso di mira dall'agente, che agisce in vista di un ulteriore obiettivo (ad esempio, ottenere informazioni)<sup>316</sup>. Non sarebbe

---

<sup>312</sup> V. *supra* §§ 3.4, 5.2. In questo senso anche G. LANZA, [Verso l'introduzione](#), cit., pp. 17-18.

<sup>313</sup> CPI, Bemba, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, cit., par. 194.

<sup>314</sup> F. VIGANÒ, [Sui progetti](#), cit., p. 13 (corsivo in originale; note omesse). Nello stesso senso, A. COLELLA, [La repressione](#), cit., p. 40.

<sup>315</sup> V. *supra* § 5.5.

<sup>316</sup> Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism, 6/03/2003, in [www.npr.org/documents/2004/dodmemo030306.pdf](http://www.npr.org/documents/2004/dodmemo030306.pdf), pp. 9-10.

punibile neppure colui che abbia operato in buona fede, cioè nella convinzione che la sua condotta non sarebbe tale da produrre il risultato vietato dalla legge<sup>317</sup>.

Questa dichiarazione interpretativa (al pari delle altre) è stata oggetto di deplorazione da parte del Comitato CAT, che ne ha chiesto il ritiro<sup>318</sup>. In dottrina si è osservato come essa facoltizzi una visione eccessivamente restrittiva di quali atti possano costituire tortura, ridotti a quelli commessi per sadismo o depravazione<sup>319</sup>.

Giova altresì richiamare, a questo riguardo, l'indirizzo (per vero non più attualissimo) della Cassazione in tema di abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.* secondo cui l'utilizzo dell'avverbio "intenzionalmente" nella descrizione del precetto funge ad escludere la punibilità di quelle condotte in cui l'interesse pubblico, benché non perseguito in via primaria dall'agente, sia comunque concomitante<sup>320</sup>. Non sono mancate nemmeno nella giurisprudenza di merito più recente opinabili interpretazioni restrittive dell'elemento soggettivo delle fattispecie ritenute applicabili a taluni casi di maltrattamento di detenuti<sup>321</sup>.

Qualora il legislatore avesse optato per il dolo intenzionale, sarebbe stato sufficiente che il soggetto avesse provocato dolore per raggiungere un obiettivo altro – e magari "alto" – rispetto alle brutalità inflitte per sfuggire alla responsabilità penale. L'accertamento di una forma così intensa di dolo avrebbe posto problemi non trascurabili di verifica processuale, data la difficoltà di appurare il fine principale e non meramente incidentale dell'agente<sup>322</sup>. D'altra parte, l'esperienza ha insegnato che la violenza, nella stragrande maggioranza dei casi, è esercitata per raggiungere un obiettivo ultimo diverso dall'inflizione di dolore in sé e per sé considerata, non esclusi quelli di imporre dominio, punire o intimidire<sup>323</sup>. Bene ha fatto, quindi, il legislatore ad

---

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> *Report del Comitato CAT sugli Stati Uniti 2014*, cit., par. 9.

<sup>319</sup> A. CASSESE, *Are International Human Rights Treaties and Customary Rules on Torture Binding upon US Troops in Iraq?*, in *JICJ*, vol. 2, 2004, p. 875. Sostiene che questa interpretazione non sia in linea con l'orientamento fatto proprio dalla maggioranza degli Stati anche A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., p. 999.

<sup>320</sup> Ne dà conto L. STORTONI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, A. GAMBERINI, G. INSOLERA, V. MANES, M. MANTOVANI, N. MAZZACUVA, F. SGUBBI, L. STORTONI, F. TAGLIARINI, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, 7° ed., Milano, Monduzzi, 2016, p. 202.

<sup>321</sup> V. Trib. Asti, sent. 30/01/2012, citata in Cass. pen., sent. n. 30780/2012, cit., sez. "considerato in diritto", par. 2.1, p. 5, in cui il giudice di prime cure aveva escluso il dolo richiesto dall'abuso d'ufficio giacché il "fine primario" degli agenti era quello "di instaurare un sistema di sopraffazione e di vessazioni non tanto per svilire la personalità [delle parti offese], quanto per punirli e per dare un segnale forte e chiaro a tutti gli altri detenuti". V., altresì, Trib. Genova, sent. n. D 3119/08, 14/07/2008 (dep. 27/11/2008), pp. 329-331, 422, che ha assolto poliziotti e medici dall'accusa di abuso d'ufficio a causa della mancata prova dell'elemento soggettivo, identificato nella volontà consapevole e intenzionale di recare ingiusto danno ai detenuti. Sebbene queste interpretazioni siano state riformate nei successivi gradi di giudizio, le vicende sono sintomatiche delle oscillazioni (e lacune di tutela) cui può condurre l'accertamento richiesto dal dolo intenzionale.

<sup>322</sup> Condivide la difficoltà di accertamento processuale G. LANZA, *Verso l'introduzione*, cit., p. 17, che si schiera contro la previsione del dolo intenzionale.

<sup>323</sup> Cfr. P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, Derive Approdi, Roma 2013, spec. p. 57. Di recente si è evidenziato il ruolo anche "politico" della tortura: M. LALATTA COSTERBOSA, *Per una storia critica della tortura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1, 2011, pp. 3 ss. V., altresì, anche i tristi avvenimenti riportati da A.

abbandonare questo requisito di intenzionalità che non solo non trova riscontro nei testi e nella pratica internazionali, ma restringe oltremisura l'ambito di punibilità della tortura.

#### 14.2. *Dolo specifico.*

Per ottenere una definizione normativa più precisa della tortura, accreditata dottrina, preso atto dell'irrimediabile fluidità del criterio che fa leva sull'intensità del dolore, ha valorizzato l'elemento finalistico del dolo specifico, indiscutibilmente proprio della tortura ed estraneo agli altri maltrattamenti, inclusi i trattamenti inumani e degradanti<sup>324</sup>. In altri termini, i quattro scopi indicati dalla CAT sono stati ritenuti in grado di orientare l'interprete nel riconoscimento del *tipo criminoso* delineato dalla definizione di tortura, innalzando il tasso di determinatezza del reato.

Va innanzitutto premesso come il modello a dolo specifico sposato dalla CAT difficilmente possa dissociarsi dalla formulazione dell'illecito come reato proprio. Le finalità enunciate in tale trattato, come già osservato<sup>325</sup>, rispecchiano (almeno in buona parte) condotte compiute in connessione con obiettivi o politiche riconducibili ad interessi propri dell'entità statale e mal si attagliano a rappresentare gli atti di "tortura privata". In questa prospettiva, una delle preoccupazioni legate al dolo specifico – che ne sconsigliava l'adozione – riguardava la punibilità degli atti realizzati per puro sadismo, per sevizia o senza apparente ragione<sup>326</sup>. Il fine meramente privato, infatti, avrebbe escluso l'integrazione del reato così configurato. Tuttavia, si ritiene che, nell'ottica di cui in premessa, questa si sarebbe profilata come un'eventualità del tutto eccezionale, limitata alle azioni mirate al soddisfacimento dello scopo sadistico in via esclusiva giacché, come chiarito anche dai tribunali *ad hoc*, per aversi integrazione dell'illecito basta che una sola delle finalità tipiche della tortura sia compresente, ancorché non preponderante<sup>327</sup>.

Certamente, dinnanzi ad un reato di tortura applicabile a chiunque – e non ristretto ai funzionari pubblici – come quello introdotto dalla legge n. 110 del 2017, il requisito di dolo specifico sarebbe apparso un fuor d'opera. Allo stesso tempo, non si può negare che la lettera finale della norma renda concreto il rischio, paventato anche dai rappresentanti delle forze di polizia<sup>328</sup>, di veder la disposizione applicata nei casi di

---

PUGIOTTO, [Repressione penale](#), cit., pp. 134-137, con dovizia di riferimenti bibliografici; A. COLELLA, [La repressione](#), cit., pp. 1-4. Per una cospicua rassegna, v. L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, 2011.

<sup>324</sup> N.S. RODLEY, *The Definition(s) of Torture*, cit., pp. 27-28. Nello stesso senso, M.D. EVANS, *Getting to Grips*, cit., p. 382; A. CASSESE, *Prohibition of Torture*, cit., p. 247. A favore dell'introduzione in Italia di un reato a dolo specifico che ricalchi le finalità elencate dall'art. 1 della CAT, F. VIGANÒ, [Sui progetti](#), cit., pp. 13-14, 23-24; G. LANZA, [Verso l'introduzione](#), cit., pp. 18-20.

<sup>325</sup> V. *supra* nota 60 e relativo testo.

<sup>326</sup> A. COLELLA, [La repressione](#), cit., p. 41.

<sup>327</sup> V. *supra* § 5.2. In questo senso, anche V. J.H. BURGERS, H. DANELIUS, *The United Nations*, cit., p. 119.

<sup>328</sup> V., ad esempio le audizioni di fronte alla Commissione giustizia della Camera dei Deputati del 26/06/2014, cit., pp. 5, 7, 9-10, del 18/06/2014, cit., pp. 3-4 e del 29/10/2014, cit., p. 5.

legittimo (per quanto sproporzionato) uso di tecniche coercitive o in contesti di detenzione in istituti penitenziari sovraffollati – un esito che snaturerebbe il concetto di tortura come inteso non solo a livello internazionale ma anche nel senso comune ed esporrebbe, inoltre, le forze dell'ordine a conseguenze penal-processuali indesiderabili che, oltre ad ostacolare il corretto espletamento del loro servizio, intaccherebbero il disprezzo universale che accompagna (o dovrebbe accompagnare) le accuse di tortura. Tale scenario diventa ancora più verosimile se si considera la sventurata decisione di unificare in un'unica fattispecie tortura e trattamenti inumani e degradanti, visto che solo nei secondi, salvo i casi più estremi, sarebbero rientrati i casi di inadeguate condizioni di detenzione o di eccessiva violenza nell'adempimento dei doveri di polizia. Non offre un rimedio di sicura solidità nemmeno la clausola delle *lawful sanctions* (art. 613-bis, terzo comma, c.p.), la cui applicabilità alle operazioni di ordine pubblico rimane quantomeno dubbia.

Detto questo, non sarebbe neppure corretto sovrastimare la capacità selettiva delle finalità enunciate nella CAT. Sebbene la proposta di strutturare la fattispecie come un reato a dolo specifico muova da un'esigenza condivisibile, essa non fa forse del tutto i conti con la scarsa tenuta, in termini di tassatività, di un elemento soggettivo così configurato. Infatti, se anche gli scopi previsti dalla CAT fossero stati recepiti come un *numerus clausus*, la loro capacità inclusiva è talmente elevata che, ad esempio, attenta dottrina non ha tratto grandi conseguenze dalla loro omissione nella definizione adottata dallo Statuto di Roma<sup>329</sup>.

## 15. Considerazioni conclusive.

Raggiunto un ragguardevole consolidamento a livello internazionale, la fattispecie di tortura, con qualche decennio di ritardo, è entrata finalmente a far parte del codice penale italiano. Per ricostruire i tratti essenziali del nuovo delitto, utili nel guidarne l'esegesi, si è fatto ricorso principalmente a due rami del diritto internazionale: quello dei diritti umani e quello penale internazionale, in cui la tortura è considerata, rispettivamente, illecito e crimine. Questa poliedricità normativa ha determinato il trasferimento di nozioni elaborate nel primo settore verso il secondo. Logiche interpretative espansive, tipiche della tutela dei diritti fondamentali, hanno perciò prodotto effetti anche sul piano penale, determinando l'allargamento dei confini definatori del crimine internazionale di tortura.

La tortura trova la sua più compiuta definizione nell'art. 1 della CAT. Essa si articola nei seguenti componenti: *a)* inflizione intenzionale di gravi sofferenze; *b)* da parte di un agente pubblico o di altra persona che agisca a titolo ufficiale; *c)* per raggiungere determinate finalità.

Richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, i tribunali penali internazionali *ad hoc* hanno allargato la nozione di tortura valida a fini penalistici in due direzioni. In

---

<sup>329</sup> G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles*, cit., p. 366.

primo luogo, hanno eliminato il requisito della necessaria partecipazione agli atti di un agente pubblico, trasformando la fattispecie in un reato comune. In secondo luogo, hanno svilito il fattore di dolo specifico insito nell'elenco di finalità previsto dall'art. 1 CAT, dichiarando il carattere meramente illustrativo delle ipotesi ivi previste. Questi sviluppi hanno determinato una forte tensione con il principio di legalità, specialmente in riferimento alle condotte poste in essere prima di tale svolta giurisprudenziale. Essi, d'altro canto, sono stati recepiti nella stesura dello Statuto di Roma che li ha consacrati, nella sostanza, nella formulazione del crimine contro l'umanità di tortura.

I precedenti di Strasburgo sono stati utilizzati anche per individuare la linea di demarcazione tra tortura e trattamenti inumani e degradanti, e tra questi ultimi e gli altri, meno gravi, maltrattamenti. L'importanza di tali distinzioni si coglie considerando che ad esse è ancorata la soglia di punibilità dei reati che, a livello nazionale ed internazionale, puniscono tortura e trattamenti inumani. Pur ammettendo come sia inevitabile un certo livello di elasticità nella tipizzazione di questi illeciti, l'interpretazione dei tribunali penali internazionali – al pari di quella della Corte EDU – ha mostrato notevole nebulosità e contraddittorietà su questo punto, sollevando dubbi circa la sufficiente determinatezza del precetto.

L'Italia, dopo una lungamente protratta inerzia, ha finalmente ottemperato agli obblighi internazionali – riportati in primo piano dalla condanna subita nel caso *Cestaro* – tramite la legge n. 110 del 2017, che ha introdotto l'art. 613-*bis* nel codice penale. Il nuovo delitto di tortura, scomposto nei suoi elementi costitutivi, è stato analizzato alla luce degli spunti provenienti dal diritto internazionale. Si è sostenuto come, in realtà, tale disposizione inglobi due distinti reati, uno comune, l'altro proprio, previsti rispettivamente al primo e al secondo comma. Le fattispecie condividono l'evento dannoso ma si distinguono in relazione alle modalità della condotta. Il reato comune si risolve in una forma particolare di maltrattamento attuata con minacce o violenze gravi o agendo con crudeltà; quello proprio sposta il fulcro dell'offesa nel pervertimento del potere pubblico affidato all'agente, la cui condotta dovrà comportare un abuso di potere o una violazione dei doveri. In ambo i casi, basta un'unica azione in senso penalistico per realizzare l'illecito, purché sia commessa con crudeltà, mentre rimane dubbia – ancorché ragionevolmente probabile – la configurabilità per omissione. La scarsa capacità descrittiva del requisito modale dell'agire con crudeltà assimila la figura criminosa ad un reato di evento a forma libera, rispecchiando così la nozione internazionale.

Dei due eventi dannosi alternativi, il "verificabile trauma psichico" ha generato le più controverse disquisizioni interpretative. All'esito di un'analisi lessicale, sistematica e comparata, si è ritenuto che il sintagma richiami la necessità che il disagio emotivo di apprezzabile entità sia astrattamente idoneo ad essere accertato clinicamente mediante perizia medico-psichiatrica. L'effettività dell'accertamento, pur maggiormente in linea con la lettera della norma, dovrà fare i conti con la possibile transitorietà degli effetti del trauma, che potrebbero perciò essersi dissolti al momento dell'esame clinico, non per questo determinando necessariamente l'inapplicabilità del reato.

Il legislatore ha rinunciato a prevedere un elemento soggettivo di speciale pregnanza, accontentandosi del dolo generico. Di converso, ha richiesto che il soggetto

passivo versi in uno stato tale da creare un rapporto di supremazia, tutela o controllo tra lui e l'aggressore in virtù di un previo atto di affidamento, di una privazione della libertà personale o di una condizione di minorata difesa. Quest'ultimo attributo, si è sostenuto, può ravvisarsi anche durante le operazioni di ordine pubblico o di polizia giudiziaria non implicant, di per sé, una privazione della libertà personale, qualora si attuino in un contesto di significativa vulnerabilità e impotenza della vittima.

Infine, l'art. 613-bis c.p. unifica due figure tenute ben distinte a livello internazionale: la tortura ed il trattamento inumano e degradante. Così facendo sottopone al medesimo trattamento sanzionatorio e alla stessa carica stigmatizzante condotte di disvalore significativamente eterogeneo, che saranno attratte entro il raggio punitivo della disposizione al ricorrere di una soglia di gravità non particolarmente elevata e di ostica individuabilità.

In definitiva, il legislatore italiano si è spinto addirittura oltre quanto richiesto dai vincoli internazionali, disegnando una fattispecie che, malgrado le dichiarate intenzioni dei parlamentari, pone alcuni rischi di eccessiva penalizzazione del legittimo operato delle forze di polizia<sup>330</sup>. In chiave tipizzante, sarebbe invece stato senz'altro opportuno tener ferma la consolidata distinzione tra tortura e trattamenti inumani e degradanti. Non avrebbe guastato, d'altra parte, dotare il reato proprio di un elemento soggettivo di dolo specifico, per quanto anche questo fattore non sia esente da criticità, che avrebbero però potuto scemare con una sapiente configurazione delle finalità. Quanto al reato comune, non sembra esso risponda ad un concreto bisogno di maggior penalizzazione, posto che l'ordinamento era già in possesso di un arsenale punitivo adeguato a reprimere le più gravi condotte di maltrattamento commesse dai privati<sup>331</sup>.

Lo Stato italiano ha dunque adempiuto agli obblighi internazionali, seppure con qualche sbavatura rimediata attraverso un ragionato sforzo esegetico. Da un lato, la definizione accolta abbraccia tutto il ventaglio di condotte racchiuso nella nozione internazionale; dall'altro, la forbice edittale pare idonea a garantire una punizione adeguata ed effettiva dei responsabili di tortura, assicurando al tempo stesso un periodo di prescrizione congruo<sup>332</sup>.

Ciò posto, preme sottolineare come l'introduzione di un reato di tortura non sia che uno dei mezzi cui far ricorso per combattere – reprimendo e così (forse) scoraggiando – il compimento di simili pratiche. Tuttavia, non può essere l'unico né, probabilmente, il più efficace. Un impegno serio contro questo fenomeno deve andare oltre il piano

---

<sup>330</sup> Di diverso avviso, anche se in riferimento ad una versione leggermente diversa dell'allora introducendo art. 613-bis c.p., G. LANZA, [Verso l'introduzione](#), cit., p. 28.

<sup>331</sup> V., in particolare, *supra* § 7 e nota 261. Sembrerebbe sottoscrivere questo giudizio di adeguatezza anche F. VIGANÒ, [Sui progetti](#), cit., p. 24 (i privati che compiono atti a fini di sadismo, che non sarebbero passibili di sanzione in base alla nozione di tortura di cui l'Autore si fa promotore, "già saranno punibili per altri gravi reati"), il quale, tuttavia, accoglie con favore un reato di tortura esteso ai privati, soprattutto per superare le "difficoltà tecniche" (*ibid.*, p. 22) insite nei criteri di imputazione soggettiva previsti dalla CAT (istigazione o consenso anche tacito del funzionario pubblico).

<sup>332</sup> Nello stesso senso sembra essersi espressa, prima dell'approvazione della novella, A. COLELLA, [La repressione](#), cit., p. 42. Un serio problema di coordinamento si pone, viceversa, con l'art. 185 bis c.p.m.g. (v. *supra* nota 208) che sancisce la ben più mite pena della reclusione dai 2 ai 5 anni.



10/2017

strettamente penale, manifestandosi attraverso altre misure a carattere più marcatamente preventivo, già esaustivamente dettagliate da vari organi internazionali (ad esempio, l'apposizione di segni identificativi nei caschi e nelle divise degli agenti coinvolti in operazioni di ordine pubblico<sup>333</sup>, l'adeguato addestramento degli agenti di polizia, l'installazione di impianti di videoregistrazione nei luoghi di interrogatorio, l'immediata disponibilità di assistenza legale e medica indipendente, la breve durata della custodia di polizia, il diritto di libero accesso ai luoghi di detenzione concesso ai membri di apposite organizzazioni, ecc.<sup>334</sup>). La battaglia contro la tortura, insomma, si staglia ancora lunga e quanto mai travagliata sullo sfondo dell'attuale panorama italiano e globale, in cui le esigenze di sicurezza hanno ulteriormente svigorito l'impeto di una – questa sì, “sacrosanta” – guerra di civiltà.

---

<sup>333</sup> Questa mancanza dell'ordinamento italiano è già stata oggetto di specifica condanna: *Report del Comitato CAT sull'Italia 2007*, cit., par. 18; *Cestaro v. Italy*, cit., par. 217.

<sup>334</sup> V., ad esempio, *General Comment No. 2*, cit., par. 13-14; *Addendum dello Special Rapporteur 2010*, cit., par. 72 ss.; *Manual on the Effective Investigation*, cit., par. 74 ss.; con specifico riguardo al nostro paese, v. *Report del Comitato CAT sull'Italia 2007*, cit., *passim*; *CPT Report*, CPT/Inf (2013) 32, cit., *Appendix I – List of the CPT's Recommendations, Comments and Requests for Information*.