

LUCI ED OMBRE DEL NUOVO DISEGNO DI LEGGE PER L'INTRODUZIONE DEL DELITTO DI TORTURA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: UN'ALTRA OCCASIONE PERSA?

di Ilaria Marchi

SOMMARIO: 1. Tortura: brevi cenni sul quadro internazionale – 2. I ritardi dell'ordinamento italiano – 3. Osservazioni alla proposta del Senato del 5 aprile 2014 ed in particolare agli artt. 613-*bis* e 613-*ter* – 3.1. Soggetto attivo – 3.2. Condotta – 3.3. Evento – 3.4. Elemento soggettivo – 3.5. Aggravanti – 3.6. La previsione dell'art. 613-*ter* – 4. Conclusioni e possibili spunti per una modifica

1. Tortura: brevi cenni sul quadro internazionale

Il caso del giovane Federico Aldrovandi, morto all'età di 18 anni dopo un fermo di polizia, è tornato all'onore delle cronache a seguito di uno spiacevole episodio che ha coinvolto il Sap, sindacato autonomo di polizia. Durante il Congresso nazionale del 30 aprile, infatti, i presenti applaudirono gli agenti condannati per la morte del giovane, incoraggiandoli a chiedere la revisione della sentenza che ne aveva accertato la responsabilità per eccesso colposo in omicidio colposo.

A seguito di quanto occorso, si sono levate numerose voci dall'ambiente politico che, oltre a condannare il gesto, hanno riportato all'attenzione la necessità di introdurre all'interno del nostro ordinamento il reato di tortura. Nonostante la ratifica di numerose convenzioni internazionali, infatti, il nostro legislatore ha fino ad ora disatteso l'obbligo di incriminare tale pratica attraverso l'adozione di una fattispecie *ad hoc*.

Gli strumenti pattizi ratificati dall'Italia impongono di agire sia per prevenire¹, sia per reprimere penalmente atti integranti la definizione di tortura, come anche qualsiasi altro illecito che ponga a rischio interessi individuali particolarmente rilevanti. Tra di essi si annoverano la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU), i Patti internazionali per i diritti civili e politici del 1966, la Convenzione europea di

¹ Motivo per cui è importante il monitoraggio delle condizioni di detenzione, anche in casi di *preventive detention*, situazioni in cui il rischio di sottoposizione a tortura o trattamenti inumani e degradati aumenta. Vedi sul punto il *report* presentato nella sessione n. 106 del 2012 del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, relativo all'art. 9 dei Patti internazionali per i diritti civili e politici. Reperibile on-line: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GConArticle9/ICJ.pdf>. Vedi inoltre il *General Comment No 20: concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment*, par 11, reperibile on-line: <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.

Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti del 1987 e soprattutto la Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumani e degradanti del 1984 (con il suo protocollo opzionale del 2002).

Il divieto di tortura, definito ormai norma di *jus cogens*, rientra tra i *core rights* considerati inderogabili anche in situazioni d'emergenza², così come previsto *inter alia* dall'art. 2, par. 2, di quest'ultima Convenzione (d'ora in avanti CAT), che precisa che "nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura"³. Tale principio trova la sua naturale conferma anche nel diritto umanitario, ed in particolare nella III Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, nell'art. 3 comune a tutte e quattro le Convenzioni, nonché nell'art. 75 del I Protocollo aggiuntivo⁴, rubricato proprio "Garanzie fondamentali".

Le previsioni di matrice internazionale, inoltre, impongono agli Stati di assumersi in via diretta degli obblighi di controllo rispetto all'attuazione in concreto delle garanzie previste da tali *corpora* normativi. La stessa CAT, ad esempio, prevede all'art. 11 che essi si facciano carico di esercitare una "sistematica sorveglianza su regolamenti, istruzioni, metodi e pratiche di interrogatorio"⁵, nonché sulle disposizioni relative a custodia e trattamento di persone sottoposte in qualsiasi modo a limitazioni della propria libertà. Il successivo art. 12 introduce un ulteriore obbligo, complementare al primo, che richiede che venga garantita una indagine imparziale tutte le volte in cui vi sia motivo di ritenere che sia stato compiuto un atto di tortura, così come definito dall'art. 1.

² Il divieto di tortura è previsto infatti nell'art. 3 della CEDU e nell'art. 7 dei Patti di New York, previsioni che non ammettono deroghe neppure in ipotesi di attivazione delle clausole di eccezione, previste rispettivamente dagli artt. 15 CEDU e 4 dei Patti. L'inderogabilità del divieto è poi ribadita negli artt. 58 e 59 dei *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant of Civil and Political Rights* e nella sez. C, art. 6 dei *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*. Per una disamina più approfondita dei diritti fondamentali in situazioni di emergenza vedi anche il "Questiaux Report" del 1982 (E/CN.4/Sub.2/1982/15) ed il "Despouy Report" del 1997 (E/CN.4/Sub.2/1991/28 Annex I), che prendono il nome dal *Special Rapporteur* nominato dalla *Sub-Commission on Prevention on Discrimination and Protection of Minorities* dell'ONU.

³ Vedi *Committee Against Torture, General Comment No. 2, Implementation Of Article 2 By States Parties*, CAT/C/GC/2, 24 gennaio 2008, reperibile on-line: <http://tbinternet.ohchr.org>.

⁴ Per giustificare i trattamenti a cui erano sottoposti i detenuti di Guantanamo ed Abu Graib, gli Stati Uniti fecero proprio leva sulla impossibilità di inquadrare i terroristi o sospetti tali entro la definizione di prigionieri di guerra offerta dalle Convenzioni di Ginevra. Con il termine *unlawful combatants*, infatti, si riuscì a creare una nuova categoria di soggetti a cui poter negare anche le garanzie minime di cui all'art. 75. Per un approfondimento vedi T.D. GILL, E. VAN SLIEDREGT, *Guantanamo Bay: a Reflection on the Legal Status and Rights of "Unlawful Enemy Combatants"*, 1 ss., in A.M. HOLE, J. VERVAELE, *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Oxford, 2005.

⁵ La famosa sentenza della Corte Suprema israeliana, n. 5100/94, *Public Committee Against Torture v. the State of Israel*, si concentra proprio sull'analisi della legittimità delle tecniche di interrogatorio utilizzate dai servizi segreti e sul ruolo delle direttive interne che le regolamentavano. Vedi ampiamente A. IMSEIS, "Moderate" Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods, in 19 *Berkeley J. Int'l L.*, 2001, 339 ss.

Questa previsione si riscontra parallelamente anche all'interno delle Convenzioni a tutela dei diritti fondamentali ed in particolare nella CEDU che, grazie al combinato disposto degli artt. 1, 5 e 13⁶, fonda un obbligo convenzionale di natura procedurale, finalizzato a rendere realmente effettiva la tutela dello Stato nei confronti anche delle "vittime" di tortura⁷.

2. I ritardi dell'ordinamento italiano

Come emerso soprattutto in questi ultimi anni, la tortura non può più essere considerata una pratica appartenente al passato e la sua condanna non può venire relegata alle sole pagine illuminate di Beccaria. Essa viene di fatto utilizzata da numerosi Stati ed il dibattito sulla assolutezza del suo divieto è reso ancora attuale in forza degli strumenti adottati per il contrasto al terrorismo, delle crescenti istanze legate alla sicurezza nazionale e dei numerosi casi di *extraordinary renditions*.

Si tende però a sottovalutare il fatto che la tortura potrebbe venire inflitta anche all'interno di caserme, di uffici delle forze dell'ordine ed in relazione ad indagini per reati comuni, come dimostrato da alcuni episodi occorsi proprio nel nostro Paese. Dopo la ratifica della CAT, infatti, non si sentì la necessità di introdurre un reato *ad hoc*, poiché si riteneva che nel codice fossero già previste delle fattispecie idonee a punire tutti gli atti indicati nell'art. 1, anche quelli commessi da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni⁸. Il nostro governo sostenne tale posizione nei *reports* inviati al Comitato contro la tortura nel 1990, 1994 e 1998⁹ e relativi allo stato di adeguamento

⁶ Nel caso *El-Masri V. The Former Yugoslav Republic Of Macedonia*, deciso dalla Grande Camera della Corte EDU il 13 dicembre 2012, si è precisato: "the remedy required by Article 13 must be 'effective' in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State. Where an individual has an arguable claim that he has been ill-treated by agents of the State, the notion of an 'effective remedy' entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure". Tale lettura è frutto comunque di una giurisprudenza già consolidata, vedi infatti E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 277 ss. In relazione alla necessità che le indagini siano anche indipendenti vedi *Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning independent and effective determination of complaints against the police*, 12 marzo 2009, on-line: www.coe.int.

⁷ Vedi in particolare F. VIGANÒ, *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, in *questa Rivista*, 2 marzo 2012.

⁸ Nel primo *report* dell'Italia al Comitato contro la tortura dell'ONU, si sostiene addirittura che l'intervento del legislatore sarebbe stato superfluo visto il carattere *self-executing* dell'art. 1 della CAT, garanzia considerata comunque insufficiente da parte del Comitato contro la tortura. Vedi *Official Records of the General Assembly, Forty-seventh Session, Supplement No. 44 (A/47/44)*, parr. 310-338, in particolare 314, reperibile on-line: http://www.bayefsky.com/general/a_47_44_1992.pdf.

⁹ Cfr. *Second periodic report of States parties*, 1994, Italy, CAT/C/25/Add. 4, par. 5, che fa riferimento agli artt. 581, 582, 583, 605, 610, 612 c.p., quali reati idonei a punire qualsiasi atto di tortura; *Third periodic report of States parties*, 1998, Italy, CAT/C/44/Add.2, par. 8-9-10, reperibili on-line: <http://tbinternet.ohchr.org>. Nel secondo *report* si fa riferimento alla proposta di introdurre una circostanza aggravante ad effetto speciale

del sistema giuridico alla CAT. Solo nel *report* del 2002 le autorità italiane dimostrarono di aver fatto proprie le raccomandazioni ricevute nel corso degli anni da tale organismo e riconobbero espressamente la necessità di modificare le previsioni del codice penale, tanto che in parlamento risultavano già in discussione alcune proposte relative all'introduzione del reato di tortura¹⁰.

A partire dalla XIII legislatura (1996-2001), infatti, vennero presentati numerosi disegni di legge che, pur avendo in comune il fine di introdurre una fattispecie *ad hoc*, offrivano formulazioni diverse dal punto di vista della sua collocazione sistematica e della sua struttura¹¹. Il più "longevo", dopo avere superato il vaglio della Commissione giustizia e della Camera, si arenò al Senato¹², frustrando così le aspettative di coloro che, dopo l'approvazione all'unanimità dell'articolato nelle fasi preliminari, confidavano nel fatto che l'*iter* sarebbe giunto a buon fine. Nel corso degli anni, infatti, la classe politica aveva maturato la convinzione che l'intervento del legislatore per fare fronte alla lacuna non potesse più essere rinviato, sensazione resa ancora più forte dalle

che permetteva di aumentare la pena da un terzo alla metà se "il colpevole ha commesso il fatto con abuso di poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio adoperando sevizie o agendo con crudeltà o comunque ricorrendo ad altre modalità di violenza fisica o morale verso la persona, idonee ad intimidirla ovvero a ridurne in modo apprezzabile la libertà di autodeterminarsi allo scopo di ottenere da essa o da altri dichiarazioni o informazioni". Veniva di seguito regolato il rapporto con le circostanze attenuanti e precisato che comunque in presenza di tale aggravante la pena da comminare non avrebbe potuto essere inferiore ad un terzo della pena massima prevista per il reato base. Cfr. ddl. 7283, presentato alla Camera durante la XIII legislatura dall'allora Ministro della giustizia, on. Fassino. La scelta di proporre un'aggravante anziché una fattispecie *ad hoc* venne motivata con la necessità di evitare la violazione del principio di legalità, soprattutto in relazione al requisito della determinatezza, vista la definizione di atti di tortura presente nell'art. 1 CAT.

¹⁰ *Fourth periodic report of States parties*, 2002, Italy, CAT/C/67/Add.3, par. 12-18, reperibile on-line: <http://tbinternet.ohchr.org>. Per un approfondimento sui rapporti tra Italia e Comitato contro la tortura vedi A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)*, in 6 *J. Int'l. Crim. Just.*, 2008, 202-205.

¹¹ A titolo di esempio, senza presunzione di completezza, si possono citare le seguenti proposte relative alla collocazione codicistica della nuova fattispecie: Titolo XII, capo I, Delitti contro la vita e l'incolumità individuale all'art. 580-bis (ddl. 2701/1997) o all'art. 593-bis (ddl. 3691/1999); Titolo XII, capo III, sez. II, Dei delitti contro la libertà personale, all'art. 605-bis (ddl. 1608/2002); Titolo XII, capo III, sez. III, all'art. 613-bis (ddl. 915/2006). Altre differenze si riscontrano in relazione alla definizione della nuova fattispecie incriminatrice come reato proprio, che richiede che il soggetto agente possieda la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, oppure come reato comune; alcune proposte prevedevano il dolo specifico, altre quello generico; ddl. 1608/2002 prevedeva la imprescrittività del reato; le proposte più risalenti rinunciavano al richiamo alle violenze o minacce, facendo riferimento a "qualsiasi atto".

¹² Ddl. S 1216, presentato il 14 dicembre 2006, con cui si propone l'introduzione dell'art. 613-bis, rubricato "Tortura": "E' punito con la pena della reclusione da quattro a dodici anni chiunque, con violenza o minacce gravi, infligge ad una persona forti sofferenze fisiche o mentali, allo scopo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni su un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale. 2) La pena è aumentata se le condotte di cui al primo comma sono poste in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. 3) La pena è aumentata se dal fatto deriva una lesione grave o gravissima; è raddoppiata se ne deriva la morte".

profonde critiche mosse all'Italia per i fatti occorsi al G8 di Genova, che divennero per tutti l'emblema della ineffettività ed inefficacia del nostro sistema giuridico¹³.

L'assenza di una fattispecie che permette di punire in modo proporzionato condotte particolarmente efferate poste in essere dalle forze dell'ordine, infatti, è stata motivo di censura sia a livello internazionale, sia da parte dei giudici nazionali chiamati a decidere su quella vicenda. Questi ultimi, da un lato, affermarono che le condotte inumane e degradanti accertate in giudizio avrebbero potuto indubbiamente essere ricomprese nella nozione di tortura prevista dalle Convenzioni, dall'altro lato, denunciarono l'inadeguatezza delle fattispecie incriminatrici per cui gli imputati erano chiamati a rispondere¹⁴.

Tale lacuna si mostra ancora più distonica rispetto al generale *standard* di protezione per i diritti umani che si può riscontrare nel nostro ordinamento, se si tiene in considerazione che il reato di tortura è stato inserito nel codice penale militare di guerra nel 2002¹⁵, mentre fino ad oggi non si è riusciti a raggiungere un accordo condiviso per novellare in tal senso anche il codice penale. Si deve comunque evidenziare come l'art. 185-bis c.p.m.g., rubricato "Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali"¹⁶, abbia una portata "limitata", poiché applicabile

¹³ Il richiamo ai reati di abuso d'ufficio, abuso di autorità contro arrestati e detenuti, percosse, lesioni aggravate, ingiuria e violenza privata ha infatti portato ad un numero limitato di condanne a pene particolarmente lievi, condizionalmente sospese o oggetto di indulto ed in alcuni casi alla dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Vedi per un approfondimento, anche in relazione alla violazione degli obblighi di natura convenzionale derivanti dalla CEDU, A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1801 ss.

¹⁴ Vedi ad esempio Trib. Genova, sez. III, 14 luglio 2008, p. 318: «La mancanza, nel nostro sistema penale, di uno specifico reato di 'tortura' ha costretto l'ufficio del P.M. a circoscrivere le condotte inumane e degradanti (che avrebbero potuto senza dubbio ricomprendersi nella nozione di 'tortura' adottata nelle convenzioni internazionali) compiute in danno delle parti offese transitate nella caserma della P.S. di Ge-Bolzaneto durante i giorni del G8, condotte che questo collegio ritiene provate (...) in virtù delle risultanze dibattimentali, nell'ambito, certamente non del tutto adeguato, della fattispecie dell'abuso d'ufficio (...), ma anche in correlazione con i delitti di ingiurie, percosse, lesioni, violenza privata in danno di diverse parti offese»

¹⁵ Novella introdotta dalla legge del 31 gennaio 2002, n. 6 intitolata "Conversione in legge con modificazioni, del decreto legge 1° dicembre 2001, n. 241, recante disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare all'operazione multinazionale "Enduring Freedom". Modifiche al codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303". Essa è stata poi modificata dalla successiva legge 27 febbraio 2002, n. 15, che ha aumentato il minimo edittale da uno a due anni. La modifica è intervenuta a seguito anche delle sollecitazioni della Commissione Difesa del Senato chiamata ad indagare su alcuni episodi, qualificati poi di stupro e tortura, verificatisi nel durante l'operazione *Restore Hope* condotta in Somalia nel 1993. Cfr. Senato della repubblica, XIII Legislatura, Doc. XVII, n. 12, IV Commissione permanente (Difesa), reperibile on-line: www.senato.it. Nella relazione depositata al termine dell'inchiesta, la Commissione «sollecita l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano e chiede conseguentemente che si riformuli anche il codice militare». Per un approfondimento, anche in merito alla vicenda che ha reso necessaria la creazione della Commissione di inchiesta, vedi M. CERMEL, *Costituzione democratica e tortura*, in *Soc. dir.*, 2012, 72-74.

¹⁶ L'art. 185-bis c.p.m.g. prevede: "Salvo che il fatto costituisca altro più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificabili dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di

solo in relazione all'impiego personale militare in operazioni come quella denominata "Enduring Freedom", promossa dagli Stati Uniti in Afghanistan post 11 settembre, e quindi in missioni che, per previsione espressa, devono venire regolamentate secondo il codice penale militare di guerra. Esso, inoltre, propone una fattispecie che non può essere presa a modello per una futura modifica del codice penale, visto che sottopone alla medesima pena condotte eterogenee, richiamando il concetto di "tortura" senza fornirne alcuna definizione¹⁷.

Rimproveri all'inerzia del legislatore si potrebbero muovere anche in considerazione del fatto che il nostro Paese, con il d.lgs. 12 gennaio 2007, n. 11, fu tra i primi a dare esecuzione al Regolamento del Consiglio d'Europa, n. 1236/2005/CE, recante la disciplina relativa al commercio di strumenti che potrebbero venire utilizzati per la pena di morte, per infliggere tortura o altri trattamenti inumani e degradanti¹⁸. Ciò dimostra come anche in questo caso sia stata persa una valida occasione per dare coerenza e sistematicità alla tutela di un diritto fondamentale particolarmente rilevante, quale quello della dignità umana, con l'effetto di avere introdotto sanzioni penali per le ipotesi di detenzione o commercio di strumenti adatti per la tortura, omettendo ancora una volta di incriminarla come reato autonomo.

Il testo licenziato al Senato il 5 marzo 2014, frutto della unificazione di alcune precedenti proposte, rappresenta dunque l'ennesimo tentativo di adempiere all'obbligo di incriminazione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti che deriva sia dalle Convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte, sia dall'art. 13, comma 4 della nostra Costituzione¹⁹.

3. Osservazioni alla proposta del Senato del 5 aprile 2014 ed in particolare agli artt. 613-bis e 613-ter

Il disegno di legge approvato in Senato²⁰ intende proporre l'introduzione di due nuove fattispecie incriminatrici tra i delitti contro la libertà morale del libro II, sez. III

altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

¹⁷ Per un commento vedi G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura ed ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 2011, 761 ss.

¹⁸ Vedi sul punto E. SCORZA, *Il divieto di commercio di strumenti utilizzabili per la pena di morte, la tortura o altri trattamenti inumani e degradanti (d.lgs. 12.1.2007, n. 11)*, in *Legisl. pen.*, 2007, 679-691.

¹⁹ Per un approfondimento sull'obbligo di incriminazione di natura costituzionale e sull'attualità del dibattito sulla tortura in Italia vedi ampiamente, anche per gli opportuni richiami bibliografici, A. PUGIOTTO, [Repressione penale della tortura e Costituzione: "anatomia di un reato che non c'è"](#), in *questa Rivista*, 17 febbraio 2014.

²⁰ Il disegno di legge, ora passato all'esame dell'Aula, rappresenta l'unificazione di altri precedenti disegni di legge, nn. S. 10, S. 362, S. 388, S. 395, S. 849, S. 874, passato ora all'esame dell'Aula. Esso, oltre a prevedere l'introduzione dei reati di tortura e di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura, intende modificare anche il codice di rito in materia di acquisizione illegittima della prova. Viene inoltre introdotto un divieto espresso di espulsione o respingimento verso uno Stato ove vi sia il rischio che il soggetto venga sottoposto a tortura (comma 1-bis dell'art. 19 D.Lgs. 286/1998), nonché il divieto di

del codice penale: l'art. 613-bis, rubricato "Tortura" e l'art. 613-ter, rubricato "Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura".

Il primo prevede la pena della reclusione da tre a dieci anni per "chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagion(i) acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa". Sono poi previste delle aggravanti se il fatto viene commesso da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle funzioni o del servizio, in ipotesi di lesioni personali (anche gravi e gravissime) ed in caso di morte della vittima.

Il secondo punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni "il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che istiga un altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso", escludendo quindi l'applicabilità della disciplina dell'art. 115 c.p.

Tale disegno di legge, che rappresenta l'ultimo tentativo in ordine di tempo di adeguare il nostro sistema agli obblighi di incriminazione di fonte internazionale, è destinato a produrre effetti anche in ambito processuale.

La riforma, infatti, prevede anche la modifica dell'art. 191 c.p.p. relativo alle "prove illegittimamente acquisite", integrato con l'aggiunta del nuovo comma 2-bis, che impone il divieto di utilizzare informazioni o dichiarazioni ottenute mediante il delitto di tortura, salvo contro le persone accusate di tale delitto ed al solo fine di provarne la penale responsabilità.

L'intento perseguito è quello di creare un perfetto coordinamento tra diritto e procedura penale per tutelare anche interessi di rilievo pubblicistico, allineando così in nostro Paese a quanto stabilito dall'art. 15 della CAT²¹. La *ratio* sottesa alla modifica, infatti, può essere ricondotta a due ordini di considerazioni: da un lato, le informazioni o dichiarazioni assunte mediante tortura non possono essere ritenute sufficientemente attendibili per venire assunte come prova in un procedimento penale; dall'altro lato, la sanzione di inutilizzabilità dovrebbe rimuovere gli incentivi per l'utilizzo di tale pratica, contribuendo così a prevenirla²².

riconoscere l'immunità diplomatica a cittadini stranieri sottoposti a procedimenti penali o condannati per il reato di tortura (art. 4 del testo unificato). Per il testo completo vedi www.senato.it, oppure la scheda informativa di M. MONTANARI, *Il Senato adotta il testo unificato per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *questa Rivista*, 20 marzo 2014.

²¹ L'art. 15 prevede: "Each state party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made".

²² Cfr. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 14 agosto 2006, doc. A/61/259, in particolare sez. III, pp. 10 ss. Lo *Special Rapporteur* esprime preoccupazione in relazione alla prassi di utilizzare prove secrete (soprattutto nell'ambito del contrasto al terrorismo) e di imporre gravosi oneri probatori in ordine alla modalità di raccolta della prova in capo a colui contro il quale viene prodotta.

Sul piano sostanziale, dunque, l'apparato normativo garantirebbe il rispetto del diritto del singolo individuo a non essere sottoposto a violenze o minacce quando si trova in una condizione di soggezione rispetto ad un terzo. Sul piano processuale, invece, si vorrebbe presidiare un interesse collettivo alla integrità del giusto processo oltre che dell'ordine costituzionale generalmente inteso²³.

Tuttavia, la formulazione degli artt. 613-*bis* e *ter* offerta dal nuovo disegno di legge si presta ad una serie di rilievi critici, sia dal punto di vista della struttura, sia da quello relativo alle scelte di politica-criminale.

Con riferimento alle due fattispecie proposte, si può evidenziare quanto segue.

3.1. Soggetto attivo

La formulazione adottata per la definizione degli elementi strutturali dell'art. 613-*bis* ed in particolare per l'individuazione del soggetto attivo, fa assumere alla fattispecie una natura "ibrida".

Da un lato l'*incipit* "chiunque" farebbe pensare ad un reato comune ma, a ben guardare, i requisiti del soggetto passivo operano come canone selettivo, permettendo così di qualificarlo come reato proprio. Ai fini della punibilità, infatti, si richiede che il soggetto su cui ricade la condotta sia una persona affidata alla "custodia" o "autorità" o "potestà" o "cura" o "assistenza" dell'agente. Leggendo la previsione *a contrario* si potrebbe quindi ipotizzare la presenza di un elemento implicito di fattispecie, rappresentato dalla sussistenza di un potere quantomeno di fatto²⁴ del soggetto attivo sulla "vittima", che gli impone certi obblighi di tutela.

Proprio l'accertamento di tale rapporto "qualificato" porterebbe ad escludere la punibilità di "chiunque".

Dall'altro lato, però, le locuzioni riferite a coloro che si trovano in una "*posizione di minorata difesa*" oppure a "*persona privata della libertà personale*", non richiedono necessariamente la presenza di un provvedimento legittimo della pubblica autorità o un rapporto qualificato tra due soggetti, potendosi risolvere anche in illeciti penali quali, ad esempio, un sequestro di persona o una violenza privata, in cui è impensabile

²³ Vedi K. AMBOS, *El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura*, 449 ss., ed in particolare 454, in K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Georg-August-Univ.-Göttingen, Inst. de Ciencias Criminales, Department de Derecho Penal Etranjero e Internacional, vol. I, 2010. Evidenzia la necessità di proteggere i principi base giusto processo e della legalità nell'assunzione della prova, quali garanzie di interessi e diritti fondamentali irrinunciabili anche D. PULITANÒ, *L'inquisizione non soave, tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, parte II, 1984, 230 ss.

²⁴ Anche la richiesta sussistenza dell'accertamento di un potere di fatto sulla vittima imporrebbe alla giurisprudenza di definirne i limiti, ossia se può essere considerato tale un mero rapporto di soggezione occasionale e temporaneo oppure se lo stesso debba perdurare per un certo lasso di tempo; se il potere di fatto debba essere interpretato come sintomo di un rapporto gerarchico tra soggetto attivo e soggetto passivo oppure se una semplice soggezione di natura psicologica, dovuta anche alle circostanze dell'azione, sia sufficiente per poter integrare l'elemento.

riconoscere obblighi di protezione in capo al *reo*. La conseguenza a cui si giunge è quella dunque di poter ampliare il novero dei soggetti passivi del reato di tortura, tanto da farlo divenire un illecito “comune”.

La tecnica adottata, oltre a presentare alcuni difetti di formulazione, sembra porsi in contrasto con quanto previsto dalla CAT, poiché colloca sullo stesso piano gli atti di tortura commessi da soggetti privati e quelli inflitti da parte di pubblici ufficiali (prevedendo per questi ultimi solo un aggravio di pena), rischiando di far smarrire il disvalore tipico che dovrebbe invece connotare tale reato²⁵. Esso, infatti, può giustificare l’inflizione di pene particolarmente severe solo se riflette l’abuso dei poteri pubblici sui cittadini, come forma di violazione del patto sociale con cui questi ultimi hanno delegato l’esercizio della forza allo Stato, eleggendolo a garante dei propri diritti costituzionalmente garantiti, tra cui si annoverano anche la presunzione d’innocenza ed il diritto al silenzio, senz’altro frustrati in ipotesi di tortura “investigativa” o “punitiva”.

3.2. *Condotta*

La scelta di inserire nel testo i sostantivi “violenze o minacce” ha sollevato non pochi dubbi, poiché lo stesso utilizzo del plurale sembra presupporre la necessità della reiterazione di tali condotte ai fini della configurazione del reato. Tuttavia, stando al dato letterale, sembra possibile escludere che la fattispecie richieda il requisito dell’abitudine, potendosi al contrario parlare di “reato eventualmente abituale”. L’elemento oggettivo, infatti, potrebbe ritenersi integrato anche in presenza di una sola violenza o minaccia, sempre che essa risulti sufficientemente grave da poter cagionare “acute sofferenze fisiche o psichiche”.

La scelta di utilizzare il plurale sembra coerente con il tipo di evento richiesto dal legislatore e, a fronte di una pluralità di atti, permetterebbe altresì di graduare il disvalore d’azione entro la cornice edittale, escludendo opportunamente il richiamo alla disciplina dell’art. 81 c.p.

Tale argomentazione sembra trovare conforto anche nell’utilizzo dell’aggettivo “gravi”, inserito presumibilmente proprio al fine di fissare una soglia minima di rilevanza del fatto, che permetta di distinguere la tortura da altri reati meno gravi reati. Il medesimo criterio può essere richiamato anche in relazione alla qualificazione dei “trattamenti inumani e degradanti” che, essendo intesi come elementi prodromici

²⁵ Di questo avviso anche T. PADOVANI, *Quel progetto di legge sulla tortura dalla prospettive deludenti*, in *Guida dir.*, 2007, 6-7. L’Autore precisa infatti che degradare la tortura a reato comune «non costituisce solo un’innocua distonia (nel più sta il meno si potrebbe dire) in realtà apre la strada all’incongruenza ed al paradosso» poiché «la tortura non offende tanto e solo i beni della persona di volta in volta aggrediti, ma soprattutto, demolisce lo status di cittadino e di persona in chi la subisce, degradandolo ad oggetto senza diritti e senza tutela: proprio ad opera dell’autorità che di quei diritti dovrebbe essere garante e quella tutela assicurare».

rispetto alla tortura, dovrebbero caratterizzarsi proprio per un livello di gravità inferiore.

La giurisprudenza ha tentato di soccorrere l'interprete in tale operazione ermeneutica, costruendo una gerarchia di atti da ordinarsi secondo una scala crescente di rimproverabilità. Partendo dal basso, il primo gradino sarebbe costituito dai trattamenti degradanti, che assumono una connotazione del tutto psicologica; il secondo da quelli inumani, che implicano invece la violenza fisica; il terzo da vere e proprie forme di tortura, che possono anche confondersi con i due stadi preliminari, ma ne richiedono comunque la manifestazione in forma aggravata²⁶.

L'aggettivo "gravi" che qualifica la condotta potrebbe venire inteso come elemento connotato da scarsa determinatezza che rischia di creare dei problemi dal punto di vista del rispetto del principio di legalità, soprattutto se interpretato in combinato disposto con la particolare intensità delle sofferenze causalmente collegate all'azione. Una simile critica potrebbe tuttavia mostrarsi fondata solo se il concetto di gravità venisse inteso come semplice elemento descrittivo, strettamente dipendente dalle condizioni personali della vittima e dalle circostanze del caso concreto, e per questo lasciato al libero apprezzamento del giudice. Essa perde infatti di valore se lo si interpreta come un elemento "normativo", che fa rinvio espresso alle aggravanti dei reati base di violenza e minaccia, ex art. 339 c.p. Quest'ultimo permetterebbe così di recuperare il supposto "deficit" di tassatività, facendo salva la formula utilizzata, nonostante il comma 2 dell'art. 612 c.p. dimostri chiaramente che l'elenco offerto dall'art. 339 c.p. non può dirsi tassativo, dal momento che il termine "gravi" mantiene comunque una propria autonomia concettuale.

3.3. *Evento*

Per la consumazione del reato di cui all'art. 613-bis c.p. è necessario che si verifichi almeno uno dei due eventi indicati in via alternativa dalla fattispecie ed identificati dalla locuzione "acute sofferenze fisiche o psichiche".

Si può immediatamente rilevare come l'utilizzo dell'aggettivo "acuto" introduca tra gli elementi costitutivi un *quid* che per essere accertato richiede un apprezzamento di natura soggettiva, visto che risulta strettamente connesso alla sfera emotiva del soggetto passivo. Da ciò segue che la scelta del legislatore potrebbe avere delle ricadute negative sul requisito della determinatezza, non potendosi individuare a priori un criterio oggettivo idoneo a garantire una omogeneità di giudizio.

Se tale aggettivo viene poi accostato al sostantivo "sofferenze", il rischio di creare tensioni con il principio di legalità sembra addirittura aumentare. Come

²⁶ Vedi sul punto CoE, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, 19 novembre 1969 (Appl. N. 3321-3323.67 e 3344/67), in 12 *Y.B. of ECHR*, 1970, 60 ss.; CEDU, *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, Appl. n. 5310/71, testo reperibile on-line: <http://hudoc.echr.coe.int>. Per un approfondimento vedi anche D. WEISSBRODT, C. HEILMAN, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in 29 *Law and Ineq.*, 2011, 343 ss.

confermato anche in ambito medico-legale, è consigliabile tracciare sempre una distinzione netta tra “danno”, come concetto dotato di una propria oggettività giuridica e “sofferenza”, che possiede al contrario “accezione e contenuti tipicamente emotivi”²⁷.

Guardando alla formula definitoria adottata, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto creare intenzionalmente un “contenitore concettuale” omnicomprendente, entro cui far confluire anche ciò che non si traduce in vera e propria “malattia”, intesa come alterazione, sia pur transitoria, delle funzionalità fisiche e della sfera psichica²⁸, per aumentare le garanzie a favore delle “vittime”.

La questione non è però di mera etichetta e per di più ha risvolti di non poco conto sul piano della punibilità²⁹.

L'accertamento circa il verificarsi di acute sofferenze segna la linea di confine tra la configurazione di reati puniti con sanzioni sensibilmente inferiori e la privazione della libertà personale da tre a dieci anni, salvo aggravanti. Sembra dunque poco ragionevole chiedere ad un pubblico ministero di qualificare giuridicamente un fatto, in base ad un elemento costitutivo, quale l'acuta sofferenza, che neppure un medico-legale sarebbe in grado di valutare in senso tecnico. Il risultato di tale operazione potrebbe essere quello di ritenere l'evento verificatosi in *re ipsa*, a fronte del semplice superamento della soglia di gravità della condotta, imponendo un'inversione dell'onere della prova. Spetterebbe all'imputato, infatti, fornire la prova liberatoria circa l'assenza di una sofferenza acuta della vittima, intesa come evento causalmente riconducibile alla sua azione o omissione.

Non è da tralasciare che, anche a fronte dell'intervenuto accertamento del nesso causale tra azione ed evento, l'elemento selettivo-caratterizzante rappresentato dall'aggettivo “acuto”, potrebbe anche non dipendere direttamente dall'agere del *reo*. In altre parole, la sua condotta potrebbe essere causa della sofferenza, ma l'intensità di quest'ultima potrebbe al contrario derivare da particolari *status* emotivi, da esperienze pregresse o da traumi psicologici addirittura infantili della persona offesa, magari acuiti dal contesto delle violenze o delle minacce. Il rischio che si affaccia è quello di imputare all'agente una responsabilità che va oltre i limiti della propria

²⁷ Vedi F. BUZZI, *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento ed alla quantificazione della sofferenza morale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 7. L'Autore, in relazione alla sofferenza morale o psichica, precisa: «soltanto la psichiatria si interessa a siffatte "pene dell'animo", comunque sol per quanto strettamente attiene alla raccolta di sintomi e segni, non già per quanto attiene alla rubricazione nosologica. Va detto che alla psichiatria clinica poco interessa che il dolore, non solo dell'animo (il "mal di vivere") ma anche del corpo, siano oggettivi/oggettivabili, stante che chi si rivolge ad uno psichiatra esprimendo i suoi personali patimenti, a prescindere dalle caratteristiche degli stessi, si attende e in larga misura deve ottenere credibilità, siano o meno essi caratterizzati anche dai sintomi dolorosi di tipo somatico».

²⁸ Per un contributo critico sulla nozione di “malattia” ai sensi dell'art. 582 c.p., dopo la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 2437 del 21 gennaio 2009, vedi A. FIORI, *Il concetto di malattia in sede penale: riconsiderazioni della cassazione penale e considerazioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 519 ss.

²⁹ Per un approfondimento sulla “tutela dalla sofferenza psichica” e per gli opportuni riferimenti bibliografici vedi ampiamente A. NISCO, *La tutela penale della integrità psichica*, Torino, 2012, 152 ss.

colpevolezza, contravvenendo così a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988.

Se da un lato la scelta di fare riferimento a sofferenze anziché a lesioni o malattie si potrebbe giustificare alla luce delle moderne tecniche di tortura, sempre più orientate alla destrutturazione psicologica del soggetto e caratterizzate dalla assenza di segni evidenti sul corpo della vittima³⁰, dall'altro lato, l'introduzione di elementi di natura "emotiva" in una fattispecie penale potrebbe sollevare qualche dubbio di costituzionalità³¹, per il contrasto con le previsioni degli artt. 25 comma 2 e 27 Cost.

Per ovviare a tali problematiche, sarebbe forse più opportuno sostituire la locuzione "acute sofferenze fisiche o psichiche" con quella di "malattia nel corpo o nella mente", che caratterizza la formulazione del reato di cui all'art. 572 c.p.

3.4. Elemento soggettivo

Il delitto di tortura è caratterizzato dal dolo generico, ciò significa che anche il dolo eventuale risulta sufficiente ad integrare il reato.

Tale scelta sembra però porsi in termini incompatibili con quanto previsto dall'art. 1 della CAT, che offre una definizione di tortura connotata dalla presenza dell'avverbio "intenzionalmente", oltre che da un requisito finalistico della condotta che imporrebbe la previsione di un dolo specifico. Tale disposizione stabilisce infatti che per tortura si dovrebbe intendere "qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è

³⁰ Per un approfondimento vedi M. WELCH, *Fare l'impensabile. Genealogia della tortura moderna*, in *Stud. quest. crim.*, 2007, 41 ss. Secondo l'Autore un sinonimo di tortura moderna sarebbe quello di "tortura no touch". Egli precisa infatti che "in seguito ad anni di sperimentazione, gli scienziati della tortura avrebbero scoperto che il dolore fisico, indipendentemente dalla sua intensità, generava resistenza, vanificando di conseguenza ogni tentativo di estorcere informazioni o confessioni. Al contrario, un nuovo paradigma psicologico della tortura promosso dalla CIA integrava il 'dolore auto-inflitto' con la 'deprivazione sensoriale', sfociando in una tecnica molto più efficace". Vedi anche il *Memorandum* rilasciato dal dipartimento di giustizia USA (reso pubblico solo nel 2009) relativo alla applicabilità del titolo 18 del codice penale USA, parr. 2340 e 2340A (tortura) alle tecniche di interrogatorio utilizzate dalla CIA nei confronti dei membri di *Al-Qaeda* del 10 maggio 2005, reperibile on-line: <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-bradbury2005-3.pdf>. Esso conclude che le tecniche analizzate non ricadono nel reato di tortura se chi agisce non ha "the specific intent to inflict severe pain or suffering".

³¹ Una fattispecie così congeniata potrebbe subire delle censure simili a quelle avanzate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 96 del 1981 in relazione al delitto di plagio, ove si afferma: "onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore (cfr. ad es. sentenze 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili". Vedi *Giur. cost.*, 1981, 808 ss.

sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione”.

La scelta del nostro legislatore di non adottare questa definizione si pone in controtendenza anche rispetto alle più recenti leggi adottate da altri Stati proprio per fare fronte agli obblighi di incriminazione derivanti dalla CAT. Il Sudafrica, ad esempio, il 29 luglio 2013 ha approvato il *Prevention and Combating of Torture of Persons Act 13 of 2013*, trasponendo letteralmente all'interno dell'art. 3 le indicazioni dell'art. 1 CAT³². La stessa scelta è stata compiuta dall'Uganda con il *The Prevention And Prohibition Of Torture Act, 2012*³³, dalle Filippine con l'approvazione del *Anti Torture Act 2009*³⁴ e dall'Irlanda del Nord con l'approvazione del *Criminal Justice (United Nations Convention against Torture) Act, 2000*³⁵.

Tuttavia, anche volendo rinunciare alla previsione di un dolo specifico, lo stesso utilizzo del dolo generico in assenza del requisito di “intenzionalità” dell'azione risulta comunque una scelta poco ragionevole, considerando le indicazioni che pervengono dal contesto internazionale. Lo Statuto di Roma, ad esempio, all'art. 7.2 lett. e) richiede che i gravi dolori e sofferenze vengano inflitti intenzionalmente³⁶. Chiare indicazioni in tale senso emergono anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, per poter qualificare certi atti come “tortura”, richiede che la condotta venga posta in essere in modo intenzionale (*deliberately*), tanto da poterla appunto intendere come la «deliberata inflizione di crudeltà da cui derivano lesioni nel corpo o nella psiche della vittima»³⁷. I trattamenti inumani e degradanti, considerati come atti prodromici e meno gravi rispetto alla tortura, possono invece dipendere anche da circostanze oggettive e contingenti, tanto da potersi configurare anche in assenza di uno scopo determinato³⁸.

Si potrebbe anche obiettare che gli strumenti internazionali pongono solo *standard* minimi di protezione, che gli Stati possono a propria discrezione aumentare (ma non diminuire), così come sembra voler fare il legislatore. Tuttavia, pur

³² Reperibile on-line: <http://www.saflii.org>.

³³ Reperibile on-line: <http://www.ulii.org>.

³⁴ Reperibile on-line: http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra2009/ra_9745_2009.html.

³⁵ Reperibile on-line: <http://www.irishstatutebook.ie/2000/en/act/pub/0011/index.html>.

³⁶ Preme ricordare come in occasione della presentazione del disegno di legge delega per l'emanazione del codice penale delle missioni militari all'estero del 2010, n. 2099, su iniziativa degli on. La Russa, Alfano e Calderoli, si precisa che con il termine atto di tortura (di cui all'art. 2, lett. b) n. 8 dell'articolo), si intende fare riferimento alla definizione contenuta nell'art. 7, par. 2, lett. e) dello statuto della Corte penale internazionale. Testo reperibile on-line: www.senato.it, 8.

³⁷ Vedi, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici, G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 348-353, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

³⁸ Vedi sul punto A. ESPOSITO, Sub. art. 3, 49-76, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali*, Padova, 2001. Più di recente vedi anche ID., *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 222-238.

riconoscendo la fondatezza di tale assunto, è opportuno rilevare come il nostro ordinamento risulti già munito di fattispecie penali idonee a punire attacchi contro la vita e l'integrità fisica, motivo per cui sarebbe più coerente con la *ratio* della riforma intervenire dando una definizione chiara e precisa di cosa vuole intendere con il termine "tortura". La necessità di introdurre un reato *ad hoc*, dunque, può dirsi fondata solo se gli atti vengono descritti nel loro peculiare disvalore, senza ampliare eccessivamente l'ambito di punibilità nel tentativo di ricomprendere qualsiasi genere di condotta violenta. In caso contrario si corre il rischio di approvare inutili fattispecie doppie, aggravando l'ipertrofia del diritto penale.

3.5. *Aggravanti*

Il comma secondo dell'art. 612-*bis* c.p. prevede la reclusione da cinque a dodici anni se il fatto viene commesso da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, ovvero da un incaricato di un pubblico servizio nell'esercizio del suo servizio. Con tale previsione il legislatore mostra di voler tracciare una distinzione tra tortura privata e tortura inflitta invece dai rappresentanti dello Stato, ritenendo quest'ultima più grave e quindi meritevole di una pena più elevata³⁹.

Ritenendo la presenza della qualifica soggettiva una semplice circostanza aggravante, si corre però il rischio di annientare il maggior grado di riprovevolezza della condotta in forza del meccanismo di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. a cui potrebbe venire sottoposta. Esso, infatti, potrebbe astrattamente portare ad una prevalenza di circostanze attenuanti sulle aggravanti, con riduzione della pena al di sotto anche del livello minimo previsto dal primo comma, con conseguenze negative anche sulla prescrizione. Tale formulazione potrebbe dunque contrastare con le ragioni di politica criminale che suggeriscono di considerare più gravi le vessazioni del pubblico ufficiale, conducendo al paradosso di vedere punita più gravemente la "tortura" inflitta da un soggetto privo di qualifica, rispetto a quella perpetrata da colui che esercita le sue funzioni rappresentando lo Stato.

Le alternative che si potrebbero affacciare sono dunque tre: o si trasforma il secondo comma in una fattispecie autonoma, modificandone anche la formulazione; o si esclude espressamente la possibilità di porre detta aggravante in bilanciamento con

³⁹ Il fatto di qualificare il reato di tortura come reato comune munito di una speciale aggravante legata alla qualifica del soggetto agente, secondo certa dottrina sarebbe sintomo del dialogo tra diritto penale interno e diritto penale internazionale, nella cui giurisprudenza si è affermato un orientamento che si discosta da quanto previsto dalla Convenzione ONU, ritenendo non necessaria la presenza di un pubblico ufficiale per la consumazione del reato. Vedi sul punto F. DE VITTOR, *La partecipazione del pubblico ufficiale quale elemento della definizione del crimine di tortura: in margine al caso Kunarac*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 427 ss. Preme tuttavia sottolineare come la tortura intesa come crimine di guerra o crimine contro l'umanità richiede la sussistenza di uno specifico elemento di contesto, che rende opportuno includere anche i privati tra i possibili soggetti attivi.

altre circostanze di segno opposto; oppure si introduce un divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti ammettendo solo il giudizio di equivalenza⁴⁰.

Il secondo comma introduce una circostanza aggravante ad effetto comune se dal fatto deriva una lesione personale e due circostanze aggravanti indipendenti in caso di lesioni gravi o gravissime.

Qualche critica potrebbe venire avanzata in relazione alla prima di esse. Tenendo in considerazione l'interpretazione estensiva che la Corte di cassazione ha mostrato di dare al concetto di lesione, si potrebbe ritenere che essa già appartenga intrinsecamente alla condotta descritta nel reato base. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ai fini della configurabilità dell'art. 582 c.p. non richiede che si produca una patologia o che vi sia una particolare incidenza sul quadro nosografico del soggetto passivo, al contrario ritiene potersi parlare di malattia anche in caso di semplici graffi⁴¹, forte e prolungato bruciore agli occhi, difficoltà respiratorie e nausea⁴² e, sul piano psichico, in presenza di sole vertigini, palpitazioni e di stato ansioso⁴³.

L'aggravio di pena connesso alle lesioni gravi o gravissime risulta invece in linea con la formulazione del primo comma.

L'ultimo comma dell'art. 613-bis c.p. prevede altre due circostanze aggravanti ad effetto speciale che impongono la pena di anni trenta di reclusione, se dal fatto deriva la morte quale conseguenza non voluta, e quella dell'ergastolo in caso di morte cagionata volontariamente.

Si può innanzitutto rilevare come quest'ultima aggravante risulti pleonastica, posto che quel tipo di condotta sarebbe da qualificarsi come omicidio volontario *ex art.* 575 c.p., eventualmente aggravato dall'art. 61 n. 4 c.p., che permette di giungere alla medesima pena stabilita dall'ultimo comma dell'art. 613-bis c.p. Invece, indicando l'ergastolo come pena fissa, anche a dispetto delle voci che si stanno levando in merito alla sua presunta incostituzionalità, il legislatore mostra di non voler rinunciare a tale sanzione, ritenendola evidentemente l'unica idonea a dare garanzie di effettività⁴⁴.

Proprio il problema della compatibilità costituzionale della "pena fissa" in senso lato è quello che emerge anche in ipotesi di morte quale conseguenza non voluta

⁴⁰ Il ddl. 7283 presentato dall'on. Fassino, proprio per evitare che l'aumento di pena derivante dall'applicazione dell'aggravante venisse posto nel nulla in forza dell'art. 69 c.p. prevedeva al comma 2: "Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante". Vedi *supra*, nota 9.

⁴¹ Cfr. Cass., 25 ottobre 2013, n. 51393.

⁴² Cfr. Cass., 14 giugno 2013, n. 46787.

⁴³ Cfr., Cass., 22 giugno 2006, 25033.

⁴⁴ Il legislatore si discosta quindi dalle conclusioni raggiunte dalla Commissione Palazzo e fatte confluire nello [Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale](#), in *questa Rivista*, 10 febbraio 2014. Pur non eliminando totalmente la sanzione, la Commissione ne denuncia la natura meramente politica ed il rischio di appiattimento sanzionatorio che essa porta con sé (vedi par. 10). Proprio per tale motivo viene proposto di sostituire la pena principale dell'ergastolo con quella della "detenzione speciale" da 24 a 28 anni, salvo nelle ipotesi in cui concorrano più reati che prevedano la penale della "detenzione speciale" (vedi par. 12 ove si mette in evidenza il fatto che i commissari abbiano espresso un ampio consenso a favore dell'abolizione di siffatta sanzione).

della condotta, da interpretarsi con richiamo al requisito soggettivo minimo della colpa, per non cadere in una responsabilità oggettiva basata sul mero nesso causale. Prevedendo in tale ipotesi la sola reclusione di 30 anni, si dimostra di non osservare quanto già affermato dalla Corte Costituzionale, secondo cui “in linea di principio, previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale, salvo che appaiano proporzionate all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”⁴⁵.

In conclusione si può osservare come una sanzione che non lascia spazio alla operatività dei criteri di cui agli artt. 133 c.p., impedendo la personalizzazione della pena, non possa che venire interpretata come un chiaro passo indietro rispetto alle acquisizioni dominanti sul piano della colpevolezza.

3.6. La previsione dell’art. 613-ter

Anche il successivo art. 613-ter c.p. non risulta immune da censure. Tale fattispecie da un lato ha il pregio di rendere punibile anche l’istigazione non accolta o non seguita dalla commissione del reato, escludendo la possibilità di applicarvi la previsione dell’art. 115 c.p. che ridurrebbe l’intervento penale alla sola previsione di una misura di sicurezza in caso di accertamento della pericolosità del *reo*. Dall’altro lato, tuttavia, permette di punire l’istigazione del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio solo se diretta ad altro soggetto munito di qualifica, dimostrando di tralasciare totalmente l’ipotesi di istigazione nei confronti di un soggetto privato.

Questo tipo di scelta fa sospettare che, nonostante siano trascorsi più di vent’anni dalla ratifica della CAT, il legislatore non abbia ancora chiaro nella mente il tipo di intervento necessario per fare fronte alle istanze di criminalizzazione di fonte nazionale e sovranazionale.

Se in un primo momento, infatti, potrebbe sembrare che esso si sia affannato a costruire una fattispecie diretta a punire qualsiasi forma di tortura per aumentare il livello di tutela da conferire ai singoli, guardando alla previsione dell’art. 613-ter si potrebbe giungere alla conclusione opposta, vista la delimitazione dei soggetti punibili. In altre parole, se con la previsione dell’art. 613-bis c.p. si dimostra di voler estendere quanto più possibile la responsabilità penale, con quella dell’art. 613-ter c.p. si opera invece a contrario, lasciando un’area di impunità incompatibile con l’obbligo di predisporre dei rimedi effettivi. Quest’ultima disposizione si pone anche in contrasto con le istanze sovranazionali visto che la CAT, attraverso il combinato disposto degli artt. 4 e 16⁴⁶, impone agli Stati di incriminare qualsiasi tipo di complicità o

⁴⁵ Cfr. Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 725 ss., con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. Vedi ampiamente anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 224 ss.

⁴⁶ L’art. 4 CAT prevede: “1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture. 2. Each State Party shall make these offences punishable

partecipazione all'atto di tortura o ad altri atti che costituiscono pene o trattamenti inumani e degradanti, sia che questi siano commessi da un pubblico ufficiale, sia da altra persona che agisca su sua istigazione o con il suo consenso espresso o tacito.

Da ciò segue che per adempiere pienamente a tale obbligo, l'istigazione deve venire sanzionata indipendentemente dalla qualifica del soggetto destinatario.

4. Conclusioni e possibili spunti per una modifica

Dal resoconto stenografico della seduta del 5 marzo 2014 emerge come il disegno di legge approvato sollevi ancora dei dubbi, in particolare in relazione alla tecnica di formulazione delle fattispecie di cui agli artt. 613-*bis* e *ter*.

Dopo più di 20 anni di "gestazione" non sembra però soddisfacente accontentarsi di un disegno di legge che non coglie nel segno, anche se è stato interpretato come un "passo avanti"⁴⁷. L'urgenza della modifica, dettata dalle pressioni internazionali e dalla necessità di conferire il massimo grado di tutela alla dignità umana, infatti, non dovrebbe permettere di giustificare l'adozione di un testo che ripropone i problemi legati al c.d. "diritto penale della vittima"⁴⁸, poiché costruito proprio su quest'ultima e sulle sue sofferenze, senza tenere conto delle tensioni a cui viene sottoposto il principio di legalità.

Non si è neppure prestata troppa attenzione alla necessità di coordinamento delle nuove fattispecie con altre previsioni del codice penale, prima tra tutte quella dell'art. 572 c.p., rispetto alla quale l'art. 613-*bis* sembra ampiamente sovrapporsi. La sua formulazione, infatti, ricalca quasi fedelmente quella dei maltrattamenti, facendo salvo il requisito della abitualità. Proprio tale scelta potrebbe leggersi come un primo indizio a supporto della necessità di caratterizzare maggiormente le fattispecie di futuro conio, per evitare inutili doppioni.

La Corte di Cassazione ha ammesso, ad esempio, il concorso tra i reati di cui agli artt. art. 608 e 572 c.p., più gravemente punito, proprio per colmare l'assenza di una incriminazione *ad hoc* idonea a graduare in modo proporzionato il disvalore delle

by appropriate penalties which take into account their grave nature"; l'art. 16 al comma 1, prima parte prevede: "Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article I, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity".

⁴⁷ Cfr. l'intervento del Senatore Lumia nella seduta del 5 marzo 2014. Lo definisce un "passo avanti" il Senatore Manconi.

⁴⁸ In senso fortemente critico contro il supposto "diritto della comunità delle vittime" vedi V. VALENTINI, *Le garanzie liberali ed il protagonismo delle vittime: uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Jus17@unibo.it*, 2011, 77 ss. Vedi inoltre M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 202, secondo cui sarà necessario recuperare una lettura secondo cui i diritti della vittima vadano a confluire nel principio di legalità «che definisce, insieme con il fatto, chi ne può essere soggetto passivo», affinché «i diritti dell'autore e dell'imputato non poss(a)no subire torsioni ermeneutiche, motivate da bisogni collettivi di prevenzione generale o di contrasto a fenomeni generali. Più di recente L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1760.

condotte vessatorie, di natura fisica e psicologica, poste in essere da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni nei confronti di alcuni detenuti⁴⁹. Anche se nel caso di specie la decisione non portò alcun effetto positivo, visto che anche facendo applicazione del reato di maltrattamenti i termini di prescrizione risultavano già decorsi, non si può negare che i giudici abbiano colto l'occasione per dare un segnale abbastanza chiaro circa i limiti della lacuna da dover colmare, mettendo nuovamente in luce l'insufficienza della fattispecie di abuso di autorità contro arrestati o detenuti. La decisione assunta, infatti, sembra avere avuto un duplice fine: da un lato applicare una pena proporzionata alla gravità del fatto, visto che l'art. 572 c.p. prevede una pena base dai 2 ai 6 anni di reclusione rispetto ai 30 mesi massimi dell'art. 608 e, dall'altro lato, ridurre il rischio di prescrizione connesso proprio alla esiguità della pena prevista da quest'ultimo, potendosi far valere gli aumenti di pena previsti dalle aggravanti ad effetto speciale del reato di maltrattamenti.

La critica fatta valere da alcuni senatori durante la discussione del disegno di legge⁵⁰, in ordine alla necessità di strutturare il reato di tortura in modo da rendere punibili anche ipotesi di violenze o trattamenti inumani e degradanti inflitti all'interno di ospedali, case di riposo, scuole ed asili, sembra dunque poco fondata. Come dimostrato, infatti, simili condotte sarebbero già suscettibili nell'art. 572 c.p. oppure, in assenza di un numero di episodi sufficienti, in altri reati puniti con pene che possono dirsi adeguate, tra cui le lesioni di cui agli artt. 582 e 583 c.p., le minacce o la violenza privata. Quest'ultima, inoltre, in concorso con il sequestro di persona sarebbe idonea a coprire anche il caso di vessazioni commesse nei confronti di persona non sottoposta ad autorità del soggetto agente, ma in qualsiasi modo privata della libertà personale.

Da quanto appena illustrato emerge, dunque, come lo spazio di impunità da dover colmare sia quello relativo a qualsiasi tipo di violenza ingiustificata inflitta da coloro che rappresentano lo Stato e che sono tenuti a vigilare per la prevenzione e repressione dei reati, secondo specifici codici di condotta e secondo le regole poste dal codice di rito. Tutto ciò anche alla luce dell'obbligo previsto dall'art. 13 comma 4 Cost. che in fase di fermo, arresto, custodia, detenzione o comunque in qualsiasi ipotesi di limitazione di libertà, impone di garantire il diritto alla integrità fisica e morale del presunto *reo*, soprattutto se tali pratiche risultano finalizzate ad assumere informazioni, ad estorcere confessioni, oppure a punire un soggetto per fatti pregressi.

Per tutti questi motivi sarebbe più ragionevole e più coerente con quanto previsto a livello sovranazionale introdurre un reato di tortura che ricalchi tutti gli elementi, sia oggettivi, sia soggettivi, indicati dalla CAT. Alle preoccupazioni legate a tipologie diverse di vessazioni, inquadrabili nei "meno gravi" trattamenti inumani e degradanti, effettuati anche da soggetti privi di qualifica, si potrebbe eventualmente far fronte attraverso l'introduzione di una disposizione incriminatrice *ad hoc*, diversamente strutturata.

⁴⁹ Cfr. Cass., 21 maggio 2012, n. 30780, in *Dir. e Giust.*, 2012, con nota di A. IEVOLELLA, *Trattamento disumano sui detenuti, agenti penitenziari sotto accusa. Legittima l'applicazione del reato di maltrattamenti*, 714 ss.

⁵⁰ Cfr. l'intervento della Senatrice Stefani nella seduta del 5 marzo 2014.

Considerando il testo proposto dal disegno di legge ed in prospettiva di una futura approvazione definitiva, sarebbe forse opportuno apportare alcune modifiche alle fattispecie di cui agli art. 613-bis e ter.

Per prima cosa si potrebbero escludere dal disposto del primo comma dell'art. 613-bis le locuzioni "*persona privata della libertà personale*" o "*che si trovi in una condizione di minorata difesa*", mantenendo invece quelle che si identificano come canone selettivo rispetto all'agente, così da mantenere il requisito del rapporto qualificato tra quest'ultimo ed il soggetto passivo.

Una seconda modifica da apportare riguarda il tipo di evento richiesto ai fini della consumazione, per evitare i già esposti problemi di determinatezza e tassatività. Alla locuzione "*acute sofferenze*" si potrebbe sostituire quella più oggettiva e più facilmente accertabile di "*malattia*".

Per superare il problema posto dal comma secondo che, ritenendo la presenza della qualifica di pubblico ufficiale una semplice aggravante, esporrebbe al rischio di vedere il suo disvalore annullato dall'applicazione della regola del bilanciamento, si potrebbe modificarne la formulazione trasformandola in una fattispecie autonoma.

Quest'ultima diventerebbe dunque un reato proprio e la definizione del soggetto attivo verrebbe fatta in via diretta e non attraverso il richiamo alle caratteristiche del soggetto passivo. Al fine di porla maggiormente in linea con le previsioni della CAT, inoltre, sarebbe preferibile inserire tra i suoi elementi costitutivi il dolo specifico. Con le modifiche proposte il tenore della fattispecie potrebbe essere il seguente: comma 1) "*Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagioni una malattia nel corpo o nella mente ad una persona affidata alla sua custodia o potestà o cura o assistenza, è punito con la reclusione da tre a dieci anni*"; comma 2) "*se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle funzioni o del servizio, al fine di ottenere informazioni o confessioni, o di punirla per un fatto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, o di intimorire lei o una terza persona, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni*"⁵¹.

Questa sarebbe la modifica che meno inciderebbe sull'articolato già approvato in Senato.

Essendo ancora in fase di discussione, si potrebbe tuttavia intervenire in modo più incisivo, adottando una soluzione analoga a quella dell'ordinamento spagnolo che, all'interno del suo codice penale, oltre ad avere inserito un titolo *ad hoc*, rubricato "*de las torturas y otros delitos contra la integridad moral*", ha previsto fattispecie incriminatrici diverse per punire la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti.

⁵¹ Rispetto alla definizione proposta dall'art. 1 CAT non sono stati richiamati l'elemento del fare pressione sul soggetto sottoposto a tortura oppure su un terzo e quello relativo al motivo fondato su ogni forma di discriminazione. Il primo, infatti, non risulta sufficientemente determinato e rappresenta comunque un indefettibile presupposto dello stesso "intimorire" oppure "obbligare" a fornire informazioni o confessioni. Il secondo sembra rappresentare un mero motivo dell'azione, irrilevante sul piano della colpevolezza e comunque di difficile prova. In questa sede basti il rinvio a L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, in particolare 502 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.

L'art. 173⁵², infatti, sanziona chiunque infligga un trattamento degradante, menomando gravemente l'integrità morale della vittima; gli artt. 174, 175 e 176 sono fattispecie che prevedono tra i propri elementi costitutivi la qualifica di pubblico ufficiale; l'art. 177 rappresenta invece una norma di chiusura del titolo che, in caso di lesione o danno alla vita, alla integrità fisica, salute, libertà sessuale o qualsiasi altro bene della vittima o di un terzo, cagionata con le condotte di cui agli articoli che lo precedono, impone di punire gli stessi separatamente con richiamo alle singole fattispecie violate.

Prendendo in considerazione quanto previsto dagli artt. 173 e 174 si nota la volontà di tenere ben distinte le figure della tortura in senso stretto, rispetto a quella "impropriamente" intesa. Il riferimento testuale alla prima appare infatti solo nella formulazione dell'art. 174 che, ai fini della sua configurabilità, richiede che il soggetto attivo abbia la qualifica di pubblico ufficiale e che la sua condotta sia finalizzata ad ottenere informazioni oppure a punire per un fatto commesso o che si sospetti essere stato commesso. Il dolo specifico, al contrario, non compare negli artt. 175 e 176⁵³, che sono comunque costruiti come reati propri. La tortura, quindi, in forza di quanto previsto dall'art. 174⁵⁴, non viene intesa come fattispecie posta a tutela esclusiva della dignità, autodeterminazione o integrità del singolo, ma estende le sue garanzie anche alla sfera pubblica ed in particolare al corretto e legittimo esercizio della funzione⁵⁵.

⁵² L'art. 173, par. 1, del codice penale spagnolo, così come modificato dalla L.O. 5/2010 prevede: "El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima".

⁵³ L'art. 175 prevede: "La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años". L'art. 176 prevede: "Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos".

⁵⁴ L'art. 174 del codice penale spagnolo, così come modificato dalla L.O. 15/2003, prevede: "1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años; 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior".

⁵⁵ Vedi più ampiamente F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, XIX ed., Valencia, 2013, 178 ss.

Volendo cogliere gli spunti che derivano da tale sistema, si potrebbe avanzare la proposta di distinguere le fattispecie di cui agli artt. 613-*bis* e *ter*, modificandone la rubrica.

L'art. 613-*bis*, da rubricarsi ad esempio "Trattamenti inumani e degradanti", potrebbe mantenere la formulazione proposta poco sopra e caratterizzata dalla presenza di un "rapporto qualificato" tra soggetti, che identifica il soggetto passivo come colui che si trova affidato alla custodia o potestà o cura o assistenza dell'agente, e dal dolo generico⁵⁶. L'art. 613-*ter*, da rubricarsi "Tortura", dovrebbe invece essere sottoposto a modifiche più sostanziali che potrebbero forse assumere una portata simile a quella che qui si propone: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagioni a taluno una malattia nel corpo o nella mente al fine di ottenere informazioni o confessioni, o di punirlo per un fatto che esso o una terza persona ha commesso o è sospettato di aver commesso, o di intimidire lui o una terza persona, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni". La punibilità per l'ipotesi di istigazione potrebbe venire inserita nel comma successivo, con una formula di questo tenore: "Il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga altra persona a commettere il delitto, se l'istigazione non è accolta o il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni".

Adottando tale tipo di soluzione si dovrebbe prevedere un'ulteriore disposizione, ossia un ipotetico art. 613-*quater*, in cui fare confluire le aggravanti speciali relative ai due articoli precedenti ed in particolare l'aumento di pena previsto in caso di lesioni gravi o gravissime e quello relativo all'ipotesi di morte quale conseguenza non voluta della condotta.

Da ultimo, per limitare quanto più possibile i rischi di impunità connessi al decorso del tempo, sarebbe preferibile inserire il nuovo reato di tortura (ed eventualmente di trattamenti inumani e degradanti) nell'elenco previsto dall'ultimo comma dell'art. 157 c.p., anche al fine di tutelare le aspettative della persona offesa ⁵⁷.

⁵⁶ Una simile previsione potrebbe porsi in linea con quanto previsto dall'art. 16 della CAT, che distingue atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti rispetto ad atti di tortura così come definiti nell'art. 1. Tale precisazione rafforza anche l'inderogabilità del divieto di cui all'art. 3 CEDU, escludendo la legittimità di qualsiasi tipo di pressione fisica nei confronti di un soggetto sottoposto all'altrui autorità, anche se non si supera la soglia di gravità ritenuta necessaria per potersi parlare di tortura.

⁵⁷ Preme sottolineare come la questione della imprescrittibilità del delitto di tortura sia stata parzialmente affrontata in relazione ai fatti della Scuola Diaz, a seguito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p., eccepita dal Procuratore Generale di Genova, per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 3 CEDU ed alla Convenzione ONU contro la tortura. La Suprema Corte aveva ritenuto la questione manifestamente infondata, non potendo la Corte Costituzionale intervenire con una sentenza additiva capace di incidere *in peius* su aspetti inerenti la punibilità, visto che essi appartengono alla sfera di discrezionalità del legislatore, ex art. 25 comma 2 Cost. Cfr. Cass., 5 luglio 2012, n. 38085. Attenta dottrina aveva già posto l'attenzione sulla possibilità di far valere l'imprescrittibilità di simili fatti di reato, richiamando quanto statuito dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 3 CEDU. Pur potendo prevedere l'esclusione di un eventuale sindacato *in peius* sui termini prescrizionali, mette in luce il fatto che la

La Corte EDU ha riconosciuto di importanza essenziale, per garantire un rimedio effettivo in caso di violazione dell'art. 3 CEDU, che nessun termine di prescrizione (neppure endoprocedimentale) venga riconosciuto applicabile in casi di tortura o trattamenti inumani e degradanti e che il responsabile non possa beneficiare di un'amnistia oppure della grazia.⁵⁸ Non potendosi spingere in tale sede alla previsione di una ipotesi di imprescrittibilità per il reato di tortura, la modifica proposta potrebbe rappresentare una soluzione di mero "compromesso", resa necessaria dai problemi strutturali e dalle lungaggini del processo penale.

In conclusione si può osservare come la formulazione delle fattispecie di cui agli artt. 613-bis e ter da ultimo avanzata, da un lato, segnerebbe una più netta distinzione tra tortura e trattamenti inumani e degradanti, differenziandoli anche secondo una diversa scala di disvalore penale e, dall'altro lato, darebbe una definizione alla prima, interpretandola come una grave condotta prevaricatoria, perpetrata da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, a danno di coloro che si trovano in loro custodia ed a favore dei quali sarebbero invece chiamati a garantire una lunga serie di diritti⁵⁹.

Simili proposte potrebbero adeguare maggiormente la novella alle previsioni della CAT, rendendola adatta a far fronte alle reali lacune che emergono dalla prassi, affinché la risposta penale non risulti ineffettiva, proprio nei casi in cui l'intervento sanzionatorio dovrebbe essere maggiormente incisivo.

Il 6 maggio 2014 si è svolta la prima seduta della II Commissione permanente giustizia, finalizzata alla presentazione del testo unificato votato al senato (AC 2168) e di altre proposte di legge presentate da alcuni deputati⁶⁰. Tuttavia, vista la complessità e la delicatezza della materia, il Presidente della Commissione ha preannunciato la

discrezionalità del legislatore in materia penale non può ritenersi assoluta, bensì sottoposta ai limiti derivanti anche dal diritto sovranazionale e, tra di essi, da quelli che discendono dalla CEDU. Vedi per una analisi dettagliata e per gli opportuni riferimenti bibliografici, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, 2677-2682, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, 243-298, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), op.cit.

⁵⁸ Vedi Corte EDU, *Padüret c. Moldavia* (ric. 33134/03), 5 gennaio 2010, par. 72.

⁵⁹ In tal modo si pongono nel nulla anche i tentativi di distinguere la tortura rispetto alla c.d. "pressione fisica moderata" che alcuni Stati mostrano di tollerare quando si tratta di situazioni di emergenza legate al terrorismo. Per alcune interessanti considerazioni rispetto alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU, nel caso *Gäfger v. Germania* del 2010, vedi S. GREER, *Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case*, in *11 Hum. Rts. L. Rev.*, 2011, 67 ss. L'Autore critica la decisione della Corte sostenendo che quando due diritti inderogabili (diritto a non essere torturati e diritto alla vita) sono posti in bilanciamento, la decisione è solo morale e non giuridica. I giudici, nel decidere sulla responsabilità dell'investigatore che ha sottoposto l'indagato a trattamenti inumani, non avrebbero tenuto conto, erroneamente, del diritto del bambino rapito alla vita ed a non essere illegalmente detenuto, nonché dell'obbligo positivo dello Stato di attivarsi in via preventiva per proteggere tali diritti. Prospettiva questa che modificherebbe il senso stesso della inderogabilità del divieto di cui all'art. 3 CEDU.

⁶⁰ Il riferimento va alle proposte: A.C. 1499 (Marazziti ed altri), A.C. 979 (Gozi ed altri), A.C. 588 (Migliore ed altri), A.C. 276 (Bressa ed altri), A.C. 189 (Pisicchio). Per il resoconto della seduta vedi on-line:

<http://www.camera.it/leg17/824?tipo=C&anno=2014&mese=05&giorno=06&view=&commissione=02>.

necessità di procedere ad un attento approfondimento, attraverso lo svolgimento di un ciclo di audizioni.

Il cammino verso l'approvazione del nuovo reato sembra quindi ancora lungo, ma un'ulteriore discussione sul testo licenziato al Senato può venire salutata con favore, soprattutto se riuscirà a porre rimedio ai profili problematici che esso ad oggi presenta.