

REPRESSIONE PENALE DELLA TORTURA E COSTITUZIONE: ANATOMIA DI UN REATO CHE NON C'È

Andrea Pugiotto

ABSTRACT

In una Carta costituzionale che non conosce altri obblighi di criminalizzazione, il reato di tortura è il solo ad essere imposto e preteso. Eppure, nonostante quanto prescritto dall'art. 13, 4° comma, Cost. e dai relativi obblighi internazionali in materia, nel codice penale persiste l'assenza di un'apposita fattispecie repressiva. Che fondamento giuridico hanno le molteplici strategie argomentative adoperate a giustificazione di questo persistente vuoto di repressione penale? Quali, invece, sono le sue autentiche ragioni ordinamentali? E come mettere a valore il divieto internazionale di tortura già ora, nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi? L'indagine risponde a tali interrogativi, affrontando un fenomeno – la tortura – irriducibile al principio di legalità eppure non estraneo al nostro ordinamento, come accertato in non isolati pronunciamenti giurisdizionali.

SOMMARIO

1. Legalizzare la tortura? – 2. Tabù (ovvero: l'irriducibilità della tortura al principio di legalità). – 3. C'è il divieto ma non c'è il crimine. – 4. L'unico reato imposto costituzionalmente. – 5. «Non ci riguarda». – 6. «Esiste già una batteria di norme repressive». – 7. «Nel nome della ragione di Stato». – 8. «Per legittima difesa o per stato di necessità». – 9. «E' un reato-manifesto». – 10. Le vere ragioni ostative all'introduzione del reato di tortura. – 11. La messa in discussione della politica migratoria. – 12. La necessità di rivedere le attuali politiche penitenziarie. – 13. Le cose da fare nel frattempo (e in breve tempo). – 14. Un uso costituzionale del vigente divieto di tortura. – 15. «Sanzioni lecite», tortura e volto costituzionale della pena.

1. Legalizzare la tortura?

Il film è del 2010, per la regia di Roman Polanski. Nella versione italiana s'intitola *L'uomo nell'ombra*. Nel suo aereo privato l'ex premier britannico viene incalzato con tono accusatorio dal suo *ghost writer* sulla corresponsabilità del governo inglese nelle operazioni di *extraordinary renditions* della CIA:

- Tutto questo è grottesco! Non ho mai preso ordini da nessuno! Tutto ciò che ho fatto, l'ho fatto perché ero convinto che fosse giusto farlo.
- Anche l'appoggio illegale di rapimenti a scopo di tortura?
- Oh, santo iddio! Mi risparmi queste patetiche bestialità. Lo sa che cosa farei io se fossi al potere oggi? Due diverse file ai *check-in* degli aeroporti. Una per quei voli per i quali non si prevedono controlli, non si calpestano le libertà civili di merda di nessuno e non si utilizzano notizie ottenute sotto tortura. E una per quei voli per i quali si fa tutto il possibile perché siano in perfetta sicurezza. Vorrei proprio vedere poi su quale aereo metterebbero i loro figli i vari [garantisti] di questo mondo. E questo lo metta pure nel libro!

La citazione cinematografica ha il pregio – che è prerogativa solo dell'arte – di fissare in un'immagine folgorante e suggestiva la *ratio* di fondo della discutibile letteratura con la quale alcuni libri recenti¹ ingaggiano un corpo a corpo dialettico, ribattendo colpo su colpo al tentativo (soprattutto d'oltreoceano, ma non solo) di legittimare il ricorso alla tortura: problema tornato d'attualità, dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, ma antico come l'uomo che è, «da sempre, l'unico animale torturatore dei propri simili»².

Il filosofo del diritto è il sosia critico del giurista positivo. Per statuto disciplinare è chiamato a interrogarsi sulle questioni di confine, anche quelle – come la possibile legittimazione della tortura – che presentano un «tratto di oscenità»³. Ma se la domanda che fa da titolo a una delle recenti pubblicazioni – legalizzare la tortura? – viene posta ad un giurista positivo, lo spartito è diverso. Diversa, dunque, è la musica.

2. Tabù (ovvero: l'irriducibilità della tortura al principio di legalità).

Infatti, come della reintroduzione della pena di morte così della legalizzazione della tortura il giurista positivo *deve rifiutarsi di discutere*: il suo ripudio rappresenta «un caso, uno fra i pochi, in cui una verità non dipende dal prevalere di alcune ragioni su altre, da una decisione relativa, ma basta a se stessa, ed è offesa dalla falsa tolleranza delle “discussioni” e dalla falsa “democrazia dei sondaggi”»⁴.

Per esemplificare: accetteremmo mai di dibattere pubblicamente circa la possibile legittimazione giuridica della violenza carnale? Eppure – ci viene detto, a ragione – la tortura è come uno stupro⁵: il corpo del carnefice entra a forza nel corpo della vittima che il torturatore tratta come una cassaforte da scassinare. Ecco perché «la questione della liceità della tortura è risolta dal diritto positivo in modo definitivo e tassativo: “La risposta di tutte le norme giuridiche è

¹ P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Roma, 2013; M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2013. Quanto alla letteratura precedente, è talmente soverchiante da sconsigliare anche soltanto il tentativo di una sua scremata bibliografia. Rinvio allora – oltre alle fonti che verranno citate in nota – a due approfondimenti tematici e alle relative indicazioni bibliografiche finali: l'uno d'impostazione giuridica (L. ZAGATO e S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Cedam, Padova, 2010, 349-375), l'altro di scienza della politica (C. MAZZA, *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, Bonanno, Roma, 2010, 117-125).

Per una comprensione delle dinamiche della tortura sono imprescindibili le testimonianze, precise e sobrie, di chi – avendola subita – è stato capace di trasformare la propria esperienza in presa di coscienza. Alcune di esse saranno debitamente messe a valore nel corso dell'analisi: H. ALLEG, *Tortura*, Einaudi, Torino, 1958 (impreziosito dalla prefazione di Jean Paul Sartre); J. AMÉRY, *La tortura*, in Id., *Intellettuale a Auschwitz*, Bollati Boringhieri, Torino, 1987, 57-82; J. SEMPRÚN, *Esercizi di sopravvivenza*, Guanda, Parma, 2014.

² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1985, 113.

³ F. RIMOLI, *Più sicuri e più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di A. Gianelli e M.P. Paternò, Carocci, Roma, 2004, 121. E' un'oscenità che segnala la prossimità al punto di non ritorno, perché «ammettere la tortura [...] è possibile solo presupponendo che non si debba più temere una rivolta delle coscienze. Viene da pensare che queste coscienze si siano abituate alla prassi della tortura» (J. AMÉRY, *La tortura*, 39).

⁴ Così A. SOFRI, *Le prigionie degli altri*, Sellerio, Palermo, 1993, 175, sia pure con riferimento alla pena capitale.

⁵ Torturandomi, «l'altro [...] mi impone la sua corporeità. Mi è addosso e così mi annienta. E' come uno stupro, un rapporto sessuale senza l'assenso di uno dei due partner»: così J. AMÉRY, *La tortura*, cit., 66, e – nella sua scia – M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 127.

no, mai!»⁶. Incondizionatamente.

D'altra parte, assumendo il principio di legalità come regola e limite al potere, parlare di tortura legalizzata vuol dire adoperare un ossimoro, pronunciando così un significante contraddittorio nel suo significato:

[1] La legalità è violenza domata. La tortura, invece, è violenza illimitata: addomesticarla «è come pretendere di togliere il carattere dell'eccesso a ciò che si caratterizza essenzialmente per la propria natura eccessiva; il nostro oggetto si trasformerebbe in altro e a divenire eventualmente giustificabile non sarebbe comunque più la tortura»⁷.

[2] La legalità è regola previa. La tortura, invece, è imprevedibile nel come e nel quanto, e che cosa sarà «non lo si può sapere prima»: «Il corpo non può conoscere a priori, prevenire l'esperienza della tortura», perché essa è «imponderabile nei suoi effetti, nelle sue devastazioni, nelle conseguenze che lascia sull'identità corporea»⁸.

[3] La legalità è misura. La tortura, invece, è arbitrio, perché la soglia della sofferenza inflitta alla vittima è abbandonata alla volontà soggettiva del carnefice e alla finalità che questi persegue attraverso il supplizio del torturato: «Quando vuole, infatti, egli può smettere di torturare. L'urlo di dolore e di morte dell'altro dipende da lui, egli è signore sulla carne e sullo spirito, sulla vita e la morte»⁹.

[4] La legalità, in uno Stato di diritto, è strumentale al rispetto della dignità della persona che, del reato di tortura, è invece il bene giuridico offeso. «Nella tortura, questo strano *match*, la posta in palio sembra essere totale: è per il titolo di uomo che il carnefice si misura col torturato, e tutto si svolge come se i due non potessero appartenere insieme alla specie umana»¹⁰: durante e mediante la tortura, infatti, ad essere aggredita non è solo l'umanità della vittima ma anche del carnefice, entrambi spogliati della propria dignità perché trasformati in meri strumenti – passivo e attivo – di un puro esercizio di violenza.

Del resto, è la stessa etimologia della parola a metterci sull'avviso. «Tortura» viene dal verbo «torcere», che esprime l'atto del piegare con la forza, deformandolo, un corpo (accade nella tortura come punizione) ma anche una volontà (accade nella tortura giudiziaria)¹¹. Nel suo stesso nome è già incluso il concetto di «torto», che è alla lettera l'opposto di «diritto»¹². Anche semanticamente, quindi, risulta addirittura inconcepibile «allo stesso tempo essere sottomessi al principio di legalità e agire da torturatore»¹³.

Nello Stato di diritto, dunque, la tortura non ha mai cittadinanza né può ambire ad ottenerla.

3.

C'è il divieto ma non c'è il crimine.

Non è difficile leggere questo *a priori* dietro la scelta di iscrivere il divieto di tortura (e/o i conseguenti obblighi procedurali) in tutte le pertinenti carte dei diritti, internazionali e sovranazionali, di cui diligentemente l'Italia è parte: dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949; dalla Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, al Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici del 1966; dalla Convenzione europea di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei

⁶ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 122.

⁷ M. LALATTA COSTERBOSA, *Per una storia critica della tortura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, n. 1, 27.

⁸ J. SEMPRÚN, *Esercizi di sopravvivenza*, cit., rispettivamente 26 e 25.

⁹ J. AMÉRY, *La tortura*, cit., 76.

¹⁰ J. P. SARTRE, *Saggio introduttivo*, in H. Alleg, *Tortura*, cit., 17.

¹¹ «Quanto a me, dovetti arrendermi assai presto. Avvertii uno schianto e uno scheggiarsi nelle spalle che il mio corpo sino a oggi non ha dimenticato. Le teste degli omeri saltarono dalle loro sedi. Il mio stesso peso provocò una lussazione, caddi nel vuoto e mi ritrovai appeso alle braccia slogate, sollevate da dietro e chiuse sopra la testa in posizione rovesciata. Tortura, dal latino *torquere*: che dimostrazione pratica di etimologia!» (J. AMÉRY, *La tortura*, cit., 72).

L'etimologia è segnalata anche da M. PALMA, *La tortura è alla pagina web*, in *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, a cura di P. Gonnella e A. Marchesi, Sinnos, Roma, 2006, 16, che in altro contributo svela acutamente le ambiguità del linguaggio in uso nelle narrazioni della tortura (e dei suoi dintorni più moderni): cfr. M. PALMA, *Inquietudini del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio*, cit., 206-211.

¹² Osservazione è di M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 73.

¹³ *Ivi*, 172.

trattamenti inumani o degradanti del 1987, allo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998; dalla Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984 (CAT), al suo Protocollo opzionale di New York del 2002, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

Di più: il ripudio della tortura assume, nell'ordinamento internazionale, carattere assoluto e inderogabile¹⁴. Per l'art. 2, 2° comma, CAT, «Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura». Analogamente, in ambito CEDU, è la stessa Corte di Strasburgo a riconoscere che il divieto di cui all'art. 3, consacrando uno dei valori fondamentali delle società democratiche, non consente eccezioni, né limitazioni, né bilanciamenti di alcun genere, a differenza della maggior parte delle clausole normative della Convenzione, né soffre alcuna possibilità di deroga ai sensi dell'art. 15 della CEDU¹⁵.

Di più ancora: come accertato da diversi pronunciamenti giurisdizionali¹⁶, e come confermato dalla prassi degli Stati¹⁷, il divieto di tortura è previsto dal diritto internazionale generale e, addirittura, da una norma di *jus cogens* valevole per tutti gli Stati della comunità internazionale *indipendentemente* da una sua espressa previsione pattizia¹⁸.

Dato questo contesto normativo inequivoco, la domanda che interpella il giurista positivo non può riguardare la legalizzazione della tortura. L'interrogativo è un'altro: perché ciò che è un *delictum juris gentium* (fino a configurare, a determinate condizioni, addirittura un crimine contro l'umanità), secondo il legislatore italiano non è reato?

La risposta, sul piano giuridico formale, è presto data. Tecnicamente, ratificare e dare esecuzione ad un trattato non basta per adattare l'ordinamento interno a norme internazionali non sufficientemente precise e complete (*self-executing*), che richiedono, per essere implementate, l'introduzione di apposite disposizioni legislative nazionali. Ciò vale, in particolare, per la materia penale in ragione del principio costituzionale secondo il quale *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Per tradurre il divieto internazionale di tortura in un'ipotesi di reato contemplata nel codice penale, dunque, è necessaria una legge *ad hoc* che ne definisca (almeno) il compasso edittale¹⁹.

Nella sua tecnicità, si tratta di una risposta ineccepibile ma del tutto inappagante in chiave di politica del diritto. Essa non fa altro che spostare i termini del problema, obbligando a riformulare l'interrogativo di partenza: perché questa ignavia legislativa, questa inettitudine politica, questo boicottaggio mascherato (sceglia il lettore il giudizio più pertinente)?

4. L'unico reato imposto costituzionalmente.

Si badi. Siamo alla presenza di un'omissione normativa coriacea. Solitamente è fatta risalire

¹⁴ Cfr. C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?* in *Quad. Cost.* 2004, 555-561. Tale assolutezza e inderogabilità «delegittima alla radice qualunque tentativo dei governi degli Stati di giustificare atti di tortura, in nome della particolare situazione di emergenza presente nel territorio del Paese o della grave natura dell'illecito contestato alla vittima o, ancora, del comportamento – anche violento – della stessa» (così nell'*Amicus curiae* presentato il 23 ottobre 2013 da Filomena Gallo per conto del Partito Radicale Nonviolento Transnazionale Traspartito, di Radicali Italiani, di Non c'è Pace senza Giustizia, nel caso *Cestaro c. Italia*, ric. n. 6884/11, attualmente pendente davanti alla Corte EDU).

¹⁵ Cfr. F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in *Tortura di Stato*, cit., 166 e – per indicazioni giurisprudenziali esemplificative – 178 nota 19; G. CATALDI, *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La tortura nel nuovo millennio*, cit., 171 ss.; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti*, in questa *Rivista*, 1, 2011, 221 ss.

¹⁶ Il riferimento è alle sentenze della *Second District Court of Appeals* degli Stati Uniti nella causa *Filartiga c. Peña Irala* (1980), del Tribunale penale *ad hoc* per la ex-Jugoslavia nel caso *Furundzija* (1998), della *House of Lords* del 17 dicembre 2005 (su cui G. DI PAOLO, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. Pen.* 2640 ss).

¹⁷ Questi, infatti, «quando sono accusati di praticarla non ne rivendicano minimamente la liceità, ma tendono semmai a minimizzarne la portata o a rivendicare il diritto di regolamentarla a tutela di preminenti esigenze statali» (C. FIORAVANTI, *Persona, stato d'eccezione, divieto della tortura*, in *Per una consapevole cultura costituzionale*, a cura di A. Pugiotto, Jovene, Napoli, 2013, 572).

¹⁸ Sul divieto di tortura nel diritto internazionale generale come norma consuetudinaria cfr. A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in *La tortura nel nuovo millennio*, cit., 8-11; G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Indice Pen.* 2011, 746-748.

¹⁹ Il che rende del tutto infondata la tesi – spesa talvolta dalle autorità nazionali italiane in ambito internazionale – secondo la quale l'adattamento automatico intervenuto mediante il meccanismo legislativo del rinvio recettizio alla CAT assicurerebbe diretta applicabilità nell'ordinamento penale al reato di tortura.

al 1989²⁰, quando a Palazzo Madama – per iniziativa del senatore comunista Nereo Battello – venne depositato il primo disegno di legge diretto a introdurre il relativo reato nel codice penale. La verità è un'altra e ben più grave. La lacuna normativa è molto più datata, risalendo addirittura all'entrata in vigore della stessa Costituzione, il cui art. 13, 4° comma, così recita: «E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà».

In un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione citata è la sola ad imporre una repressione penale, perché l'esperienza della tortura, a molti Costituenti, non era affatto sconosciuta²¹. Dunque, «la tortura è l'unico delitto costituzionalmente necessario»²²: la ratifica dell'Italia di trattati e convenzioni che la vietano, quindi, obbedisce a un dovere di coerenza costituzionale come per una sorta di rima davvero obbligata, perché è già con l'entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948 che sorge l'imperativo legislativo di vietare la tortura e criminalizzarne il ricorso.

Da allora, sono trascorsi inutilmente sessantasei anni. Tutte le maggioranze parlamentari, di qualunque segno o colore, della “prima” e della “seconda” Repubblica, ne portano la responsabilità in parti eguali, avendo obbedito e ripetuto uno stesso copione fatto di inerzie, rinvii, navette, bocciature, mozioni e ordini del giorno inevasi ed emendamenti incredibili²³.

Quanto accaduto nello scorcio finale della scorsa XVI Legislatura – peraltro con un esecutivo c.d. tecnico in carica – non dovrebbe allora sorprendere. Eppure egualmente stupisce, lasciando interdetti²⁴. Nel bimestre conclusivo dell'anno 2012, infatti, le forze politiche hanno avuto due ghiotte opportunità parlamentari per rimediare all'inadempimento costituzionale e internazionale: l'approvazione, a novembre, della legge di ratifica e di esecuzione del Protocollo opzionale alla CAT e, a dicembre, della legge di adeguamento dell'ordinamento interno allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale (che contempla il reato di tortura tra i crimini contro l'umanità perseguibili dai giudici de L'Aja). Eppure né la legge 9 novembre 2012, n. 195²⁵, né la legge 20 dicembre 2012, n. 237²⁶ hanno colmato la lacuna.

La buona consuetudine italiana di essere parte dei trattati internazionali in materia si accompagna – anche questa volta – alla cattiva coscienza di chi sa di non fare fino in fondo il proprio dovere. Ne dà testimonianza l'approvazione alla Camera di ordini del giorno che paventano i rischi della mancata incriminazione e che impegnano il Governo «ad adottare, con grande sollecitudine, tutte le iniziative normative opportune affinché coincidano pienamente ed in modo inequivoco i crimini di competenza della Corte [penale internazionale] con reati previsti dalla legislazione interna»²⁷: con grande sollecitudine? Dopo sessantasei anni?

Lo scandalo nello scandalo, a fronte di un reato che non c'è e che continua ad essere rinviato, è la mancata indignazione – più che della classe politica²⁸ – dell'opinione pubblica, segnalata dalla fallita raccolta delle firme necessarie per depositare in Parlamento un disegno

²⁰ L'11 febbraio 1989 entra in vigore per l'Italia la CAT, dopo il deposito dello strumento di ratifica del 12 gennaio 1989 (l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione della Convenzione firmata a New York il 10 dicembre 1984 erano contenute nella legge 3 novembre 1988, n. 498). Dello stesso anno è la legge 2 gennaio 1989, n. 7, di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea contro la tortura, adottata a Strasburgo il 26 novembre 1987.

²¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, ne *Il Ponte*, 1949, 228 ss. (ma l'intero fascicolo 3 di quella Rivista è una testimonianza collettiva e generazionale della piena coscienza che i Padri Costituenti avevano – per esperienza diretta – della condizione carceraria e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti).

²² P. GONNELLA, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, ne *il manifesto*, 18 maggio 2012. In quanto costituzionalmente necessaria, la legge introduttiva del reato di tortura sarà da ritenersi sottratta a referendum abrogativo popolare, ex art. 75, 2° comma, Cost., anche in ragione della natura internazionalmente obbligatoria del nuovo crimine.

²³ Se ne può leggere un sintetico *excursus*, fino alla XIV Legislatura, in D. CARBONI, *Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia*, in *Onorare gli impegni*, cit., 67 ss.

²⁴ Fa bene a richiamare l'attenzione sul doppio tornante parlamentare S. BUZZELLI, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2013, p. 5.

²⁵ In tema cfr. F. PERSANA, *L'adesione dell'Italia al Protocollo opzionale del 18 dicembre 2002 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2013, 713 ss.; V. FLORESE, *Il protocollo aggiuntivo alla Convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti*, in *Diritti dell'uomo*, 2003, 64 ss.; A. SACCUCCI, *Verso nuovi orizzonti di tutela preventiva della tortura*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2002, 917 ss.

²⁶ Sulla quale cfr. E. GUARDUCCI - C. TUCCIARELLI, *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012*, in *Federalismi.it* – Focus *Human Rights*, n. 1, 2013, 1 ss.; V. ZANETTI, *Necessaria ma non sufficiente. La legge n. 237 del 2012 di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Studium Iuris*, 2013, 939 ss.

²⁷ Cfr. ODG 9/1439-A/3 (Ferranti, Rao, Ciriello, Touadi) accolto dal Governo, ODG 9/1439-A/4 (Gozi) e ODG 9/1439-A/5 (Palomba) che l'Assemblea di Montecitorio approva nella seduta del 22 maggio 2012.

²⁸ Come invece denuncia P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, cit., 36.

di legge di iniziativa popolare mirante ad introdurre il delitto di tortura²⁹. Evidentemente, le ragioni messe in campo per giustificare l'inopportunità se non addirittura l'inutilità di un simile crimine hanno costruito una narrazione persuasiva, non solo per la maggioranza degli eletti ma pure degli elettori.

Quali sono, allora, queste ragioni? Atteniamoci alle dichiarazioni e ai comportamenti ufficiali. E misuriamone la tenuta giuridica.

5.

«Non ci riguarda».

La tortura non ci riguarda, è la prima argomentazione. L'Italia è un paese civile e democratico, dove non si tortura, dunque l'introduzione di un reato che ne sanzioni la pratica sarebbe inutile. Purtroppo non è vero. In Italia si tortura. Sostenerlo non è una provocazione, né una denuncia politica, semmai un dato di fatto. L'esemplificazione è doverosa, accompagnata dall'invito a mettere da parte ogni auto indulgenza: occorre guardare all'accaduto, fino in fondo, senza volgere gli occhi altrove.

Il Tribunale penale di Asti, con sentenza pronunciata il 30 gennaio 2012³⁰, all'esito di una meticolosa e approfondita istruttoria ha ritenuto provato, «al di là di ogni ragionevole dubbio», l'esistenza nel carcere cittadino, di «una prassi generalizzata di maltrattamenti posti in essere verso i detenuti più problematici». Due di essi, «hanno subito non solo singole vessazioni, ma una vera e propria tortura, durata per più giorni e posta in essere in modo scientifico e sistematico»:

spogliati completamente e rinchiusi in una cella senza vetri alle finestre (chiuso solo dopo circa un mese con del *cellophane*), priva di materasso per il letto, di lavandino e di sedie o sgabelli, i due detenuti venivano lasciati uno per due mesi e l'altro per venti giorni, nel primo periodo totalmente nudi nonostante il clima invernale, con il cibo razionato (per una settimana solo pane e acqua). Durante tale periodo venivano ripetutamente insultati e percossi, in particolare durante la notte in modo da non lasciarli dormire, con seguito di gravi lesioni per uno dei due, al quale veniva anche strappato con le mani il "codino" che il detenuto si era fatto ai capelli.

Se il film *Diaz. Don't Clean Up This Blood* del regista Daniele Vicari può essere sembrato – ai più ciechi – una narrazione eccessiva di quanto accaduto nella notte tra il 20 e il 21 luglio 2001 a Genova, dove si svolgeva il G8, si legga allora la ricostruzione giudiziaria dei fatti accertati nelle sentenze della sez. II e della sez. III penali della Corte d'Appello genovese³¹:

dopo essere stati radunati nel cortile davanti al carcere, venivano allineati in piedi, a gambe divaricate e braccia alzate diritte sopra la testa, contro il muro della palazzina con le celle o la rete di recinzione del campo da tennis oppure nei pressi dell'edificio dove si effettuavano le operazioni di foto segnalamento. Spesso, le percosse iniziavano già lì. Una volta entrati nella struttura carceraria, gli arrestati venivano fatti sfilare lungo il corridoio – con la testa abbassata sin quasi all'altezza delle ginocchia – in mezzo a due ali di agenti che li ingiuriavano, sputavano loro addosso e li percuotevano con schiaffi e calci tentando di farli cadere a terra. Che fossero feriti o sani, all'interno delle celle dovevano restare in piedi per ore, con le gambe divaricate e le braccia alzate, o in ginocchio, con il viso rivolto alla parete, oppure nella posizione della "ballerina", in equilibrio sulle punte dei piedi o su una gamba sola. Obbligati a lunghe attese prima di essere finalmente accompagnati ai bagni, spesso erano costretti ad urinarsi addosso. Di cibo e acqua nemmeno l'ombra.

Ovunque si trovassero – dall'atrio al corridoio, dalle celle ai bagni – e senza alcun motivo apparente, venivano presi a pugni da mani coperte da pesanti guanti di pelle nera

²⁹ Cfr. la Legge 1. Contro la tortura (*Introduzione del crimine di tortura nel codice penale*), inclusa nel pacchetto *Tortura, carceri, droghe. Tre leggi per la giustizia e i diritti*, promosso da un *rassemblement* di Enti e Associazioni che operano nella realtà carceraria in *3leggi.it*. Il disegno di legge è stato comunque depositato alla Camera dei Deputati, come iniziativa legislativa parlamentare (cfr. A.C. n. 1801, Raciti e altri).

³⁰ Pubblicata in *Quest. Giust.*, 2012, 197 ss. (per le citazioni riportate nel testo vedi pp. 203-204).

³¹ Appello pen. Genova, sez. II, 5 marzo 2010, n. 678 (per i fatti di Bolzaneto); Appello pen. Genova, sez. III, 18 maggio 2010, n. 1530 (per i fatti avvenuti nella scuola Diaz). La narrazione che segue è ripresa – alla lettera – dalla evocativa ricostruzione di V. ZANETTI, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz. Il legislatore negligente, gli obblighi internazionali e la Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2012, 430 ss.

I giudizi delle Corti d'Appello sono stati sostanzialmente confermati dalle successive sentenze della Corte di Cassazione: cfr. [Cass. sez. V pen. 5 luglio 2012 \(dep. 2 ottobre 2012\), n. 38085](#), per i fatti accaduti nella scuola Diaz (in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012); [Cass. sez. V pen. 14 giugno 2013 \(dep. 10 settembre 2013\), n. 3708813](#), per i fatti avvenuti all'interno della caserma di Bolzaneto (in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013).

e picchiati con stracci bagnati o con i manganelli di ordinanza. Venivano spruzzati con sostanze urticanti ed irritanti, insultati, derisi, minacciati di morte, di percosse o di stupro, obbligati a pronunciare offese nei loro stessi confronti, ad inneggiare al fascismo, al nazismo o alla dittatura del generale Pinochet, a sfilare lungo il corridoio facendo il saluto "romano" e il passo "dell'oca", ad ascoltare "Faccetta nera" e frasi antisemite. I carcerieri spesso tagliavano loro ciocche di capelli da tenere come trofei; alle volte, per dividere in gruppi gli arrestati, li marchiavano sulla guancia, con un pennarello colorato, come capi di bestiame.

Il Tribunale di sorveglianza di Bologna, con ordinanza 21 maggio 2013, nel ricostruire la dinamica degli eventi sfociati nel decesso di Federico Aldrovandi avvenuto a Ferrara, alle ore 6.35 del 25 settembre 2005, qualifica il fatto come «integrante gli estremi del crimine [...] di tortura»³²:

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

Nel 2007, un ex maresciallo dei carabinieri ha raccontato all'autorità giudiziaria che nel 1976 l'allora diciottenne muratore Giuseppe Gulotta, accusato dell'omicidio di due carabinieri della piccola caserma di Alcamo (Trapani), era stato sottoposto a tortura e la sua confessione era stata estorta. Gulotta, al termine di ben nove processi, dopo la condanna definitiva all'ergastolo nel 1990, ha trascorso in carcere ventidue anni. Oggi, a cinquantasette anni, è tornato in libertà. All'epoca dell'arresto ritrattò subito la presunta confessione, denunciando le violenze subite in caserma per mano di una decina di carabinieri³³:

«Dov'è Gulotta?».

Lurlo arriva da dietro la porta. E' come una frustata, il gong di un incontro di pugilato, l'inizio di una tempesta che sta per abbattersi su di me. [...] Sono seduto di spalle alla porta che adesso è spalancata. Sento dei passi veloci, pesanti. Una decina di carabinieri mi arrivano addosso. Obbedisco all'istinto e mi alzo di scatto ma delle mani mi afferrano alle spalle e mi spingono giù, di nuovo sulla sedia. Altre mani mi corrono veloci lungo il mio corpo: qualcuno che non riesco a vedere mi lega i piedi alle gambe della sedia con le manette, qualcun altro entrambi i polsi ai braccioli. Muoio di paura, faccio resistenza, un bracciolo si rompe e schizza in aria finendo sul petto di un carabiniere. Riesco ancora a muovere un braccio ma da dietro me lo torcono mettendolo fuori uso. Sono completamente immobilizzato, urlo come un animale al macello. Qualcuno mi afferra i capelli da dietro, sono lunghi, gli viene facile. Ho gli occhi sbarrati puntati al soffitto, intravedo uomini in divisa a ogni lato. Provo a sfuggire alla morsa, ma arriva il primo colpo: un pugno in piena faccia. [...] Altri colpi, schiaffi, tre, quattro, a mano aperta. Urlano, la loro saliva mi finisce in faccia, con la testa all'indietro non riesco a deglutire, mi sembra di soffocare. «Pezzo di merda, li hai uccisi tu i nostri colleghi. Adesso ti ammazziamo». Il cuore mi batte fortissimo. Sono legato, non riesco a difendermi in nessun modo e loro hanno una rabbia bestiale.

Mani coperte da guanti neri continuano a colpirmi. Un puzzle di visi, di pezzi di visi, folle e velocissimo, passa davanti ai miei occhi. Non so quanto duri. Un dolore sordo mi invade. Mi tengono stretto adesso, la testa sempre all'indietro con i capelli tirati. Mi stanno schiacciando i testicoli. Urlo fortissimo fino a non riuscire a respirare. Si staccano da me per un attimo, mollano i capelli. Provo a riprendere fiato, ma non mi danno tregua. Con la coda dell'occhio la vedo vicinissima, il ferro freddo mi scortica la parte sinistra

³² *Ordinanza 21 marzo 2013 (dep. 27 maggio 2013) n. 2013/1281, Pres. ed Est. Maisto*, si può leggere in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2013.

³³ G. GULOTTA, *Alkamar. La mia vita in carcere da innocente*, con N. Biondo, Chiarelettere, Milano, 2013, 51-55.

della faccia: è una pistola. Il clic del cane si alza e batte a vuoto. Sto per vomitare, quella che hanno appena inscenato è una finta esecuzione.

Urlano tutti. Mi arrivano sputi in faccia. [...] «Non ho fatto niente» dico, e scoppio a piangere. Ma non ho scampo. Ricominciano di nuovo a picchiarmi, non reagisco, non riesco a muovermi, sono come un manichino, senza volontà. Sembrano lupi allenati alla caccia, si danno il cambio a picchiarmi, insultarmi [...]. Improvvisamente si fermano, come se avessero ricevuto un segnale, un comando. Escono tutti. Rimane solo un carabinieri in divisa [...]. Siamo soli, io e lui. Sono la preda che il cacciatore paziente aspetta di stanare, con le buone o con le cattive. [...] Stavolta non mi colpisce, vuole farmi parlare. E non capisco che tutto quello che dirò sarà usato per incastrarmi. Mi sto scavando la fossa con le mie mani, lo capirò molto tempo dopo.

«Guarda che ormai sappiamo tutto, a questo punto puoi confessare, non succede più nulla». [...] Nonostante tutto quello che mi stanno facendo, io sono innocente e non ho paura di parlare, di dire la verità. E' l'unico modo per convincerli che non sono io la persona che vogliono.

[...]. La stanza si riempie di nuovo di gente, in divisa e in borghese. Mi circondano e riprendono di nuovo a picchiarmi, sono quattro, cinque persone. [...] Ormai non mi chiedono più niente, picchiano e insultano. Non ho più voce per continuare a ripetere che non so nulla, non c'entro nulla. Riprendono a urlare, a minacciarmi di uccidermi. «Hanno confessato tutti, manchi solo tu». (*Svengo*). Qualcuno mi versa dell'alcol in faccia per farmi rinvenire. [...].

Quando rinvengo mi accorgo di essermela fatta addosso. Ma non c'è tregua, ricominciano subito, appena apro di nuovo gli occhi. [...] E arrivano altre botte. Riparte la paternale: «Perché non ci dici come avete fatto, come siete entrati dentro la caserma?». Non finisce mai, non finisce più. Da ore sono prigioniero, a due passi da casa, senza nessuno che possa salvarmi.

Non ho più forze, ho solo freddo, batto i denti, non mi sono mai sentito così solo.

«Vi dico tutto quello che volete, basta che la smettete». E' l'alba del 13 febbraio 1976.

Episodi isolati? Nel rapporto 2012 di *Amnesty International*, l'Italia è annoverata tra i paesi, dove casi di tortura (e altri maltrattamenti) sono stati denunciati e accertati³⁴. L'ultimo rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT), organo del Consiglio d'Europa, sugli esiti della visita condotta in Italia tra il 13 e il 25 maggio 2012, è stato reso pubblico solo il 19 novembre 2013: la lettura dei rilievi mossi al nostro Paese spiega, ampiamente, il perché di tale ritardata diffusione³⁵. Né sono mancate condanne all'Italia, pronunciate dalla Corte di Strasburgo, per violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti³⁶. La tortura, insomma, non ci è estranea: «nel quotidiano scorrere della realtà delle istituzioni totali (e non di esse soltanto)» rappresenta «un fatto ricorrente»³⁷. E' anche un fatto risalente, la cui emersione processuale si deve alla sentenza della sez. I pen. del Tribunale di Padova, pronunciata il 15 luglio 1983³⁸, nei confronti di funzionari e agenti della Polizia di Stato per le torture praticate a danno di cinque brigatisti rossi sospettati del sequestro del generale USA James Dozier, avvenuto a Verona il 17 dicembre 1981. Ciò che accadde nella notte tra il 27 e il 28 gennaio 1982 presso la questura scaligera, è stato di recente raccontato da uno degli imputati di allora, Salvatore Genova³⁹:

«La ragazza è legata, nuda, la maltrattano, le tirano i capezzoli con una pinza, le infilano un manganello nella vagina, la ragazza urla, il suo compagno la sente e viene picchiato duramente, colpito allo stomaco, alle gambe». [...] I poliziotti capiscono che (lui) sta per cedere. «Fu uno dei momenti più vergognosi di quei giorni» dice Genova, «avrei dovuto arrestare i miei colleghi e me stesso. Invece (lo) caricammo su una macchina e lo portammo alla villetta per il trattamento. Lo denudiamo, legato al tavolaccio subisce

³⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapporto 2012*, Fandango, Roma, 2013, 478 ss. (in particolare 483).

³⁵ Cfr. CPT/Inf(2013)33. Il Rapporto muove – tra gli altri – rilievi a proposito del sovraffollamento delle carceri (come quello di Bari, dove al tempo della visita lo spazio per persona era inferiore ai 2 mq), del frequente ricorso alla forza da parte della polizia penitenziaria e delle forze dell'ordine all'interno dei CIE, del trattamento eccessivamente restrittivo riservato ai detenuti sottoposti al regime c.d. di carcere duro (*ex art. 41-bis ord. penit.*). Il CPT torna a chiedere, inoltre, che l'Italia introduca nel proprio ordinamento il reato di tortura. Tale richiamo è costante, sia nei rapporti precedenti del CPT sia nelle raccomandazioni del Comitato dei diritti umani: cfr. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. Dir. Internaz.* 1999, 463-465, 474-475.

³⁶ Vedi *infra*, note 50, 98, 99, 100, 103.

³⁷ L. PEPINO, *Maltrattamenti in carcere, tortura, giudici*, in *Quest. Giust.* 2012, 196.

³⁸ La si può leggere tra la documentazione raccolta nel volume *Le torture affiorate*, Sensibili alle foglie, Tivoli (Rm), 1998, 346-371.

³⁹ La cui posizione processuale fu stralciata grazie alla sopravvenuta elezione a deputato (e alla negata autorizzazione a procedere opposta dalla Camera ai sensi del previgente art. 68 Cost.). La narrazione dei fatti è tratta dall'intervista rilasciata da Salvatore Genova a P.V. BUFFA, *Quando in Italia si seviziarono i brigatisti*, ne *il Venerdì di Repubblica*, 20 luglio 2012, 28-29.

l'acqua e sale e, dopo pochi minuti, parla, ci dice dov'è il generale Dozier». A coordinare il tutto e a eseguire il trattamento con acqua e sale, una tortura già usata dai francesi nella guerra di Algeria, è una squadretta speciale guidata da un alto funzionario di polizia, Nicola Ciocia, e composta da quattro poliziotti chiamati i *Quattro dell'Ave Maria*. La tecnica è all'apparenza semplice, ma bisogna essere molto esperti per praticarla in modo sicuro ed efficace. Il prigioniero è legato a un tavolo, con un tubo gli vengono fatte ingurgitare grandi quantità di acqua e sale che provocano, oltre alla nausea, un forte senso di soffocamento [...]. L'adrenalina scatenata dal successo dell'operazione Dozier (il generale liberato, i brigatisti catturati senza sparare un colpo) e i risultati ottenuti con le tecniche di Ciocia scatenarono lo spirito di emulazione. Nella caserma della Celere di Padova, dove furono portati i terroristi, non si andò tanto per il sottile. Genova e i suoi, infatti, furono arrestati con l'accusa di aver organizzato, tra l'altro, la finta fucilazione del brigatista rosso Cesare Di Lenardo.

La tortura ci riguarda, dunque. Non importa (giuridicamente) in quale misura⁴⁰, perché qualsiasi misura è sufficiente a giustificarne l'obbligo di penalizzazione. Non è il singolo paese che può unilateralmente annoverarsi tra quelli che rispettano il divieto di tortura⁴¹. Sarà il duplice controllo dell'autorità giudiziaria nazionale e della comunità internazionale a giustificarne – provvisoriamente – l'iscrizione nella lista dei paesi buoni o dei paesi cattivi.

6.

«Esiste già una batteria di norme repressive».

Si sostiene però che gli obblighi internazionali in materia, come pure quanto prescritto in Costituzione, non imporrebbero l'introduzione di un reato specifico di tortura. Più semplicemente, richiederebbero una copertura penale di condotte materiali riconducibili all'area semantica della pratica vietata. Da questo punto di vista – è la seconda ragione addotta – l'ordinamento penale italiano è in regola, contemplando già una sufficiente «batteria di norme repressive»⁴²: percosse (art. 581 c.p.), lesioni personali (art. 582 c.p.), ingiurie (art. 594 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art. 609 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.), sono fattispecie penali che andrebbero a comporre un'adeguata costellazione punitiva.

Non è così. La lunghezza dell'elenco dei reati deve fare i conti, infatti, con gli elementi

⁴⁰ Gli scettici possono farsi un'idea delle dimensioni del fenomeno attraverso la lettura sia di raccolte di documentazione sul tema (cfr., oltre al già citato volume *Le torture affiorate*, L. MANCONI – V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, il Saggiatore, Milano, 2011), sia di antologie di testimonianze (cfr. S. MARIETTI e G. SANTORO (a cura di), *Diritti e castigo*, Intra Moenia, Napoli, 2007; L. CARDINALINI, *Impiccati! Storie di morti nelle prigioni italiane*, DeriveApprodi, Roma, 2010; N. RAO, *Colpo al cuore*, Sperling & Kupfer, Milano, 2011; A. CHIARELLI, *Malapolizia*, Newton Compton, Roma, 2011).

⁴¹ Pretesa che fu dell'allora Ministro degli Interni, Virginio Rognoni, nella sua risposta alle numerose interpellanze (2-01930, Milani e altri; 2-01949, Bonino e altri; 2-01950, De Cataldo e altri; 2-01951, Spagnoli e altri; 2-01953, Reggiani; 2-01954, Mancini) relative ai maltrattamenti inflitti al terrorista Cesare Di Lenardo (cfr. Camera, seduta del 6 luglio 1982): il testo degli atti ispettivi, la risposta ministeriale e le repliche degli interpellanti sono leggibili nel volume *Le torture affiorate*, cit., 242-259.

Su quel tornante storico lo stesso ex Ministro degli Interni è tornato recentemente (V. ROGNONI, *Contro il terrorismo la risposta fu politica*, ne *Corriere della Sera*, 16 gennaio 2014), negando che, allora, la democrazia – quotidianamente stretta tra «ruide domande di sicurezza e sacrosante esigenze di legalità» – si fosse imbarbarita nella lotta al terrorismo. Eppure, proprio lo stesso giorno, la Corte d'Appello di Perugia rendeva note le motivazioni con le quali accoglieva l'istanza di revisione del processo nei confronti del militante brigatista Enrico Triaca, condannato per calunnia nel novembre 1978, per aver dichiarato di essere stato sottoposto a tortura dopo l'arresto, avvenuto il 17 maggio 1978, nell'ambito delle indagini sul rapimento Moro: ora, secondo i giudici, alla luce delle risultanze processuali «deve necessariamente concludersi» che uomini della polizia, autorizzati dai superiori, utilizzarono pratiche di *waterboarding* nei confronti di soggetti arrestati «al fine di sottoporre costoro a una pressione psicologica che avrebbe dovuto indebolirne la resistenza e indurli a parlare» (cfr. Corte d'Appello di Perugia, sentenza 15 ottobre 2013, dep. 16 gennaio 2014). Per una ricostruzione giudiziaria dell'intera vicenda cfr. T. BARILLA e P. MIRENDA, *Processo alla tortura*, in *Left*, n. 24, 22 giugno 2013.

⁴² L'espressione è di G. AMATO, *Rapporti civili. Sub art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, 28. L'argomento è stato speso anche recentemente dal Governo italiano, nella sua risposta alla richiesta formulata dal CPT di introdurre nell'ordinamento penale il reato di tortura (vedi *supra* nota 35).

costitutivi della nozione internazionale di tortura⁴³ e con gli obblighi che il diritto pattizio e le consuetudini internazionali fanno discendere dal suo divieto. Così scrutinato, quell'elenco si rivela carente sotto diversi profili:

[1] Si tratta, in molti casi, di reati comuni⁴⁴. Viceversa, prevedendo che «il dolore e la sofferenza siano inflitti da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o altra persona che svolga una funzione ufficiale», la fattispecie di tortura viene declinata in ambito internazionale come un reato proprio che chiama in causa la responsabilità di membri dell'apparato statale.

[2] Si tratta di reati che, il più delle volte, si muovono all'interno di un perimetro che non include l'elemento materiale della violenza psicologica: viceversa, secondo le fonti internazionali, la tortura ricorre in «ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenze gravi, sia fisiche che *mentali*».

[3] Analogamente, in taluni reati (quali le percosse o le lesioni personali) a mancare è l'elemento psicologico dell'infliggere «*intenzionalmente*» dolore e sofferenze gravi, tipico invece nella tortura come definita dal diritto pattizio. Così come altri, per il bene giuridico tutelato, si rivelano inidonei a coprire lo spettro ben più ampio della fattispecie convenzionale di tortura: è il caso – ad esempio – dell'art. 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati o detenuti) che, posto a presidio della sola libertà personale del ristretto, non include condotte quali le percosse, le lesioni, le ingiurie, le molestie sessuali, i maltrattamenti. In entrambi i casi, la copertura delle condotte vietate dalla Convenzione non è integrale⁴⁵.

[4] La dosimetria sanzionatoria di tali reati, pur elevata in astratto⁴⁶, se opportunamente bilanciata con le attenuanti del caso si abbatte considerevolmente, com'è accaduto all'esito delle vicende – prima ricordate – di Asti e di Genova. Con l'ulteriore conseguente possibile applicazione della sospensione condizionale della pena, dell'affidamento in prova ai servizi sociali del reo, dell'inclusione in eventuali provvedimenti di clemenza generale. La gravità del ricorso alla tortura, che è alla base della sua collocazione tra i crimini contro l'umanità⁴⁷, ne imporrebbe viceversa l'espressa estromissione dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti ai fini della determinazione della pena da irrogare.

[5] Per la procedibilità di molti dei reati elencati è richiesta la querela di parte: decisione difficile per chi è vittima di tortura, specie se ancora ristretta, dunque timorosa di subire ritorsioni perché «una persona torturata una prima volta sa che sul suo corpo arriverà il tempo della seconda tortura. Non si tortura mai una volta sola»⁴⁸: e così, il più delle volte, i fatti vengono alla luce (quando vengono alla luce) del tutto casualmente⁴⁹. Al fine di evitare il crearsi o anche solo di favorire possibili margini d'impunità, il reato di tortura andrà allora annoverato tra quelli perseguibili d'ufficio. In linea, peraltro, con gli obblighi internazionali in materia di natura procedurale, come quello di svolgere indagini accurate in presenza di denunce credibili

⁴³ Art. 1, CAT: «Ai fini della presente Convenzione, il termine "tortura" indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

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

⁴⁴ E tale si configura anche l'art. 613-bis c.p., rubricato «Tortura», nel testo unificato approvato dalla Commissione Giustizia in sede referente nell'attuale XVII Legislatura (56° seduta, 22 ottobre 2013), nonostante il tentativo di mutarne la natura in reato proprio (cfr. emendamento 1.3 Buemi, respinto in Commissione, 47° seduta, 25 settembre 2013).

⁴⁵ Proprio in ragione di tale copertura penale frammentata, si sostiene in dottrina che il nostro ordinamento risulti inadempiente rispetto agli ulteriori obblighi sanciti dagli artt. 4, 2° comma, e 5 CAT, laddove esigono pene adeguate alla gravità del fatto qualificabile come tortura e sanciscono il principio della giurisdizione universale sulle trasgressioni del divieto di tortura: cfr. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali*, cit., 469-470; vedi anche G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale*, cit., 749-754.

⁴⁶ Anche il nuovo art. 613-bis c.p. (vedi *supra*, nota 44) prevede per la fattispecie base del reato di tortura pene detentive decisamente elevate (da tre a dieci anni), e altrettanto fa per l'ipotesi aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (da quattro a dodici anni), con la conseguenza che, qualora la fattispecie sia ulteriormente aggravata dall'evento – quali le lesioni gravissime – la pena per il reo potrebbe anche arrivare nel massimo a diciotto anni.

⁴⁷ Cfr. art. 7, 1° comma, lett. f), Statuto della Corte penale internazionale.

⁴⁸ P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, cit., 80.

⁴⁹ Come nella vicenda di Asti: cfr. L. PEPINO, *Maltrattamenti in carcere*, cit., 195.

e di fornire informazioni sull'andamento delle indagini e del processo⁵⁰.

[6] Un'analoga preoccupazione induce a ritenere carente la batteria di norme repressive vigenti anche in ragione dei loro termini brevi di prescrizione. Il complice contesto omertoso che caratterizza le vicende di tortura e la difficoltà a reperire altri testimoni diversi dalla stessa vittima, sono ostacoli seri all'istruzione di un processo. Così come deve passare del tempo prima che il torturato (magari detenuto per anni in carcere), uscito finalmente dalla disponibilità del torturatore, decida di sporgere denuncia. Il conto alla rovescia della prescrizione e la sua brevità finiscono così per non assicurare nel concreto l'effettività della risposta sanzionatoria. Per un verso, la CAT impone pene «adeguate alla gravità del reato»: una pena lieve, dunque soggetta a termini di prescrizione brevi, espone al rischio dell'impunità, in aperta violazione di quell'obbligo⁵¹. Per altro verso, lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale ha risolto il problema annoverando la tortura tra i crimini contro l'umanità, dunque imprescrittibili. Altrettanto è chiamato a fare il legislatore italiano.

Allo stato del giure, dunque, il quadro sanzionatorio italiano si rivela decisamente inadeguato, e una pluralità di condotte riconducibili alla fattispecie di tortura rischiano seriamente di restare impunte⁵².

7.

«Nel nome della ragione di Stato».

Spesso è la *salus rei publicae* ad essere chiamata in causa: alla presenza di un pericolo esiziale e non altrimenti evitabile per la salvaguardia dello Stato, incauto sarebbe quell'ordinamento che non tollerasse il ricorso, quale rimedio estremo, alla tortura giudiziaria. La difesa della sicurezza di un paese e del suo popolo può costringere alla coazione e alla violenza, per mettere in condizioni di non nuocere feroci nemici delle libertà civili nelle democrazie moderne. In questa logica, rinunciare alla c.d. tortura di salvezza, e addirittura perseguire quei «patrioti di ultima istanza» che la mettono in pratica, sarebbe «indizio censurabile di follia»⁵³.

Fa così la sua comparsa l'eternamente reincarnata ragione di Stato, «il terribile stato di eccezione nel quale tutti i leggeri legamenti dei materiali giuridici si consumano alla fiamma della discriminazione ultima tra amico e nemico»⁵⁴. Il realismo che ammantava l'argomento è solo apparente: si ipotizza un caso-limite che costringe ad una logica binaria (la messa in pericolo di tutti o la sofferenza di uno solo); sciolta l'alternativa a vantaggio del male minore, miracolosamente si restituirebbe sicurezza a chiunque. Come se davvero l'esito salvifico potesse dipendere dal supplizio imposto ad un colpevole (o presunto tale) e dalla sua estorta confessione, quando, invece, la molteplicità dei nessi causali e le imprevedibili variabili del reale non riproducono mai il miracoloso effetto domino assunto in premessa. L'esito della compiaciuta simulazione, semmai, è un altro: si legittima la tortura quale *extrema ratio* e, una volta ottenuto il salvacondotto, vi si fa ricorso altrimenti:

⁵⁰ Obbligo che la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo ricava implicitamente dal divieto di cui all'art. 3 CEDU (*ex plurimis*, Corte EDU, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000): cfr. A. GIANELLI - A. MARCHESI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in *Tortura di Stato*, cit., 143.

Per una recente condanna dell'Italia per violazione di tali obblighi procedurali cfr. Corte EDU, sez. II, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012: la si può leggere in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013, con nota di M. PELAZZA, [Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU](#).

⁵¹ Ecco perché in dottrina (ad esempio, S. SENESE, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, a cura di S. Anastasia, Giappichelli, Torino, 2011, 101) si ritiene che la non imprescrittibilità dei reati comuni integranti tortura ai sensi dell'art. 1, CAT, configurerebbe un'omissione normativa illegittima per violazione degli artt. 13, 4° comma, e 117, 1° comma.

⁵² Tale stato di cose è alla base dei ricorsi – ad oggi – pendenti a Strasburgo, promossi in parallelo alle vicende genovesi del luglio 2001, in cui viene lamentata contro l'Italia la violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 CEDU, sotto il profilo della mancata punizione dei responsabili (per effetto del decorso dei termini di prescrizione), e della mancata previsione di un reato di tortura dotato di un adeguato quadro edittale: cfr. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1801 ss.

⁵³ Entrambe le espressioni citate sono di Giuliano Ferrara: cfr. la polemica ospitata sulle pagine de *il Foglio* tra il suo Direttore (ID., *Da "bye bye Condi" a "bye bye Seldon Lady", festa grande per la CIA*, 21 luglio 2013; ID., *Il pm Spataro si fa intellettuale e politico, e distribuisce ordini agli stati*, 29 luglio 2013) e il Sostituto Procuratore della Repubblica di Milano Armando Spataro (ID., *Abu Omar e altro, ci scrive Spataro che le rendition non funzionano*, 25 luglio 2013).

⁵⁴ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 98. Per una riflessione critica sulla categoria del c.d. diritto penale del nemico, cfr. A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, 107-175.

Sapete quel che si dice a volte per giustificare i carnefici: bisogna pur ridursi a torturare un uomo se dalla sua confessione possono dipendere centinaia di vite umane. E' un bell'espedito da Tartufe. Alleg [...] non era un terrorista. [...] Era per salvare delle vite umane che gli si bruciavano i capezzoli e i peli del pube? No, si voleva soltanto estorcergli l'indirizzo dell'amico che lo aveva ospitato. Se avesse parlato, si sarebbe messo un comunista di più sotto chiave: ecco tutto⁵⁵.

E poiché il tabù, una volta infranto, è rimosso per sempre e non è più possibile riedificarlo, la china intrapresa si rivelerà pericolosamente scivolosa:

Un uomo ammette d'aver piazzato una bomba: il ricorso alla tortura salverà delle vite. Un uomo è sospettato d'aver piazzato una bomba: la tortura lo scoprirà. Un uomo ha un amico sospettato d'aver piazzato una bomba: la tortura porterà a individuare il sospetto. Un uomo professa idee pericolose e potrebbe avere in mente di piazzare una bomba: la tortura rivelerà i suoi piani⁵⁶.

Da giurista positivo, mi accontento di replicare a tale strategia argomentativa facendo appello all'ordinamento normativo proprio di uno Stato costituzionale di diritto: sconfessato ogni qual volta, dietro la facciata di una sua presunta e inevitabile necessità, la tortura viene praticata più o meno clandestinamente.

Sul piano degli obblighi internazionali – come già detto – nessuna circostanza eccezionale, quale essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altra situazione d'emergenza, può essere invocata per giustificare la tortura, escludendosene dunque qualunque limitazione alla sua messa al bando. A ciò anche l'Italia è obbligata e con essa il legislatore penale, sia in ragione del diritto internazionale pattizio (art. 117, 1° comma, Cost.) sia perché il divieto assoluto e inderogabile di tortura è norma internazionale consuetudinaria (art. 10, 1° comma, Cost.).

Rispetto a questo esigente quadro vincolante, il nostro ordinamento non è del tutto inadempiente. La legge 31 gennaio 2002, n. 6 – di conversione del decreto legge 1 dicembre 2001, n. 421 – ha introdotto nel c.p.m.g. l'art. 185-*bis* a tenore del quale «il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie *atti di tortura* o altri trattamenti inumani [...] in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette [...] è punito con la reclusione da uno a cinque anni». Il reato di tortura, che il legislatore non ha ancora inserito nel codice penale, è così contemplato in quello militare di guerra, che trova applicazione – è bene rammentarlo – anche ai corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, sia pure in tempo di pace. Per quanto paradossale⁵⁷, il dato merita la giusta valorizzazione: quello bellico è lo stato d'eccezione per antonomasia; ciò nonostante, la tortura “militare” è sanzionata penalmente.

L'invocazione della *salus rei publicae* a giustificazione della tortura può trovare una sua smentita anche nella recente disciplina sul segreto di Stato⁵⁸. La sua apposizione può in concreto comprimere principi e regole di funzionamento dell'ordinamento statale, in nome della «sicurezza dello Stato» che «costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato»⁵⁹. Le condizioni per la sua applicazione non sono state tipizzate dal legislatore, che ha scelto di ricorrere ad una casistica dalla incerta interpretazione⁶⁰. In compenso notizie, documenti o cose riconducibili a «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», non sono secretabili, ai sensi dell'art. 39, 11° comma, della legge n. 124 del 2007.

Né il legislatore⁶¹ né la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma⁶² hanno sostanzialmente la nozione richiamata: si può tentare di farlo muovendo dal concetto di “sicurezza” dello Stato, declinandolo nei termini di “salvezza” delle esigenze dello Stato-comunità⁶³. «Fatto eversivo dell'ordine costituzionale» sarà allora ciò che mette a repentaglio, più ancora della

⁵⁵ J. P. SARTRE, *op. cit.*, 15.

⁵⁶ Non ricordo con esattezza la fonte della formidabile citazione (a memoria, riconducibile a un testo curato da Amnesty International).

⁵⁷ Ed anche fatto oggetto di analisi critica in dottrina: cfr. G. LANZA, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale*, cit., 761-764.

⁵⁸ Legge 3 agosto 2007, n. 124, successivamente modificata dalla legge 7 agosto 2012, n. 13.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 87/1977.

⁶⁰ Cfr. art. 39, 1° comma, legge n. 124 del 2007.

⁶¹ Salvo l'elencazione tassativa di specifici delitti previsti nel codice penale: artt. 285, 416-*bis*, 416-*ter*, 422 (cfr. art. 39, 11° comma, legge n. 124 del 2007).

⁶² Cfr. le sentenze nn. 106/2009 e 40/2012.

⁶³ E non a tutela degli interessi «del Governo e dei partiti che lo sorreggono»: Corte costituzionale, sent. n. 87/1977.

forma statale, la sopravvivenza della sua sostanza da individuarsi nel nucleo dei suoi principi supremi e dei suoi diritti fondamentali. Qui il cerchio si chiude, perché la tortura lede la dignità umana, principio supremo e condizione prima per la titolarità dei diritti. «Nella contrapposizione tra sicurezza e libertà è la dignità umana a essere il concetto che deve orientare la decisione»⁶⁴: del Presidente del Consiglio di ricorrere o meno allo strumento del segreto; dell'autorità giudiziaria di contestarne l'uso; della Corte costituzionale, quale giudice del conflitto tra poteri, di accertarne il legittimo ricorso. Se e quando il legislatore introdurrà il reato di tortura, esso andrà dunque annoverato tra i delitti al verificarsi dei quali la legge n. 124 del 2007, già oggi, esclude l'operatività del segreto di Stato⁶⁵.

L'analisi del diritto positivo finisce così per confermare quanto è argomentabile sul piano teorico: «In democrazia l'esistenza che è in gioco è quella della *Costituzione* e dei suoi diritti. Insomma, nel contesto dell'ordinamento costituzionale, e più in generale in uno Stato di diritto, lo *Stato* come tale non è mai un argomento»⁶⁶.

8.

«Per legittima difesa o per stato di necessità».

L'ordinamento penale, però, contempla ipotesi in cui addirittura il cagionare la morte altrui è condotta scriminata, se il soggetto ha agito per legittima difesa (art. 52 c.p.) o in stato di necessità (art. 54 c.p.). A maggior ragione – si sostiene – dovrà giustificarsi in casi altrettanto estremi il ricorso da parte dello Stato alla tortura, pratica non esiziale per la vita del soggetto che ne è vittima.

La tesi è errata in premessa: l'analogia è procedimento vietato in materia penale, così com'è infondata l'idea di una scriminante collettiva perché la responsabilità penale è sempre e solo personale.

Di entrambi gli istituti invocati per analogia, inoltre, mancano in realtà le condizioni di operatività nella condotta del torturatore⁶⁷. Per darsi, legittima difesa e stato di necessità esigono un «pericolo attuale»: viceversa, il soggetto torturato (dunque oramai nelle condizioni di non nuocere e nella disponibilità materiale dell'apparato statale) non incarna alcun pericolo diretto e immediato, così come è del tutto ipotetica la rilevanza delle informazioni – estortegli attraverso il supplizio – a sventare l'offesa temuta. Per darsi, entrambe le scriminanti richiedono altresì una difesa «proporzionata all'offesa», un fatto «proporzionato al pericolo»: viceversa, è nella sua stessa fenomenologia che la tortura si riveli eccessiva (quanto a tasso di violenza e crudeltà) e asimmetrica (nella relazione tra carnefice e vittima), dunque strutturalmente sproporzionata⁶⁸.

L'argomento si rivela infondato anche nell'accreditare all'esito del supplizio giudiziario una carica salvifica rispetto ad un pericolo incombente. La tortura, infatti, non garantisce alcuna certezza circa l'autenticità delle informazioni estorte. Tra gli argomenti che l'illuminismo giuridico ha con più efficacia ripreso e rielaborato contro la pratica inquisitoria del supplizio vi è proprio l'inutilità della tortura giudiziaria: «Perché il dolore dovrebbe forzarmi a dire il vero piuttosto che il falso, posto che ciò che conta è dire ciò che mi libera dal dolore?». Le parole del torturato sono inautentiche perché «il linguaggio di colui che patisce è [...] “Dirò quello che tu vuoi che io dica»⁶⁹. La verità è che «la tortura non c'entra nulla con la verità»⁷⁰, e che l'unica

⁶⁴ P. GONNELLA, *op. cit.*, 21. Come osserva N. GARBELLINI, *De salute rei publicae? Genesi, compatibilità costituzionale e dinamiche della disciplina sul segreto di Stato introdotta con legge 3 agosto 2007, n. 124* (Tesi di dottorato, XXV Ciclo, Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara, 2012, 127-133), più di quella costituzionale è la giurisprudenza della Corte EDU a offrire elementi di supporto all'interpretazione prospettata nel testo: cfr. Corte EDU, *Imakayeva c. Russia*, 9 febbraio 2007; *El-Masri c. Repubblica di Macedonia*, 13 dicembre 2012.

Sul punto, possiamo davvero imparare dagli altri: cfr. la sentenza della Corte costituzionale tedesca, 15 febbraio 2006, dichiarativa dell'illegittimità della legge nazionale sulla sicurezza aerea, approvata quale misura di contrasto al terrorismo internazionale, laddove prevedeva la liceità dell'abbattimento in volo di un aereo dirottato.

⁶⁵ Vedi, *supra*, nota 62.

⁶⁶ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 148 (corsivi testuali).

⁶⁷ *Ivi*, 137 e 144-145.

⁶⁸ Lo certifica anche l'impossibilità, concettuale prima ancora che normativa, di un abuso di tortura quale autonoma fattispecie di reato o aggravante specifica (l'osservazione è di Patrizio Gonnella).

⁶⁹ La citazione è di Josef von Sonnenfels (che traggio da M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 64).

⁷⁰ P. GONNELLA, *op. cit.*, 114.

cosa di cui si può essere certi, al termine di una tortura “riuscita”, è che essa ha superato la soglia di resistenza al dolore della vittima, mettendo nelle mani del carnefice non *il* colpevole ma *un* colpevole⁷¹.

Nella consapevolezza di ciò – e con evidenti finalità di prevenzione – il diritto internazionale pattizio prescrive l'inutilizzabilità processuale degli elementi di prova estorti mediante tortura⁷². Altrettanto accade nel nostro ordinamento da quando, con l'art. 191 c.p.p., è stato introdotto l'istituto del divieto probatorio e la conseguente inutilizzabilità della prova assunta illegittimamente⁷³.

9.

«E' un reato-manifesto».

Nel recente dibattito parlamentare poi approdato alla già citata legge n. 237 del 2012, si è data voce al diffuso convincimento che l'introduzione del reato di tortura avrebbe «obiettivi ideologici ben precisi» volti a «penalizzare le forze dell'ordine», limitandone l'attività in misura significativa e – nel contempo – offendendo la professionalità e la dignità degli operatori della sicurezza. La domanda di criminalizzazione della tortura, dunque, altro non sarebbe che una «pesante spada di Damocle [...] sugli agenti di polizia», nulla di diverso da «una legge manifesto» priva di ragionevolezza⁷⁴.

Questo senso comune è radicato, perché chiama in causa il processo di immedesimazione – simbolica, dunque possente e profonda – tra lo Stato e gli apparati deputati alla sua sicurezza⁷⁵. E' l'inchiostro simpatico con il quale sono state scritte alcune pagine parlamentari del libro incompiuto sul reato che non c'è, dove l'obiettivo di restringere l'ambito di applicazione del divieto di tortura rivela – in trasparenza – la finalità di non “legare troppo le mani” alle forze dell'ordine. Ad esempio, quando si tenta di includere nella relativa condotta materiale il requisito della *reiterazione* dell'atto o della minaccia di violenza⁷⁶: come se sottoporre a tortura una prima volta configurasse solo una giustificata prova generale, una innocua anteprema insufficiente alla consumazione del reato. Oppure quando ci si oppone all'introduzione di una norma che imponesse la numerazione della divisa e del casco degli agenti impegnati in ope-

⁷¹ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 70.

⁷² Cfr. art. 15, CAT: «Ogni Stato Parte vigila affinché ogni dichiarazione in cui si sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura non possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura, al fine di determinare che una dichiarazione è stata resa». Analogamente, in ambito di Consiglio d'Europa, esemplare è quanto deciso dalla Corte EDU, Grande Camera, *Gäfgen c. Germania*, 1 giugno 2010.

⁷³ Il tema è approfondito da F. RUGGIERI, *Le prove trovate con la forza*, in *Tortura di Stato*, cit. 201 ss. Segnalo che il disegno di legge approvato in Commissione Giustizia del Senato (vedi *supra*, nota 44), aggiunge all'art. 191 c.p.p. un nuovo comma 2-*bis*, a tenore del quale «le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

Attorno all'esistenza di un obbligo per l'imputato di dire la verità (e dei mezzi attraverso i quali indurlo a dirla) si consumò, in passato, un'illuminante polemica – che inviterei a rileggere – tra Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei (*A proposito di tortura*) sulle pagine della *Riv. Dir. Proc.*, 1952, 234-239.

⁷⁴ Cfr., V. ZANETTI, *Necessaria ma non sufficiente*, cit., 944. Echi di tale argomentazione si sono uditi anche più di recente in Commissione Giustizia del Senato (47° seduta, 25 settembre 2013). Si spiega così la delimitazione materiale della fattispecie, nella formulazione approvata in Commissione (vedi *supra*, nota 44): le sofferenze fisiche e psichiche provocate al torturato devono essere «acute»; il torturato deve essere «persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa». Ciò nonostante, secondo l'incontentabile sen. Giovanardi il nuovo art. 613-*bis* c.p. presterebbe il fianco ad accuse pretestuose a funzionari di polizia e magistrati inquirenti, dal momento che la condotta che integra il reato può consistere in mere omissioni cagionanti acute sofferenze psichiche, costituendo esse uno stato del tutto soggettivo. Analoga riserva mentale spiega perché il nuovo art. 613-*ter* c.p., configurando il reato di istigazione a commettere tortura, ne limita la punibilità all'ipotesi in cui tanto l'istigatore quanto l'istigato siano pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

⁷⁵ Come osserva P. GONNELLA, *op. cit.*, 37-39, «poliziotto e Stato si sentono la stessa cosa in quanto il primo assicura la ragione di vita del secondo»; è un processo di immedesimazione che contagia i mass-media, l'opinione pubblica, talvolta la stessa magistratura inquirente e giudicante, e che viene certificata da una esplicita scelta ordinamentale: all'omesso reato di tortura fa *pendant* l'aggravio di pena qualora il delitto di lesioni è commesso contro un pubblico ufficiale (art. 583-*quater*, c.p.).

⁷⁶ Cfr. XIV Legislatura, Camera, Aula, seduta del 22 aprile 2004, approvazione dell'emendamento presentato dall'on. Lussana; la vicenda è analiticamente ripercorsa da A. MARCHESI, *Quante volte? Il problema dell'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano e il famigerato emendamento sulla "reiterazione"*, in *Abu Graib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate sulla tortura in Iraq*, a cura di Amnesty International, EGA, Torino, 2004, 48 ss.

Segnalo che – incredibilmente – anche il nuovo art. 613-*bis* c.p. (vedi *supra*, nota 44) considera integrato il reato di tortura se le sofferenze sono cagionate «con più atti di violenza o di minaccia», finendo così per farne dipendere la consumazione dalla necessità di una reiterata violenza: cioè, in altri termini, dalla maggiore o minore resistenza al dolore da parte della vittima.

razioni di ordine pubblico, agevolandone così l'eventuale identificazione⁷⁷. O ancora quando si propone, in luogo del reato di tortura, l'introduzione di una specifica aggravante per delitti non colposi contro la persona⁷⁸ o se ne derubrica la natura a reato comune⁷⁹: diluendo così la gravità di un abuso di potere che, proprio perché commesso da soggetti dell'apparato statale (magari nei luoghi di fermo o di detenzione), come tale va riconosciuto e autonomamente sanzionato. Alla fine, «è una questione di simboli. Al limite può essere accettato che la tortura sia un delitto generico ma mai che sia un delitto proprio ed esclusivo di agenti dello Stato»⁸⁰.

La nostra carta costituzionale dice cose diverse. Essa ammette la forza ma vieta la violenza: in sede cautelare (art. 13, 4° comma), in sede di esecuzione della pena (art. 27, 3° comma), in sede di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, 2° comma). Di più, come già visto⁸¹: ne impone la criminalizzazione sia direttamente, sia in obbedienza agli obblighi internazionali pattizi e consuetudinari. Dell'integrità fisica e psichica di una persona – non importa se innocente o colpevole – finita in custodia dei propri apparati di sicurezza, risponde lo Stato. E ogni volta che una custodia personale si conclude con la morte, con la tortura o con la ricorrente (e sospetta) circostanza del fermo violento accompagnato dalla denuncia per resistenza a pubblico ufficiale, quell'obbligazione viene meno. E, con essa, si mina alla radice la stessa legittimazione democratica dello Stato.

Se questa è la posta in palio, la prospettiva iniziale da cui porsi il problema dei limiti d'azione alle forze dell'ordine va esattamente capovolta: per quanto far rispettare la legge e garantire la sicurezza dei consociati sia compito estremamente complicato, non per questo legittima il ricorso alla «violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà», che in ogni sua forma, oltre a non essere ammessa, «è punita» (art. 13, 4° comma, Cost.).

Risponde a questa stessa logica tutta una serie di obblighi positivi e negativi che l'ordinamento internazionale trae dal divieto di tortura: l'impossibilità per il torturatore di invocare quale causa di giustificazione l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica⁸²; l'obbligo di svolgere indagini tempestive ed efficaci in presenza di denunce di tortura⁸³; la circostanza che «la prescrizione, l'indulto e ogni altra misura clemenziale con effetti d'impunità, come pure la concessione di attenuanti»⁸⁴ configuri una violazione del divieto di tortura e degli obblighi positivi ad esso ricollegati. Sono norme (scritte o fissate dal diritto vivente giurisprudenziale) riconducibili alla comune *ratio* di contrastare la cultura dell'impunità e ogni tentazione di legittimare o incentivare pratiche violente incondizionatamente vietate⁸⁵.

Non si va dunque oltre le righe se si conferma una valutazione critica del recente provvedimento di grazia – peraltro dalla dubbia regolarità costituzionale⁸⁶ – concessa dal Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, a favore del generale USA Joseph Romano III, condannato in via definitiva per la sua partecipazione all'operazione di *extraordinary rendition* di cui

⁷⁷ In linea con quanto già accade in altri paesi europei: vedi, da ultimo, l'*Arrêté relatif aux conditions et modalités de port du numéro d'identification individuel par les fonctionnaires de la police nationale, les adjoints de sécurité et les réservistes de la police nationale*, assunto dal Ministro dell'interno francese il 24 dicembre 2013 (pubblicato nel *Journal Officiel de la République Française*, 27 dicembre 2013).

⁷⁸ Cfr. XIII Legislatura, disegno di legge recante *Norme in materia di tortura ed altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti*, approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 luglio 2000 (segnalato da C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano*, cit., 563-564).

Anche nell'attuale XVII Legislatura tre disegni di legge, configurando la tortura come reato comune, mirano a introdurre un'aggravante determinata dalla qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Con esiti sanzionatori, peraltro, risibili (opportuno segnalati dal Presidente della Commissione Giustizia, sen. Palma: cfr. 33° seduta, 5 agosto 2013): due di essi (A.S. 849, Buccarella e altri; A.S. 874, Torrisi), non ricollegando alcun effetto speciale a tale aggravante, la rendono superflua in ragione della già esistente aggravante comune di cui all'art. 61, 1° comma, n. 10, c.p.; il terzo (A.S. 362, Casson e altri), prevede un aggravio di pena pari nel minimo, e sensibilmente inferiore nel massimo, rispetto a quanto conseguirebbe all'applicazione della suddetta aggravante comune.

⁷⁹ Come fa il nuovo art. 613-bis c.p. (vedi *supra*, nota 44). Ma già nella XVI Legislatura, A.S. 1596, Di Giovan Paolo e altri: intendendone affermare un divieto assoluto e universale, «nel presente disegno di legge la tortura viene definita come reato comune, seppur aggravato in caso si tratti di pubblico ufficiale. Pratiche di tortura possono essere esercitate anche all'interno di un nucleo familiare e limitare il reato al pubblico ufficiale sarebbe riduttivo e significherebbe marginalizzare la gravità del reato» (così la relativa relazione illustrativa, p. 3).

⁸⁰ P. GONNELLA, *op. cit.*, 44.

⁸¹ Il rinvio è *supra*, al § 4.

⁸² Cfr. art. 2, 3° comma, CAT.

⁸³ Vedi, *supra*, nota 50.

⁸⁴ C. FIORAVANTI, *Persona, stato d'eccezione*, cit., 579.

⁸⁵ Nella stessa direzione andrebbe auspicata la costituzione dello Stato quale parte civile, nei processi contro membri delle forze dell'ordine imputati di condotte riconducibili nell'alveo della tortura. Segnalando come ciò non sia avvenuto nei procedimenti – più volte citati – di Asti e di Genova o per le morti di Federico Aldrovandi e Stefano Cucchi, P. GONNELLA, *op. cit.*, 118, osserva che «il messaggio è in questi casi devastante. E' un messaggio di legittimazione e incentivazione alla perpetrazione di pratiche illegali di tortura». Come dargli torto?

⁸⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA*, in *Studium Iuris*, 2013, 831 ss. (ma anche in *Rivista A.I.C.*, 2013, n. 2, 3 maggio 2013).

è stato vittima l'imam Abu Omar. Per un verso, simili trasferimenti forzati altro non sono che una «delocalizzazione della tortura»⁸⁷ in altro paese, e violano apertamente non solo le regolari procedure di estradizione ma – prima ancora e soprattutto – l'obbligo negativo di procedervi verso uno Stato in cui la persona estradata rischia di subire torture. Per altro verso, l'atto di clemenza presidenziale si pone in urto con il divieto ora previsto anche dalla legge n. 237 del 2012: adattando sotto il profilo procedurale l'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale, la legge ne ha così recepito due disposizioni che portano ad escludere la possibilità di concessione della grazia (come pure di altre misure estintive del reato o della pena) per i crimini affidati – in sussidiarietà – alla sua giurisdizione, tra i quali rientra pure la tortura (e la sparizione forzata di persone)⁸⁸.

Nel suo significato di fondo, la «anomala operatività di istituti premiali»⁸⁹ nei casi di violazione del divieto di tortura si presta ad equivoci davvero pericolosi. E per porre l'atto di clemenza al riparo da errate interpretazioni, può anche rivelarsi insufficiente l'esplicito riconoscimento che le pratiche di tortura sono da ritenersi «non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto»⁹⁰: quella clemenza, individuale o collettiva che sia, veicolerà comunque un messaggio di legittimazione dell'accaduto, il segnale di uno Stato che non intende sanzionare i suoi peggiori servitori. Perseguendoli, ad essere difesa – e non offesa – sarà la disciplina e l'onore con i quali tutti gli altri suoi funzionari adempiono al dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della sua Costituzione (art. 54 Cost.).

10. Le vere ragioni ostative al reato di tortura.

Se le motivazioni dichiarate non giustificano – né razionalmente né giuridicamente – le resistenze all'introduzione del reato di tortura, è altrove che bisogna cercarne le autentiche ragioni ostative. Serve una nuova lente focale per vedere meglio, e in campo lungo, il fenomeno con tutte le sue implicazioni.

Ci indicano la strada giusta i fatti emersi nelle vicende giudiziarie già richiamate. Nella sentenza del Tribunale di Asti, il sistema di violenze e intimidazioni viene descritto come «scientifico e sistematico», una «prassi generalizzata di maltrattamenti» sintomatica di una tolleranza ambientale che chiama in causa, oltre ai condannati, altri agenti della polizia penitenziaria, molti dirigenti, la stessa direzione del carcere⁹¹. Non diversamente, la sentenza di Cassazione relativa ai fatti accaduti nella scuola Diaz di Genova accerta in via definitiva l'assoluta gravità delle condotte violente poste in essere da un numero davvero impressionante di ufficiali e agenti delle forze dell'ordine⁹². Il caso Aldrovandi ha gemmato un secondo procedimento penale nei confronti di altri quattro agenti di polizia, tre dei quali poi condannati per capi d'imputazione (favoreggiamento personale, falsa testimonianza, rifiuto d'atti d'ufficio) che restituiscono un quadro di coperture e connivenze ad ampio spettro. Del plotone di torturatori e della minuziosa opera di depistaggio messa in atto da membri dell'arma dei carabinieri l'odissea giudiziaria e carceraria di Angelo Gulotta addirittura tracima.

Ecco il punto focale: passando dal rapporto sinallagmatico tra torturatore e torturato alle dinamiche ambientali e di sistema, diventa più semplice capire perché il codice penale non annoveri ancora il reato di tortura. Occorre – in altri termini – «abbandonare la prospettiva individuale, imperniata nella relazione vittima/carnefice, per spostarsi sul piano sistemico» in modo che «lo spazio per la tortura si manifesti nella sua pienezza»⁹³.

⁸⁷ Ritrovo l'efficace espressione in S. BUZZELLI, *Tortura*, cit., 2.

⁸⁸ Cfr. E. GUARDUCCI - C. TUCCIARELLI, *Il parziale adeguamento*, cit., 26, i quali argomentano il divieto dall'art. 105 (che prescrive come vincolante per tutti gli Stati parte, e non modificabile in alcun caso, la pena detentiva) e dall'art. 110 (che prevede per lo Stato incaricato dell'esecuzione il divieto di liberare la persona detenuta prima della espiazione della pena).

⁸⁹ Denunciata dalla *Dichiarazione di Milano-Bicocca sulla Prevenzione della Tortura*, adottata il 22 aprile 2013 (punto 5 del *Tutto ciò considerato*): la si può leggere in *unimib.it*.

⁹⁰ Comunicato del Quirinale in data 5 aprile 2013, *Provvedimento di grazia per il militare statunitense della Nato condannato per fatti commessi sul territorio italiano* (lo si può leggere nel sito istituzionale della Presidenza della Repubblica *quirinale.it*).

⁹¹ Sottolinea opportunamente questo elemento di contesto la Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, nel suo *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia* (XVI Legislatura, approvato dalla Commissione il 6 marzo 2012, 65).

⁹² *Cass. Pen. sez. V, 5 luglio 2012 (dep. 2 ottobre 2012), n. 38085*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012.

⁹³ V. SCALIA, *Violenza di Stato per la sicurezza, ne il manifesto*, 13 marzo 2013.

E' certo, allora, che con la criminalizzazione della tortura, se non gli abusi, cesserebbe certamente l'attuale stato di impunità che le rare sentenze di condanna hanno solo scalfito:

[1] Configurato come un reato proprio, l'ambito di applicazione della nuova fattispecie chiamerebbe in causa qualunque pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio⁹⁴: il poliziotto o il carabiniere che arresta, il procuratore che interroga, l'agente penitenziario che tiene in custodia, il direttore del carcere che sovrintende alla detenzione, il medico del carcere o di un CIE, il dirigente di polizia che dirige le operazioni di ordine pubblico, il ministro degli Interni che le autorizza.

[2] L'ambito di applicazione del nuovo reato includerebbe anche la condotta omissiva, giacché non impedire un reato (di tortura) equivale a cagionarlo. Diventa così sufficiente, per consumare il delitto, che il pubblico ufficiale ne sia istigatore, complice consenziente o mero soggetto acquiescente alla commissione del crimine. Pertanto il reato di tortura si configurerebbe anche quando a commetterlo è un cittadino comune ovvero gruppi para-legali utilizzati a tal fine da un pubblico ufficiale, o quando quest'ultimo tacitamente acconsente alla commissione di atti di tortura compiuti da soggetti privati, o quando si sottrae volontariamente all'obbligo di impedirli.

[3] Coerentemente con quanto descritto dall'art. 1, CAT, il nuovo reato richiederebbe, quale suo elemento psicologico, un dolo specifico: l'intenzione di porre in essere (o di non impedire) un atto violento inteso a umiliare, offendere, degradare la vittima. Tale elemento intenzionale prevale sul motivo della tortura, qualunque esso sia, precludendo così la causidica interpretazione che nega la qualifica di tortura all'interrogatorio violento se diretto principalmente a ottenere informazioni ritenute rilevanti per salvare vite umane: «il motivo non altera la fattispecie» e la tortura rimane sempre tortura «se è infissione deliberata di sofferenze contro un soggetto indifeso»⁹⁵.

[4] A ridurre gli spazi di impunità contribuirebbe anche l'imprescrittibilità del nuovo reato di tortura e la sua sottrazione a provvedimenti estintivi di clemenza, in rima con quanto può ricavarsi dal diritto pattizio⁹⁶. Come anche il principio della c.d. giurisdizione universale che consente di sottoporre il presunto autore di atti di tortura alle «autorità competenti per lo svolgimento dell'azione penale», indipendentemente dal luogo dove il reato è stato commesso⁹⁷.

La pervasività del nuovo crimine – se introdotto nell'ordinamento penale ricalcandone la fisionomia imposta dagli obblighi internazionali – sarebbe capace, dunque, di erodere gli spazi di impunità di cui hanno fino ad oggi potuto godere gli apparati statali della sicurezza, i relativi soggetti apicali, i loro uomini. Meglio, allora, soprassedere, avendo cura di invocare ragioni ostative più spendibili sul mercato della comunicazione politica, della discussione pubblica e della suggestione mediatica.

11. La messa in discussione della politica migratoria.

Né vanno sottovalutati ulteriori corollari all'eventuale repressione penale del reato di tortura, che egualmente contribuiscono a spiegarne la mancata introduzione. Molte delle politiche securitarie realizzate negli ultimi anni dovrebbero cessare e, nel caso, obbligherebbero lo Stato a perseguire penalmente chi le mettesse in opera.

Vale, ad esempio, per la politica degli allontanamenti degli immigrati, irregolari o clandestini, praticata al riparo di scelte legislative e accordi bilaterali con paesi (come la Libia o l'Egitto) dove la tortura è, più che una probabile ipotesi, una pratica diffusa. Per gli obblighi

⁹⁴ Cfr. P. GONNELLA, *op. cit.*, 72-73.

⁹⁵ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 130.

⁹⁶ Per il tentativo – andato a vuoto – della Procura generale di Genova di ottenere l'introduzione di una regola simile nel nostro ordinamento, per il tramite di giudicato costituzionale, vedi *infra*, § 14 e nota 118.

⁹⁷ Cfr. Art. 7, CAT. Il principio della giurisdizione universale è stato fatto proprio dal nostro ordinamento con la legge n. 498 del 1988, in esecuzione della medesima Convenzione, anche se l'assenza di uno specifico reato di tortura ne ostacola l'operatività (dovendosi, caso per caso, verificare se il reato commesso oltreconfine configuri o meno un fatto qualificabile come tortura ai sensi del suo art. 1): vedi *supra*, nota 45.

Segnalo che il disegno di legge approvato dalla Commissione Giustizia del Senato (vedi *supra*, nota 44) prevede altresì (art. 3) che «non può essere riconosciuta l'immunità diplomatica ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Paese o da un tribunale internazionale». In tema vedi la recentissima sentenza della Corte EDU, sez. IV, *Jones e altri c. Regno Unito*, 14 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.* 28 gennaio 2014, con nota di C. MELONI, [Una importante sentenza della Corte EDU in materia di tortura e immunità dello Stato di fronte a una giurisdizione straniera](#).

internazionali sottoscritti dall'Italia, nessuno Stato parte può espellere, respingere o estradare una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura⁹⁸.

Eppure è proprio per la violazione del divieto di *refoulement* che il nostro paese è stato condannato ripetute volte nell'ambito del Consiglio d'Europa⁹⁹: la Corte EDU, infatti, ha riaffermato la natura assoluta del divieto, negando la praticabilità di un bilanciamento tra la pericolosità del soggetto allontanato e il rischio che lo stesso possa subire altrove trattamenti inumani e degradanti¹⁰⁰. L'inderogabilità del divieto è stata confermata¹⁰¹ anche in presenza di circostanze eccezionali riconducibili a esigenze di contrasto dell'immigrazione illegale, come nel caso dei circa 200 somali ed eritrei (tra cui bambini e donne in stato di gravidanza), intercettati il 6 maggio 2009 in acque internazionali a 35 miglia a sud di Lampedusa, presi a bordo di un'imbarcazione italiana e respinti a Tripoli dove, contro la loro volontà, vennero riconsegnati alle autorità libiche, senza previa identificazione e ingannati dalle autorità italiane quanto alla loro reale destinazione: «In una nota il Consiglio italiano dei rifugiati ricostruisce le condizioni di vita in Libia dei migranti respinti il 6 maggio 2009. La maggior parte di essi è stata reclusa per molti mesi nei centri di detenzione libici ove ha subito violenze e abusi di ogni genere»¹⁰².

La stessa misura ordinaria del trattenimento dell'immigrato, irregolare o clandestino, all'interno dei CIE diventerebbe un luogo sensibile da monitorare con attenzione nell'ambito di una doverosa attività di prevenzione e repressione del nuovo reato di tortura: non diversamente dalla restrizione in un carcere o in una cella di sicurezza o in un ospedale psichiatrico giudiziario, anche la detenzione amministrativa dovrà svolgersi nel rispetto degli *standard* europei, al di sotto dei quali scatta la condanna per violazione del divieto di tortura (e di trattamenti inumani e degradanti)¹⁰³.

12.

La necessità di rivedere le attuali politiche penitenziarie.

All'indomani della sentenza-pilota pronunciata nel caso *Torreggiani e altri c. Italia* dalla Corte EDU¹⁰⁴, diventa più facile comprendere anche il nesso tra condizioni detentive nelle carceri italiane e tortura. Non si è lontani dal vero se si intravede, in tale collegamento, un'altra inconfessata ragione ostativa alla sua criminalizzazione.

Da tempo la giurisprudenza penale¹⁰⁵ ritiene che una pluralità di condotte violente, vessatorie, umilianti e degradanti da parte di appartenenti alla polizia penitenziaria ai danni di detenuti in ambiente carcerario integri il delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.), allorché le condotte realizzate siano espressione di una pratica reiterata e sistematica. Ma una volta certificata dai giudici di Strasburgo l'esistenza di una prassi detentiva che viola il divieto di

⁹⁸ Cfr. art. 3, CAT. Integrando l'attuale art. 19, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [testo unico sull'immigrazione], il disegno di legge approvato in Commissione Giustizia del Senato (vedi *supra*, nota 44) prevede che «non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali fatti si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani».

⁹⁹ Per le opportuni indicazioni giurisprudenziali rimando ad A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». La tutela giurisdizionale (*assente o carente*) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, 380 nota 166.

¹⁰⁰ Corte EDU, Grande Camera, *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008; Corte EDU, sez. II, *Trabelsi c. Italia*, 13 aprile 2010.

¹⁰¹ Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012.

¹⁰² Cfr. Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto*, cit., 106 nota 49.

¹⁰³ Con riferimento al trattenimento degli stranieri in condizioni tali da configurare un'accertata violazione dell'art. 3 CEDU, cfr. Corte EDU, *S.D. c. Grecia*, 11 giugno 2009; Corte EDU, *Tabesh c. Grecia*, 26 novembre 2009; Corte EDU, *A.A. c. Grecia*, 22 luglio 2010; Corte EDU, *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, 22 gennaio 2011.

Per rimanere nel nostro cortile di casa, un quadro complessivo delle condizioni effettive in cui si svolge il trattenimento nei CIE si ricava da alcune indagini non reticenti: la Relazione sulle visite ad alcuni centri di accoglienza e di trattenimento svolte dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato (allegata al suo *Rapporto*, cit., 160-186); il Rapporto sullo stato dei diritti in Italia *Lampedusa non è un'isola. Profughi e migranti alle porte d'Italia*, a cura di L. Manconi e S. Anastasia (Associazione A Buon Diritto Onlus, giugno 2012); l'Appendice al recente libro di C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Ediesse, Roma, 2013, 145-158, dedicata ai CIE oggi attivi in Italia e alle loro principali caratteristiche strutturali.

¹⁰⁴ Corte EDU, sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013. In precedenza, l'Italia era stata già condannata per violazione del divieto di tortura *ex art. 3 CEDU*, in ragione delle condizioni carcerarie in cui erano stati costretti i detenuti ricorrenti: cfr. Corte EDU, sez. II, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009; Corte EDU, sez. II, *Cara-Damiani c. Italia*, 7 febbraio 2012; Corte EDU, sez. II, *Scoppola c. Italia (n.4)*, 17 luglio 2012.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. sez. II, 21 maggio 2012, in *Quest. Giust.* 2012, 203 ss. (in particolare 204 e, ivi, ulteriori indicazioni giurisprudenziali).

tortura e di trattamenti inumani e degradanti, in ragione di un sovraffollamento carcerario accertato come «strutturale e sistemico», l'imputazione del nuovo reato di tortura e la ricerca delle relative responsabilità personali saranno un passaggio obbligato.

Non potrebbe più soccorrere l'amministrazione penitenziaria il ricorso all'ambiguo parametro – da anni sugli scudi – della c.d. capienza tollerabile, miracolosamente capace nelle statistiche ministeriali di ridurre (ma mai di azzerare) lo *spread* tra il numero di detenuti presenti negli istituti di pena e il numero di posti effettivamente disponibili. Il fatto è che il diritto pattizio lascia in un unico divieto sia la tortura che i trattamenti inumani e degradanti e, per quanto concettualmente isolabili¹⁰⁶, la loro proibizione opera senza soluzione di continuità¹⁰⁷. Indebitamente, il criterio della capienza tollerabile oscilla invece all'interno di tale divieto generale, con la pretesa di fissarvi una linea di separazione tra ciò che è e ciò che non è ancora trattamento vietato, introducendovi così «una pericolosa variante soggettiva»¹⁰⁸.

E ancora. La condizione di sovraffollamento all'interno di un istituto di pena, tale da configurare gli estremi dell'inedito reato di tortura, costringerà al differimento dell'esecuzione della pena, scelta obbligata per il direttore del carcere (che dovrà rifiutarsi di accogliere ulteriori detenuti) come anche per il giudice di sorveglianza, altrimenti chiamati a risponderne. Troverebbe così implementazione – in forma addirittura più radicale, perché obbligatoria – la soluzione normativa che si è cercato inutilmente di ottenere per via di giudicato costituzionale, attraverso mirate questioni di legittimità incidentali aventi ad oggetto l'art. 147 c.p., «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità»¹⁰⁹.

Da ultimo, in una logica di prevenzione del nuovo reato di tortura, andrà ripensata anche l'attuale politica di edilizia penitenziaria¹¹⁰. Se la scarsa visibilità di un istituto carcerario e la difficoltà a raggiungerlo contribuiscono a renderlo una zona buia e franca al controllo di soggetti esterni, la decisione di dove ubicarlo dovrà tenerne conto. Se il momento custodiale è tra i più a rischio perché crea quella condizione di totale soggezione, materiale e psicologica, del detenuto al soggetto in posizione di supremazia, anche qui andranno prese le opportune precauzioni infrastrutturali: garantire identici *standard* di vivibilità per le camere di sicurezza e le celle del carcere, vietare la loro insonorizzazione, evitare istituti penitenziari monocellulari, attrezzare le sezioni degli istituti di pena con impianti di video sorveglianza.

All'indomani dell'introduzione del reato di tortura, dunque, si dovrà guardare anche alle politiche penitenziarie come ad un problema alla lavagna, ricorrendo più volte al cancellino, perché molti passaggi dati fin qui per scontati si riveleranno errati. Bisognerà ricominciare da capo, per venirne finalmente a capo.

13. Le cose da fare nel frattempo (e in breve tempo).

Introdurre nel codice penale il reato di tortura si deve. Nella consapevolezza, tuttavia, che esso rappresenta la «condizione necessaria ma non sufficiente per punire i torturatori»¹¹¹ e, soprattutto, per circoscrivere nella misura massima possibile la loro azione criminale: per riuscirci davvero, infatti, s'impone anche l'adozione di adeguate misure di prevenzione e di controllo.

¹⁰⁶ Cfr. A. CASSESE, *Umano-Disumano. Commissariati e prigionie nell'Europa di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 55-56.

¹⁰⁷ Così, alla luce della citata sentenza della Corte EDU, sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, A. PUGIOTTO, *La clemenza necessaria*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2013.

¹⁰⁸ P. GONNELLA, *op. cit.*, 71. La categoria della c.d. capienza «tollerabile» è evidentemente frutto di falsa coscienza. Lo testimoniano due elementi: [1] chi la qualifica come tale è l'amministrazione penitenziaria, e non coloro i quali la devono tollerare, cioè i detenuti; [2] la sua identificazione, per espressa ammissione della stessa amministrazione penitenziaria, avviene per opposizione (non alla capienza «ottimale», bensì) alla capienza «regolamentare», dal che si evince agevolmente che quella «tollerabile» – non essendo «regolamentare» – è illegittima. [Devo l'acuta osservazione a Stefano Anastasia, che ringrazio].

Meglio, molto meglio parlare allora di capienza «costituzionale» (F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, *Quando il delitto è la pena*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012, p. 7: un concetto, questo, che non può limitarsi al numero di posti letto (veri o presunti, sempre più a castello) e che ha la capacità di rammentare come la legalità della detenzione si misuri nel rispetto della sua *finalità* (la risocializzazione del reo) e della sua *natura* (il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità), che l'art. 27, 3° comma, della Costituzione impone a tutti, amministrazione penitenziaria compresa.

¹⁰⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 279/2013.

¹¹⁰ Coglie acutamente il nesso P. GONNELLA, *op. cit.*, 84-87, delle cui riflessioni il testo fa sintesi.

¹¹¹ P. GONNELLA, *op. cit.*, 49.

Quanto alle prime, è dai rapporti del CPT del Consiglio d'Europa¹¹² che è possibile attingere una serie di opportune quanto fondamentali raccomandazioni: ridurre al minimo i tempi di custodia nelle celle di sicurezza delle forze dell'ordine; garantire l'immediata presenza del difensore a interrogatori e ispezioni; avvertire senza ritardo i familiari del soggetto sottoposto a fermo; riconoscere all'arrestato il diritto, se lo desidera, di essere visitato da un medico di sua scelta in aggiunta a qualsiasi visita effettuata da un medico chiamato da polizia o carabinieri; informare la persona interessata dei suoi diritti in una lingua a lui comprensibile, anche attraverso la distribuzione d'ufficio – fin dall'inizio della sua detenzione – di un documento illustrativo; investire nella formazione professionale delle forze dell'ordine, chiamando gli incaricati a comunicare senza ambiguità ai loro subordinati che i maltrattamenti sono inammissibili e severamente puniti¹¹³; dedicare in tale attività formativa un'attenzione particolare all'apprendimento delle tecniche di comunicazione interpersonale con i soggetti detenuti. Sul piano normativo, indispensabile si rivela anche la ratifica ed esecuzione, da parte dell'Italia, della Convenzione internazionale di Parigi del 2007 per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, «implicando quasi tutti i casi di sparizione forzata anche pratiche di tortura»¹¹⁴.

Sul versante complementare delle misure di controllo, in forza di quanto accettato con la recente legge n. 195 del 2012, l'Italia è già soggetta al potere di visita, senza previa autorizzazione, da parte del Sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura. Egualmente, si è obbligata a creare un meccanismo nazionale indipendente di prevenzione della tortura, entro un anno dall'entrata in vigore del Protocollo opzionale alla CAT¹¹⁵. Trova così espressione normativa un obbligo di collaborazione con gli organi – internazionali e nazionali – deputati a garantire il rispetto del divieto di tortura: si tratta di una vera e propria rete (di protezione) che, integrandosi tra i suoi differenti livelli (la nuova autorità nazionale¹¹⁶, il Comitato voluto dal Consiglio d'Europa, quello previsto dalla Convenzione ONU), è in grado di affiancare al controllo giurisdizionale un meccanismo più tempestivo e maggiormente efficace nella prevenzione dei maltrattamenti.

Il termine entro il quale anche l'Italia, come già hanno provveduto a fare altri paesi, dovrà dotarsi di questo inedito organo di garanzia nazionale è oramai dietro l'angolo: il 3 maggio 2014. L'anno che si è aperto da poco, quindi, viene così ad arricchirsi di un ulteriore adempimento oltre ad altri egualmente inderogabili e dalla scadenza certa: la risoluzione del problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario (28 maggio 2014)¹¹⁷ e, prima ancora, la chiusura definitiva degli attuali ospedali psichiatrici giudiziari e la loro sostituzione

¹¹² Cfr., ad esempio, il *Rapporto degli ispettori europei sullo stato delle carceri in Italia (che vale anche da manuale di istruzioni per carcerieri, carcerati e cittadini in provvisoria libertà)*, a cura di A. Sofri, Sellerio, Palermo, 1995. Vedi anche *Il collasso delle carceri italiane. Sotto la lente degli ispettori europei*, a cura di L. Astarita, P. Gonnella, S. Marietti, Sapere 2000 Edizioni Multimediali, Roma, 2003.

¹¹³ In ottemperanza, peraltro, all'art. 10, CAT: «Ogni Stato parte vigila affinché l'insegnamento e l'informazione relativi all'interdizione della tortura siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato dell'applicazione delle leggi, del personale medico, degli agenti della funzione pubblica e di altre persone che possono intervenire nel corso della custodia, dell'interrogatorio o del trattamento di ogni individuo arrestato, detenuto o imprigionato in qualsiasi maniera».

¹¹⁴ Così la già citata *Dichiarazione di Milano-Bicocca sulla Prevenzione della Tortura* (punto 19 del *Considerato nel caso specifico*). In tema vedi G. VENTURINI, *Tortura e sparizioni forzate*, in *La tortura nel nuovo millennio*, cit., 35 ss.

¹¹⁵ Nelle intenzioni del Governo a ciò risponderebbe l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, prevista all'art. 7, decreto legge 24 dicembre 2013, n. 146, contenente *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* (attualmente in conversione alle camere). C'è da dubitare, tuttavia, che il nuovo ufficio soddisfi adeguatamente i requisiti di indipendenza imposti dal rispetto degli obblighi pattizi sottoscritti: organo collegiale istituito presso il Ministero della giustizia, i suoi tre membri sono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa delibera del Consiglio medesimo e sentite le competenti commissioni parlamentari; si avvale di strutture e risorse messe a disposizione dal Ministro della giustizia; il suo ufficio è composto da personale dello stesso Ministero e la sua struttura è rimessa a un successivo regolamento del Guardasigilli; sono esclusi in suo favore indennità o emolumenti per l'attività prestata, salvo il diritto al rimborso spese. Tra le funzioni assegnate al Garante, colpisce che le sue visite alle camere di sicurezza delle Forze di polizia – diversamente da quelle in ogni altra struttura restrittiva o limitativa della libertà personale – sia possibile solo previo avviso e purché da ciò non derivi danno per le attività investigative in corso. In altre parole, il controllore nasce da una costola del controllato e da esso non si separa mai (sul piano strutturale, funzionale, economico). Pare essersene accorta la Camera che, in sede di conversione, ha indicato nel Presidente della Repubblica l'organo titolare del potere di nomina dei membri del Garante nazionale.

¹¹⁶ Che andrà ad affiancarsi ai Garanti per i diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale attualmente esistenti a livello regionale (12), provinciale (7) e comunale (25): cfr. Camera dei Deputati, Servizio Studi-Dipartimento Giustizia, *Documentazione per l'esame di Progetti di legge*, n. 107, 7 gennaio 2014, 71.

¹¹⁷ Cui ci ha condannato la Corte EDU, sez. II, con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, divenuta definitiva dopo che il ricorso del governo italiano – promosso davanti alla Grande Camera ai sensi dell'art. 43 CEDU – è stato dichiarato inammissibile dall'apposito collegio: cfr. *Press release*, ECHR 161 (2013) 28 maggio 2013.

con nuove strutture sanitarie territoriali in ambito regionale, a ridotta capienza e dai differenti livelli di vigilanza (31 marzo 2014)¹¹⁸. Calendario impegnativo, non c'è che dire, dove tuttavia restano ampie finestre temporali per provvedere finalmente a quanto fino ad oggi ancora non è stato fatto: l'introduzione del reato di tortura. Venisse realizzato integralmente un simile cronoprogramma, il 2014 si rivelerebbe davvero un anno di grazia per chi ha a cuore il livello di civiltà del nostro Paese.

14.

Un uso costituzionale del vigente divieto di tortura.

In attesa del reato che non c'è, va comunque eliminato un equivoco: quello secondo il quale l'attuale divieto di tortura, operando nell'ambito delle relazioni tra Stati, rappresenterebbe un'arma caricata a salve all'interno dell'ordinamento nazionale. Non è così. Si tratta, invece, di uno strumento efficace, a saperlo usare costituzionalmente.

La definizione pattizia di ciò che costituisce tortura, sul piano dell'elemento materiale e psicologico della condotta, configura il suo divieto come norma certamente autoapplicativa. A riprova della sua natura *self executing*, è sufficiente ripensare al già citato art. 185-*bis* c.p.m.g. che definisce il relativo reato attraverso un implicito rinvio mobile (per come la fattispecie di tortura è contemplata nelle fonti pattizie e secondo la loro evoluzione interpretativa), agganciandovi poi la dosimetria sanzionatoria necessaria per la sua completa trasposizione nell'ordinamento interno.

Come abbiamo visto, la circostanza che non si sia ancora fatto altrettanto al di fuori dell'ordinamento penale militare impedisce che il divieto di tortura operi come fonte di responsabilità penale comune. Ma ciò non preclude affatto la sua operatività come *obbligo negativo* già ora vigente nell'ordinamento e pienamente vincolante per la potestà legislativa dello Stato: infatti – come più volte ricordato – essa è chiamata dalla Costituzione a conformarsi sia alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, 1° comma) sia agli obblighi internazionali pattizi (art. 117, 1° comma). Si apre così la strada per adoperare il divieto di tortura nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi, quale norma interposta idonea ad integrare i suddetti parametri di cui si denunci la violazione. Così un'arma che sembrava scarica si rivela, invece, di precisione e potenzialmente capace di andare dritta al bersaglio cui mira il giudice *a quo*.

E' la strategia messa in atto dalla Procura generale di Genova nel processo di ultimo grado per i fatti della scuola Diaz, sospettando l'incostituzionalità dell'art. 157 c.p. e dell'art. 1, legge n. 241 del 2006, nella parte in cui non escludono dalla prescrizione e dall'indulto «i delitti, comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno, integranti condotte in violazione dell'art. 3 CEDU» come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sua copiosa giurisprudenza in materia (laddove riconosce l'imprescrittibilità del reato di tortura). In ragione di ciò, la Procura generale ha sollecitato – senza successo¹¹⁹ – la Cassazione a promuovere la relativa *quaestio* per violazione indiretta (perché mediata dall'art. 3 CEDU) del dovere di rispetto degli obblighi internazionali *ex art. 117, 1° comma, Cost.*

La medesima strategia – questa volta, però, senza infrangersi contro la barriera dell'art. 25, 2° comma, Cost. – potrà essere adoperata per sottoporre a giudizio della Corte costituzionale istituti presenti nel nostro ordinamento i quali, nella loro trama legislativa non meno che nella loro effettiva applicazione, siano sospettabili di integrare gli estremi della tortura e del trattamento crudele, inumano e degradante. E' il caso, ad esempio, dei regimi giuridici del c.d.

¹¹⁸ Cfr. decreto legge 25 marzo 2013, n. 24, conv. in legge 23 maggio 2013, n. 57. Come già accaduto (originariamente, la legge 17 febbraio 2012, n. 9 indicava nel 31 marzo 2013 il termine a decorrere dal quale gli internati in ospedale psichiatrico giudiziario avrebbero dovuto essere dimessi), si prefigura un ulteriore rinvio del *dies ad quem*: è di queste settimane la richiesta avanzata dalla Conferenza delle Regioni di posticiparlo al 31 marzo 2017. In tema sia consentito rimandare ad A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quad. Cost.*, 2013, 343 ss.

¹¹⁹ Cfr. Cass., sez. V pen., 5 luglio 2012 (dep. 2 ottobre 2012), n. 38085, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012, annotata da A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. La sentenza respinge l'eccezione prospettata dalla Procura generale come manifestamente infondata [*rectius*: inammissibile], in ragione del divieto per la Corte costituzionale di adottare pronunce il cui effetto sia quello «di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità» qual è la disciplina della prescrizione (e la concessione di provvedimenti clemenziali). Prospettava invece – non infondatamente – un differente esito per l'eccezione della Procura generale V. ZANETTI, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz*, cit., 432-434, ipotizzando la possibilità per la Corte costituzionale di pronunciare una sentenza additiva di principio.

ergastolo ostativo e del c.d. carcere duro, rispettivamente contemplati agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, ulteriormente irrigiditi da prassi interne agli istituti di pena¹²⁰: coloro che vi sono sottoposti vivono una condizione di grave dolore e sofferenza, fisica e mentale, cui sono intenzionalmente costretti per propositi che – dietro dissimulate finalità ufficiali – mirano ad ottenere informazioni o confessioni o a punire il soggetto per un atto di cui è sospettato (il regime di cui al 41-*bis* – è bene ricordarlo – si applica anche a detenuti in attesa di giudizio). La domanda è abrasiva, ma andrà pure posta: siamo certi che simili dinamiche normative non integrino quel divieto, assoluto e inderogabile, cui siamo costituzionalmente vincolati?¹²¹

Vale, dunque, la pena di tentare un uso costituzionalmente orientato del divieto di tortura, quale norma interposta nel sindacato di legittimità delle leggi. Lo si può fare con una determinazione pari alla certezza della sua agibilità giuridica. Non riesce a precluderla neppure l'obiezione che ergastolo ostativo e carcere duro – in quanto previsti dalla legge – rappresentano misure restrittive legittime, ed è dato normativo testuale quello secondo il quale la tortura «non comprende il dolore o la sofferenza che risultino esclusivamente da, o siano inerenti o incidentali rispetto a *sanzioni lecite*» (art. 1, CAT). E' un ostacolo solo apparente: vediamo perché.

15.

«Sanzioni lecite», tortura e volto costituzionale della pena.

Il sintagma «sanzioni lecite» si presta a due differenti interpretazioni¹²². L'una, di tipo originalista, considera tali le sanzioni comunque previste dal diritto penale nazionale. L'altra, di tipo evolutivo, conduce a considerare lecite soltanto le sanzioni consentite dal diritto internazionale. Non è difficile argomentare la netta preferenza per la seconda delle due letture.

E' chiaro a tutti che la tesi del mero rinvio in bianco ai singoli ordinamenti nazionali rischia di vanificare l'effettività del divieto internazionale di tortura: qualunque trattamento, anche il più crudele e inumano, purché contemplato dalla legislazione penale interna, sarebbe per ciò solo ammesso. E' proprio per evitare simili rischi che, diversamente dalla CAT, altre fonti del diritto pattizio in materia non includono – tra gli elementi descrittivi della fattispecie – la clausola della liceità delle sanzioni¹²³. La volontà di uno Stato parte di circoscrivere l'oggetto del divieto di tortura non si può escludere, ma deve trovare coerente espressione nell'apposizione di mirate riserve al momento della ratifica del diritto pattizio in materia: se uno Stato non l'ha fatto (e l'Italia è tra questi) non si vede perché possa ottenere, dissimulandolo, il medesimo risultato *ex post*, per via interpretativa, e senza costi politici aggiuntivi davanti alla comunità internazionale¹²⁴.

L'interpretazione evolutiva, al contrario, ha il pregio di includere nella messa al bando qualunque comportamento rientrante nella nozione di «punizioni e trattamenti crudeli, inumani e degradanti» vietati dal diritto internazionale, così preservando il *continuum* di un'interdizio-

¹²⁰ Per farsene un'idea – per così dire – *intra moenia*, suggerisco la lettura di alcuni libri: l'antologia di N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, 2° ed., 2009; la raccolta d'interviste di F. DE CAROLIS (a cura di), *Urla a bassa voce. Dal buio del 41 bis e del fine pena mai*, Stampa Alternativa, Pavona (Roma), 2012; il diario di C. MUSUMECI, *L'urlo di un uomo ombra. Vita da ergastolano ostativo*, Edizioni Smasher, Barcellona Pozzo Li Gotto (Me), 2013.

¹²¹ Sulla pena dell'ergastolo (anche) ostativo cfr. l'intera Parte Seconda del volume curato da F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, 79-147. Sull'istituto del regime detentivo dell'art. 41-*bis*, cfr. l'intera Parte Terza del volume curato da F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, 2013, 161-221.

Peraltro, è accaduto che sia stata negata l'espulsione dagli Stati Uniti in Italia di un noto esponente mafioso, destinato alla probabile sottoposizione ad un regime detentivo – il 41-*bis* –, qualificato come tortura dal Giudice federale di Los Angeles: l'espulsione dell'interessato, dunque, avrebbe configurato una violazione del divieto di cui all'art. 3, CAT. Sul «caso Gambino» cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una norma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2009, 1240 ss., il quale nega che il regime di carcere duro, «allo stato attuale», possa qualificarsi tortura (p. 1271), così come ritiene che esso si collochi «poco al di sotto» della soglia minima di gravità oltre la quale si configurerebbe un trattamento crudele, inumano o degradante (p. 1272). [Segnalo, però, che il saggio di Emanuele Nicosia precede l'ulteriore inasprimento del regime dell'art. 41-*bis*, conseguente alla legge 15 luglio 2009, n. 94].

¹²² Cfr. A. GIANELLI – A. MARCHESI, *Il paradosso della tortura*, cit., 148.

¹²³ Così, ad esempio, l'art. 3 CEDU, e l'art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹²⁴ L'altra strada per aggirare il divieto assoluto e inderogabile di tortura – l'approvazione di una legge di adattamento che ne restringa l'oggetto – è da considerarsi invece preclusa, all'indomani della legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha introdotto nell'attuale art. 117, 1° comma, Cost. il vincolo della legislazione statale anche agli obblighi internazionali pattizi (per come interpretati dalle giurisdizioni internazionali: cfr. sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)

ne che li parifica alla vera e propria tortura. Tale opzione ermeneutica, inoltre, garantisce il progressivo adeguamento ad una nozione di tortura (e del relativo divieto) capace di tenere il passo di una realtà dinamica, purtroppo in continua trasformazione: ciò che si è inteso vietare, infatti, non sono i singoli metodi di tortura ma la tortura come metodo¹²⁵.

C'è dell'altro. Guardata dalla prospettiva del diritto interno, l'interpretazione originalista deve fare i conti con una Costituzione rigida che è in grado di espellere sanzioni lecite (perché previste dalla legge) ma illegittime (perché incostituzionali): il presupposto del monopolio statale della forza non significa né implica che allo Stato sia permessa ogni violenza, e una pena che presenti i connotati della tortura (o di un trattamento crudele o inumano o degradante) è una pena *extra ordinem*¹²⁶. Non è né può essere considerata, dunque, una «sanzione lecita».

Del resto, anche quando la tortura è praticata come strumento di punizione, pena e tortura – giuridicamente parlando – non sono mai l'una il calco dell'altra: è sufficiente guardare al volto costituzionale della pena e della sua esecuzione per rendersene agevolmente conto:

[1] La pena risponde ad una finalità eminentemente risocializzatrice del condannato, «da quando nasce, nella astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sent. n. 313/1990); la tortura, invece, ha come fine immediato «quello di provocare una sofferenza intollerabile»¹²⁷.

[2] La pena edittale deve essere proporzionata al fatto di reato, tanto da risultare certamente incostituzionale se irragionevolmente sproporzionata¹²⁸. La severità della tortura, viceversa, non ha nulla a che fare con la gravità del reato commesso, rimandando «a ragioni politiche in nome delle quali può essere accantonata ogni richiesta di corrispondenza e di proporzionalità»¹²⁹.

[3] La tortura presenta, nella sua fenomenologia, un tratto crudele e spietato che è, viceversa, costituzionalmente interdetto alle pene, le quali non possono mai consistere «in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 13, 3° comma).

[4] La pena detentiva è concepibile come sanzione avente una sua durata temporale misurabile: è la legge a prefissarne il compasso edittale, fino alla estensione estrema del carcere a vita¹³⁰. Entrambi i predicati mancano nella tortura: la sua durata è una variabile dipendente dall'imprevedibile volontà del carnefice e dall'altrettanto imprevedibile resistenza della vittima, né la pena del supplizio «è veramente concepibile come situazione permanente e duratura nel tempo»¹³¹.

[5] L'esecuzione della pena è pensata come strumento di coesione sociale, attraverso un'equa retribuzione per la legalità violata, il recupero del condannato al consorzio civile, fin'anche la ricucitura della relazione strappata tra il reo e la sua vittima (come accade nelle forme di giustizia conciliativa e riparativa). Viceversa, «con la tortura è la stessa primitiva fiducia nel mondo che viene a cadere: non sappiamo più su cosa e su chi possiamo contare», giacché «nelle mani del torturatore può accadermi di tutto» e «nessuno e niente può più aiutarci»¹³²: qui, ogni residuo brandello solidaristico scompare e la coesione sociale viene disintegrata.

¹²⁵ Per riprendere il felice titolo del contributo di R. NOURY, *Metodi di tortura e tortura come metodo*, in *Onorare gli impegni*, cit., 22.

¹²⁶ E' l'assunto da cui, ad esempio, muovono i Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano nel prospettare la richiesta di intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 147 c.p., al fine di rendere possibile la sospensione o il differimento della pena in tutti i casi di esecuzione in condizioni talmente degradanti da non garantire il rispetto della dignità del condannato: cfr., rispettivamente, ordinanza 18 febbraio 2013, n. 67 (in G.U., I serie speciale, n. 16 del 2013) e ordinanza 18 marzo 2013, n. 18 (*ivi*, n. 18 del 2013). Nel respingere come inammissibili entrambe le questioni, la sentenza n. 279/2013 riconosce, tuttavia, l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati indefettibili del disegno costituzionale della pena e della sua esecuzione.

¹²⁷ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 68.

¹²⁸ Sul principio di proporzione della pena, da ultimo e ampiamente, A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, 29-154. Il principio di proporzionalità delle pene è ricavabile anche dall'art. 7 CEDU e opera nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quale clausola di salvaguardia sotto forma di divieto di pene «nettamente sproporzionate», benché operante «solo in casi rari ed eccezionali» (Corte EDU, Grande Camera, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013).

¹²⁹ Così M. LALATTA COSTERBOSA, *Per una storia critica*, cit., 13, sulla scia dell'insegnamento di Niccolò Machiavelli, o – per meglio dire – di quella sua interpretazione *neocon*, che fa sembrare l'Autore de *Il Principe* «un oltranzista del partito repubblicano: favorevole a Guantanamo, alle *renditions*, alle intercettazioni di massa e agli omicidi mirati dei droni» (A. SOFRI, *Machiavelli, Tupac e la Principessa*, Sellerio, Palermo, 2013, 333 e 337-338).

¹³⁰ Della cui costituzionalità, peraltro, è lecito dubitare: cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio in tema di ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013, ora anche in appendice al volume *Volte e maschere della pena*, cit., 299-337.

¹³¹ M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*, 68.

¹³² *Ivi*, 53, nella scia della testimonianza di J. AMÉRY, *La tortura*, cit., 65-66. Ma vedi, invece, J. SEMPRÚN, *Esercizi di sopravvivenza*, cit., 47-49, 57-58, che parla della tortura come di «un'esperienza di solidarietà oltre che di solitudine. Un'esperienza di fraternità», con tutte le persone che – resistendo ai supplizi – vengono protette, così permettendo alla probabile morte individuale di nutrire la vita degli altri.

[6] La pena si traduce in una compressione non illimitata dei diritti del detenuto, il quale – oltre a conservare un irriducibile «residuo di libertà personale»¹³³ – resta titolare delle libertà costituzionali esercitabili nelle forme compatibili con la sua condizione di condannato e ristretto in carcere¹³⁴. Viceversa, la tortura mira ad annientare la dignità umana del torturato che, ridotto a mera carne¹³⁵, viene così a perdere il diritto ad avere diritti e, con esso, la sua stessa soggettività giuridica.

Si chiude così la tenaglia che toglie, dalla nozione di «sanzioni lecite», tipologie di pene e modalità di esecuzione penale comunque riconducibili agli elementi descrittivi della fattispecie internazionale di tortura. Rimosso questo apparente ostacolo testuale, si conferma praticabile l'ipotesi di ricorrere al divieto di tortura quale parametro interposto nel sindacato di costituzionalità delle leggi.

«Si urla sotto tortura. Forse anche ora, in questo preciso istante»¹³⁶: ecco perché non resta che urlarne più forte le ragioni d'incostituzionalità, in qualunque sua manifestazione (solo apparentemente) legale. In attesa che il legislatore penale si assuma finalmente le proprie responsabilità, ancora una volta è dal raccordo tra giudici *a quibus* e Corte costituzionale che è lecito, nel frattempo, attendersi qualcosa di inedito e significativo.

¹³³ Sentenza n. 526/2000, ma già prima cfr. sentenza n. 349/1993.

¹³⁴ Cfr, ora, per una ricognizione amministrativa, il decreto del Ministro della Giustizia 5 dicembre 2012, *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati*. Per una riflessione costituzionalistica in materia cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, e ID., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

¹³⁵ «Chi, infatti, nella tortura è sopraffatto dal dolore vede alla prova il suo corpo in maniera del tutto inedita», fino a percepirlo come entità separata e pericolosamente autonoma dalla propria volontà e dall'idea che si ha di sé stessi: su questa esperienza le testimonianze sono concordi (cfr. J. AMÉRY, *La tortura*, cit., 72-74; L. SEMPRÚN, *Esercizi di sopravvivenza*, cit., 54-55).

¹³⁶ J. AMÉRY, *La tortura*, 60.