

Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*

di **Andrea Bonomi** – Ricercatore di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

ABSTRACT: The paper examines the profiles of constitutional law regarding the crime of torture introduced in the Italian judicial system by the law n° 110/2017 in light of the 1984 UN Convention against Torture.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 613-*bis* del Codice penale: aspetti problematici in relazione alla legge di esecuzione, nel nostro ordinamento, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. – 3. I profili di compatibilità costituzionale.

1. Premessa.

È stato osservato che la tortura «ha a che fare con la dignità, con l'accezione kantiana de La metafisica dei costumi; l'Uomo come fine, mai come mezzo. La tortura la offende e la degrada...»¹.

Su questa affermazione non ci può essere dissenso.

Del resto non è contemplabile sostenere che il principio che pone il divieto di tortura debba soffrire eccezioni, e sia pure limitatissime, neppure quando si tratti di salvaguardare la sicurezza nazionale o la ragion di Stato o quando si verificano consimili ipotesi che si connotano come quel

* Scritto sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

¹ M. PASSIONE, *Fatti e misfatti. Un commento al ddl sul reato di tortura*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2017/6, 7. Sul divieto di tortura la letteratura è sterminata, per cui ricordare tutti gli scritti in materia risulta pressoché impossibile: ci si limita a rammentare, oltre agli scritti che nel prosieguo si citeranno e per restare alla sola dottrina italiana, F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Milano, 2006, spec. 203 ss.; F. GRAZIANI, *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura*, in *La Com. internaz.*, 2014/4, 595 ss.

«terribile stato di eccezione nel quale tutti i leggeri legamenti dei materiali giuridici si consumano alla fiamma della discriminazione ultima tra amico e nemico»²: si allude ai casi in cui, in presenza di un pericolo non altrimenti evitabile per la salvaguardia dello Stato e per impedire la messa in pericolo di tutti i consociati, si possa ricorrere quale *extrema ratio* alla tortura sacrificando la posizione soltanto di un consociato³.

Tale principio non può subire deroghe di sorta⁴: esso assume natura categorica e la sua assolutezza, che si ricollega al bene supremo della dignità innata dell'individuo, pare renderlo un interesse di rilievo costituzionale, e addirittura renderlo, se non sottratto alle tecniche di bilanciamento, comunque sempre predominante nelle logiche di bilanciamento con altri interessi pure di rilievo costituzionale ed eventualmente configgenti con esso⁵.

Si può anche aggiungere che, una volta introdotto, il reato di tortura si pone indubbiamente a tutela della dignità umana e deve essere annoverato fra i delitti al verificarsi dei quali la legge n. 124/2007 esclude l'operatività del segreto di Stato⁶: ai sensi di questa legge infatti non sono assoggettabili al segreto di Stato notizie, documenti o cose riconducibili a «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» e, con quest'ultima nozione, si può intendere – come ben è stato detto in dottrina – «ciò che mette a repentaglio, più ancora della forma statale, la sopravvivenza della sua sostanza da individuarsi nel nucleo dei suoi principi supremi e dei suoi diritti fondamentali»⁷.

2. L'Art. 613-bis del Codice penale: aspetti problematici in relazione alla legge di esecuzione, nel nostro ordinamento, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti.

² M. LA TORRE - M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 98.

³ Emblematico sul punto quanto scritto da A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in www.gruppodipisa.it, 30 settembre 2016, 20: «posseggo... una sola certezza: che la lotta nei riguardi di coloro che non si riconoscono nei principi fondanti dello Stato costituzionale e che mirano ad abbatterlo ricorrendo a mezzi cruenti non può essere condotta abdicando ai principi stessi. Trovo invero singolare il ragionamento di coloro che avallano persino il ricorso alla tortura nei riguardi dei terroristi catturati argomentando che ciò sarebbe giustificato al fine di evitare altro spargimento di sangue... Nel momento, però, in cui per difendere lo Stato di diritto noi per primi dovessimo allontanarci da esso ed anzi adottare comportamenti che frontalmente lo contrastano avremmo perso definitivamente la nostra battaglia e, con essa, smarrito l'essenza stessa della nostra cultura liberal-democratica».

⁴ Cfr. sul punto le esaustive considerazioni di A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2014, § 7.

⁵ Sulle tecniche di bilanciamento e sulla possibilità di procedere alla creazione di un modello di principi-valori in maniera tale che si possa individuare una gerarchia di fondo con cui effettuare i singoli bilanciamenti concreti cfr., da ultimo, A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, VII, Torino, 2017, 293.

⁶ D'altra parte, come osserva P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 21, «nella contrapposizione tra sicurezza e libertà è la dignità umana a essere il concetto che deve orientare la decisione».

⁷ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, cit., 140-141.

La Corte di Strasburgo ha sanzionato l'Italia in ben due occasioni con la sentenza, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* e con la sentenza, Sez. I, 22 giugno 2017, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, poiché, in riferimento alle violenze praticate dalla polizia in occasione del G8 di Genova, la legislazione penale italiana applicata al caso di specie si sarebbe rivelata inadeguata nel sanzionare gli atti di tortura che venivano presi in considerazione e priva dell'effetto dissuasivo necessario a prevenire altre violazioni simili dell'art. 3 CEDU.

Tanto premesso, pare, però, poco discutibile quanto segue.

Nell'introdurre nel nostro ordinamento finalmente⁸ il reato di tortura con la recente l. n. 110/2017 che ha introdotto l'art. 613-*bis* cod. pen. ("Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano") il legislatore ha deciso di allontanarsi dal terreno già arato nell'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti: questa Convenzione, come è noto, fu approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre del 1984 a New York e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 498/1988 e prevede espressamente l'obbligo per gli Stati firmatari di sanzionare penalmente atti qualificabili in termini di tortura (art. 4).

La domanda che ci si pone in questo scritto è la seguente: quella per la quale ha optato il legislatore italiano è una scelta suscettibile di conseguenze di non poco conto in punto di costituzionalità della nuova fattispecie di reato?

Prima di esaminare i motivi di conflitto tra la legge n. 110 e la Convenzione, occorre preliminarmente commentare la precisa definizione di tortura presente nell'art. 1 della Convenzione che riportiamo integralmente: si intende con "tortura" "qualsiasi atto con il quale sono intenzionalmente inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque 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 sotto 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".

La stessa CAT, all'art. 2, prevede inoltre l'impossibilità di invocare circostanze eccezionali, quali ad esempio lo stato di guerra o l'instabilità politica interna, per giustificare una deroga alla

⁸ Benché fosse un'opinione non del tutto minoritaria quella per la quale prima dell'introduzione di tale reato alcune norme già contenute nel codice penale avrebbero apprestato una adeguata tutela del diritto a non subire tortura – quali i reati di percosse, di lesioni, di violenza privata, di minacce, di ingiurie, di sequestro di persona, di arresto illegale, di indebita limitazione di libertà personale, di abuso di autorità contro arrestati o detenuti, di perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie –, in realtà l'opinione in questione era priva di fondamento giuridico soprattutto perché, come ben è stato dimostrato in dottrina (cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., § 6), per alcuni dei succitati reati comuni è richiesta la querela di parte – decisione difficile per chi è vittima del reato di tortura –, inoltre esse prevedono termini brevi di prescrizione quando invece un crimine contro l'umanità, secondo il diritto internazionale, dev'esser sempre imprescrittibile e infine non erano previste ipotesi incriminatrici per la cosiddetta tortura psicologica.

proibizione della tortura, così come non viene dato alcun rilievo al ricorso alla causa esimente dell'ordine del superiore; infine, i trattamenti crudeli, inumani e degradanti che non siano inseriti nella definizione di tortura, pur oggetto del medesimo divieto assoluto, non sono accompagnati da un corrispondente corredo di obblighi posti in capo agli Stati e non sono, quindi, oggetto di uno specifico obbligo di incriminazione.

Come si evince da questa definizione, nella CAT il reato di tortura presenta alcuni elementi distintivi e qualificanti.

Innanzitutto esso è saldamente ancorato alla partecipazione da parte di chi è titolare di una funzione pubblica agli atti di violenza nei confronti di quanti sono sottoposti a limitazioni di libertà: di conseguenza, la tortura è un reato proprio del pubblico ufficiale, che trova la sua specifica manifestazione nell'abuso di potere, nell'esercizio arbitrario e illegale di una forza legittima. Questo attributo è legato alla finalità principale che ha mosso i promotori della CAT, cioè reprimere gli abusi che, proprio perché commessi da agenti pubblici presumibilmente con la complicità o nell'indifferenza delle alte gerarchie statali, rischiano di rimanere tollerati ed impuniti; non bisogna dimenticare che questa limitazione soggettiva riflette un paradigma classico del diritto internazionale secondo cui la responsabilità degli Stati deve collegarsi a condotte poste in essere dai loro funzionari⁹.

In secondo luogo, la CAT centra la fattispecie del reato sul forte dolore procurato alla vittima, lasciando viceversa libera la modalità di estrinsecazione della condotta offensiva.

In terzo luogo, quanto all'elemento soggettivo del reato, il reato di tortura è caratterizzato dal dolo specifico: l'uso del verbo "intenzionalmente" induce a ritenere che sia richiesto, per la configurazione del delitto, il perseguimento da parte del pubblico ufficiale di uno scopo preciso e cioè quello di ottenere dalla persona torturata, o da una terza persona, informazioni o una confessione; inoltre, è richiesto il dolo nell'infliggere dolore e sofferenze, ricordando che, in base alla Convenzione, il dolore e la sofferenza provocate devono essere di particolare intensità.

Infine con una apposita clausola di chiusura vengono esclusi dai comportamenti vietati quegli atti che derivano dall'applicazione di sanzioni legittime e quindi previste dalla legge, intendendosi, così, salvaguardare gli Stati dalla condanna a livello internazionale per il normale funzionamento del loro ordinamento giudiziario e carcerario.

Per quanto la norma sia stata ritenuta da qualcuno inutile, essa assume, in realtà, una certa importanza per i seguenti motivi.

Innanzitutto consente di ritenere legittimi, ad esempio, quegli istituti presenti nel nostro ordinamento i quali «nella loro trama legislativa non meno che nella loro effettiva applicazione»¹⁰ sono fortemente sospettabili di integrare gli estremi della tortura e del trattamento crudele, inumano

⁹ In tal senso si esprime P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2017, 192.

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura*, cit., 32.

e degradante: è il caso dei regimi giuridici del cosiddetto ergastolo ostativo e del cosiddetto carcere duro, rispettivamente contemplati agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* O.P.¹¹.

Inoltre, con l'art. 4 della CAT viene previsto l'obbligo di incriminazione degli atti costituenti tortura e, nonostante la lettera della norma non imponga di per sé l'introduzione di una figura autonoma di reato, lo stesso Comitato CAT ha frequentemente raccomandato agli Stati di introdurre una fattispecie criminosa a sé stante al fine di evitare pene insufficienti, termini brevi di prescrizione e altre zone di impunità.

L'art. 613-*bis* cod. pen., così come introdotto dalla l. n. 110/2017, stabilisce che “chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona”; il reato non sussiste qualora si tratti di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti¹².

Ebbene, al di là dell'elemento comune rappresentato dalla non configurabilità del reato qualora vengano in gioco atti che derivano dall'applicazione di sanzioni legittime, come si anticipava

¹¹ In realtà, il problema dovrebbe essere ulteriormente approfondito perché è noto che 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 – quand'anche imputato – per un atto di cui è sospettato: cfr. A. PUGIOTTO, *op. e loc. ult. cit.*

¹² Sono inoltre previste aggravanti se i fatti sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio (reclusione da cinque a dodici anni), se dalla tortura deriva una lesione personale grave (aumento di un terzo della pena) o gravissima (aumento della metà), ovvero la morte quale conseguenza non voluta (trent'anni di reclusione) o voluta (ergastolo). Viene infine introdotto pure l'art. 613-*ter* nel codice penale, in base al quale “il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”. Deve essere poi ricordato che il nuovo articolato, contrariamente a quanto stabilito nel disegno di legge approvato dalla Camera il 9 aprile 2015, non prevede l'inserimento del reato di tortura tra quelli elencati nell'ultimo comma dell'art. 157 c.p., che ne avrebbe permesso il raddoppio dei termini di prescrizione: l'abbandono in ultima istanza di tale soluzione, prospettata invece dal Senato, è forse dovuta alla recente approvazione della l. n. 103/2017, c.d. legge Orlando, che è giunta ad innovare in modo sostanziale la disciplina della prescrizione, attraverso modifiche relative soprattutto ai termini sospensivi e interruttivi previsti dagli artt. 159 e 160 c.p. Ancora, l'art. 3 della l. n. 110/2017 modifica l'art. 19 del TU immigrazione (d. lgs. n. 286/1998) a cui è aggiunto il comma 1-1 che impedisce l'espulsione, il respingimento e l'estradizione ogni volta sussistano fondati motivi di ritenere che, nei Paesi nei confronti dei quali queste misure amministrative dovrebbero produrre i loro effetti, la persona rischi di essere sottoposta a tortura: la disposizione precisa che tale valutazione tiene conto se nel Paese in questione vi siano violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani; questa disposizione – che è dovuta ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. – rischia, però, di generare problemi di ordine pratico relativamente alle effettive possibilità di procedere all'allontanamento degli immigrati irregolari sul territorio italiano, essendo, infatti, dato certo che la maggior parte dei migranti proviene da zone in cui è accertato che sistematicamente vengono violati i diritti e le libertà fondamentali della persona (cfr. J.M. RAMPONE, *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, in *Osservatorio AIC*, 29 ottobre 2017, 10-11)

all'inizio, le discrasie fra la definizione di tortura adottata dal legislatore italiano e quella sancita dall'art. 1 della CAT sono varie.

In modo particolare, la prima discrasia è che il legislatore italiano prevede il reato di tortura non come reato proprio dei pubblici ufficiali, contrariamente a quanto prescritto dalla CAT, ma quale reato comune, cioè che si concreta sulla base della condotta delineata dalla fattispecie criminosa posta in essere da chiunque.

La seconda discrasia è che, mentre la CAT definisce la tortura qualsiasi atto e quindi anche soltanto un atto con il quale siano inflitti dolore o sofferenze acute e si riferisce a trattamenti disumani o degradanti, il legislatore italiano richiede violenze o minacce gravi commesse mediante più condotte che comportino un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona: in questo modo il legislatore violerebbe, fra l'altro, il principio di determinatezza inferibile, secondo, come noto, la giurisprudenza costituzionale, dall'art. 25, comma 2 Cost.¹³.

Il terzo aspetto problematico è che il legislatore italiano richiede che si realizzi un verificabile trauma psichico quando, invece, per la CAT sono sufficienti anche soltanto acute sofferenze mentali.

L'ultima discrepanza consiste nel fatto che il legislatore ha ideato una fattispecie a dolo generico, che appare del tutto coerente rispetto all'individuazione di un reato comune, ma che, ancora una volta, registra un profilo di discontinuità rispetto alla previsione internazionale, che invece ammette il dolo specifico.

Con riferimento alla seconda e alla terza delle problematiche evidenziate, è stato sottolineato in dottrina che la legge italiana sul reato di tortura realizza di fatto «una aberrazione storica poiché, in molti casi, non consentirebbe neppure di punire, per le torture praticate sul corpo degli inquisiti, un ipotetico inquisitore di *ius commune* che, per azzardo, si trovasse ad operare ai nostri tempi»¹⁴: l'esempio che viene a questo proposito portato è quello della più comune fra le torture praticate dall'Inquisizione, quella della saccata¹⁵. Si osserva dunque che con la legge italiana sul reato di tortura «un redivivo Torquemada rischierebbe di “farla franca”, in quanto una sola saccata

¹³ Di tale opinione sembra essere J.M. RAMPONE, *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, cit., 13, secondo la quale «il testo di legge enuncia che, ai fini della configurabilità del reato, l'autore della condotta deve perpetrare “violenze o minacce gravi”. L'enunciazione del disposto penale sembra prospettare una problematica interpretativa che attiene alla possibilità di riferire o meno la condizione di gravità non solo alle minacce, ma anche alle violenze. Non è infatti chiaro se siano sufficienti plurime violenze, anche non connotate da una tipica gravità, ovvero se anche le stesse debbano, al pari delle minacce, essere caratterizzate da una particolare intensità».

¹⁴ GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO - S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 384.

¹⁵ ... consistente nel legare «all'infelice le mani dietro la schiena con una fune che passava per una carrucola infissa nel soffitto, e dall'altro capo era raccomandata ad un cilindro, intorno a cui annaspandola, si sospendeva in aria il torturato, che si lasciava cader giù precipitosamente, dandogli in questa maniera quelli che si dicevano tratti, scosse o saccate»: così A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, VI, Torino, 1892, parte I, 436-38.

corrisponde a un solo atto di violenza, che in ipotesi può essere commesso anche con una sola condotta»¹⁶.

Quanto, invece, alla natura di reato comune della fattispecie criminosa di cui alla l. n. 110, non manca la posizione secondo cui il legislatore italiano non è tenuto a configurare il reato di tortura come reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio: ciò in quanto «l'obbligo internazionale di sanzionare la tortura ad opera del pubblico ufficiale non implica una "esclusività" in tal senso, né tanto meno il divieto di punire analoga condotta del privato»¹⁷; nonostante ciò, si patrocina, al contempo, l'opportunità della previsione di un dolo specifico¹⁸.

3. I profili di compatibilità costituzionale.

Per tentare di risolvere i problemi alla radice si sarebbe potuto pensare alla soluzione di "scrivere" il nuovo reato di tortura sulla falsariga dell'art. 185-*bis* c.p.m.g., a norma del quale, "salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito..."¹⁹: in altri termini, per come la fattispecie di tortura è contemplata nelle fonti pattizie e secondo la loro evoluzione interpretativa, si poteva configurare il reato di tortura attraverso un implicito rinvio mobile e aggiungere l'individuazione dei vari livelli delle sanzioni da applicarsi: tale individuazione è necessaria per la sua completa trasposizione nell'ordinamento interno.

Tuttavia, questa soluzione viene avversata da alcuni autori, i quali hanno invece sostenuto che la nozione di tortura della CAT «non si prestava e nemmeno era mai stata concepita per un diretto trapianto nei sistemi penali interni, data la carenza di tassatività di alcuni dei suoi componenti»²⁰: costoro sostengono infatti che risulta chiaro come, ad esempio, la natura meramente illustrativa delle finalità ivi elencate possa sollevare problemi di compatibilità con il principio di stretta legalità²¹. Nulla si potrebbe rimproverare, dunque, al nostro legislatore per non aver acriticamente

¹⁶ GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 385.

¹⁷ M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 894, con riferimento al progetto di legge che nel 2016 era in discussione presso la Camera dei Deputati.

¹⁸ M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 895.

¹⁹ Corsivo nostro; sul succitato art. 185-*bis* cfr., per approfondimenti, A. LANZI - T. SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *Riv. dir. internaz.*, 2004/3, partic. 689 ss.; M. DELLI SANTI, *Il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. pol.*, 2007, 344-347.

²⁰ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 224-25.

²¹ Lo stesso P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 225, osserva come nello stesso senso la Corte EDU ha chiarito come per rispettare gli obblighi imposti dall'art. 3 della CEDU non si potesse far ricorso a fattispecie penali

sottoscritto la nozione internazionale di tortura; nemmeno sarebbe da censurare, di per sé, la scelta di non escludere l'operatività delle ordinarie cause di esclusione della punibilità, della prescrizione e dei comuni benefici penitenziari.

La soluzione dei problemi che l'introduzione del reato di tortura solleva non sembra facile.

Per cercare di fare luce sulla *quaestio* è bene fare un'avvertenza.

La CAT, che è un trattato ascrivibile nel novero di quelli che puniscono una certa condotta, era stata resa esecutiva nel 1988 nel nostro ordinamento con lo strumento dell'ordine di esecuzione (ovvero con la formula "piena ed intera esecuzione è data al trattato") e quindi in una modalità del tutto insufficiente²²: infatti, poiché la CAT non stabilisce affatto delle pene specifiche per la violazione del comportamento che essa punisce, in fase di esecuzione della stessa CAT era imprescindibile che fosse il legislatore a stabilire il tipo e il *quantum* della pena, utilizzando non l'ordine di esecuzione bensì il procedimento ordinario di adattamento.

Dal punto di vista strettamente tecnico, la ratifica e l'esecuzione ad un trattato non sono sufficienti 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 modo particolare, per la materia penale in ragione del principio costituzionale secondo il quale *nullum crimen, nulla poena sine lege*; per tradurre il divieto di tortura in un'ipotesi di reato contemplata nel codice penale, dunque, sarebbe stata necessaria una legge *ad hoc* che ne avesse definito perlomeno il cosiddetto compasso edittale.

In realtà, l'esecuzione nel nostro ordinamento della CAT è avvenuta in modo a dir così del tutto "monco", nel senso che, come viene ripetuto, il legislatore con la l. n. 498/1988 ha eseguito nell'ordinamento italiano la fattispecie di tortura così come delineata dalla CAT all'art. 1, ma non ha stabilito, al contempo, alcuna pena volta a sanzionare la condotta ivi descritta.

Ora, il legislatore pone rimedio a questa lacuna con riferimento alla pena nel 2017, stabilendo, appunto, la pena per il reato di tortura, ma contemporaneamente delinea la fattispecie in maniera diversa, per molti aspetti, rispetto a quanto risulta dalla definizione contenuta nella CAT – *rectius*, nella legge di esecuzione di essa nel nostro ordinamento promulgata nel 1988.

A questo proposito gli sbocchi interpretativi che si possono prospettare sono due.

Il primo è che si parta dal presupposto secondo cui la Convenzione è "imprecisa" nel delineare la condotta che intende punire e conseguentemente si ritenga che la l. n. 110/2017 ben ha fatto a specificare la descrizione solo "vagamente" accennata: se così non avesse operato, infatti, ne sarebbe scaturita una possibile violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose di cui all'art. 25, comma 2 Cost., ragion per cui tale legge sarebbe stata passibile di essere dichiarata incostituzionale.

contrastanti con il principio di legalità *ex art. 7* della medesima Convenzione, ciò che sarebbe accaduto ove la descrizione delle condotte fosse stata affidata ad elementi vaghi o eccessivamente indeterminati.

²² Su questo aspetto sono sempre illuminanti le pagine di A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. internaz.*, 1999, partic. 465-66 e 468-69, nonché di C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quad. cost.*, 2004, spec. 561 nota 28.

Quanto da ultimo osservato deve fare peraltro i conti con la giurisprudenza della Corte costituzionale che sembra sempre di più orientata ad assolvere espressioni normative indeterminate se è possibile un'interpretazione che riduca il margine di incertezza della norma e dunque a dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni incriminatrici per violazione del principio di determinatezza solo una volta aver accertato l'impossibilità di rendere determinata la norma sottoposta al suo giudizio o attraverso un intervento interpretativo o tramite decisioni manipolative²³.

Il secondo è che si ritenga che la Convenzione – e di conseguenza la legge del 1988 di esecuzione della stessa – non sia affatto imprecisa con riferimento alla fattispecie che essa delinea: in questa ipotesi si deve addivenire alla conclusione che l. n. 110/2017 vi si sarebbe dovuta uniformare e, poiché questo pare non essere avvenuto, dovrebbe essere chiamato in causa l'art. 117, comma 1 Cost. nella parte in cui pone il limite degli obblighi internazionali²⁴.

Ma tutta questa questione problematica sarebbe comunque suscettibile di essere, per così dire, ripensata e più in particolare superata dal possibile contrasto della l. n. 110/2017 direttamente con la Costituzione e in modo specifico con l'art. 13, comma 4 della medesima.

Il contrasto può essere ravvisato innanzitutto con riferimento all'elemento della configurazione quale reato comune del reato di tortura: infatti, dall'articolo costituzionale poco sopra citato si evince che il reato di tortura deve essere un reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio nella misura in cui tale articolo identifica i torturati quali persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà e dunque sottintende che le violenze siano perpetrate dall'autorità di pubblica sicurezza²⁵.

²³ Sugli ostacoli che possono frapporsi all'accertamento del principio di determinatezza in materia penale cfr. per maggiori ragguagli F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49 ss., nonché, volendolo, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, 319-20: in quella sede si era messo in guardia specificamente dall'ostacolo rappresentato dal principio talora sostenuto dalla Corte costituzionale secondo il quale il requisito di determinatezza della fattispecie non deve essere ritenuto vulnerato se sulla disposizione legislativa – in particolare quella che esegue il trattato – pur se formulata in maniera generica, si forma un orientamento interpretativo consolidato di origine giurisprudenziale perché la costante enunciazione di coerenti statuizioni da parte della Cassazione sarebbe in grado di fugare ogni incertezza relativamente alle conseguenze penali della violazione della norma impugnata.

²⁴ Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2645 ss., spec. 2651, nonché già, volendo, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., 314 ss.

Potrebbe, peraltro, venire in considerazione anche l'art. 10, comma 1 Cost. qualora si ritenesse che il divieto di tortura concreti uno di quei rari divieti a carattere assoluto, ossia non bilanciabile, il quale ha acquisito nel tempo lo *status* di norma di *jus cogens*, come tale inderogabile e applicabile a tutti gli Stati a prescindere dalla loro adesione ad un qualunque strumento pattizio: su questo specifico aspetto cfr. P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 188-89.

Deve essere infine specificato che è ben vero che obblighi di tutela penale discendono inoltre dalla partecipazione dell'Italia alla CEDU, ma in questo caso non si tratta «di obblighi *clear-cut* bensì di un chiaroscuro giuridico» e questo perché le censure della Corte EDU «puntano i riflettori sul versante della pena, più che su quello – per quanto, giocoforza, interconnesso – della descrizione del precetto» (così P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 218).

²⁵ Sul punto vedasi A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Roma-Bari, 1987, 78, secondo i quali «c'è... un minimo di libertà dell'individuo che deve essere salvaguardato ad ogni costo anche quando la costrizione legale, con l'incarcerazione o la detenzione, sembrerebbe quasi annullare la sua personalità» e da ultimo cfr.

Non solo, ma dalla disposizione costituzionale *de qua* si inferisce pure l'obbligo dell'imprescrittibilità del reato di tortura: infatti, poiché essa stabilisce che è punita ogni violenza, è palese che l'intervento della prescrizione potrebbe comportare la non punibilità di alcune torture²⁶.

Ma soprattutto, posto che nell'art. 13, comma 4 Cost. si trova scritto "è punita ogni violenza", «il termine "ogni" non lascia dubbi: devono essere punite anche singole violenze e anche quelle che non provocano traumi psichici verificabili»²⁷.

Del resto, ampliando l'orizzonte del ragionamento, si potrebbe osservare che l'attuazione legislativa più fedele possibile dell'obbligo di sanzionare penalmente la tortura posto dall'art. 13, comma 4 Cost. risulta di centrale rilevanza nel nostro ordinamento.

Sotto il profilo prettamente costituzionalistico, infatti, è forse discutibile la qualificazione del diritto a non subire tortura quale diritto sociale.

Qualcuno a questo proposito in dottrina ha notato come – posto che l'art. 3, comma 2 Costituzione prevede, tra le altre cose, che sia compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, impediscano il pieno sviluppo della persona umana – sia innegabile che «tanto una vetusta, ma tutt'altro che superata, concezione meramente retributiva del carcere, quanto la storica "cattiva abitudine" della polizia penitenziaria di praticare violenze sui detenuti, rientrano tra i suddetti ostacoli. Spetta dunque allo Stato il compito di garantire, a norma dell'art. 27, comma 3, un "carcere senza tortura" e, per assurgere a tale compito, è necessario approntare degli strumenti punitivi adeguati nei confronti di chi pratica atti di violenza fisica e morale sui soggetti sottoposti a regime detentivo, come prevede l'articolo 13, comma 4»²⁸.

C. MARTINELLI, *sub art. 13*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018, 100, il quale osserva che «lo Stato, esercitando i propri poteri nei limiti sanciti dalla Costituzione, diviene il custode delle persone cui ha limitato la libertà e pertanto deve garantire a queste ultime che nessun atto di ulteriore afflizione verrà perpetrato nei loro confronti».

²⁶ Fra l'altro, come ricorda GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 377, l'obbligo di imprescrittibilità si può inoltre ricavare dall'art. 4, comma 2 CAT, nella parte in cui vengono richieste pene adeguate che tengano conto della gravità del reato, come anche ha chiarito il Comitato ONU contro la tortura in relazione all'ordinamento francese (sul punto cfr. sempre GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 377 nota 93, per ulteriori ragguagli), nonché dall'art. 3 CEDU, se solo si pensa che nella sent. *Cestaro c. Italia* già richiamata la Corte di Strasburgo osserva che in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione.

²⁷ GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 386, il quale predica «l'impossibilità di prevedere qualsivoglia "zona grigia", eccezione o limite al divieto di tortura. "È punita ogni violenza" significa, innanzitutto, questo: che non è possibile lasciare impunte alcune violenze. Nessuna possibilità di subordinare la procedibilità alla querela di parte, nessuna possibilità di stabilire l'irrelevanza penale di torture perché non abbastanza "gravi", nessuna possibilità... di prevedere eccezioni al divieto» (pp. 377-78); sul punto cfr. anche M. OROFINO, *Diritti e doveri della persona. Diritti di libertà personale*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018, 395, il quale osserva che l'art. 13, comma 4 Cost. «da un lato, ... pone un obbligo in capo al legislatore, il quale è chiamato a definire (e mantenere in vigore) fattispecie di reato ad hoc per gli autori di violenze fisiche e morali ai danni di persone comunque ristrette della loro libertà. Da un altro lato, ... significa l'esplicitazione nella Costituzione del divieto di tortura sia fisica che morale. In questo senso, tale norma deve essere letta congiuntamente con i commi 3 e 4 dell'art. 27, i quali ne rappresentano il naturale completamento...».

²⁸ GIUL. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015/2, 4.

Tuttavia, il diritto a non subire tortura non sembra presentare come scopo quello di eliminare le diseguaglianze esistenti internamente alla società.

In ogni caso il diritto a non subire tortura è comunque ascrivibile alla categoria dei diritti di libertà.

A questo proposito a nulla varrebbe obiettare che la finalità di tale tipologia di diritti è quella di permettere delle condotte (libertà di riunione, di associazione, di circolazione ecc...), mentre il diritto a non subire tortura ha il diverso obiettivo della garanzia del rispetto di un divieto.

A questo argomento si potrebbe infatti contro-obiettare che appartengono alla categoria dei diritti di libertà anche quelli che riguardano la libertà intesa come “libertà situazione” e che promanano dal fondamentale diritto alla libertà personale al quale, non a caso, il Costituente ha ricollegato il divieto di tortura: «Il “diritto di libertà dalla tortura”, dunque, potrebbe essere un diritto di libertà allo stesso modo in cui lo è il “diritto di libertà dagli arresti arbitrari”»²⁹ o potrebbe essere definito persino come un «diritto misto»³⁰, nella misura in cui rappresenta l’estrinsecazione combinata di differenti diritti di libertà e in modo particolare della libertà personale, del diritto all’integrità psico-fisica, del diritto alla salute, del diritto al giusto processo, del diritto ad una pena non disumana ed altri ancora.

Tanto premesso, è ben vero che sia dalla disposizione di cui all’art. 13, comma 4 sia da altre disposizioni costituzionali si può inferire l’esistenza nel nostro ordinamento del divieto di tortura o, appunto, del diritto di libertà dalla tortura: si pensi all’art. 1 Cost., che, proclamando che l’Italia è una Repubblica democratica, rende *naturaliter* inconciliabile la tortura con la democrazia e con i principi che su di essa si fondano; o anche all’art. 2 Cost. e alla formula ivi contenuta, secondo cui la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, la quale è certamente tale da implicare il divieto della tortura; o ancora all’art. 32 Cost., in cui, dato che a nulla rileva che vengano in gioco sofferenze fisiche o morali, la tortura compromette comunque, definitivamente o momentaneamente, il benessere psicofisico del soggetto che la subisce³¹.

Tuttavia, è anche e altrettanto vero quanto segue.

Innanzitutto solo l’art. 13, comma 4 Cost., sancendo l’obbligo di punire, stabilisce un obbligo di criminalizzazione.

In secondo luogo, esso impone di sanzionare penalmente *ogni* condotta di violenza, per cui se ne deriva che non sarebbe contemplata né ammessa qualsiasi eccezione alla regola anche quando

²⁹ GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 361, secondo il quale, peraltro, il diritto a non subire tortura potrebbe essere tutt’al più riconducibile nel novero dei diritti sociali di libertà, ponendosi come una estrinsecazione del diritto all’integrità psico-fisica.

³⁰ GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 362.

³¹ Questo senza dimenticare altri articoli costituzionali conferenti a tale proposito: si pensi agli artt. 24, comma 2, sull’invulnerabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, o all’art. 27, comma 2, che sancisce il principio della presunzione di non colpevolezza o, come vogliono alcuni, di innocenza, o all’art. 111, che statuisce il principio del giusto processo, i quali tutti «sono posti a presidio di alcuni principi (*nemo tenetur se detegere*, presunzione di innocenza, terzietà e imparzialità del giudice, *etc.*) rispetto ai quali la tortura, e in particolar modo (ma non solamente) quella giudiziaria, è senz’altro incompatibile» (GIUL. SERGES, *Il diritto a non subire tortura*, cit., 370).

questa risultasse eventualmente giustificata da supposte esigenze di difesa della democrazia o della sicurezza nazionale.