

Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura.

di *Michele Passione*

«A volte mi vengono in mente idee che non condivido»
(Francesco Tullio Altan)

Lo scorso 17 maggio il Senato della Repubblica ha approvato, con modificazioni (in seconda lettura, dopo quella del 4 febbraio 2014) il DDL 2168 sulla tortura.

Il testo, che ha unificato quelli presentati per iniziativa di altri Senatori (nn.10, 362, 388, 395, 849, 874), era già stato sostanzialmente modificato dalla Camera dei Deputati in data 9 aprile 2015, due giorni dopo l'umiliante (ma scontata) condanna subita dal nostro Paese nell'*affaire Cestaro c. Italia*, relativo ai fatti di reato verificatisi durante il G8 di Genova¹.

Pare opportuno ricordare come nel passaggio da un ramo all'altro del Parlamento fosse stata abolita l'inclusione dei trattamenti inumani o degradanti tra quelli oggetto di incriminazione, introdotta l'intenzionalità della condotta (una sola, abolendosi il riferimento alle *violenze o minacce gravi*), con finalità specificamente indicate, prevedendosi altresì un raddoppio del termine prescrizionale, ex art.157 comma VI c.p.

Come vedremo, si trattava di modifiche opportune, seppure insufficienti, sol che si tenga conto del testo di cui alla Convenzione firmata a New York il 10 dicembre 1984, approvata con legge di ratifica del 3 novembre 1988, n.498.

Eppure, malgrado la composizione amichevole raggiunta lo scorso mese di aprile tra lo Stato italiano e sei dei ricorrenti alla Corte EDU (nel ricorso *Azzolina ed altri c. Italia*), con il pagamento di 45 mila euro ciascuno, avendo nell'occorso il Governo riconosciuto i casi di maltrattamenti simili a quelli subiti dagli interessati a Bolzaneto, come anche l'assenza di leggi adeguate, conseguentemente impegnandosi ad adottare tutte le misure necessarie a garantire in futuro il rispetto di quanto stabilito dalla Convenzione europea dei diritti umani (compreso l'obbligo di condurre un'indagine efficace e l'esistenza di sanzioni penali per punire i maltrattamenti e gli atti di tortura), il Senato ha licenziato un testo che si rivela una vera e propria mistificazione, un palese tradimento degli obblighi convenzionali assunti, senza riserve, quasi trent'anni fa.

¹ F. VIGANÒ, La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del Legislatore italiano, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9.4.2015; F. CASSIBBA, Violato il divieto di tortura. Condannata l'Italia per i fatti della Scuola "Diaz-Pertini", in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 27.4.2015

Vediamo perchè.

* * *

Sebbene il testo approvato sia stato ulteriormente “asciugato” rispetto a quello previgente, sono state introdotte una serie di modifiche che verranno esaminate partitamente, evidenziando, per ciascuna di esse, la siderale distanza dal testo convenzionale, e al contempo la confusa costruzione dogmatica di un testo che, com'è noto, dovrebbe sanzionare uno dei 4 *core rights*, inderogabili anche in casi di cui all'art.15 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo, a mente di quanto previsto dal comma 2 della norma citata.

* * *

Le *violenze o minacce gravi* erano già previste nell'approvazione del testo licenziato dal Senato in prima lettura.

Rispetto alla previsione di cui alla Convenzione ONU (d'ora in poi, CAT) l'aggettivo qualificante accede alla condotta, piuttosto che all'evento; dunque, se non è grave non è tortura.

Di più.

Si prevede, in alternativa (tale potendosi intendere la congiunzione disgiuntiva *ovvero*) l'aver agito *con crudeltà* (accezione incomprensibile, vista la natura dell'interesse tutelato nel caso di specie, di difficile accertamento, e comunque correttamente riferibile alla circostanza aggravante di cui all'art.61 n.4 c.p., piuttosto che all'elemento costitutivo del reato, quale possibile modalità di esplicazione della condotta).

Come abbiamo già avuto occasione di dire², sarebbe (stato) indispensabile prevedere una fattispecie a forma libera, che consentisse di punire anche le più moderne ed efficaci tecniche di tortura.

Sarebbe (stato) meglio mantenere l'avverbio *intenzionalmente* (presente nel testo Camera), per evitare usi impropri delle incriminazioni, i quali sarebbero favoriti, in sua assenza, dal possibile riferimento alla categoria del dolo eventuale.

Sarebbe (stato) necessario mantenere la previsione di un reato di evento caratterizzato dal dolo specifico, così superando i gravissimi problemi di determinatezza della fattispecie introdotta.

Quanto al *verificabile trauma psichico*, sottoposto ad incerte valutazioni (non si comprende ad opera di chi) e dunque contrario ad elementari criteri di determinatezza della fattispecie, è stato giustamente affermato³ che... “*il dolore non è solo il danno materiale, come avviene nella malattia. Vi è sempre un'altra faccia del dolore, al di là del danno...il dolore è soggettivo, graduabile, difficilmente misurabile. Il dolore psichico è ancora più difficile da circoscrivere e definire...il dolore prodotto dalla tortura è un dolore che avviene dentro una relazione di potere*”

² Sia consentito il richiamo a M. PASSIONE, Il reato che non c'è; quello che ci serve, in Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale, a cura di C. Peroni e S. Santorso, Mimesis, 2015, pg.46)

³ P. GONNELLA, La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica. DeriveApprodi, 2013, 55

asimmetrico...la tortura non è logicamente comprensibile al di fuori di una relazione di dominio istituzionale”.

Le considerazioni appena citate conducono al più volte segnalato argomento del reato proprio, la cui ragion d'essere (anche se posto in alternativa ad una diversa fattispecie comune, come ad esempio per quanto previsto dagli artt.614 e 615 c.p.) può facilmente apprezzarsi al di fuori di qualsivoglia logica punitiva nei confronti delle FF.OO; ciò in evidente continuità con quanto previsto dall'art.13, comma 4 Cost. (e con l'art.277 c.p.p.), essendo il reato di tortura “l'unico costituzionalmente necessario”.

Sebbene vi sia chi ha dubitato che la previsione riguardante il reato commesso dal pubblico ufficiale costituisca circostanza aggravante, piuttosto che fattispecie autonoma⁴, sarebbe (stato) opportuno chiarire espressamente la questione, evidentemente foriera di gravide conseguenze giuridiche (non solo rispetto al tema dell'eventuale bilanciamento).

Inoltre.

Il nuovo testo dell'art.613 *bis* c.p., così come già commentato in dottrina rispetto alla simile (sul punto) ipotesi di cui al previgente *iter* normativo⁵ presenta il rischio di una potenziale sovrapposizione con altre fattispecie, in particolare con l'art.572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi).

Proseguendo nell'analisi del testo, è sul finire del primo comma del novellato articolo 613 *bis* c.p. che ci si imbatte nella vera e propria pietra dello scandalo, qualcosa che ripugna la coscienza di ogni persona, rendendo inaccettabile la soluzione adottata.

Si allude, com'è ovvio, alla necessità che il fatto debba essere *commesso mediante più condotte*.

L'emendamento, presentato e poi ritirato dal proponente nei lavori della Commissione (ma poi ripresentato dallo stesso Senatore) ha superato il vaglio dell'Aula, così comportando una patente violazione dell'art.2 CAT; una volta si può.⁶ Così, oltre ad ammettere il singolo episodio di tortura, essendo la responsabilità penale personale si finisce con il consentire perfino più atti di tortura, se posti in essere, anche contemporaneamente, da soggetti diversi, ciascuno dei quali con unica azione; “*ma tutto questo Alice non lo sa*”⁷

⁴ F. VIGANÒ, La difficile battaglia, cit. (cfr. relazione scritta depositata in Commissione dall'Autore, allegata). Contra, sul punto, cfr. I. MARCHI, Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26.5.2014; A. COLELLA, La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22.7.2014

⁵ G. LANZA, Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26.2.2016

⁶ 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, 2004, pg.48.

⁷ F. De GREGORI, in Alice non lo sa, 1973

Sul punto, ferma l'impossibilità di accedere a quel che costituisce un'autentica rottura con il diritto internazionale pattizio, sarebbe (stato) necessario prevedere espressamente la punibilità di condotte omissive, senza far leva soltanto su quanto previsto dall'art.40, comma 2, c.p.

Com'è noto, il testo approvato dalla Camera prevedeva la *violazione dei propri obblighi di protezione, cura o di assistenza*; opportunamente espunto al Senato, per le ragioni sopra indicate, e tuttavia mantenuto in parte in relazione al novero dei soggetti passivi, quanto previsto attualmente imporrebbe di includere la rilevanza di condotte omissive senza alcun riferimento al ruolo dell'agente, e tantomeno allo specifico rapporto tra soggetto attivo e quello passivo.

Infine, quanto all'ipotesi di cui al primo comma della norma in commento, si è ritornati alla previsione originaria del testo del Senato, inserendo i trattamenti inumani e degradanti (con dizione però differente dal testo convenzionale e parlamentare, vista la congiunzione adottata) in una indefinita e confusa terra di nessuno, propria delle condizioni obiettive di punibilità.

Così, se il testo approvato dal Senato in prima lettura prevedeva i *trattamenti inumani o degradanti per la dignità umana* quale forma alternativa di condotta, malgrado sia chiaro che⁸ essi (pur ricompresi, al pari della tortura, nella disposizione di cui all'art.3 della Convenzione), debbano ricondursi a ipotesi diverse (per gravità e per volontarietà della condotta), come costantemente affermato dalla Corte EDU, la modifica approvata finisce con il creare ulteriore confusione, non solo sotto il profilo di determinatezza (cui potrebbe avviarsi attraverso la consolidata giurisprudenza alsaziana) ma, appunto, prima ancora dogmatico.

Quanto all'ipotesi (autonoma? circostanziale?) di cui al secondo comma, si è già detto.

Ciò che è stato efficacemente definito⁹... “*una specie di peccato originale da cui è partito impropriamente il dibattito parlamentare*”, per cui... “*rotto l'argine simbolico, sono arrivati gli scivolamenti successivi*”, nel caso in cui si ritenesse (qual'è- pur non vincolante- l'intenzione del Legislatore) che essa debba intendersi come mera aggravante, non è stato previsto alcun meccanismo che renda impossibile il bilanciamento (come, solo per fare due esempi, quelli di cui all'art.628 ult. comma c.p., o all'art.7, comma 2, L.n.203/1991).

Sul punto, chi scrive è da sempre contrario a rigidità interpretative e sanzionatorie, ma deve osservarsi che (non a caso) il Senato ha scelto in questo caso di discostarsi dalla tendenza normativa seguita ogniqualvolta si intenda riconoscere, all'atto pratico (quello della sanzione irrogata in concreto), la particolare gravità del fatto (così non è stato per la rinnovata previsione della sanzione dell'ergastolo). La scelta, inoltre, si pone in contrasto con quanto previsto dall'art.4 CAT.

Ed ancora.

⁸ M. PALMA, Igiene linguistica: cos'è tortura, cos'è trattamento inumano e degradante, in Volti e maschere della pena. Opg, carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Ediesse, 2013, 175

⁹ S. ANASTASIA, in Micromega, 22.5.2017

Il terzo comma della norma in commento prevede il *caveat* (riferibile solo all'ipotesi di cui al comma precedente) per il caso di *sofferenze risultanti dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti*.

Fermiamoci.

E' vero che un'ipotesi simile si rinviene nell'art.1 CAT, sebbene il comma 2 della norma citata consenta a ciascun Paese di introdurre *disposizioni di portata più ampia*, ma è anche vero che altre fonti del diritto pattizio (così, ad esempio, l'art.3 CEDU e l'art. 4 CDFUE) non prevedono limitazioni legate alla liceità delle sanzioni.

Così, se l'interpretazione evolutiva offerta dalla Corte EDU permette di evitare una lettura distorta di ciò che è legittimo e ciò che è reato¹⁰, quanto alla condotta del pubblico ufficiale (del resto già consentita dagli artt.51, 52 e 53 c.p., 41 O.P.), la previsione introdotta costituisce lo *scivolamento* successivo prima evocato dal Garante del Lazio, quello per cui, in nome della ragion di Stato, nessuno è Stato.

Sul punto, non sapremmo dire meglio di chi¹¹ ha limpidamente affermato che “*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*”.

Quanto ai commi quarto e quinto, valgono le osservazioni già rassegnate a suo tempo¹²: non servono esasperazioni sanzionatorie che impediscano di tener conto dei diversi possibili livelli di gravità delle condotte e degli apporti in sede di concorso, perseguendo intenti simbolici che tolgono autorevolezza al messaggio normativo. Non serve, dunque, prevedere una pena fissa (incostituzionale, essendo possibili scenari diversi della colpevolezza e dei fattori che incidono sul prodursi dei risultati lesivi), e addirittura di trent'anni, per il caso della morte prodottasi come effetto non voluto. O escludere la valutazione del Giudice circa le entità degli aumenti di pena previsti (in un contesto già problematico come quello dei delitti aggravati dall'evento, piuttosto che quello di cui all'art.586 c.p.). Non serve poi, in particolare, prevedere il caso dell'omicidio volontario del torturato, punendolo con l'ergastolo, non solo perchè ciò è già consentito attraverso le aggravanti comuni previste dal codice, ma soprattutto perchè la previsione esplicita di un nuovo reato punito con la pena perpetua renderebbe difficile proporre allo stesso Legislatore la messa in discussione del “fine pena mai”, quale sanzione non conforme al senso di umanità, e costituzionalmente illegittima.

* * *

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2014, 150

¹¹ M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, 2013, 148; cfr. anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, 213, secondo cui... “il diritto, per sfuggire al rischio di porsi come dinamica autoreferenziale, deve essere giustificato filosoficamente a partire da opzioni valoriali che attengono alla concezione della giustizia”

¹² L. EUSEBI, M. PASSIONE, *Reato di tortura? Cambiatelo, o sarà inutile*, in *Il Garantista*, 16.12.2014, pg.8

Anche la riformulazione della fattispecie di cui all'art.613 *ter* c.p. (e ciò a prescindere dal sensibile ritocco al ribasso della sanzione prevista) soffre di non poche incertezze.

Ed infatti, accanto all'aggiunta dell'avverbio *concretamente* rispetto ai testi precedentemente approvati da Senato e Camera, è stata eliminata la clausola di riserva in favore dell'art.414 c.p. (con il rischio di ulteriore confusione nell'individuazione della norma da applicarsi in concreto), e si è irragionevolmente mantenuta la previsione dell'istigazione solo nei confronti di soggetti parimenti qualificati dal ruolo.

* * *

Del tutto in contrasto con quanto previsto nella sentenza *Cestaro c. Italia* (§ 246), nella quale si è affermata la necessità “*che l'ordinamento italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art.3, e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte*” (e cioè, tra gli altri, della prescrizione e/o dell'indulto, come occorso nel caso di specie), si è eliminata la previsione di cui all'art.3 atto Camera, contenente l'inclusione del nuovo art. 613 *bis* c.p. nelle ipotesi di cui all'art.157, comma 6, c.p. (che pure include perfino ipotesi punite a titolo di colpa).

* * *

Quanto all'intervento operato in ordine all'articolo 19 del decreto legislativo n.286/98, si è ritornati all'ipotesi adottata in prima lettura dal Senato, prevedendo l'introduzione del comma 1 *bis* alla norma citata, piuttosto che la sua più ampia modifica e riformulazione in un nuovo comma 1, come invece previsto dalla Camera. Impossibile non ricordare le contrarie osservazioni dei vertici delle FF.OO. sul punto, malgrado il principio di *non refoulement*, di cui all'art.33 della Convenzione di Ginevra, e l'infamante condanna emessa dalla Grande Camera proprio per la sua violazione (sent. 23.2.2012, *Hirsti Jamaa e altri c. Italia*).

* * *

Infine, la solita *invarianza degli oneri*, del tutto in contrasto con quanto previsto dall'art.10 CAT, e soprattutto dall'art.14, secondo cui *ogni Stato Parte, nel proprio ordinamento giuridico, garantisce alla vittima di un atto di tortura il diritto ad una riparazione e ad un risarcimento equo ed adeguato che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile. Se la vittima muore in seguito ad un atto di tortura, gli aventi causa hanno diritto ad un risarcimento*.

Inutile ricordare come per l'inadempimento della Direttiva 2004/80/CE (affatto recepita sul punto dal d.lgs.204/2007), che ha imposto agli Stati membri dell'Unione Europea di apprestare una tutela rimediale-risarcitoria a beneficio delle vittime di reati violenti ed intenzionali, laddove impossibilitate a conseguire dagli autori delle condotte criminose il risarcimento dei danni, sia dovuta intervenire la CGE, che con sentenza 11.10.2016 ha appunto affermato che l'Italia non ha adempiuto al precetto contenuto nel paragrafo 12.2. della Direttiva in questione.

Il tutto, manco a dirlo, a fronte di quanto previsto dalla Camera in materia di legittima difesa, essendo stata introdotta l'assistenza legale a carico dello Stato quando sia stata dichiarata la non punibilità per la scriminante citata.

* * *

Servirebbe un *confiteor*, ma il destino del DDL appare segnato, al punto che perfino il Senatore Manconi, primo firmatario del testo, non ha partecipato al voto, disconoscendone la congruità rispetto alle previgenti versioni domestiche e la compatibilità con la Convenzione ONU.

* * *

La tortura è un tabù.

Se ne può prevedere l'introduzione in plessi ordinamentali di settore (cfr. art.185 *bis* del c.p.m.g., come introdotto dalla L.n.31/2002), si può prevedere il divieto del commercio di strumenti utilizzabili per torturare (cfr. d.lgs.n.11/2007), ma è impossibile andare oltre, verso quegli impegni assunti, senza riserve, con la Legge 11 febbraio 1989.

C'è il divieto, ma manca il crimine; mancano le parole per dirlo.

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, ed è per questo che la dignità costituisce il postulato su cui si regge il *Grundgesetz*, dopo la seconda guerra mondiale.

*Dire la tortura è un compito arduo. Ne va del ruolo politico della parola e della tensione conflittuale tra linguaggio e potere*¹³.

Chi tace, è complice.

Dal 6 novembre al 6 dicembre 2017 il Comitato ONU contro la tortura esaminerà il "caso Italia", insieme a Bosnia ed Erzegovina, Bulgaria, Camerun, Mauritius, Moldavia, Ruanda e Timor Est.

Spes contra spem.

¹³ D. DI CESARE, Tortura, Bollati Boringhieri, 2016, 141