



HAL
open science

Il diritto a non subire tortura

Giuliano Serges

► **To cite this version:**

Giuliano Serges. Il diritto a non subire tortura: ovvero: il diritto di libertà dalla tortura. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, Editoriale scientifica, pp.335-392, 2017, Diritto penitenziario e costituzione, 978-88-9391-180-1. hal-01668360

HAL Id: hal-01668360

<https://hal.science/hal-01668360>

Submitted on 20 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Giuliano Serges

*Il diritto a non subire tortura
ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*

estratto da

I DIRITTI DEI DETENUTI
NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

a cura di

MARCO RUOTOLO *e* SILVIA TALINI

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI

Copyright © 2017 Editoriale Scientifica srl

ISBN 978-88-9391-180-1

Giuliano Serges

*Il diritto a non subire tortura
ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*

SOMMARIO: 1. Premessa: tortura e carcere – 2. La tortura, il suo divieto, il diritto a non subirla – 2.1. Etimo e significato tecnico-giuridico – 2.2. La tortura giudiziaria – 2.3. La tortura, oggi – 2.4. Il divieto di tortura e il relativo diritto – 3. Lo statuto costituzionale del diritto di libertà dalla tortura – 3.1. Il quarto comma dell'art. 13 e il terzo comma dell'art. 27 Cost. – 3.2. Gli artt. 3 e 28 Cost. e gli obblighi internazionali ed europei – 3.3. Le “altre” disposizioni costituzionali – 4. La protezione legislativa del diritto di libertà dalla tortura – 4.1. I requisiti minimi di protezione – 4.2. La disciplina legislativa – 4.3. La legge sul nuovo reato di tortura: *inutiliter data?* – 4.4. Nuove prospettive di tutela.

1. *Premessa: tortura e carcere*

Tra i diritti costituzionali dei detenuti un posto di primo piano riveste il c.d. “diritto a non subire tortura” (o “diritto di libertà dalla tortura”¹), e ciò per almeno due ragioni: una di tipo storico-fattuale, una di natura prettamente giuridica.

La prima è che tra il carcere e la tortura esiste un forte legame, un filo rosso che si dipana nel corso della storia sin dai secoli dell'Inquisizione (se non addirittura da prima²). La tortura è infatti uno dei

¹ Le espressioni «*right to be free from torture*» e «*freedom from torture*» si trovano assai frequentemente nella letteratura anglosassone, mentre sono rare nella dottrina italiana. Sul piano del significato, tuttavia, le due espressioni “diritto a non subire tortura” e “diritto di libertà dalla tortura” non sono del tutto equivalenti, come si avrà modo di meglio specificare nel prosieguo della trattazione (*infra* § 2.4).

² È tutt'ora dibattuto se, nel diritto romano, la tortura fosse o meno utilizzata sugli uomini liberi dagli organi preposti alla repressione criminale a Roma. L'opinione più diffusa è quella secondo cui almeno fino al II secolo d.C. a tali organi «fosse inibita la possibilità di servirsi nelle indagini istruttorie o di utilizzare a titolo di pena la tortura sugli uomini liberi» (che invece era senz'altro consentita sugli schiavi, considerati alla stregua di oggetti, *res*), «e che questa regola non avesse subito eccezioni per tutto il

metodi con cui si possono estorcere agli inquisiti le confessioni a causa delle quali essi saranno condannati al carcere. Si tratta di quella forma di tortura che viene normalmente definita come “giudiziaria” o “inquisitoriale” (*infra* § 2.2), oggi da considerarsi assolutamente abusiva (almeno nelle cc.dd. democrazie occidentali) ma che, come noto, era legale e largamente utilizzata nel corso dell’età di diritto comune. Si consideri, poi, che forme di detenzione possono essere utilizzate quali parti integranti di procedimenti tormentatorî (com’è accaduto non solo al tempo dell’Inquisizione, ma anche in un recente passato³). È stato financo sostenuto che il carcere sia sempre, di per sé, una forma di tortura⁴. Deve rilevarsi, infine, come nel carcere (o comunque in luoghi di detenzione) si possa praticare la tortura, intesa quale forma di violenza esercitata dall’autorità di pubblica sicurezza sui corpi o sulla mente dei detenuti.

La seconda risiede nel fatto che, rispetto ad altri diritti costituzio-

periodo repubblicano (o, per alcuni, qualche rara eccezione in riguardo a stranieri o ad appartenenti alla plebe). Solo con l’avvento del Principato, in conseguenza dell’accentuarsi del dispotismo imperiale, da un lato, e – soprattutto – dell’affermarsi delle *cognitiones extra ordinem*, dall’altro, l’impiego della tortura sui liberi avrebbe cominciato a diffondersi nella pratica processuale, sia pure – all’inizio – come illegale eccezione, che poi, però, avrebbe finito per stabilizzarsi e diventare dunque consuetudine e, infine, legge» (C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell’età repubblicana e del I secolo dell’Impero*, Milano, 2002, 1-4). Secondo pregevole dottrina, tuttavia, tale opinione andrebbe riverificata, in quanto «il numero e, soprattutto, la estrema varietà delle fonti – peraltro costantemente distribuite nel tempo – che riferiscono su episodi di utilizzazione della tortura nel campo della repressione criminale già dal periodo regio e repubblicano e nella prima età imperiale rende [...] difficilmente accettabile la loro globale spiegazione in termini di “invenzioni storiografiche” e di “abusi di potere”» (*Ibidem*).

³ Come racconta N. KLEIN, *Shock economy. L’ascesa del capitalismo dei disastri*, trad. I. Katerinova, Milano, 2007, 33 ss., ad esempio, la CIA, durante la Guerra fredda, ha posto in essere delle torture costituite da un complesso procedimento che prevedeva dapprima la detenzione del torturato in celle di privazione sensoriale e, in un secondo momento, il trattamento dello stesso con pesanti sedute di *elettroshock*. L’idea di fondo era quella di far perdere ai malcapitati la cognizione dei sensi (a traverso la detenzione) e ottenere una *tabula rasa* nelle menti dei torturati (a traverso l’uso dell’*elettroshock*), così da poter «disfare e cancellare le menti difettose, e poi ricostruire nuove personalità». L’esperimento fallì e l’unica sua conseguenza tangibile furono le numerose schizofrenie diagnostiche ai detenuti che ebbero la fortuna, per così dire, di uscirne vivi.

⁴ Già l’inquisitore domenicano Bernardo Gui aveva apoditticamente affermato «*carcerare idest torqueræ*», come ricorda I. MEREU in *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, Pordenone, 1994, 57.

nali – l’istruzione, l’informazione, la sanità, la riservatezza, il lavoro, ecc. – che pure sono (o dovrebbero essere) garantiti ai detenuti, il diritto a non subire tortura si contraddistingue per il fatto che si tratta di uno dei non numerosissimi diritti che il Costituente italiano ha voluto riferire espressamente a «*persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*» (art. 13, comma 4). Esso si configura, in altri termini, non già come un diritto del cittadino *anche* detenuto⁵, bensì quale *diritto proprio* delle persone private in tutto o in parte della propria libertà personale (detenuti *lato sensu*⁶), così come è sancito dal quarto comma dell’art. 13 della Costituzione della Repubblica italiana:

«È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Tale disposizione – il cui contenuto si avrà modo di approfondire (*infra* § 3) – non è, come si vedrà, l’unica rilevante ai fini della ricostruzione di uno “statuto costituzionale” del diritto a non subire tortura. La sua concreta attuazione, peraltro, è subordinata ad una disciplina legislativa che appare ancora oggi assai insufficiente affinché il diritto in esame venga adeguatamente tutelato. Prima di proseguire nella trattazione, tuttavia, è bene chiarire preliminarmente alcune nozioni la cui conoscenza e comprensione è indispensabile per poter cogliere il senso degli argomenti che saranno in seguito illustrati⁷.

⁵ Con il che, beninteso, non si vuol certo affermare che sia consentito usare violenza fisica o morale su persone non sottoposte a restrizioni di libertà. La Costituzione italiana riconosce e impone il rispetto dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2), del diritto alla salute (art. 32) e degli obblighi internazionali ed europei contratti dall’Italia in materia di diritti umani (artt. 11 e 117): tanto basta per affermare che nessuna violenza fisica o morale su altre persone può essere ritenuta costituzionalmente lecita (v. *infra* § 3.3).

⁶ L’art. 13, comma 4, infatti, non ha ad oggetto esclusivamente i detenuti a seguito di condanna (o detenuti *stricto sensu*), bensì qualunque persona sottoposta a restrizioni totali o parziali della propria libertà personale: arrestati, fermati, custoditi a titolo cautelare, internati, *etc.* Come già aveva osservato all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione V. CRISAFULLI, *Manuale dei diritti del cittadino*, II edizione, Roma, 1950, 52, dunque, il principio sancito dal quarto comma dell’art. 13 «vale evidentemente per tutti i casi possibili, di detenzione e carcerazione preventiva, di espiazione di pena detentiva, di sottoposizione a misure di sicurezza ecc.».

⁷ A tal riguardo è d’uopo precisare che il presente lavoro è frutto di un’attività di ricerca sul tema che si protrae da diversi anni e i cui risultati sono già stati parzialmente esposti in due precedenti lavori. Il primo, dal titolo *La tortura giudiziaria. Evoluzione*

2. *La tortura, il suo divieto, il diritto a non subirla*

2.1. *Etimo e significato tecnico-giuridico*

La prima nozione che bisogna approfondire è, ovviamente, quella di “tortura”, parola di origine latina usata assai nel linguaggio quotidiano, con significati spesso molto distanti tanto dall’etimologia del termine quanto da quello proprio dell’istituto giuridico.

“Tortura” deriva da *torquēō*⁸ (torcere, piegare), così come altre parole appartenenti alla medesima «famiglia di lessemi correlati con l’area semantica della tortura»⁹ quali, ad esempio, *tormētum*, *tortum*, *extorquēō*, ecc. Dal punto di vista etimologico “tortura”, così come il suo sinonimo “tormento” (sincope di “torcimento”, allo stesso modo

e fortuna di uno strumento d'imperio (in L. PACE, S. SANTUCCI, GIU. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, 229 ss.), affronta le tematiche relative alla storia della tortura giudiziaria e alla compatibilità di quest’ultima con la democrazia, il garantismo giudiziario e i diritti umani, nonché le problematiche proposte avanzate in dottrina di reintrodurre la tortura a scopo antiterroristico. Il secondo, dal titolo *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*, n. 2/2015), riguarda invece le norme costituzionali ed europee poste a presidio del divieto di tortura e le difficoltà relative all’introduzione dei reati di tortura nell’ordinamento statale, anche in un’ottica di diritto comparato. Allo scopo di contenere al minimo indispensabile l’apparato bibliografico del testo che si legge, si rimanda dunque ai due lavori da ultimo richiamati – ai quali non si faranno ulteriori riferimenti nel prosieguo della trattazione – per approfondimenti bibliografici relativi ai temi ivi trattati.

⁸ La ricostruzione dell’etimo di “tortura” è stata effettuata a partire dai seguenti testi: G.B. BOLZA, *Etimologie di vocaboli italiani*, in *Rivista viennese*, 1839, Tomo II, Fasc. IV, 85 ss.; L. CASTIGLIONI, S. MARIOTTI, *IL Vocabolario della lingua latina*, III ed., Milano, 2001, 1307, voce “*tormentum*”; F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 35, ora ad introduzione di A. GIANNELLI e M.P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 17; *Vocabolario degli Accademici della Crusca compendiato da un Accademico Animoso: secondo l’ultima impressione di Firenze del 1691*, Tomo II, Venezia, 1705, 64, voce “*cruciatus*”; G. DEVOTO e G. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bergamo, 1982, voce “tortura”; O. PIANGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Roma, 1907, voci “*cruciare*”, “*supplizio*”, “*tormento*”, “*tortura*”; I. PUTZU, *Etimologia e testualità: il sardo medievale (arborense)* iscodologare. *Aspetti e problemi metodologici*, in G. PAULIS, I. PINTO, *Etimologia fra testi e culture*, Milano, 2013, 278 ss. Per non appesantire il testo, si eviterà di indicare, di volta in volta, l’origine della singola informazione qui riportata, salvo quando si tratti di brani citati letteralmente.

⁹ I. PUTZU, *op. cit.*, 299.

in cui “tortura” lo è di “torcitura”), altro non è, dunque, se non una variante morfologica di “torsione”. Il termine veniva in origine usato per indicare la torcitura dei filati, la torchiatura delle olive o dell’uva ovvero, in ambito terapeutico, la torsione delle ossa per rimediare alle slogature. Il lemma fu altresì adoprato per designare le violenze inflitte, tramite la torsione delle membra, a scopo punitivo o per piegare colla forza la volontà di un altro essere umano, assumendo quindi ben presto il significato estensivo di grave sofferenza fisica o morale. Analoga sorte toccò a “tormento” (dal latino *tormētum*), nato originariamente per indicare un arnese (da cui la desinenza in *-mētum*, indicante strumento) destinato a infliggere torsioni sul corpo umano, poi usato estensivamente per indicare qualunque forma di supplizio. L’atto di torturare, oltre che con il verbo *torquēo*, fu indicato anche con un derivato di quest’ultimo, vale a dire *extorquēo* (*ex* + *torquēo*, da cui l’italiano “estorcere”): «*extorquēre*, muovendo da un originario significato separativo-intensivo, significava “torcere, lussare, slogare”, poi “torturare” e quindi “strappare qualcosa con la forza, estorcere”»¹⁰.

I termini sopra considerati concorrono, nel loro complesso, ad illustrare il significato di “tortura”, da intendersi quindi come trattamento volto a torcere le membra o la mente di una persona, provocandole gravi sofferenze fisiche o morali, sino a piegarne la volontà, allo scopo di punirla o di costringerla a compiere un’azione che altrimenti non avrebbe compiuto (ad esempio rilasciare una confessione). La particolare capacità descrittiva della parola “tortura” – in grado di assumere tanto una connotazione ampia (ogni grave sofferenza inflitta da un uomo su di un altro) quanto una connotazione specifica (violenza effettuata allo scopo di estorcere un comportamento) – ha contribuito, in larga parte, alla sua fortuna, portandola a prevalere su tutte le concorrenti¹¹, specie nel contesto giuridico. Allo stesso tempo, però, proprio la necessità di conciliare l’ambivalenza semantica del termine con l’esigenza di precisione definitoria propria dell’ambito

¹⁰ I. PUTZU, *op. cit.*, 299.

¹¹ Quali, ad esempio, *carneficina*, *cruciatu*, *martyrium* e *supplicium*, per lungo tempo usate quali sinonimi di “tortura” ma che poi, pur essendo sopravvissute anche al passaggio alla lingua italiana, hanno perso la loro funzione sinonimica (carneficina, martirio), sono cadute in desuetudine (cruciatu) ovvero sono rimaste relegate a un significato generico di tortura (supplizio).

giuridico ha condotto all'elaborazione della fondamentale distinzione tra il concetto di *tortura-fine* (o *tortura finale*) e quello di *tortura-mezzo* (o *tortura strumentale*):

a) Si ha *tortura-fine* quando l'atto di grave violenza fisica o morale è finalizzato a sé stesso. È il caso, ad esempio, della *tortura finalizzata* al mero compimento di un atto di violenza. Ma anche di quella finalizzata alla punizione di qualcuno (sulla base del sillogismo: P1. *Il fine della tortura è la punizione*; P2. *La punizione consiste in una tortura*; C. *Il fine della tortura è la tortura*);

b) Si ha *tortura-mezzo* quando l'atto di grave violenza fisica o morale è finalizzato al raggiungimento di un risultato diverso dalla tortura stessa, come ad esempio quello di costringere una persona, piegandone la volontà, a compiere un'azione che altrimenti non avrebbe compiuto.

Questa distinzione è fondamentale per comprendere i due significati con cui, in origine (e fino a tempi relativamente recenti), il termine "tortura" è stato usato in ambito giuridico: da un lato, vi è la *tortura-pena*, vale a dire una *tortura-fine* inflitta, a titolo di pena, sul corpo di un condannato; dall'altro, vi è la *tortura giudiziaria*, vale a dire una *tortura-mezzo* effettuata sui corpi degli inquisiti allo scopo di estorcere delle confessioni o delle informazioni utili ad incriminare i presunti complici. In uso già nel diritto romano (*v. nt.* 2), la *tortura giudiziaria* conobbe il periodo di maggior fortuna nell'età del diritto comune, grazie all'emersione del processo romano-canonico e alla creazione dell'Inquisizione. *Tortura-pena* e *tortura giudiziaria* presentano alcune differenze ed alcune caratteristiche comuni:

a) *Legalità*. Entrambe sono previste come misure lecite da parte di una valida ed efficace norma giuridica;

b) *Istituzionalità-autoritatività*. Ambo le due sono praticate da un rappresentante delle istituzioni (inquisitori, autorità di pubblica sicurezza, *etc.* a seconda del regime politico);

c) *Giudiziarità*. Solo la *tortura giudiziaria* è *strumentale* alla conclusione di un processo, mentre la *tortura-pena* attiene ad una fase successiva allo stesso, quella dell'esecuzione penale.

Di queste due diverse accezioni, però, solo una è stata considerata, per lungo tempo, quale *tortura* intesa in senso tecnico-giuridico-

co, vale a dire la tortura giudiziaria. Ciò si spiega col fatto che, fino all'avvento del c.d. "diritto internazionale dei diritti umani", la parola trovava applicazione pressoché esclusivamente nell'ambito del diritto criminale (*infra* § 2.3), rispetto al quale la tortura-pena, tecnicamente, non può essere qualificata come "tortura" bensì, piuttosto, come un tipo di pena. Da questo punto di vista sarebbe più corretto parlare di *pena-tortura* (o "pena della tortura"), allo stesso modo in cui si parla di "pena di morte" e non di "morte-pena", essendo evidente come la pena non possa essere considerata un tipo di morte.

Quando si parla di tortura intesa in senso tecnico-giuridico si fa dunque riferimento – almeno fino alla prima metà del XIX secolo – a quella particolare forma di tortura-mezzo, caratterizzata dalla *giudiziarità*, dalla *legalità* e dalla *istituzionalità-autoritatività*, nota come "tortura giudiziaria" (o «tortura inquisitoriale»¹²).

«Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi d'estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio fondando la sentenza sulla verità così ottenuta, qualsiasi procedimento che abbia questo contenuto e questo fine rientrava, o diciamo rientra, nel concetto di tortura giudiziaria»¹³.

In questo contesto risulta evidente la maggiore idoneità descrittiva della parola "tortura" rispetto alle altre concorrenti (*v. nt. 11*), poiché essa è la sola a contenere al suo interno i significati di "piegare" (la volontà) ed "estorcere" (una testimonianza o una confessione). Non è un caso, d'altronde, che gli illuministi, quando trattavano della tortura giudiziaria auspicandone l'abolizione, si riferissero ad essa chiamandola, semplicemente, "tortura", poiché era questo il significato attribuito al termine in ambito tecnico-giuridico, come spiega con chiarezza il Verri:

¹² Così la chiama, opportunamente, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2009 (I ed. del 1976), 125, evidenziando il legame inscindibile tra un sistema giudiziario di tipo inquisitoriale e la previsione della tortura giudiziaria quale pratica legale (*infra* § 2.2).

¹³ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Varese, 1953, 5.

«col nome di tortura non intendo una pena data a un reo per sentenza, ma bensì la pretesa ricerca della verità co' tormenti. *Quaestio est veritatis indagatio per tormentum, seu per torturam; et potest tortura appellari quaestio a quaerendo, quod iudex per tormenta inquirat veritatem*»¹⁴.

Tanto il termine “tortura” era identificato col concetto di tortura giudiziaria che, nel latino giuridico, sorse accanto ad esso un sinonimo improprio, vale a dire *quaestio* (interrogatorio). In ambito giuridico si distingueva dunque tra *tormentum* o *cruciatu*s (supplizio, tortura in senso generico) e *quaestio* (tortura giudiziaria), «con una precisione tecnica che la nostra lingua non ha e che permetteva di tener separate, all'occorrenza, le [due] nozioni»¹⁵. La sinonimia impropria continuò anche col passaggio al volgare, ove la tortura veniva identificata con i termini *rigoroso esame* o *rigorosa esamina* (in Italia), *question* (in Francia) e *cuestión* (in Spagna). L'affermarsi di tale uso testimonia, peraltro, la frequenza con la quale, a partire dell'emersione del processo romano-canonico, gli interrogatori venivano svolti avvalendosi della tortura (*infra* 2.2), al punto che quest'ultima veniva sostanzialmente identificata con i primi. Ma vi era, al fondo, anche un'altra ragione per la quale gli inquisitori preferivano parlare di *quaestio* o “rigoroso esame” (cioè “interrogatorio particolarmente rigoroso”) anziché di tortura, vale a dire la volontà di mascherare, di dissimulare la particolare crudeltà delle pratiche inquisitorie. Si tratta di una tecnica ben descritta dal Mereu sotto il nome di “dissimulazione onesta”¹⁶, tipica

¹⁴ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura e sulla peste che devastò Milano nell'anno 1630*, Milano, 1804, cap. VIII.

¹⁵ P. FIORELLI, *op. cit.*, Vol. I, 17. L'A. specifica, peraltro, che se questa distinzione era assai netta in ambito giuridico, «nel linguaggio di tutti i giorni» era facile rinvenire una qualche confusione tra i due istituti.

¹⁶ L'espressione “dissimulare onesto” si deve a Torquato Accetto, moralista napoletano in attività circa quattro secoli or sono, ed è stata riportata alla luce da Italo Mereu per definire una assai peculiare manifestazione di quel concetto che, nel linguaggio odierno, è noto con il sintagma “tartufismo giuridico” (dal francese *tartufe*, “ipocrita”). Spiega l'Accetto che: «la dissimulazione non è altro [...] che un velo composto di tenebre oneste e di rispetti violenti da che non si forma il falso ma si dà qualche riposo al vero, per dimostrarlo a tempo» (T. ACCETTO, *Della dissimulazione onesta*, 1641). Dunque, in ambito giuridico, potremmo riassumere dicendo che con dissimulare onesto s'intende il nascondere, dietro parole fuorvianti, concetti diversi da quelli che, date le circostanze, si sarebbero dovuti esprimere, considerati sconvenienti o impresentabili, in

del linguaggio inquisitoriale, di cui l'equivalenza "rigoroso esame = tortura" costituisce uno degli esempi più rappresentativi:

«"Rigorosa esamina" è un sintagma dove il rapporto fra tortura e torturato, fra chi può chiedere e chi deve solo soffrire e rispondere, è sfumato in un'immagine scolastica che richiama alla memoria da un lato maestri severi, ma (è sottinteso) giusti; e dall'altro allievi impauriti, trepidanti ed ansiosi, che sperano solo di finire, e si augurano che le risposte date siano quelle soddisfacenti e placanti che il maestro attende e desidera. Ma c'è anche una sapienza psicologica non comune nell'uso di questa espressione che identifica la tortura con un esame e questo con la tortura. Alla base di entrambe c'è la violenza, che tutto altera e distorce; quella fisica e quella psicologica, la *territio* e il dolore sofferto, che vengono unite in una immagine in cui il rapporto non è più tra uomo e uomo, ma tra uno che può tutto e un altro che deve solo subire. Rigoroso esame, detto di questi stati di sopraffazione esistenziale, è la "dissimulazione" più "onesta" e, in fondo, più vera»¹⁷.

Questa attitudine dissimulatoria esercitata dagli inquisitori e dai giuristi di *ius commune* – e sciaguratamente ripresa, in tempi recenti, dai giuristi statunitensi (*v. nt.* 84) – rappresenta un altro dei motivi della fortuna della parola "tortura". Durante la lotta per l'abolizione della tortura portata avanti dagli illuministi (*infra* § 2.2), infatti, questi ultimi s'impegnarono a squarciare il velo di tartufismo del linguaggio inquisitorio, chiamando l'istituto sempre e solo col suo nome proprio: tortura¹⁸. La qual cosa offrì al termine in questione un uso e una diffu-

vista di un evento futuro che determinerà l'avverarsi della situazione dissimulante (per ciò da considerarsi onesta) in luogo di quella dissimulata.

¹⁷ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, II ed., Milano, 1988, 211-213.

¹⁸ L'unico altro termine usato era "tormento", il solo che, come già ricordato, ha la stessa radice etimologica di "tortura" e ne costituisce dunque un sinonimo quasi perfetto. La parola "tormento", peraltro, era solitamente adoprata solo per descrivere la tortura, non già per rappresentarla (se non, talvolta, allo scopo di evitare ripetizioni all'interno del medesimo periodo o di periodi vicini). Si poteva dire, insomma, che "la tortura consiste in un tormento", ma i due termini non erano ritenuti pienamente fungibili. Possiamo ricordare, a titolo di esempio, due passi del capitolo X delle *Osservazioni sulla tortura* di Pietro Verri (cit.), in cui entrambi i lemmi sono usati: «se i dottori considerassero la *tortura* come un mezzo per avere la verità, prescriverebbero di attenervisi e considerare per certo quello che un *tormentato* dice fra i *tormenti*»; «è poi una contraddizione veramente barbara quella di rinnovare la *tortura* all'uomo che revochi l'accusa fattasi nei *tormenti*» (corsivi nostri).

sione che ben pochi altri possono vantare in ambito giuridico. In questo modo la tortura sconfinò dal contesto giuridico, smise di essere una parola meramente descrittiva di un fatto e il solo pronunziarla divenne a tutti gli effetti un atto di denuncia politica, giuridica e sociale. Denuncia che, ai tempi, non era riferita solo alla tortura giudiziaria, bensì a tutto il sistema inquisitorio poiché, come già aveva saggiamente rilevato Ulpiano, «*quaestionem sic accipimus non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem*»¹⁹ (*infra* § 2.2). La tortura divenne, insomma, un pretesto per denunciare la «barbarie dei tempi» (così Verri, nel XIII cap. delle sue *Osservazioni sulla tortura*) e il termine divenne – ed è tuttora – quasi un sinonimo di “vergogna”. Non a caso, d'altronde, alla famiglia di lessemi correlati con l'area semantica della tortura appartiene anche il termine *tortus* (torto), che dal significato originario di “torturato” è divenuto sinonimo di “ingiustizia”. La parola, dunque, assunse un «potere evocativo» che ancora oggi è sfruttato per denunciare la violazione dei diritti²⁰ e che costituisce, come si vedrà, il cuore dell'odierno dibattito relativo alla definizione di “tortura” ai fini della sua repressione penale (*infra* § 4).

Tale “potere evocativo”, peraltro, s'è rafforzato nel tempo, poiché si è inserito in un percorso evolutivo del concetto di tortura²¹ che ha

Si noti come gli illuministi si fecero portatori di un'esigenza che, a distanza di secoli, è ancora avvertita. Con riferimento alla problematica introduzione di uno specifico reato di tortura nell'ordinamento italiano (*infra* § 4.1), infatti, M. PALMA, *Chiamiamola tortura*, in P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parola, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma, 2013, 133, ha sottolineato come tra i motivi per i quali vi è necessità di introdurre un reato che non solo sanziona la tortura, ma si chiami proprio “reato di tortura”, vi è quello dettato dalla necessità di compiere una «operazion[e] di igiene culturale», di «dare bene nome alle cose». Di chiamare, cioè, la tortura col suo nome.

¹⁹ “La tortura giudiziaria, così considerata, [rappresenta] non tanto i tormenti, ma tutta l'inquisizione”. Analogamente Azzone descriveva l'inquisizione come «*inquisitio veritatis per tormenta*» (la ricerca della verità a traverso la tortura).

²⁰ Parla di “potere evocativo” della parola tortura il Prospero, il quale scrive: «Persone private della libertà senza alcun preavviso, scomparse dalla loro casa senza lasciar traccia, chiuse in isolamento per lunghi periodi, infine interrogate con la severa *quaestio* – la tortura. Tutto questo è oggetto di archeologia giuridica e gli storici della giustizia se ne sono occupati abbastanza. Ma la parola non ha perso il suo potere evocativo. Ancora oggi, chi vuol denunciare il vilipendio delle persone e dei loro elementari diritti può ricorrere al mito storico dell'Inquisizione» (A. PROSPERO, *Le torture d'America nell'indifferenza del mondo*, in ID., *Cause Perse. Un diario civile*, Torino, 2010, 18).

²¹ Parla di «carattere evolutivo [...] del concetto di tortura» F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GIANNELLI, M. PATERNO, *op. cit.*, 171.

portato quest'ultimo ad applicarsi anche a fatti ai quali, in passato, non sarebbe stato applicato, e che ha eretto la tortura a simbolo negativo della democrazia, del garantismo giudiziario e dei diritti umani (*infra* § 2.3).

2.2. La tortura giudiziaria

Come già ricordato, in principio era la tortura giudiziaria. Per comprendere il processo evolutivo della definizione di tortura e, dunque, le problematiche attuali relative ad essa, è necessario soffermarsi, sia pur brevemente, sulla *quaestio*. L'istituto, già esistente nel diritto romano (*v. nt.* 2), venne abbandonato nell'alto medioevo con l'avvento dei regni romano-barbarici e l'adozione del principio della personalità del diritto, per poi "risorgere", nell'età del diritto comune, con la riscoperta delle fonti giustinianee e l'instaurazione del processo romano-canonico²². Si parla, nella letteratura storico-giuridica, di "rinascita della tortura dalle ordalie". Alla base di questa formula vi è però un equivoco durato a lungo, vale a dire quello secondo cui la tortura sia "risorta" nel basso medioevo – a seguito del divieto di partecipare alle ordalie sancito dal Concilio Laterano IV del 1215 – sol perché prevista dalle fonti di diritto romano. In realtà, come ha acutamente osservato il Cordero, «nella metamorfosi inquisitoria» la tortura giudiziaria sarebbe rinata comunque, «perché la nuova procedura richiede conclusioni storiche sicure»²³. In altri termini, il processo romano-canonico

²² Quando si parla di età del diritto comune s'intende un periodo di tempo lungo quasi sei secoli: dal XII sec. d.C. a buona parte del XVIII sec. L'età di diritto comune, dunque, inizia col "basso Medioevo" (o "età del diritto comune classico") e perdura per i primi due secoli e mezzo della "età moderna", per poi scomparire con la c.d. "età delle riforme". Per "diritto comune" s'intende quel diritto elaborato dalla scienza giuridica tardo medievale (*in primis* i Glossatori della Scuola dei giuristi bolognesi) sulla base del diritto romano e del diritto canonico, allo scopo di superare l'incertezza giuridica generata dal principio della personalità del diritto. Venne così forgiato un nuovo diritto universale fondato sui due diritti preesistenti (*utrumque ius*), che si diffuse progressivamente, anche se in diversa maniera, nella maggior parte degli Stati europei (esclusa l'Inghilterra). Dalla commistione tra i due diritti (romano e canonico) si generò altresì, per il tramite dell'elaborazione dei glossatori e dei canonisti, un nuovo tipo di processo, conosciuto con il nome di "processo romano-canonico", che si trasformò, progressivamente, nel "modello" di giustizia preponderante in tutti i territori dove si era "insinuato", anche solo come *ratio scripta* (è il caso della Francia), il sistema di diritto comune.

²³ F. CORDERO, *op. cit.*

possedeva una struttura tale da non poter consentire il suo efficace svolgimento senza il ricorso alla tortura giudiziaria. Per quanto concerne la nostra analisi, i tratti principali da mettere in rilievo sono i seguenti:

1) *Funzione purificatrice della giustizia*. La funzione sociale dell'Inquisizione, fosse essa di tipo ecclesiastico o di tipo secolare, era quella di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza, «estirpa[ndo] la mala pianta dell'eresia»²⁴ (tribunali ecclesiastici) o «purga[ndo] la provincia dagli scellerati»²⁵ (giurisdizioni secolari);

2) *L'Inquisizione come "inquisitio veritatis"*. Il fine ultimo del processo era la ricerca della *veritas*, intesa come vera e propria "verità storica", indistinta dalla "verità processuale";

3) *Parzialità del giudice*. In mancanza di separazione tra funzione giudicante e funzione inquirente, l'inquisitore, *iudex atque accusator*, era un giudice incaricato di scoprire i reati (anche procedendo *ex officio*), di indagare i fatti e di emanare la sentenza. La raccolta delle prove da parte del giudice era totalmente libera. La ricostruzione degli eventi contenuta nella decisione rappresentava la *veritas*;

4) *Presunzione di colpevolezza*. L'inchiesta, promossa *ex officio* dall'inquisitore, poteva attivarsi anche sulla base di semplici sospetti (c.d. processo per *suspicio*). Essendo l'accusatore anche giudice, è chiaro come non potesse applicarsi il principio della presunzione di innocenza (elaborato proprio come rimedio al processo inquisitorio). Inoltre, dal momento che l'Inquisitore era abilitato a dichiarare la *veritas*, era fatalmente riconosciuta in capo ad esso una sorta di presunzione di infallibilità. Stava dunque all'inquisito (che, non a caso, era chiamato "reo" già nella fase inquirente²⁶, dunque ben prima della condanna, ed era sempre passibile di carcerazione preventiva) dimostrare la sua innocenza (ad esempio resistendo alla tortura);

5) *Sistema delle prove legali*. Ogni elemento di prova – considerandosi come tale tutti gli indizi, compresi i semplici sospetti, rilevati dall'inquisi-

²⁴ A. PROSPERI, *Introduzione* in ID., *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Roma, 2003, XIX.

²⁵ B. MELCHIORI, *Miscellanea di materie criminali volgari e latine, composta secondo le leggi civili e venete*, Venezia, 1741, 96.

²⁶ Il che costituisce, secondo il Mereu (*St. dell'int.*, cit., 212), un altro esempio di dissimulazione onesta: «perché designare con un appellativo così squalificante chi ancora non è altro che un imputato, e solo dopo la condanna potrà essere chiamato con l'appellativo di reo? Il presupposto (taciuto) è quello che qualunque persona sia sottoposta a tortura, per l'Inquisitore è già un reo che bisogna solo far confessare».

tore – era qualificato in modo diverso, a seconda della sua presunta e predeterminata efficacia probatoria. Vi erano le *probationes plenae* (“prove piene”, come ad esempio la confessione, considerata *regina probationum*) e le *probationes semi-plenae* (“prove semi-piene”, o “semi-prove”). Solo le prime erano ritenute idonee a poter determinare da sole la decisione e, dunque, la conclusione del processo, mentre le altre necessitavano di altri elementi (ad esempio un’altra prova semi-piena);

6) *Principi di segretezza e di scrittura della procedura*. Quanto al primo, si tratta di un principio giustificato dalla necessità di non ostacolare il lavoro dell’inquisitore (ad esempio con una fuga di notizie), anche se l’uso fu soprattutto quello di consentire all’inquisitore di avere le mani libere. Al contrario, l’esecuzione della pena era improntata al principio di pubblicità, in quanto essa aveva funzione esemplare. Quanto al principio di scrittura della procedura, si tratta di una naturale conseguenza del rigido formalismo che caratterizzava il processo romano-canonico. La “giustezza” del processo, infatti, non era valutata in virtù della correttezza della decisione (che era presunta) bensì dal rispetto documentato delle regole processuali sancite, oltre che dalla legislazione “ufficiale”, da veri e propri “manuali per inquisitori” che circolavano nei tribunali e che avevano un’importanza tale da costituire un vero e proprio «diritto inquisitoriale [...] dotato di una propria “tecnica”, una tradizione autonoma, che si tramanda sempre nella prassi dei tribunali dell’Inquisizione ed è l’unico diritto che effettivamente sia applicato»²⁷.

È di grande importanza rilevare come, alla base dell’architettura processuale dell’Inquisizione, vi fosse una concezione assolutistica della sovranità²⁸ e, dunque, un regime che, oggi, definirem-

²⁷ Ivi, 25.

²⁸ Concezione che, naturalmente, varia al passaggio dal medioevo all’età moderna, dacché solo con riferimento alla seconda si può parlare, propriamente, di assolutismo monarchico, mentre nel corso della prima la *maiestas* del *princeps* era intesa solo astrattamente come *potestas absoluta*, poiché nel concreto si riteneva che il principe dovesse professarsi (cioè autolimitarsi) vincolato alle leggi in quanto «la sua autorità *pendet* (“deriva”) dall’autorità del diritto, e sottomettere il potere alle leggi significa accrescere e non diminuire la sovranità» (D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo*, su www1.unipa.it/dipstdir/portale, Vol. LII, 2007-2008, 59). L’istituzione medievale, quindi, non si identificava con il soggetto “sovrano” – Imperatore, Re, Principe o Papa che fosse – bensì rappresentava «la condizione giuridica della struttura pubblica oggettiva entro e mediante la quale il soggetto si muoveva» (E. CORTESE, *Un personaggio in cerca di autore. La compilazione giustiniana nel medioevo*, in *Diritto @ Storia*, n. 3/2004, § 3). La differenza tra le due interpretazioni (quella medievale e quella moderna) date del

mo strutturalmente autoritario. Una voce di dissenso rispetto alla parola del sovrano, un elemento deviante rispetto alle leggi da lui stabilite – fosse esso l'Imperatore, il Papa o un Sovrano nazionale – costituiva un elemento di destabilizzazione del sistema, un'anomalia che andava eliminata. In questo senso può dirsi che la funzione sociale dell'Inquisizione fosse quella del mantenimento dell'ordine pubblico. Tanto con riferimento all'Inquisizione medievale, quanto a quella di età moderna, lo scopo della giustizia criminale era infatti quello di conservare l'ortodossia (dettata dal sovrano), combattendo il dissenso – sia religioso (eresia), sia politico, non essendoci distinzione tra reato e peccato – a traverso la repressione penale²⁹. Assunta questa come premessa, tutto il resto viene da sé.

In un ordinamento in cui lo Stato si identifica col sovrano e in cui la confessione religiosa praticata da quest'ultimo e la legge da esso prodotta rappresentano un'ortodossia totalizzante e non contestabile, non può essere ammessa alcuna distinzione tra “verità storica” e “verità processuale”. Gli inquisitori, garanti dell'ortodossia, sono rappresentanti del potere sovrano (e, nelle giurisdizioni ecclesiastiche, si descrivono come emissari di Dio candidati al martirio) e, in quanto tali, non possono essere fallibili: la loro parola è *veritas*. Allo stesso modo, in un sistema che non tollera l'esistenza di voci eterodosse è chiaro come l'azione repressiva debba potersi attivare anche sulla base del semplice sospetto (nulla può essere tralasciato) e che gli inquisitori debbano avere le mani libere nella ricerca delle prove e nello svolgimento del processo (la posta in gioco è troppo alta per poter ingabbiare la loro azione con lacci e laccioli). La presunzione di colpevolezza diventa un'esigenza ineliminabile (meglio correre il rischio di condannare un innocen-

frammento ulpiano secondo cui «*princeps legibus solutus est*» (*Digesto*, I, 3, 31), però, interessa poco ai nostri fini: ciò che ci preme sottolineare è come in entrambi i casi la concezione del potere fosse di tipo assolutistico, di come cioè tutto il potere fosse di fatto concentrato nelle mani di una sola persona.

²⁹ Un esempio per tutti è quello costituito dall'Inquisizione spagnola, istituita nel 1478 allo scopo dichiarato di «eliminare sistematicamente gli «eretici»» (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 231) ma che si rivelò ben presto un «crudele strumento di dominazione sempre ed in tutto asservito alla corona» (C. REVIGLIO DELLA VENERIA, voce *Inquisizione*, in A. AZARA e E. ELIA, *Novissimo Digesto Italiano*, III ed., Vol. 7, Torino, 1957, 723).

te che lasciare a piede libero un potenziale colpevole), così come la carcerazione preventiva. Quanto, infine, alla scrittura e alla formalità (e quindi anche al sistema delle prove legali, chiaro limite al libero convincimento del giudice), esse servono, da un lato, a sancire la non indipendenza dei giudici, ribadendo la subordinazione degli inquisitori al sovrano che detta loro le regole processuali da seguire e che ne verifica l'operato tramite i loro resoconti e, dall'altro, a fornire una sorta di "patente di legittimità" alle decisioni assunte, che sono ritenute "giuste" in quanto rispettose degli obblighi formali (poco importa se giungono a conclusioni abnormi, come nel caso della peste milanese raccontata dapprima dal Verri, con le *Osservazioni sulla tortura*, e poi dal Manzoni, con la *Storia della Colonna infame*).

In questo contesto, ben si capisce come la "rinascita" della tortura non fu un mero accidente dovuto al ritrovamento di quest'ultima nelle fonti di diritto romano, bensì una conseguenza logica, una fatalità indotta dal sistema inquisitoriale e dunque, indirettamente, dal regime politico ad esso sotteso:

«se una colpa è denunciata, fu dunque commessa: se fu commessa, v'è un reo: se uno è imputato, devon esservi titoli a suo carico: se esso nega, defrauda la società del diritto che essa ha di conoscere il delinquente: potrà dunque astringerlo a confessare, come si astringe a consegnare un reo»³⁰.

I tormenti, in altri termini, sono una conseguenza inevitabile della pretesa di avere, quale premessa della decisione, «niente di meno che la verità». Una «ossessione del genere conduce alla tortura»³¹: «c'è una persona i cui interni mentali contengono la chiave del caso; colpevole o innocente, l'inquisito sa cose utili al processo; bisogna captargli le memorie, giungere a tutti i costi alla *veritas* e i tormenti favoriscono lo scandaglio introspettivo»³². Insomma, «ogni processo di *suspicio* [...] prevede sempre la tortura», poiché questa consiste in una «violenza legale istituzionalizzata» nella

³⁰ C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, 35.

³¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 1983, 18 s.

³² F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, cit.

quale «l'uomo [...] è trasformato in un *quid* che deve solo confessare quella verità che con pervicacia nega o vuol nascondere, e che l'inquisitore suppone di conoscere, e si sforza di far venire alla luce con questa nuova maieutica»³³. Quando mancano le prove, dunque, «ma esiste e resiste invincibile solo il sospetto della autorità, per conoscere la verità non rimane altro che la tortura»³⁴, con la quale si ottiene una confessione – *regina probationum* – e si può così chiudere il processo condannando il reo sospetto.

Dal punto di vista processuale, peraltro, la tortura produceva una circostanza che, veduta con gli occhi del giurista contemporaneo, costituisce un'inaccettabile aberrazione, vale a dire quella della metamorfosi del processo da *actus trium personarum* (accusato – accusatore – giudice) ad «azione unitaria di una forza sola». Premessa infatti la identità tra giudice ed accusatore, e costretto l'inquisito a farsi accusatore di sé stesso, «quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una figura *facta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore»³⁵. Tale metamorfosi altro non è – come ha notato acutamente lo Sbriccoli – se non una «manifestazione di come possa diventare immensa la sproporzione di potere tra Stato e individuo. Quando l'autorità la mette in opera si impossessa interamente di un uomo: per piegarlo e annientarlo, vessandone il fisico e violandone la dignità»³⁶.

In questo senso si può dire che la tortura è l'inquisizione, ne è la sintesi, la *summa*, la rappresenta così come rappresenta il regime politico ad essa sotteso. Non a caso tra gli argomenti più usati dai sostenitori della tortura vi era quello secondo il quale essa era «necessaria alla salvezza dello stato»³⁷. La lotta per l'abolizione della tortura giudiziaria – condotta da tutti i grandi Autori riconducibili, in qualche misura, all'illuminismo giuridico (dal «precursore» Christian Thomasius al «tardivo» Jeremy Bentham, passando

³³ I. MEREU, *Op. cit.*, 210.

³⁴ *Ivi*, 221.

³⁵ M. SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio ed interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.C. VIGUEUR e A. PARAVICINI BAGLIANI (a cura di), *La parola all'accusato*, 23.

³⁶ *Ivi*, 17.

³⁷ Lo ricorda VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, cit., cap. IX.

dai francesi Voltaire e Montesquieu agli italiani Cesare Beccaria, Pietro Verri, Gaetano Filangieri, Mario Pagano, *etc.*) – fu dunque una lotta solo in apparenza rivolta meramente all’abolizione di un istituto giudiziario, trattandosi in realtà di una battaglia menata contro un intero sistema giudiziario e politico.

Le correlazioni tra tortura, dispotismo e repressione del dissenso furono particolarmente esaltate nelle opere di Thomasius (che rilevava come la tortura fosse «un mezzo estremamente funzionale al raggiungimento dell’obiettivo dell’assolutizzazione del potere perché, grazie al pretesto apparentemente inoppugnabile fornito dall’esistenza di un reo confesso, conferiva una patente di legittimità [...] alla repressione di ogni forma di opposizione»³⁸) e di Montesquieu (che individuava un rapporto «perverso di contiguità tra l’esistenza della tortura e il principio della paura che caratterizza i regimi dispotici»³⁹).

La critica al processo inquisitorio fu senz’altro quella prevalente nella letteratura sul tema, anche grazie all’efficacia delle argomentazioni verriane e alla loro diffusione per il tramite del *Dei delitti e delle pene*⁴⁰. Nel criticare la pratica della tortura, di fatto, Verri e Beccaria anticiparono alcuni di quelli che oggi consideriamo i principî fondamentali del garantismo giudiziario⁴¹, di cui il processo inquisitorio costituisce l’antitesi⁴²: la critica all’inu-

³⁸ M. PATERNÒ, *La critica alla tortura nell’illuminismo*, in A. GIANNELLI, M. PATERNÒ, *Op. cit.*, 27.

³⁹ Ivi, 27.

⁴⁰ È noto, difatti, come il *Dei delitti e delle pene* (Livorno, 1764), redatto dalla raffinata penna di Cesare Beccaria, fosse un “lavoro di scuola”, un compendio di tutte le idee emerse nell’ambito del vivace contesto culturale milanese sorto intorno al gruppo dei redattori del periodico illuminista *Il Caffè*. Celebre, a tal riguardo, una lettera che Pietro Verri scrisse al fratello nel 1776: «mi meraviglio come [Beccaria] abbia potuto cucire insieme un libro [...] di cui le idee erano più quelle dei suoi amici che non le sue» (*Carteggio di Pietro Verri e di Alessandro Verri dal 1766 al 1797*, vol. VII, Milano, 1934, 186). Proprio a Pietro Verri, peraltro, si devono tutte le tesi contenute nel capitolo sulla tortura. L’A. le aveva esposte, qualche anno prima (1776), nel suo *Osservazioni sulla tortura*, che tuttavia fu pubblicato postumo (1804) a causa del timore di subire ripercussioni da parte del Senato milanese.

⁴¹ Sui quali è d’obbligo il rimando a L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 5-6.

⁴² Sul punto sia consentito il rimando, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a P. ALVAZZI DEL FRATE, GIU. SERGES, *Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giu-*

tilità della tortura e al sistema delle prove legali⁴³ presuppone il riconoscimento del *principio della presunzione di innocenza fino a condanna definitiva* e il *principio della libertà del giudice nella formazione del proprio convincimento*; il rilievo dell'assurdità della metamorfosi dell'*actus trium personarum*⁴⁴ implica la *terzietà del giudice* e il principio *nemo tenetur se detegere*; la dimostrazione dell'inadeguatezza della tortura a scoprire la *veritas*⁴⁵ sottintende la distinzione tra verità storica e verità processuale; l'osservazione secondo cui la tortura altro non è se non una pena anticipata⁴⁶ comporta l'applicazione dei principî del *nulla poena sine iudicio* e dell'*habeas corpus*. Venne financo attaccata la stessa ragion d'essere del processo romano-canonico, presentato dai contemporanei come una grande evoluzione giuridica rispetto alla giustizia barbarica in quanto, con esso, non ci si affidava più alla fama del

stizia criminale in età moderna, in M. CAVINA (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Bologna, 2012, 9 ss.

⁴³ Così Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti e delle pene*): «o il delitto è certo o incerto; se è certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, è non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati». Quanto al sistema delle prove legali, commenta Verri (cap. XI delle *Osservazioni sulla tortura*): «le parole di “sospetti, indizj, semi-prove, semi-plene, quasi-prove ecc.”, e simili barbare distinzioni e sottigliezze, non possono giammai mutare la natura delle cose. Possono elleno bensì spargere delle tenebre ed offuscare le menti incaute».

⁴⁴ Così Verri (cap. XI delle *Osservazioni sulla tortura*): «la natura ha inserito nel cuore di ciascuno la legge primitiva della difesa di sé medesimo: e l'offendere se stesso, e l'accusare se stesso criminalmente egli è un eroismo, se è fatto spontaneamente in alcuni casi, ovvero una tirannia ingiustissima se per forza di spasimi si voglia costringervi un uomo». «È un voler confondere tutt'i rapporti» – ribadisce Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti e delle pene*) – «l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato».

⁴⁵ Così Verri (cap. IX delle *Osservazioni sulla tortura*): «Un assassino di strada avvezzo a una vita dura e selvaggia, robusto di corpo e incallito agli orrori resta sospeso alla tortura [...]; dotato di vigorosi muscoli, tace e [la] delude [...]. Un povero cittadino avvezzo a una vita più molle, che non si è addomesticato agli orrori, [...] si accusa di un non commesso delitto. [...] Pare con ciò concludentemente dimostrato, che la tortura è [...] un mezzo per confondere la verità, non mai per iscoprirla».

⁴⁶ Così Beccaria (cap. 16 del *Dei delitti o delle pene*): «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?».

singolo presso la comunità (*giuramento*), alla sua abilità combattiva (*duello*) o alla (presunta) volontà divina (*ordalia*⁴⁷), bensì alla decisione di un giudice fondata sulla raccolta delle prove. Gli illuministi fecero infatti notare che tra ordalia e tortura (e, dunque, tra processo barbarico e processo romano-canonico) vi era una sostanziale identità: «la sola differenza che passa fralla tortura e le prove del fuoco e dell'acqua bollente, è che l'esito della prima sembra dipendere dalla volontà del reo, e delle seconde da un fatto puramente fisico ed estrinseco: ma questa differenza è solo apparente e non reale. È così poco libero il dire la verità fra gli spasimi e gli strazi, quanto lo era allora l'impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell'acqua bollente»⁴⁸. Si tratta di una intuizione di non poco momento poiché, nel rilevare l'identità tra tortura ed ordalia, furono poste le basi per il superamento della tradizionale nozione di tortura fondata sulla strumentalità del tormento rispetto all'acquisizione di prove giudiziarie.

Non meno importante a tal riguardo, infine, il pensiero di chi – come Verri nelle sue *Osservazioni* (cap. VIII) – ha evidenziato il carattere disumano della tortura, non solo per l'atrocità dell'atto in sé, ma anche per l'indurimento dell'animo che essa provoca su chi la esegue.

2.3. La tortura, oggi

Nel corso del XVIII secolo iniziò un processo virtuoso, conclusosi agli inizi del XIX secolo, che portò all'abolizione della tortura giudiziaria in tutti gli Stati in cui si era affermato il processo romano-canonico⁴⁹. Questo fatto ebbe delle conseguenze notevoli

⁴⁷ Le ordalie (o “giudizi di Dio”) consistevano in una prova che l'accusato doveva compiere per dimostrare la sua innocenza: camminare sui carboni ardenti, uscire indenne da un groviglio di fiamme, *etc.* Il superamento della prova cui l'accusato era sottoposto veniva considerato come un segno divino della sua innocenza. In realtà, però, i rari casi in cui il malcapitato usciva incolume derivavano da una manipolazione dell'esperimento, come ricorda F. CORDERO, *Quando viene profanato*, cit.

⁴⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XVI.

⁴⁹ Fu una *prammatica* di Carlo III del 1738 ad abolire per prima, a Napoli, la tortura giudiziaria. Ma tale abolizione fu solo parziale. La tortura, infatti, rimase in vigore per le cause più gravi, finché non venne definitivamente vietata solo nel 1789.

sulla nozione tecnico-giuridica di tortura, fondata sui tre caratteri della *giudiziarità*, della *legalità* e della *istituzionalità-autoritatività*. La scomparsa della *quaestio* quale strumento legale, infatti, rendeva tecnicamente impossibile l'esistenza di torture che integrassero tutti e tre i criteri, essendo divenute la *giudiziarità* e la *legalità* l'una alternativa all'altra: se una tortura era legale (ad esempio una *tortura-pena*), essa non era giudiziaria; se era giudiziaria, non era legale (in quanto ormai vietata). L'unico dei tre criteri che ancora restava pienamente declinabile con ciascuno degli altri due era quello dell'*istituzionalità-autoritatività*. Ci si ritrovò così dinnanzi ad un bivio: da un lato, si poteva ritenere che la tortura fosse ormai oggetto di archeologia giuridica; dall'altro, si poteva far leva sul carattere della *istituzionalità-autoritatività* per estendere la nozione di tortura, sfruttandone la "potenza evocativa" (*supra* § 2.1) allo scopo di denunciare episodi di violenza perpetrati da rappresentanti dello Stato contro i cittadini.

La prima strada era pericolosa, e lo dimostrano i fatti recenti: dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 alcuni giuristi americani – tra i quali il più noto è Alan Dershowitz – hanno avanzato la proposta di legalizzare forme di tormenti *ad eruendam veritatem* da effettuarsi allo scopo di estorcere da presunti terroristi informazioni utili a sventare possibili attentati imminenti⁵⁰. In sostanza, la legittimazione di questa proposta trarrebbe origine proprio dall'impossibilità di collocare questa forma di supplizio nell'alveo

La prima ad abolire del tutto la violenta *veritas per tormenta inquisitio* fu, invece, la Prussia, nel 1740, per mano di Federico II. Dopo la Prussia vi furono il Baden (nel 1767), il Mecklemburg (nel 1769), la Sassonia (nel 1770) e la Svezia (nel 1772). Poi fu la volta di Maria Teresa d'Asburgo, che abolì la tortura in tutti i suoi domini, con un Decreto del 2 gennaio 1776 al quale si oppose però il rifiuto del Senato milanese. Tempo dopo, l'abolizione avvenne pure in Francia, per opera di Luigi XVI il quale, nel 1780, vietò la *question préparatoire* e, nel 1788, vietò la *question préalable*. Seguirono la Toscana (nel 1786, anche se la tortura, di fatto, non era più utilizzata già dal 1776), Venezia (nel 1787), la Lombardia (nel 1789), il Piemonte (nel 1798, anche se nel 1760 Carlo Emanuele III l'aveva già abolita per i soli Stati d'Aosta), la Sicilia (nel 1812) e la Sardegna (nel 1821). L'ultimo ad adeguarsi fu lo Stato Pontificio nel quale, dopo che la tortura giudiziaria era stata abolita una prima volta nel 1798 per opera dei francesi, i tormenti erano stati reintrodotti non appena caduta la Repubblica Romana e reinsediato il governo pontificio.

⁵⁰ A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, Roma, 2003, 125 ss., nonché ID., *The Torture Warrant*, in *New York Law School Review*, Vol. 48, 2004.

della definizione giuridica tradizionale di tortura: mancherebbe il requisito della *giudiziarità*, in quanto le confessioni estorte non potrebbero essere usate in un processo; non sarebbero applicabili le tesi illuministiche sull'inutilità dei tormenti, perché in questo caso l'utilità sarebbe data dalla possibilità di salvare milioni di vite.

La seconda strada, dal canto suo, per essere percorribile doveva necessariamente passare da una adeguata ristrutturazione della nozione giuridica di tortura, facendo perno, come già detto, sul carattere della *istituzionalità-autoritatività*, vale a dire considerando la tortura non più per il fatto di essere strumentale ad un giudizio ma per quello di essere praticata da un agente, da un funzionario o da un incaricato dello Stato, non più in relazione al processo bensì in relazione al regime politico, facendo tesoro anche delle successive acquisizioni della scienza giuridica (garantismo giudiziario, costituzionalismo democratico, diritti umani). Se è infatti vero, come s'è già ricordato (*supra* § 2.2), che la tortura giudiziaria rappresentava l'Inquisizione tutta e il regime politico ad essa sotteso – oltre che una negazione della dignità umana – al punto che ne costituiva una ineliminabile conseguenza, è altrettanto vero che non può esserci tortura senza un sistema processuale inquisitorio e un regime politico, fondato sull'ortodossia e la repressione del dissenso, che neghi il riconoscimento dei diritti umani⁵¹. È in questa constatazione che si colloca la chiave per accedere ad una nuova definizione giuridica di tortura in base alla quale si consideri quest'ultima non già in quanto istituto processuale bensì in relazione al suo ruolo nel sistema, che si fondi dunque sulla sua natura fatalmente, possiamo dire *ontologicamente*, contraria a un sistema giudiziario garantista, ad un regime politico ispirato ai principî del costituzionalismo democratico e ai diritti umani. Natura che resta tale anche con riferimento a supplizî non legali o non giudiziari praticati dalla forza pubblica. Non è democratico uno Stato che consenta la tortura – ad esempio – per motivi di spionaggio o come forma di pena, così come non lo è uno in cui l'autorità di pubblica sicurezza approfitti, sia pure illegalmente (ma senza una

⁵¹ Sui rapporti tra tortura e tirannia si veda anche l'interessante lavoro di M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013.

reale azione repressiva a contrasto), della sua posizione di forza per tormentare sistematicamente i cittadini. Sotto questo nuovo profilo, la tortura sembra potersi definire sulla base di tre caratteri fondamentali:

1) *Anti-democratica*. La tortura presuppone l'esistenza di verità inconfutabili, un pensiero unico e indiscutibile, tanto a livello statale (ortodossia) quanto a livello processuale (*veritas*): il cittadino è un suddito che, davanti alla pubblica autorità, non ha – non deve poter avere – scelta. La democrazia (costituzionale), invece, è il regime della «alternatività delle scelte»⁵²: l'ortodossia di Stato è bandita e si ammette l'errore giudiziario. Inoltre la tortura, presupponendo un potere assoluto e la privazione di fondamentali diritti del cittadino, viola i due principî cardine del costituzionalismo democratico, contenuti nell'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, vale a dire la «*garanzia dei diritti*» e la «*separazione dei poteri*»⁵³;

2) *Anti-garantista*. Questo carattere è particolarmente evidente nella tortura giudiziaria che, come già ricordato, presuppone un modello processuale inquisitorio, negando quindi i principî del garantismo giudiziario (giudice terzo, presunzione di non colpevolezza, diritto a non autoaccusarsi, *habeas corpus*, etc.). Ma è presente anche con riferimento ad altri tipi di tortura come, ad esempio, quella, sopra richiamata, usata per scopi antiterroristici. Si tratterebbe, infatti, di una forma di afflizione esercitata su di un essere umano in quanto sospettato di essere un terrorista, in spregho al principio per il quale non si può essere ritenuti colpevoli e puniti in quanto tali senza una condanna emanata a seguito di giusto processo;

3) *Disumana*. Nella *Fondazione della metafisica dei costumi* (1797) Kant affermava che «l'umanità stessa è una dignità; infatti l'uomo non

⁵² G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Bari, 2008, 16. Con specifico riguardo alla tortura v. anche P. HÄBERLE, *Diritto e Verità*, ed. it. a cura di G. ZAGREBELSKY e J. LUTHER, Torino, 2000, 92-94 e, *praesertim*, nt. 33, secondo il quale, non potendo lo Stato costituzionale, per definizione, possedere un dominio monopolistico sul sapere, poiché ciò che esprime la verità è fornito, piuttosto, dalle libertà, il «divieto di tortura» rappresenta, assieme, un limite all'accertamento statale della verità e una garanzia di accertamento della verità in quanto, contestualmente, esclude il pericolo della imposizione coatta di una verità precostituita, evitando così il rischio della produzione di «non verità», e «protegge l'emotività privata di fronte all'accertamento statale della verità».

⁵³ Lo nota, con apprezzabile lucidità, M. RUOTOLO, *Recensione al libro di Gonnella*, cit., 192, ricordando come «quella contro la tortura [...] è una lotta da combattere in ossequio anche ai principî del costituzionalismo democratico, negati da tale pratica [...]». Si tratta, infatti, di limitare il potere a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti ovvero di rispondere a quella che è, appunto, l'ambizione prima del costituzionalismo democratico».

può essere trattato da nessuno [...] meramente come mezzo, ma deve sempre essere trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità» (pp. 333 s. nell'ed. curata da N. Merker, Roma-Bari, 1973). Chi subisce la tortura viene privato della propria dignità, in quanto non più considerato come persona ma come un oggetto, una *res* senza diritti o, nel caso specifico di tortura *ad eruendam veritatem*, una «spugna dalla quale si deve far sgorgare la confessione»⁵⁴.

Questa ridefinizione del concetto di tortura consente di rispondere agevolmente a proposte *à la* Dershowitz ribadendo che nulla importa se la tortura proposta non sia giudiziaria, perché si tratta comunque di un istituto anti-democratico, anti-garantista e disumano. E, dal momento che «le perversioni dei sistemi democratici cominciano sempre da lontano»⁵⁵, bisogna ad ogni costo evitare di introdurre strumenti che potrebbero ingenerarle. In altri termini, il conflitto tra sicurezza e libertà viene preventivamente risolto, nelle democrazie costituzionali, a favore della seconda⁵⁶.

L'allargamento della definizione giuridica di tortura ha consentito, da un lato, di non sprecare il “potere evocativo” del termine, estendendolo anche – ad esempio – alle barbarie compiute durante la seconda guerra mondiale e, dall'altro, di aumentare, nel tempo, quello stesso potere. Oggi, quando si parla di “tortura”, non ci si riferisce più solo agli abominî dell'Inquisizione, ma si evocano tutte le più atroci esperienze della storia, dall'Inquisizione al nazismo, dagli interrogatori effettuati durante la guerra fredda al carcere statunitense di Guantanamo, *etc.* In fondo, tutte queste forme di tortura, pur nelle loro differenze applicative, hanno in comune, da un lato, la qualità del soggetto attivo (il fatto, cioè, di essere praticate da agenti dell'autorità pubblica o comunque da soggetti da essa incaricati) e, dall'altro, la *ratio* con cui vengono giustificate, quella cioè di assicurare “la salvezza dello Stato” – mantenendo l'ordine pubblico e garantendone la sicurezza – purgandolo dagli “scellerati”, siano essi eretici (Inquisizione),

⁵⁴ C. C. FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 168.

⁵⁵ S. RODOTÀ, *Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 36.

⁵⁶ Cfr. sul punto F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi?*, in A. GIANNELLI, M. PATERNÒ, *Op. cit.*, 115 ss.

“giudei” (nazi-fascismo), “comunisti” o “imperialisti” (guerra fredda), terroristi islamici (*war on terror*), etc.

Dei tre piani definitorî della tortura, quello della “disumanità” ha consentito più degli altri l’estensione della nozione giuridica, in quanto collegato alla tutela dei diritti umani rispetto alla quale poco importa se un trattamento degradante sia compiuto o meno all’interno di un processo, o rientri o meno nell’ambito della tortura-fine. La *summa* di questo percorso evolutivo è data dall’art. 1 della *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 1984, che fornisce per la prima volta una compiuta definizione della nozione di tortura nel diritto internazionale:

«Il termine “tortura” designa ogni atto a traverso il quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, siano intenzionalmente inflitte ad un individuo, specialmente al fine di ottenere da esso o da un terzo delle informazioni o una confessione, di punirlo per un atto da lui o da un terzo commesso o della cui commissione è sospettato, d’intimidirlo o di fare pressioni su di esso ovvero d’intimidire o fare pressioni su di un terzo, o per qualunque altro motivo fondato su di una qualsivoglia forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitte da un agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale ovvero siano state commesse su sua istigazione o col suo consenso esplicito 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 tortura *ad eruendam veritatem* rientra tra le ipotesi previste («... *al fine di ottenere da esso o da un terzo delle informazioni o una confessione...*»), ma non è più la sola ad essere considerata tortura. L’unico elemento che resta della “vecchia” definizione giuridica di tortura è quello della *istituzionalità-autoritatività*, nel senso che si considera tortura solo quella compiuta da un «*agente della pubblica autorità o da qualunque altro individuo che agisca a titolo ufficiale*». E si tratta di un residuo assai prezioso, poiché, come già s’è osservato, è proprio l’essere compiuta da un rappresentante dello Stato (o comunque della forza pubblica) che fa della tortura uno strumento anti-democratico e anti-garantista e la distingue da altri, generici, trattamenti disumani o degradanti. La nozione tecnico-giuridica di tortura sembra, insomma, essersi ormai defi-

nitivamente distaccata da una dimensione processuale ed aver assunto i connotati di quella che è stata definita, assai efficacemente, «tortura di Stato»⁵⁷.

2.4. *Il divieto di tortura e il relativo diritto*

L'abolizione della tortura giudiziaria, l'affermazione della democrazia costituzionale e il riconoscimento del divieto di tortura a livello internazionale hanno ormai spostato il dibattito sul tema dalla questione del riconoscimento di tale divieto, ormai dato per pacifico, a quello del suo effettivo rispetto. Da un lato, si pone il problema di Stati che, pur avendo accettato, in linea generale, di fare a meno della tortura, hanno previsto delle "eccezioni alla regola" (*v. nt. 84*), peraltro in parte dovute proprio alla forse eccessiva ampiezza della definizione ONU (allargando troppo la regola generale si moltiplicano le possibili eccezioni). Dall'altro, invece, si pone il problema della violazione del divieto da parte di agenti della funzione pubblica e della sua adeguata ed efficace repressione, senza la quale il divieto è di fatto ineffettivo.

A queste due problematiche corrispondono due diverse concezioni del divieto di tortura:

1) *Concezione (meramente) interdittiva*. Di diretta derivazione illuministica – quando si trattava di vietare una pratica allora legale – la concezione interdittiva del divieto di tortura si esaurisce nel comando "è vietata la tortura";

2) *Concezione repressiva*. Evoluzione naturale della prima, si iscrive in un contesto in cui la tortura è già stata resa illegale e si pone il problema di far rispettare il divieto con efficaci misure repressive nei confronti dei trasgressori. Si passa dal "è vietata la tortura" al "la tortura è vietata e punita".

⁵⁷ È questo il titolo del libro, già più volte citato, a cura di A. GIANNELLI, M. PATERNO. Uno degli Autori che aveva contribuito alla redazione di tale opera, inoltre, ha ripreso la medesima espressione, in un lavoro più recente, mettendo particolarmente in luce le implicazioni che intercorrono tra la pratica della "tortura di Stato" e la dignità umana (G.M. SALERNO, *Contro la tortura di Stato. Un dibattito costituzionalmente orientato dalla dignità dell'uomo*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Vol. 1, Napoli, 2014, 719 ss.).

Il divieto contenuto nell'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948 («nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura») s'ispira chiaramente ad una logica interdittiva. In tal senso è da apprezzarsi la lungimiranza del Costituente italiano che, grossomodo nello stesso periodo e in beata solitudine, ha adottato, con il quarto comma dell'art. 13 Cost. («è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»), una concezione repressiva, anticipando di quasi quarant'anni il diritto internazionale. Solo con la già citata *Convenzione contro la tortura* del 1984 (CAT), infatti, l'ONU sancirà (art. 4) l'obbligo di punire penalmente qualsiasi atto di tortura.

Quanto al diritto convenzionale europeo, anche esso ha conosciuto una evoluzione in tal senso, avvenuta però per via giurisprudenziale. L'art. 3 CEDU, significativamente intitolato “proibizione della tortura”, si limita a prevedere che «nessuno può essere sottoposto a tortura» (concezione interdittiva). È la Corte EDU che, nel tempo, è arrivata – pure in virtù del fatto che gli Stati membri sono anche parte della CAT – a mutare la natura del divieto, sancendo che ai fini del rispetto dell'art. 3 CEDU è necessario «sanzionare gli atti di tortura»⁵⁸.

La scelta dell'una o dell'altra concezione del divieto non è senza conseguenze, poiché determina, fatalmente, il contenuto del relativo diritto. A tal riguardo deve segnalarsi come quest'ultimo – lo si è già ricordato in apertura – venga espresso sotto due diverse formulazioni: «diritto a non subire tortura» e «diritto di libertà della tortura». Le due espressioni non sono equivalenti né sul piano giuridico, né sul piano semantico.

Dal punto di vista giuridico, esse sembrerebbero ricalcare la distinzione tra «*droits-créances*» e «*droits-libertés*», o tra diritti sociali e diritti di libertà⁵⁹. Se così fosse, si potrebbe ritenere che la prima for-

⁵⁸ La frase è ripresa dal *Cons.* n. 225 della decisione del 7 aprile 2015 della IV sez., *Affaire “Cestaro c. Italia”, requête* n. 6884/11, ma è del tutto in continuità con la più recente giurisprudenza della Corte, come nota nella sua attenta ricostruzione R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Diritto e Società*, n. 3/2015, 565 ss.

⁵⁹ Sul tali distinzioni v., anche per ulteriori riferimenti, l'ottimo lavoro di L. GRAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Paris, 2007 e la nota opera di P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017.

mulazione presupponga un intervento attivo dello Stato per creare le condizioni che consentano il godimento del diritto, mentre la seconda risponda alla logica del *laisser faire*. Allo stesso tempo deve rilevarsi, però, come soltanto con una forzatura le due formulazioni possono essere ricondotte alla classica distinzione tra «*droit de*» e «*droit à*».

Da un lato, il “diritto a non subire tortura” è senz’altro un diritto fondamentale, ma appare assai più discutibile la sua qualificazione in termini di diritto sociale in quanto non sembra avere come finalità precipua, come ragion d’essere, quella di «eliminare le diseguaglianze esistenti all’interno della società»⁶⁰. Potrebbe invero trattarsi di uno dei c.d. “diritti sociali di libertà”, ponendosi quindi come una estrinsecazione del diritto all’integrità psico-fisica⁶¹. Dall’altro lato, però, potrebbe essere altrettanto problematica l’ascrizione del “diritto di libertà dalla tortura” alla categoria dei diritti di libertà. Si potrebbe infatti obiettare che scopo di tale tipologia di diritti sia quello di consentire dei comportamenti (libertà di riunione, libertà di stampa, libertà di circolazione, *etc.*), mentre il diritto in questione ha il diverso obiettivo della garanzia del rispetto di un divieto. Quest’argomento, però, sarebbe nient’affatto insuperabile, poiché 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 personale⁶² al quale, non a caso, il Costituente ha ricollegato il divieto di tortura (*infra* § 3.1). 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”.

Dal punto di vista semantico, “diritto a non subire tortura” sembra indicare un mero diritto soggettivo del torturato, *sans plus*. Si potrebbe allora ritenere che il “diritto a non subire tortura” possa essere posto a fondamento di una pretesa del singolo a non essere torturato e ad ottenere un risarcimento in caso di violazione di tale diritto, ma non comporti necessariamente l’obbligo, da parte

⁶⁰ F. MODUGNO, *Ordinamento, Stato, Diritto*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, II ed., Torino 2015, 61. Più diffusamente sulla definizione di diritto sociale v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, *ivi*, 620 ss.

⁶¹ Sul diritto all’integrità psicofisica come diritto sociale di libertà v. P. CARETTI, *Op. cit.*, 504.

⁶² G. AMATO, *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1977.

dello Stato, di reprimere la tortura. Sembrerebbe, insomma, esprimere un divieto di tipo meramente interdittivo. Al contrario, “diritto di libertà dalla tortura” può significare “diritto a che lo Stato garantisca al cittadino di essere libero dalla tortura”, esprimendo cioè un obbligo nei confronti dello Stato – nonché dei soggetti che ne esprimono l’autorità (pubblici ufficiali e incaricati di pubblica sicurezza) – di adoprarsi affinché la libertà oggetto del diritto sia effettiva e garantita anche con azioni di tipo repressivo. In questo senso, il “diritto di libertà dalla tortura” potrebbe essere in qualche misura assimilabile alla categoria dei cc.dd. “diritti di libertà positiva”, vale a dire quei diritti di libertà che non sono ispirati al *laissez faire* ma che richiedono l’impegno, da parte dello Stato, ad assicurare l’esercizio della libertà coinvolta.

Tutte queste difficoltà definitorie derivano probabilmente dal fatto che il diritto a non subire tortura sia un “diritto misto” e mal si presti a categorizzazioni rigide. Esso, infatti, rappresenta l’estrinsecazione combinata di diversi diritti e libertà – libertà personale, diritto all’integrità psico-fisica, diritto alla salute, diritto al giusto processo, diritto a una pena non disumana, *etc.* (*infra* § 3) – ciascuno avente natura diversa. Sotto tale profilo, in realtà, deve rilevarsi come, a fini pratici, la scelta dell’una o dell’altra formulazione sia pressoché ininfluyente poiché, nel caso di specie, è il divieto a fare il diritto, non già il diritto a fare il divieto. In altri termini, il significato da dare alle due espressioni non dipende dalla loro formulazione o dalla loro capacità semantica, bensì dal tipo di divieto riconosciuto nell’ordinamento di riferimento. In presenza di una concezione repressiva, dunque, tanto l’espressione “diritto a non subire tortura” quanto quella “diritto di libertà della tortura” andranno interpretate come recanti un obbligo di repressione degli abusi da parte dello Stato. Una volta stabilito il tipo di divieto in vigore, insomma, le due espressioni acquisiranno un contenuto equivalente, per quanto, sul piano semantico, deve registrarsi una preferenza per l’abbinamento tra “divieto in senso repressivo” e “diritto di libertà dalla tortura” (peraltro coerente con la collocazione del divieto di tortura all’interno dell’art. 13 Cost.).

3. *Lo statuto costituzionale del diritto di libertà dalla tortura*

3.1. *Il quarto comma dell'art. 13 e il terzo comma dell'art. 27 Cost.*

Come già ricordato in apertura (*supra* § 1), il Costituente ha inteso riconoscere il divieto di tortura con il quarto comma dell'art. 13. Tale disposizione, a sua volta, si caratterizza per alcune assolute peculiarità degne di nota, alcune delle quali già parzialmente emerse nel corso della trattazione. In primo luogo, in un'ottica comparatistica, pur non essendo quella italiana l'unica Costituzione a sancire il divieto in parola⁶³, essa è la sola a formularlo in senso repressivo e non meramente interdittivo (*supra* § 2.4). In secondo luogo, com'è stato osservato, «in un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione», l'articolo 13, comma 4, Cost. è il solo «ad imporre una repressione penale»⁶⁴, venendo così a configurarsi la tortura quale «unico delitto costituzionalmente necessario»⁶⁵.

⁶³ Nel panorama dell'Europa latina possiamo richiamare, *exempli gratia*, l'art. 15 della Costituzione spagnola («*Tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza che, in nessun caso, possano essere sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*») o l'articolo 25 della Costituzione portoghese («*Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a trattamenti o a pene crudeli, degradanti o disumani*»). Si noti, peraltro, come in queste due Costituzioni, contrariamente a quella italiana, venga usato il termine "tortura". La scelta del Costituente italiano deriva, probabilmente, dal fatto che, al tempo, la parola "tortura" in ambito giuridico veniva ancora impiegata soprattutto con riferimento alla tortura giudiziaria (*infra* § 2.1), mentre si voleva che l'art. 13, pur pensato soprattutto in relazione alla tortura *ad eruendam veritatem*, avesse una portata più ampia. Come si nota in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 67, infatti, «la garanzia stabilita al quarto comma vale non soltanto per gli arrestati ma anche per i detenuti a seguito di condanna; e con la formulazione "violenza morale" si è voluto comprendere e vietare ogni forma di pressione morale (vessazione, intimidazione, ecc.), specialmente durante l'interrogatorio». Per altro verso, l'impiego della parola "tortura" in senso generico sarebbe stato superfluo, visto che il contenuto dell'art. 13 consiste, praticamente, nella definizione della stessa. Cos'altro è la tortura se non una violenza fisica o morale su persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà?

⁶⁴ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2014, 133.

⁶⁵ P. GONNELLA, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione*, su *Il Manifesto*, 18 maggio 2012.

L'art. 13, comma 4, peraltro, costituisce un chiaro riconoscimento normativo di quel "filo rosso" tra carcere e tortura cui si è dapprima fatto cenno (*supra* § 1). Non solo perché, come già osservato, è di tutta evidenza come la tortura sia una forma di "violenza fisica e morale" e che quella di ospitare "persone sottoposte a restrizioni di libertà" sia, per definizione, la funzione storica principale del carcere. Ma anche perché il disposto in esame si trova all'interno dell'art. 13, i cui commi secondo e quinto fanno esplicita menzione, rispettivamente, della «detenzione» e della «carcerazione preventiva». Non è certo un caso, in altri termini, che il Costituente abbia inserito il divieto di tortura all'interno dell'articolo che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, proprio "in mezzo" ai due commi dedicati alla detenzione.

«Una persona detenuta per qualsiasi titolo si trova naturalmente esposta alle possibilità di angherie e vessazioni di ogni genere: si trova, insomma, in condizioni di inferiorità rispetto ai suoi custodi, che possono con estrema facilità diventare i suoi aguzzini. Nessuno in particolare può chiudere gli occhi dinanzi alla realtà, che ci mostra con dolorosa frequenza il caso di maltrattamenti morali e materiali, talvolta di vere sevizie, praticate da questurini troppo zelanti e spesso faziosi ai danni di persone fermate o arrestate. Sono fatti inammissibili in un paese civile, che offendono la coscienza morale della collettività; e la Costituzione ha voluto giustamente sancire con la massima energia il principio secondo cui: "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà"»⁶⁶.

Il legame carcere-tortura, inoltre, trova un secondo riconoscimento costituzionale – meno esplicito ma non meno importante – all'art. 27, comma 3, il quale, come noto, prevede che le pene non possano consistere in «trattamenti contrari al senso di umanità» e debbano «tendere alla rieducazione del condannato»⁶⁷. Si tratta, invero, di un duplice riconoscimento: da un lato, vi è quello

⁶⁶ V. CRISAFULLI, *Op. cit.*, 52 s.

⁶⁷ L'osservazione è ripresa da M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 334, il quale nota come alla previsione del quarto comma dell'articolo 13 «si collega quella per cui "le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"».

costituito dal divieto di pene contrarie al senso di umanità, che riguarda il legame carcere-tortura nella misura in cui la reclusione in carcere è una pena e la tortura appartiene senza dubbio alla categoria dei trattamenti disumani (*supra* § 2.3); dall'altro, vi è quello costituito dal divieto di pene che non tendano alla rieducazione – o, come si suole correttamente dire, alla “risocializzazione”⁶⁸ – del condannato, che sott'intende un legame tra carcere e tortura in quanto un trattamento penitenziario che tenda a “risocializzare” il condannato comporta necessariamente l'esclusione *a priori* di qualunque forma di violenza fisica o morale sul detenuto⁶⁹. L'articolo 27, comma 3, insomma, implica (tra le altre cose) che il carcere possa essere comminato quale pena solo a condizione che esso non si trasformi in una forma o in un luogo di tortura.

Alla luce di quanto detto, può dunque rilevarsi il rapporto di doppia strumentalità che intercorre tra l'art. 13, comma 4, e l'art. 27, comma 3, Cost. Per un verso, l'obbligo di repressione della tortura *ex art.* 13, comma 4, è strumentale alla realizzazione di una pena non disumana e rieducativa, ciò che peraltro risulta essere perfettamente coerente con la natura “servente” – rilevata a suo

⁶⁸ Il termine “risocializzazione” è stato espressamente usato dalla Corte Costituzionale in alcune sentenze (ad es. le nn. 282/1989, 296/2005, 257/2006). Va detto, tuttavia, che in altre decisioni il Giudice delle Leggi ha preferito usare espressioni diverse per esprimere il concetto di “rieducazione”, facendo riferimento ora alla nozione di “reinserimento” («reinserimento nell'ordine sociale», sent. n. 168/1972; «reinserimento nel contesto economico e sociale», sent. n. 162/1983; «reinserimento nel corpo sociale», sent. n. 274/1983; «reinserimento nella società», sent. nn. 161/1997 e 450/1998; «reinserimento del condannato nel consorzio civile», sent. n. 257/2006), ora a quella di “riadattamento” («riadattamento alla vita sociale», sent. n. 204/1974), ora a quelle di “ravvedimento” e di “recupero sociale” (sent. n. 271/1998). In linea di massima si può comunque concordare con l'affermazione secondo la quale «a prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società» (S. MAGNANENSI, E. RISPOLI (a cura di), *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, su *Cortecostituzionale.it*, sez. Documentazione/Studi e ricerche, Roma, 2008). Per una rassegna delle varianti linguistiche utilizzate dalla Corte in riferimento alla “rieducazione” v. anche G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 190 ss.

⁶⁹ Come nota lucidamente G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 376, «una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità».

tempo da Leopoldo Elia – propria di tutto l'art. 13 Cost.⁷⁰. In altri termini, l'art. 13, comma 4, impone (anche) la punizione di chiunque, commettendo atti di tortura, ponga in essere una violazione dell'art. 27, comma 3, contribuendo così a garantire la concreta attuazione di quest'ultimo. Per altro verso, l'art. 13, comma 4, concorre a sgombrare ogni dubbio sulla corretta interpretazione da dare alla parola “rieducazione” contenuta nell'art. 27, comma 3⁷¹. Com'è stato acutamente notato, infatti, l'adozione di una logica correzionale non potrebbe escludere l'uso della tortura per il conseguimento della “rieducazione”: «pur di rieducare moralmente una persona, lo Stato, detentore monopolista dei valori etici e del potere di punire, potrebbe ritenersi legittimato ad usare una violenza finalizzata a cambiare quella persona in meglio»⁷². L'art. 13, comma 4, nel vietare a monte qualsivoglia violenza fisica o morale su persone limitate nella propria libertà personale (e quindi anche su detenuti a seguito di condanna), impone fatalmente una diversa interpretazione della rieducazione, da intendersi dunque quale rieducazione sociale: «solo una pena orientata alla reintegrazione sociale è anche necessariamente una pena senza tortura. Una per-

⁷⁰ Il riferimento è ai due noti saggi *Libertà personale e misure di prevenzione* (Milano, 1962) e *Le misure di prevenzione tra l'articolo 13 e l'art. 25 della Costituzione* (in *Giur. Cost.*, 1964, 938 ss.). In quest'ultimo, in particolare, l'Elia osservava come la «struttura dell'art. 13» risultasse «tutta di natura processuale, *servente* a norme sostanziali della Costituzione che stanno al di fuori da esso» (p. 949). In altri termini, Leopoldo Elia rilevava la «natura, per così dire ausiliaria» (p. 949), «strumentale» (p. 950), dell'art. 13, rispetto ad altri articoli della Costituzione, con precipuo riferimento agli articoli 25, 30 e 32, ai quali noi aggiungiamo il 27. Una diversa interpretazione dell'art. 13 che avesse ravvisato in quest'ultimo un «vuoto di fini», d'altronde, porterebbe – come notava acutamente l'A. – al risultato «inesatto e pericoloso» che *qualunque* limitazione della libertà personale, poco importa quale sia il fine perseguito, sarebbe legittima purché rispettosa delle riserve di legge contenute nell'articolo in questione (p. 951), la quale è invece di natura «“dipendente” o processuale, subordinata alle riserve di legge sostanziali» contenute in altri articoli della Costituzione, rispetto ai quali si instaura un «rapporto di strumentalità necessaria» (p. 950).

⁷¹ Interpretazione che, come ricorda in un recente saggio M. RUOTOLO (*Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2016, 3 ss., cui si rimanda per maggiori riferimenti bibliografici), era, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tutt'altro che pacifica, ed è stata oggetto di un lungo percorso evolutivo tanto a livello politico e socio-culturale quanto all'interno della giurisprudenza costituzionale.

⁷² P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, cit., 35-36.

sona torturata in carcere è una persona compromessa, dalle *chances* ridotte se non annullate di reintegrazione sociale»⁷³.

3.2. *Gli artt. 3 e 28 Cost. e gli obblighi internazionali ed europei*

L'art. 13, comma 4, però, è “servente” anche rispetto ad un'altra disposizione costituzionale, spesso relegata sullo sfondo, vale a dire l'art. 28 Cost., nella parte in cui essa prevede che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti». L'art. 13, comma 4, e l'art. 28, insomma, si completano a vicenda: il primo sancendo il diritto a non subire tortura e l'obbligo di punire i trasgressori (funzionari e dipendenti pubblici che commettano violenze fisiche o morali su persone sottoposte a restrizioni di libertà), il secondo statuendo la diretta responsabilità di questi ultimi. Il collegamento tra i due articoli, benché implicito⁷⁴, era del tutto evidente già in sede di Assemblea costituente⁷⁵, e costituisce peraltro un elemento di primaria importanza ai fini del dibattito sulla configurazione del reato di tortura quale reato proprio (*infra* § 4).

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ È, in particolare, il riferimento alle «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» a sottintendere il collegamento con l'articolo 28 Cost., poiché allude chiaramente alle torture praticate dall'autorità di pubblica sicurezza su di un individuo posto sotto la sua custodia. Sul punto v. anche *nt.* 75, nonché la citazione di cui alla *nt.* 66.

⁷⁵ Come ricordano V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *op. cit.*, 67, fu lo stesso relatore on. Basso (A.C., 2676) ad avvertire che «la norma di cui al quarto comma [dell'art. 13 Cost.] va collegata [...] con quella dell'art. 28, per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti». Di fatto è proprio tale collegamento a rappresentare la *ratio* del quarto comma dell'art. 13 Cost., voluto per evitare che l'autorità di pubblica sicurezza replicasse le azioni svolte durante il nazi-fascismo. Come ricorda M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, nonché su *Dirittopenitenziarioecostituzione.it* (da cui si cita), infatti, nella seduta del 10 aprile 1947 della Costituente, l'on. Tupini, intervenendo su quello che sarebbe poi divenuto l'art. 13, comma 4, Cost. (art. 8 del progetto di Costituzione), affermava di tenere in modo speciale all'approvazione della disposizione in esame «anche a titolo di condanna di un periodo nefasto della nostra storia politica, durante il quale la polizia, o giudiziaria o politica o carceraria, ha creduto di servire la tirannide con sistemi tutt'altro che rispettosi della dignità dell'uomo e del cittadino».

Un'ulteriore protezione costituzionale del diritto a non subire tortura viene fornita, poi, dal combinato disposto costituito dai già richiamati artt. 13, comma 4, e 27, comma 3, e dall'art. 3, comma 2, Cost. Quest'ultimo prevede, infatti, 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». Ed è innegabile come tanto una concezione meramente retributiva del carcere, quanto la permanenza in un istituto penitenziario in cui il detenuto subisca tortura, rientrino tra i suddetti ostacoli. Spetta dunque allo Stato il compito di rimuovere gli impedimenti che si frappongono alla garanzia, a norma dell'art. 27, comma 3, di 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.

Alla lista delle disposizioni poste a presidio del diritto in esame si devono poi aggiungere, da un lato, l'art. 10, comma 1, e, dall'altro gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Quanto al primo, esso prevede che l'ordinamento giuridico italiano si conformi alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», vale a dire le consuetudini internazionali, tra le quali dottrina assolutamente prevalente ritiene che rientri il divieto di tortura⁷⁶, considerato addirittura un «"principio costituzionale" della comunità internazionale»⁷⁷. Quanto ai secondi, essi

⁷⁶ Per citare solo alcuni tra i contributi più recenti: A. CASSESE, *International criminal law*, 2nd ed., Oxford, 2008, 151; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014, 249; E. DE WET, *The prohibition of torture as an International Norm of Jus Cogens and its implications for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, 979 ss.; F. TRIONE, *La tortura nel diritto internazionale*, in *www.centrodirittumani.unina.it*, 2005. Secondo A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in L. ZAGATO, S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, 3 ss., inoltre, tanto sarebbe radicato il divieto di tortura nel diritto internazionale (e nei vari ordinamenti nazionali) che neppure la «prassi difforme» verificatasi dopo i fatti dell'11 settembre 2001 (*v. nt.* 84) ne avrebbe scalfito la natura di norma consuetudinaria.

⁷⁷ A. CASSESE, *Osama, le tre violazioni americane*, in *la Repubblica*, 6 maggio 2001, 35.

impongono all'Italia di conformarsi ai numerosi impegni assunti in ambito internazionale, convenzionale europeo ed eurounitario⁷⁸ che prevedono il divieto di tortura (tra i quali spicca la CAT, cui si è già fatto riferimento *supra* § 2.3 e sulla quale ci si soffermerà *infra* § 4.1).

3.3. Le "altre" disposizioni costituzionali

Vi sono poi altre disposizioni costituzionali che, pur non essendo riferite espressamente alla tortura, ricomprendono al loro interno il divieto della stessa, intesa quale istituto inconciliabile con la democrazia, il garantismo giudiziario e i diritti umani (*supra* § 2.3). Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 1 Cost., che proclama l'Italia quale «*Repubblica democratica*». La tortura è ontologicamente incompatibile con la democrazia e con i principî del costituzionalismo democratico. La proclamazione di uno Stato quale democrazia costituzionale, dunque, implica – o dovrebbe implicare – necessariamente non solo il divieto, ma anche la repressione di qualsivoglia forma di tortura⁷⁹.

Deve poi ricordarsi l'art. 2 Cost. («*La Repubblica riconosce*

⁷⁸ Qui di seguito una breve rassegna dei principali testi che sanciscono il divieto di tortura. In ambito internazionale: l'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948* («nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti»); gli artt. 17 (co. 4), 87 (co. 3) e 130 della *Convenzione di Ginevra del 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra* (ratifica con l. n. 1739/1951); l'art. 7 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 1966, ratificato dall'Italia nel 1977 («nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti»); la *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone sottoposte a forme di tortura e altre pene o trattamenti inumani, crudeli o degradanti* del 1975; la c.d. CAT (*Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*), ratificata dall'Italia nel 1988; gli artt. 7 (co. 1, lett. f) e co. 2, lett. e)), 8, co. 2 (lett. a), punto II e lett. c), punto I) e 55 (co. 1, lett. b)) dello *Statuto di Roma* istitutivo della *Corte penale internazionale* del 1998 (ratifica con l. n. 232 del 1999). In ambito convenzionale europeo: l'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950*, ratificata nel 1955 («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»); *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* del 1987 (ratificata con l. n. 7 del 2 gennaio 1989). In ambito europeo: artt. 4 e 19, co. 2, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000.

⁷⁹ Come osserva M. RUOTOLO, *Recensione*, cit., 192, discorrendo proprio del divieto di tortura, «la democrazia è legata alla legalità e la pretesa della legalità in carcere,

e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo») che, imponendo il rispetto dei diritti umani, vieta anche la pratica di un trattamento certamente disumano come la tortura. In tal senso, merita una menzione anche l'art. 32 Cost. (diritto alla salute): che si tratti di sofferenze fisiche o morali la tortura, così come qualunque trattamento disumano o degradante, compromette fatalmente, in modo temporaneo o definitivo, il benessere psicofisico dell'individuo che la subisce⁸⁰. Il collegamento con il diritto alla salute, peraltro, è di particolare importanza, poiché si tratta dell'unico diritto che la Costituzione definisce espressamente come "fondamentale"⁸¹.

Per quanto riguarda, infine, il garantismo giudiziario, vengono in rilievo gli artt. 24, comma 2 («La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»), 27, comma 2 («L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»), e 111 Cost. (il c.d. "giusto processo"), i quali sono posti a presidio di alcuni principî (*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.

Tanto oggi è pacifica la natura antidemocratica, antigarantista e disumana della tortura, che è plausibile che la presenza nel testo costituzionale degli articoli da ultimo considerati sarebbe stata sufficiente a garantirne il divieto. Non per questo è da sminuirsi la portata e l'utilità del quarto comma dell'art. 13 Cost. (e degli articoli ad esso collegati), che non rappresenta solo la specificazione di un diritto già implicito nell'ordinamento costituzionale, ma ha alcune funzioni proprie:

1) in primo luogo, come già s'è accennato, l'art. 13, comma 4, contiene in sé il segno di una rivoluzione culturale che l'Italia (o quantomeno il suo Costituente) ha compiuto ben prima di altri Paesi (anticipando peral-

come in qualsiasi altro luogo ove si trovino persone sottoposte a restrizioni di libertà, deve essere sempre ribadita con forza».

⁸⁰ Sulle reciproche implicazioni tra il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il diritto alla salute dei detenuti v., in questo volume, il saggio di M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, § 4.

⁸¹ Cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 769 ss.

tro di quasi quarant'anni la *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984), vale a dire quella costituita dall'abbandono di una logica meramente interdittiva del divieto di tortura, tipica dell'illuminismo, a favore di una concezione repressiva (*supra* § 2.4);

2) in secondo luogo, serve a porre in rilievo la specificità di un delitto particolarmente odioso, sia perché commesso nei confronti di persone che lo Stato, privandole della libertà personale, ha assunto sotto la propria custodia e protezione e che, invece, vengono tormentate proprio da coloro che erano stati incaricati di custodirle e proteggerle, sia perché «un infelice chiuso in carcere, incerto della sua sorte [...] dovrebbe essere il meno soggetto ad ultronee vessazioni»⁸²;

3) in terzo luogo, come pure già ricordato (*supra* § 3.1), concorre a fornire un'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost. che era – e ancora è – tutt'altro che scontata, come dimostrano proprio i lavori dell'Assemblea costituente⁸³;

4) da ultimo, ma non meno importante, sancisce l'obbligo di punire «ogni» violenza, impedendo così in radice la formulazione di qualsiasi eccezione alla regola, quand'anche motivata da (presunte) esigenze di “difesa della democrazia” (come è avvenuto, ad esempio, negli Stati Uniti d'America a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001⁸⁴).

⁸² F. GAMBINI, *Osservazioni sopra alcune massime di legislazione penale*, Italia, 1820, 95.

⁸³ Come ricorda M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 4 s., l'art. 27, terzo comma, fu il frutto «della precisa volontà di evitare di prendere parte nella polemica tra pena retributiva (idea propria della Scuola classica) e pena preventiva (idea propria della Scuola positiva). Tant'è vero che, nello spirito della non esclusiva adesione ai postulati di una delle due Scuole, il Comitato di redazione, nei lavori di coordinamento del testo finale, aderì alle indicazioni rivolte a posporre, rispetto all'originaria formulazione, l'ordine dei due concetti, per cui, nel testo vigente, il divieto dei trattamenti inumani precede l'esigenza rieducativa del condannato». Per questo motivo, ricorda l'A., «la “novità” implicata dalle affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene, inserite nel contesto di una trama costituzionale che si incentra sul primato della persona e dei suoi diritti, non fu subito colta nel nostro ordinamento» e, fino alla “svolta” costituita dalla sent. n. 313/1990, persino la Corte costituzionale riguardava la rieducazione «come momento del “trattamento penale vero e proprio” e non come principio generale del sistema».

⁸⁴ Già al momento della ratifica della *Convenzione ONU contro la tortura* (avvenuta nell'ottobre 1994) gli Stati Uniti d'America avevano apposto delle riserve che limitavano fortemente l'efficacia della convenzione stessa e del divieto di tortura (v. CAT/C/28/Add.5). A seguito degli attentati alle *Twin Towers*, poi, sono stati adottati alcuni atti fortemente restrittivi delle libertà democratiche, a cominciare dal celebre *U.S.A. Patriot Act* (firmato dal Presidente Bush il 26 Ottobre 2001). In seguito, con un artificio interpretativo si è sostanzialmente aggirata la protezione dei diritti dei prigionieri di guerra e dei civili catturati in tempo di guerra «inventando una nuova categoria di nemico: quella di

Il considerevole numero di disposizioni costituzionali, internazionali, convenzionali europee ed eurounitarie che presidiano il divieto di tortura consentono non solo il riconoscimento, nell'ordinamento italiano, di un vero e proprio diritto costituzionale di libertà dalla tortura, ma anche la configurazione di tale diritto quale *diritto costituzionalmente iper-protetto*.

A livello legislativo sono numerose le disposizioni che, in diverso modo e a diverso titolo, concorrono a garantire il rispetto di tale diritto, alle quali si è aggiunta nel 2017 – dopo ben 29 anni di discussione parlamentare – una legge istitutiva di uno specifico “reato di tortura”. Queste disposizioni, tuttavia, risultano – come si dirà in seguito (*infra* § 4.2-4.3) – in larga parte insufficienti a garantire tanto la punizione di «ogni» violenza fisica o morale compiuta su persone private della propria libertà personale, quanto il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Italia (con particolare riferimento alla CAT). Alla iper-protezione costituzionale corrisponde dunque una *ipo-protezione legislativa*.

Per questo motivo il diritto di libertà dalla tortura, pur forse non potendo più essere qualificato quale vero e proprio “diritto sommerso”, rimane comunque un diritto solo parzialmente emerso, del quale – per così dire – non si vede altro se non la punta.

unlawful combatant, combattente illegale. Si tratta di una figura non assimilabile a quella del soldato nemico, perché le organizzazioni terroristiche non hanno firmato le convenzioni di Ginevra e dunque il “combattente illegale” non può essere protetto. Lo stesso vale per il combattente di uno “Stato canaglia” – anche, quindi, per i talebani dell'Afghanistan» (D. DI CESARE, *Tortura*, 2016, Torino, 43 s.). Conseguentemente sono stati aperti dei centri speciali di detenzione, tra i quali il più noto è senz'altro quello di Guantánamo, all'interno dei quali sono stati accolti gli *unlawful combatants*, regolarmente sottoposti a tortura (come pure l'amministrazione Obama ha ammesso). Infine è stato redatto, da John Yoo e Jay Bybee, il c.d. *Torture Memo* (presentato il 1° agosto 2002), che segna di fatto la legalizzazione della tortura negli Stati Uniti d'America. Con tale documento, infatti, viene precisata la nozione americana di “tortura”, da intendersi come sofferenza «equivalente» a quella «che accompagna gravi ferite fisiche, come la lesione di un organo, il danneggiamento di una funzione corporea, o anche la morte» (*Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the Presidente, 1° agosto 2002*, riportato in M. DANNER, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York, 2004, 115). Ne consegue, ad esempio, che il *waterboarding* non viene più considerato quale forma di tortura ma solo un “interrogatorio coercitivo”, con una tecnica dissimulatrice che ricorda molto da vicino quella con cui, ai tempi dell'Inquisizione, si chiamava “rigorosa esamina” la tortura giudiziaria (*infra* § 2.1).

4. *La protezione legislativa del diritto di libertà della tortura*

4.1. *I requisiti minimi di protezione*

Per comprendere quali siano le carenze legislative, è preliminarmente necessario evidenziare quali siano gli obblighi di protezione minima del diritto di libertà dalla tortura che emergono dalla lettura delle norme costituzionali e internazionali poste a presidio del divieto di tortura e a cui il legislatore è tenuto a conformarsi.

Innanzitutto, si è già detto come tanto l'art. 13, comma 4, Cost. quanto l'art. 4 CAT, esprimendo una concezione repressiva del divieto di tortura (*supra* § 2.4), impongano che le violazioni di quest'ultimo siano punite penalmente. È dunque necessaria l'introduzione di uno o più specifici reati di tortura. Non vi sono indicazioni sul numero di reati di tortura necessario. Per prassi, in Italia si fa sovente riferimento, tanto nel dibattito politico quanto in quello scientifico, a un solo reato di tortura ma, in realtà, ci sono ottime ragioni, anche di carattere costituzionale, a sostegno dell'opportunità dell'introduzione di più reati di tortura, basandosi sulla fondamentale distinzione tra tortura-mezzo e tortura-fine.

A tal riguardo deve osservarsi, innanzitutto, come l'uso di tecniche tormentatorie *ad eruendam veritatem* comporti, dal punto di vista del diritto interno, la violazione di un ventaglio di norme parzialmente diverse e, forse, più ampio, sia al livello "primario" che al livello costituzionale. Da un lato, infatti, vengono violate le norme processuali sulla raccolta di prove. Dall'altro, oltre all'art. 13, comma 4, vengono violati il diritto al giusto processo (art. 111 Cost.) e quello di difesa (art. 24 Cost.), del quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la particolare valenza democratica ed il carattere di principio supremo dell'ordinamento e diritto fondamentale della persona umana⁸⁵. Le violenze non finalizzate all'ottenimento di informazioni, testimonianze, confessioni o altri comportamenti da parte della persona privata della libertà personale, invece, comportano soprattutto la violazione degli articoli 13 e 27, ed attengono dunque ad una sfera parzialmente diversa di tutela costituzionale.

In secondo luogo, può sostenersi che il principio rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., nell'imporre «l'adeguamento delle risposte

⁸⁵ *Ex multis*: sentt. nn. 98/1984, 18/1992, 198/2000.

punitiva ai casi concreti» (sent. n. 50/1980), comporti anche l'esigenza di differenziare le fattispecie di reato in funzione della misura punitiva applicabile a scopi rieducativi, sicché – ad esempio – il trattamento idoneo alla “rieducazione” di un carabiniere che ha torturato il sospetto complice di un rapimento potrebbe non essere altrettanto valido nei confronti del poliziotto penitenziario che ha praticato atti di sadismo sui corpi dei detenuti, anche in considerazione della possibile diversa pericolosità sociale.

Si consideri, da ultimo, che tortura-mezzo e tortura-fine sono, come già visto (*supra* § 2.1), due istituti strutturalmente diversi, e che la loro *reductio ad unum* contrasterebbe con l'esigenza di precisione definitoria tipica del diritto penale. Vero è che l'art. 1 CAT sembra non distinguere i due istituti, definendo “tortura” tanto le violenze compiute al fine di ottenere dal torturato «o da un terzo delle informazioni o una confessione» (tortura *ad eruendam veritatem*), quanto quelle poste in essere allo scopo «di punirlo per un atto da lui o da un terzo commesso o della cui commissione è sospettato» (tortura-fine) o «d'intimidirlo o di fare pressioni su di esso ovvero d'intimidire o fare pressioni su di un terzo, o per qualunque altro motivo fondato su di una qualsivoglia forma di discriminazione» (tortura-mezzo non *ad eruendam veritatem*). Come già osservato (*supra* § 2.3), però, la definizione “omnicomprensiva” ONU si spiega col fatto che, dal punto di vista dei diritti umani, una violenza è tale, poco importa quale sia lo scopo. Ma in ambito penale non vige necessariamente lo stesso principio, tanto che il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, istituito ai sensi dell'art. 19 della CAT ed incaricato di vegliare sull'attuazione della stessa, ha espressamente chiarito come sia non solo consentito, ma anzi apprezzato che gli Stati parte formulino definizioni migliori e più precise, che consentano una più efficace azione repressiva⁸⁶.

Si potrebbe allora pensare all'introduzione di una specifica sezione nel codice penale dedicata alla tortura e agli altri trattamenti

⁸⁶ A tal riguardo possiamo richiamare il caso spagnolo (*v. nt. 87*) che è stato oggetto di entusiasti apprezzamenti da parte del *Comitato ONU contro la tortura* nella *Osservazione generale n. 1 (A/53/44)*, par. 124 («*aspetti positivi*»): «la Spagna ha integrato nella sua legislazione interna il delitto di tortura e gli atti costitutivi di altri trattamenti disumani e degradanti, in termini che non solamente rispondono alla definizione del primo articolo della Convenzione, ma che addirittura sviluppano quest'ultima riguardo ad alcuni aspetti importanti, ciò che permette ai cittadini di beneficiare di una protezione più forte». Nella *Osservazione generale n. 2 (CAT/C/GC/224)*, inoltre, si ribadisce che gli Stati parte «devono basarsi *almeno* sulla definizione di tortura che figura al primo articolo della Convenzione» (corsivo nostro), specificando poi «che le definizioni di portata più vasta iscritte nelle leggi nazionali servono ugualmente l'oggetto e lo scopo della Convenzione».

disumani e degradanti (in modo simile a quanto avvenuto, *exempli gratia*, in Spagna ed in Belgio⁸⁷), all'interno della quale prevedere diversi reati, ad esempio distinguendo il caso della tortura giudiziaria (come in Germania⁸⁸) o, comunque, della tortura *ed eruen-dam veritatem*, da altre forme di tortura-mezzo o di tortura-fine. La previsione di un solo reato di tortura, invero, sembrerebbe essere costituzionalmente inopportuna, anche se difficilmente potrà tradursi in un vero e proprio vizio di incostituzionalità accertabile dal giudice costituzionale, in quanto la scelta del numero di fattispecie e la loro costruzione sotto forma di reati rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore.

Vi sono, però, degli elementi che appaiono sottratti a quest'ultima. Il primo, e forse più rilevante, elemento è senz'altro quello della configurazione del reato (o dei reati) di tortura quale reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Si è detto, infatti, come caratteristica *par excellence* della definizione tecnico-giuridica di "tortura" sia quella che si tratti di una "tortura di Stato", che presenti, insomma, il carattere della "istituzionalità-autoritatività" (*supra* § 2.3). Tale caratteristica viene recepita tanto, implicitamente, dall'art. 13, comma 4, Cost. – che, identificando i torturati come «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», sottintende che le violenze siano commesse dall'autorità di pubblica sicurezza, configurandosi in tal modo quale "servente" rispetto agli artt. 27, comma 3, e 28 (*supra* § 3.1-3.2) – quanto, esplicitamente, dall'art. 1 CAT (*supra* § 2.3). Si tratta di una caratteristica fondamentale in quanto, come già ri-

⁸⁷ In Spagna, all'interno del Libro II del *Código Penal*, è previsto uno specifico Titolo VII («*Delle torture e degli altri delitti contro l'integrità morale*») composto da ben tre diversi reati (artt. da 173 a 177). In Belgio, il legislatore, con l'art. 5 della legge n. 2002-06-14/42, ha introdotto nel proprio codice penale una apposita sezione dedicata alla tortura ed ai trattamenti inumani o degradanti (artt. 417-*bis* ss.).

⁸⁸ Art. 343 *StGB*: «chiunque, come pubblico ufficiale chiamato a collaborare ad un procedimento penale, ad un procedimento di sottoposizione a custodia da parte dell'autorità, ad un procedimento per l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria oppure ad un procedimento disciplinare o ad un procedimento dinanzi ad un giuri di onore o ad un giudice del lavoro, compie atti di maltrattamento fisico nei confronti di un'altra persona, le usa altrimenti violenza, minaccia l'uso della violenza o la affligge sul piano psichico per costringerla a fare deposizioni o dichiarazioni nel procedimento o ad ometterle, è punito con la pena detentiva da uno a dieci anni».

cordato, è quella su cui si fonda il carattere anti-democratico della tortura e che distingue quest'ultima, per la sua particolare gravità, da ogni altra forma di violenza. Allargare la definizione di tortura sino a considerare come tale anche le violenze praticate da privati cittadini comporterebbe una banalizzazione del termine, con la conseguente perdita, sul lungo periodo, del "potere evocativo" acquistato nel corso dei secoli (*supra* § 2.1). Ebbene, se la tortura è "di Stato" – e quindi un atto "di potere" – il relativo reato non potrà che essere un «reato del potere»⁸⁹. È per questo motivo che il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, incaricato di vegliare sull'attuazione della CAT, ha sempre ritenuto inadempienti, rispetto agli obblighi convenzionali, i Paesi che, pur avendo introdotto nel loro ordinamento un reato di tortura, hanno previsto quest'ultimo come reato comune⁹⁰.

Un altro obbligo discendente dal diritto internazionale è quello dell'imprescrittibilità del reato di tortura. Lo "Statuto di Roma", istitutivo della Corte penale internazionale, annovera la tortura tra i *crimini contro l'umanità*, sancendone così il divieto di prescrizione (artt. 7 e 29). La *ratio* di tale previsione è di agevole comprensione:

«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

⁸⁹ La ben trovata definizione è stata usata, in un'intervista rilasciata a F. SANSA per *Il Fatto Quotidiano* del 9 giugno 2015 (*Sulla tortura una legge inutile*, p. 9), dal magistrato Emilio Zucca, che ha rappresentato l'accusa in un processo relativo ai fatti della scuola Diaz avvenuti in occasione del G8 di Genova del 2001.

⁹⁰ In tal senso fa scuola il caso dell'ordinamento francese, ove sono previsti due diversi reati di tortura. Il primo, sancito dall'art. 212-1 c.p., che punisce la tortura quando «commessa in esecuzione di un piano concertato nei confronti di un gruppo di popolazione civile nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico». Il secondo, previsto dall'art. 222-1 c.p., che punisce «la sottomissione di una persona a delle torture od a degli atti di barbarie». Dal momento che nessuno dei due è un reato proprio, il *Comitato ONU contro la tortura* ha ritenuto la Francia inadempiente rispetto agli obblighi della CAT, invitandola a modificare il proprio codice penale al fine di far fronte alla «necessità, imposta dalla Convenzione, di distinguere gli atti di tortura commessi da un agente della funzione pubblica, o di tutte le altre persone che agiscono a titolo ufficiale o alla sua istigazione o con il suo consenso espresso o tacito dagli atti di violenza in senso ampio commessi da soggetti non statali» (CAT/C/FRA/CO/4-6, par. 5).

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»⁹¹.

Si è ritenuto che l'obbligo d'imprescrittibilità si potesse altresì ricavare, implicitamente, tanto dall'art. 4, comma 2, CAT (nella parte in cui vengono richieste «pene adeguate che tengano conto della gravità» del reato) quanto dall'art. 3 CEDU⁹². Tali opzioni interpretative sono state accolte dal *Comitato ONU contro la Tortura*⁹³ e dalla Corte EDU⁹⁴, sicché l'imprescrittibilità deve ormai intendersi quale vero e proprio obbligo convenzionale il cui mancato rispetto dà luogo ad inadempienza. Peraltro il medesimo obbligo si può desumere in via ermeneutica anche dall'art. 13, comma 4, Cost., nella parte in cui si sancisce che «è punita ogni violenza» (corsivo nostro), laddove è evidente come l'intervento della prescrizione possa comportare la non punibilità di alcune torture⁹⁵.

La medesima disposizione, inoltre, sancisce l'ultimo degli obblighi minimi di protezione, anche in questo caso previsto pure dalla CAT, vale a dire l'impossibilità di prevedere qualsivoglia «zona grigia», eccezione o limite al divieto di tortura. «È punita

⁹¹ A. PUGIOTTO, *Op. cit.*, 15 s.

⁹² Si vedano, rispettivamente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: S. SENESE, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2011, 101; 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.

⁹³ Può richiamarsi, al riguardo, il già menzionato caso della Francia (*v. nt.* 90). L'ordinamento francese, infatti, prevede l'imprescrittibilità solo con riferimento al reato di cui all'art. 212-1 c.p. (in quanto ritenuto crimine contro l'umanità), mentre l'art. 222-1 c.p. è soggetto a prescrizione. Il *Comitato ONU contro la tortura* ha ritenuto che tale circostanza costituisca un inadempimento della CAT, invitando il legislatore francese ad intervenire «affinché la tortura sia resa un reato imprescrittibile» (CAT/C/FRA/CO/4-6).

⁹⁴ Ad es. nella sentenza *Cestaro c. Italia* (già menzionata in *nt.* 58, e sulla quale ci si soffermerà a breve) la Corte osserva come «in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione».

⁹⁵ Di analogo avviso sembra essere S. SENESE, *Op. cit.*, che annovera l'art. 13, comma 4, Cost. tra gli articoli violati in caso di mancata previsione dell'imprescrittibilità.

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, come già ricordato, di prevedere eccezioni al divieto. Quest'ultimo aspetto, in particolare, è stato più volte sottolineato dal *Comitato ONU contro la Tortura* che lo ha risolutamente dichiarato quale condizione necessaria ai fini dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla CAT⁹⁶.

4.2. *La disciplina legislativa*

Sino all'approvazione della legge n. 110/2017 (*Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*), l'unico "reato di tortura" presente nell'ordinamento italiano era quello (tuttora) contenuto nell'art. 185-*bis* del *Codice penale militare di guerra*, così come modificato dal d.l. n. 421/2001 (convertito in l. n. 6/2002), 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 con la reclusione militare da uno a cinque anni».

Per quanto riguarda il diritto penale "ordinario", invece, il legislatore risultava – e in parte ancora risulta (*infra* § 4.3) – gravemente inadempiente rispetto ai summenzionati obblighi costituzionali repressivi, rimanendo invece fortemente ancorato ad una visione soprattutto interdittiva del divieto di tortura. In assenza di uno specifico reato, molti degli atti, in qualche misura, riconducibili alla tortura venivano puniti sulla base di una (pur nutrita) serie

⁹⁶ Si veda, ad es., il paragrafo n. 5 della *Osservazione generale n. 2* (cit.), ove si afferma che «il divieto di tortura è assoluto ed inderogabile. Nessuna circostanza eccezionale, quale che sia, può essere invocata da uno stato per giustificare la tortura in tutto il territorio sotto la sua giurisdizione».

di reati generici, quali quelli di percosse (art. 581 c.p.), lesioni (art. 582 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), ingiurie (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.).

All'elenco devono poi aggiungersi le disposizioni volte a tutelare il divieto di tortura in ambito processuale, dove la confessione estorta sotto tormenti è vietata dagli articoli 188 c.p.p., per quanto riguarda il processo penale, e 2732 c.c., per quanto riguarda il processo civile. Le sanzioni previste per la violazione di tale divieto sono meramente processuali e consistono nell'inutilizzabilità assoluta (art. 191 c.p.p.) o nella possibilità di revoca delle dichiarazioni rese *sub torturam* (art. 2732 c.c.). Mancava (e manca), invece, uno specifico reato di "tortura *ad eruendam veritatem*".

Tra gli argomenti emersi in sede politica contro l'introduzione di uno specifico reato di tortura vi era quello secondo il quale le norme già esistenti sarebbero state, da sole, sufficienti a garantire un'adeguata tutela del diritto a non subire tortura. Tale argomento, sul piano giuridico, è del tutto privo di fondamento, come è stato efficacemente dimostrato⁹⁷ sulla base di elementi di fatto insuscettibili di smentita, tra i quali possiamo ricordare:

1) il *Comitato contro la tortura* dell'ONU, incaricato di vegliare sull'attuazione della CAT, ha espressamente, e più volte, ritenuto che la mancanza di uno specifico reato di tortura nell'ordinamento italiano costituisca inadempienza degli obblighi convenzionali⁹⁸;

2) i summenzionati reati sono reati comuni, mentre tanto la nozione

⁹⁷ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., § 6.

⁹⁸ Nel suo rapporto del 2007 (A/62/44, su www.obchr.org) così si esprimeva (p. 59) il Comitato nei confronti della situazione italiana: «benché [l'Italia] affermi che tutti gli atti i quali potrebbero essere qualificati come "tortura" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione siano punibili in virtù del Codice penale italiano [...] il Comitato resta preoccupato del fatto che [l'Italia] non abbia ancora adottato nel proprio diritto interno il reato di tortura, tal quale definito all'art. 1 della Convenzione (artt. 1 e 4). Il Comitato reitera la sua precedente raccomandazione (A/54/44, par. 145 a) affinché [l'Italia] si adoperi per includere il reato di tortura nel proprio diritto interno e adotti una definizione di tortura adeguata a coprire tutti gli elementi contenuti nell'art. 1 della Convenzione».

internazionale di tortura, quanto l'art. 13 della Costituzione, richiedono un reato proprio dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio (*supra* § 4.1);

3) la batteria di norme repressive sopra richiamate prevede termini brevi di prescrizione, mentre un crimine contro l'umanità, secondo il diritto internazionale, deve essere imprescrittibile (*supra* § 4.1);

4) per alcuni dei citati reati comuni è richiesta la querela di parte, «decisione difficile per chi è vittima di tortura»⁹⁹, con la conseguenza che, ad esempio, non si sarebbe potuto perseguire d'ufficio il torturatore per lesioni personali di durata inferiore ai venti giorni, in quanto l'articolo 582 c.p. prevede che se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorrono circostanze aggravanti il delitto è punibile solo a querela della persona offesa;

5) non erano previste ipotesi incriminatrici per la c.d. «tortura psicologica», che invece è ritenuta componente indispensabile della fattispecie tanto ai sensi dell'art. 13 Cost. («violenze morali») quanto ai sensi della CAT («sofferenze mentali»). Non erano dunque «punibili quei fatti di tortura idonei a cagionare delle gravissime sofferenze psichiche, ove da tali fatti non derivino lesioni personali. Puntare una pistola alla tempia della persona sottoposta ad interrogatorio, inscenare una falsa fucilazione, sono fatti che possono provocare sofferenze psicologiche molto più devastanti delle sofferenze provocate da lesioni personali, e rientrano, pertanto, nel concetto di tortura. In ipotesi del genere si potrebbe fare ricorso, tutt'al più, alla norma incriminatrice della minaccia (articolo 612 del codice penale), la cui pena è assolutamente inadeguata»¹⁰⁰.

L'inadempienza italiana, peraltro, ha recentemente portato la Corte europea dei diritti dell'uomo a sanzionare l'Italia in ben due occasioni (IV sez., 7 aprile 2015, *Affaire "Cestaro c. Italia"*, *requête* n. 6884/11; I sez., 22 giugno 2017, *Affaire "Bartesaghi Gallo et altri c. Italia"*, *requêtes* nn. 12131/13 e 43390/13) in quanto, con riferimento alle violenze praticate dalla polizia in occasione del G8 di Genova, «la legislazione penale italiana applicata nel caso di specie si è rivelata, al contempo, inadeguata quanto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e priva dell'effetto dissuasivo necessario a prevenire altre violazioni simili dell'art. 3 CEDU» (*Cestaro c. Italia*, *Cons.* n. 225).

Benché meno rilevante ed assai meno nobile, invero, l'esigenza di

⁹⁹ A. PUGIOTTO, *Repressione penale*, cit., § 6.

¹⁰⁰ Relazione illustrativa al d.d.l. n. S. 2701/1997 (consultabile su www.senato.it).

non sprecare soldi pubblici per pagare sanzioni che si sarebbero potute evitare approvando una disciplina della quale si discute da molto, troppo tempo può essere aggiunta alla lunga lista delle ragioni a sostegno della necessità dell'introduzione di uno o più reati di tortura. Non è forse un caso, d'altronde, che proprio a seguito delle condanne della Corte EDU il Parlamento italiano abbia finalmente adottato – dopo ben 29 anni di dibattito seguiti alla ratifica della CAT¹⁰¹ – una legge sul reato di tortura. La l. n. 110/2017 introduce, innanzitutto, un articolo 613-*bis* al codice penale, a norma del quale:

«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 di tratti di «sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». Sono inoltre previste delle aggravanti se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio (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 inoltre aggiunto un art. 613-*ter* c.p., a norma del 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».

¹⁰¹ Cfr. D. CARBONI, *Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia*, in P. GONNELLA, A. MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni*, Roma, 2006.

Si introduce altresì un comma 2-*bis* all'art. 191 c.p.p., sancendo che «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». Si modifica l'art. 19 del d.l. 286/1998 (T.U. immigrazione), prevedendo 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 motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani». Viene previsto, infine, che non possa essere riconosciuta «alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale» e che, «nel rispetto del diritto interno e dei trattati internazionali, nei casi di cui al comma 1, lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale» (art. 4).

4.3. *La legge sul reato di tortura: inutiliter data?*

La l. n. 110/2017 è il prodotto di un compromesso fortemente al ribasso rispetto al progetto di legge originario, ostracizzato da forze politiche ideologicamente contrarie all'introduzione del reato in tortura in quanto ritenuto un reato “contro le forze dell'ordine”¹⁰². Si tratta, con tutta evidenza, di una posizione priva di

¹⁰² Come nota esattamente M. CAVINO, *Non sei un cavallo! L'Italia e la tortura*, in *laCostituzione.info*, 6 luglio 2017, cui si rimanda per un commento a prima lettura della legge in esame, «le ragioni per le quali il Parlamento non voglia dare attuazione alla convenzione del 1984, come potrebbe fare limitandosi a stabilire una sanzione penale per la condotta che essa descrive con sufficiente determinatezza, sono manifestate con chiarezza dal dibattito che ha accompagnato la recente approvazione della legge; e si riducono essenzialmente nella volontà di non urtare la suscettibilità politica degli appartenenti alle forze di polizia che purtroppo finisce per alimentare una cultura autoritaria ancora molto diffusa». Per una prima analisi della l. n. 110/2017 v. anche: S. BUZZELLI, *Tortura: una legge tanto per fare*, su *Sicurezza CGS* (312 agosto 2017 - www.sicurezzaogs.it).

fondamento giuridico, in quanto scopo del reato è quello di punire adeguatamente condotte illecite (peraltro di particolare gravità) – e da ritenersi tali anche prima dell’entrata in vigore della legge in esame, in virtù delle disposizioni costituzionali e internazionali già richiamate (*supra* § 3) – e non quello di ostacolare o combattere l’autorità di pubblica sicurezza¹⁰³. Solo le ripetute condanne subite dall’Italia da parte della Corte EDU per la mancanza di un’adeguata protezione al diritto di libertà dalla tortura sembrano essere risultate determinanti per vincere le resistenze politiche all’introduzione del reato, le quali hanno comunque influenzato pesantemente i lavori parlamentari.

Tanto gravi sono le lacune della legge sul reato di tortura che, pochi giorni prima dall’approvazione definitiva del disegno di legge, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa ha ritenuto di dover scrivere una lettera, indirizzata ai Presidenti di Assemblea e a quelli delle Commissioni giustizia della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, in cui si invitava il Parlamento italiano ad effettuare delle modifiche al progetto¹⁰⁴. Vengono segnalate, in particolare, tre rilevanti discrepanze – che erano peraltro state evidenziate, con congruo anticipo, anche dalla dottrina italiana – tra la definizione di tortura sancita dall’Art. 1 della CAT e quella adottata dal legislatore italiano:

1) la prima riguarda il fatto che siano richieste, per integrare il reato di tortura, «violenze o minacce gravi» commesse «mediante più condotte» ovvero che comportino un «trattamento inumano e degradante per la dignità della persona» (corsivo aggiunto). La CAT, invece, definisce la tortura come «qualsiasi atto» – quindi anche un solo atto – con il quale siano inflitti dolore o sofferenze acute. La medesima convenzione, inoltre, usa il sintagma «trattamenti disumani o degradanti» (corsivo aggiunto). Ne consegue che, nell’applicare la legge italiana, il giudice potrebbe ri-

it) e *Ristretti news* (6 settembre 2017 - www.ristretti.it); I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 31 luglio 2017 (www.penalecontemporaneo.it).

¹⁰³ Il fatto che alcuni ritenessero che il reato di tortura avrebbe disturbato le attività abituali delle forze dell’ordine costituisce, anzi, un motivo di più a sostegno dell’opportunità e dell’urgenza dell’introduzione dello stesso.

¹⁰⁴ Il testo integrale della lettera è disponibile sul sito internet istituzionale del Consiglio d’Europa (www.coe.int).

tenere non rientranti nella definizione di tortura una singola violenza o minaccia o, comunque, violenze o minacce commesse mediante una sola condotta, ovvero un tormento che sia qualificabile solo come degradante e non anche come disumano (o viceversa)¹⁰⁵;

2) la seconda riguarda il fatto che la normativa italiana richieda un «verificabile trauma psichico», mentre la CAT si accontenta di «acute sofferenze mentali». Soggetti che hanno inflitto una tortura psicologica senza però lasciare al soggetto un «verificabile trauma psichico» non potrebbero dunque essere puniti in base alla legge italiana;

3) la terza riguarda il fatto che il reato di tortura non sia un reato proprio dei pubblici ufficiali, contrariamente a quanto previsto dalla CAT (*supra* § 4.1). Il Commissario, in particolare, esprime preoccupazione per il fatto che, considerandosi «tortura» anche un tormento inflitto da un privato cittadino, si rischi di mortificare l'importanza della protezione accordata dal diritto internazionale al diritto di libertà dalla tortura, fondata sulla definizione di quest'ultima quale tormento commesso da un rappresentante dell'autorità statale e comportante una violazione dei diritti umani particolarmente grave.

Quanto ai primi due punti, il Commissario osserva come essi possano determinare l'impunità di alcuni casi di tortura o trattamenti inumani o degradanti ovvero creare delle «scappatoie» («*potential loopholes*») che consentano di sfuggire all'applicazione della legge. In effetti, la legge italiana sul reato di tortura realizza 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. Si prenda ad esempio la più comune tra le torture praticate dall'Inquisizione, quella della corda:

«il supplizio della colla o corda, di tutti il più comune, consisteva nel legare all'infelice le mani dietro la schiena con una fune che passava per

¹⁰⁵ Come nota M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni*, cit., la distinzione tra tortura, trattamenti inumani e trattamenti degradanti, contemplata da diverse norme di diritto internazionale, è stata oggetto, in ambito convenzionale europeo, di una precisa specificazione definitoria dei «tre tipi di condotte in relazione al grado delle sofferenze inflitte: tali da causare nella vittima paura, angoscia e umiliazione nel trattamento degradante; mentali e fisiche di particolare intensità nel trattamento inumano; molto gravi e crudeli nella tortura. Un trattamento inumano o degradante quando provoca sofferenze più intense (molto gravi e crudeli) può ben dunque essere qualificato in termini di tortura».

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 [...]. Per rendere il tormento ancora più grave si attaccavano ai piedi dell'imputato pesanti ferri, ciò che ritenevasi il massimo dei supplizi, ovvero gli si gittavano giù pel dorso secchie d'acqua fredda»¹⁰⁶.

Ebbene, spesso il dolore inflitto era talmente atroce che bastava una sola saccata per far confessare qualunque cosa all'imputato. Con la legge italiana sul reato di tortura un redivivo Torquemada rischierebbe di “farla franca”, in quanto una sola saccata corrisponde a un solo atto di violenza (che in ipotesi può essere commesso anche con una sola condotta).

La stessa cosa dicasi per la questione del “verificabile trauma psichico”. Era uso dell'Inquisizione praticare, prima della tortura fisica, la c.d. “terrizione verbale” (da non confondersi con la “terrizione reale” che era, invece, la tortura fisica), cioè una violenza morale – considerata dagli stessi inquisitori quale parte integrante del procedimento tormentatorio e, dunque, quale forma di tortura¹⁰⁷ – che consisteva nel condurre l'accusato nella stanza delle torture e mostrargli gli arnesi di supplizio, minacciando di usarli se non avesse confessato. La paura incussa dalla *territio* era tale, che in molti casi essa era sufficiente, da sola, a piegare la volontà del reo sospetto. Quest'ultimo, tuttavia, solitamente non subiva alcun “trauma psichico verificabile” sicché, stando alla legislazione italiana attuale, la terrizione verbale non potrebbe essere punita ai sensi dell'art. 613-*bis* c.p.

Si noti, peraltro, che le discrepanze tra la l. n. 110/2017 e la CAT evidenziate dal Commissario per i diritti umani restano tali anche qualora confrontate con l'art. 13, comma 4, della Costituzione italiana, e non solo per quanto riguarda l'esigenza che il

¹⁰⁶ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione. Seconda edizione riveduta e migliorata*, Torino, 1892, Vol. VI, parte I, 436-438.

¹⁰⁷ Si veda, ad es., il *Sacro Arsenale* di E. MASINI – il manuale per inquisitori forse più usato all'epoca – che inseriva la fase della terrizione verbale nel capitolo sul «*modo d'interrogare i Rei nella Tortura*» (pp. 263 ss. nell'edizione curata da T. MENEGHINI, Roma, 1730).

reato di tortura sia un reato proprio (*supra* § 4.1). Nell'art. 13, infatti, si afferma che debba essere punita «ogni violenza». Il termine “ogni” non lascia dubbi: devono essere punite anche singole violenze e anche quelle che non provocano traumi psichici verificabili. Si noti, peraltro, come il Costituente abbia preferito usare il termine “morale” anziché quello “psichica”. Non si tratta di una scelta casuale: la nozione di “violenza morale” è nota alla dottrina giuridica, specialmente a quella penalistica, almeno dall'inizio del XIX secolo ed è strettamente correlata con il concetto di tortura giudiziaria e di terrizione verbale.

«La violenza morale è quella, che viene incussa all'animo per costringere la persona a fare, non fare, o a sopportar che altri faccia cosa contraria alla volontà di lei, la qual *cosa* formi il vero oggetto della violenza usata alla persona, siccome un mezzo ad un determinato fine. [...] Egli è poi sempre un atto di violenza morale quello, con cui, anche senza minaccia espressa, vien ridotta una persona, contro sua volontà, ed a mal fine, all'altrui disposizione e discrezione»¹⁰⁸.

L'uso della formula “trauma psichico” in luogo di quella “sofferenza morale” (suggerita dalla Costituzione) o di quella “*mental suffering*” (usata nella CAT e spesso impropriamente tradotta con “sofferenze psichiche”) costituisce dunque già, di per sé, uno scostamento dal testo costituzionale, enfatizzato dalla presenza del termine “verificabile”. Il termine “psichico”, infatti, potrebbe sottintendere un elemento patologico, una “malattia della psiche”, e non una “semplice” sofferenza morale. Rientrerebbero certamente nella definizione di “sofferenza psichica” e di “trauma psichico verificabile” i casi di schizofrenia causati dalle tecniche di interrogatorio usate dalla CIA durante la Guerra Fredda (*v. nt.* 3). Ma nella maggioranza dei casi difficilmente si arriva a tanto, e il fatto che le violenze subite si trasformino in una vera e propria lesione della psiche, peraltro “verificabile”, e non già in una mera – *non per questo meno grave!* – umiliazione temporanea (ad esempio: il taglio dei capelli), dipende molto dalla sensibilità e dalla resistenza di ciascuna persona. Il termine “psichiche” e l'espressione “verificabile trauma psichico”, insomma,

¹⁰⁸ F. GAMBINI, *Op. cit.*, 30 s.

si prestano ad interpretazioni ambigue, e rischiano di trasformare il processo per tortura in una “guerra” tra perizie psichiatriche.

Alla lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha fatto seguito un'altra missiva, sempre indirizzata ai Presidenti delle due assemblee parlamentari, redatta da magistrati che hanno preso parte, a vario titolo, a procedimenti legati ai fatti del G8 di Genova nel 2001¹⁰⁹, cioè quei fatti a causa dei quali l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU per non aver introdotto nel proprio ordinamento giuridico un reato di tortura (*supra* § 4.2). Scopo della comunicazione era quello di porre in evidenza come il disegno di legge in discussione «sarebbe in concreto inapplicabile a fatti analoghi a quelli verificatisi a Genova, che sono già stati qualificati come tortura dalla Corte Europea». Nel richiamare espressamente la lettera del Commissario per i diritti umani, con animo adesivo, i magistrati rilevano anche due aspetti che in quest'ultima non erano segnalati, vale a dire:

1) l'inquadramento, operato dal ddl, della «relazione tra l'autore e la vittima (quest'ultima deve essere privata della libertà personale; oppure affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza dell'autore del reato; ovvero trovarsi in condizioni di minorata difesa)» che, notano i magistrati, «esclude dall'ambito operativo della fattispecie molte delle situazioni in cui si sono trovate le vittime dell'irruzione nella scuola Diaz che non erano sottoposte a privazione della libertà personale da parte delle forze di Polizia e non si trovavano in una situazione necessariamente riconducibile al sintagma della “minorata difesa”»;

2) la mancata introduzione di una disposizione che prevedesse l'imprescrittibilità del reato di tortura.

Su questo secondo aspetto s'è già detto (*supra* § 4.1). Sul primo, invece, vale la pena soffermarsi per un attimo. L'art. 13, comma 4, Cost. – riconoscendo, come già ricordato (*supra* § 1), il diritto di libertà dalla tortura quale diritto proprio dei detenuti *lato sensu* – sembra, in effetti, riferire la tortura ai soli casi di limitazione della libertà personale. In realtà, però, a tale conclusione può arriversi solo fondandosi su di una lettura affrettata e poco approfondita

¹⁰⁹ Il testo integrale della lettera è riportato da alcuni siti internet di settore come, ad esempio, www.osservatoriorepressione.info o altreconomia.it.

del dettato costituzionale. Sono già state descritte (*supra* § 3.3) le ragioni su cui si fonda l'esistenza del quarto comma dell'art. 13. In estrema sintesi, possiamo ricordare che:

1) la disposizione fu redatta ben prima dell'avvento della CAT, che segnò un enorme salto in avanti nel processo evolutivo della nozione giuridica di tortura;

2) il Costituente aveva presenti, da un lato, la tortura giudiziaria e, dall'altro, le atrocità commesse dal regime nazi-fascista;

3) nello specificare «a persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» il Costituente ha voluto assicurarsi che il divieto di tortura, già insito nel sistema costituzionale, fosse applicato *anche* a persone private, in tutto o in parte, della propria libertà personale.

In nessun modo, dunque, potrebbe ricavarsi un obbligo costituzionale di limitazione della punibilità della tortura (o, comunque, di trattamenti inumani o degradanti) ai soli casi di detenuti *lato sensu*. Al contrario, con la ratifica della CAT – la quale non richiede, ai fini della definizione della tortura, che il tormentato sia ristretto nella propria libertà personale – deve ritenersi sussistente, in virtù degli artt. 11 e 117 Cost., un obbligo di non tenere in considerazione la relazione tra l'autore e la vittima al fine di poter punire qualunque atto rientri nella definizione ONU di tortura, sicché può giungersi persino ad ipotizzare che l'elemento evidenziato dai magistrati si traduca in un vizio d'incostituzionalità.

Una lettura dei lavori preparatori alla l. n. 110/2017 rivela agevolmente come pressoché tutte le problematiche evidenziate nelle due lettere (e, ancor prima, dalla dottrina) siano state rappresentate nel dibattito parlamentare. Il legislatore, tuttavia, ha ritenuto di non dare seguito a tali istanze, approvando il ddl senza modifiche. Ne consegue che, per i motivi sopra esposti, la legislazione italiana risulta ancora inadempiente rispetto agli obblighi di natura costituzionale, internazionale ed europea in materia di tortura, così esponendosi, peraltro, a nuove ed ulteriori condanne da parte della Corte EDU. Dal momento che lo scopo dichiarato del progetto di legge era quello di “mettersi in regola” con i suddetti obblighi, si può dire che, sotto tale punto di vista, la l. n. 110/2017 sia, tecnicamente, *inutiliter data*.

4.4. Nuove prospettive di tutela

A conclusione di questa analisi deve però osservarsi come, dal punto di vista della giustizia costituzionale, l'entrata in vigore del reato di tortura sia tutt'altro che priva di utilità. Essa, infatti, apre la strada al giudizio di costituzionalità in via incidentale. Strada che, invero, era stata tentata anche prima dell'entrata in vigore della legge (v. Cass. pen., sez. V, 5 luglio - 2 ottobre 2012, n. 38085), eccedendo l'incostituzionalità dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevede l'imprescrittibilità per le condotte rientranti nella definizione di tortura ai sensi dell'art. 1 CAT. L'esperimento, tuttavia, diede esito negativo: la Corte di Cassazione è stata ferma nel respingere l'eccezione, in quanto l'eventuale accoglimento della questione avrebbe violato il divieto di retroattività di norme sfavorevoli al reo, ritenuto applicabile anche alle sentenze costituzionali dallo stesso Giudice delle leggi (si richiamavano, al riguardo, le sentt. nn. 394/2006 e 234/2008 e l'ord. n. 65/2008). Pur riconoscendo che i fatti oggetto del giudizio (le violenze perpetrate dalla polizia nel corso dell'intervento presso la scuola "Diaz-Pertini" avvenuto a seguito del G8 di Genova del 2001) ben potevano rientrare nella definizione ONU di "tortura", dunque, la Suprema Corte ha concluso nel senso della manifesta infondatezza.

Occorre però spendere qualche parola sui rapporti tra il divieto di retroattività delle sentenze costituzionali sfavorevoli al reo e il reato di tortura. Il principio di irretroattività della legge penale, corollario del garantismo giudiziario, nasce allo scopo di tutelare il cittadino dagli abusi del potere, impedendo a quest'ultimo di condannare il primo per aver commesso un atto che, all'epoca, era del tutto lecito e che solo dopo è diventato illecito. La *ratio* del divieto è ben espressa dal secondo comma dell'art. 25 Cost.: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». La Corte costituzionale ha ritenuto tale principio «insuscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» e costituente un «limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost.» (sent. n. 394/2006). Nessuna delle numerose decisioni della Cor-

te in materia¹¹⁰, tuttavia, aveva ad oggetto il reato di tortura che, come già s'è ricordato, possiede una caratteristica assolutamente unica, vale a dire quella di essere l'unico obbligo punitivo previsto espressamente dalla Costituzione. A fronte dell'art. 13, comma 4, Cost., cui *adde* ormai la CAT, può davvero dirsi che chi ha commesso tortura sul suolo italiano dal 1948 ad oggi abbia agito nella convinzione di commettere un atto lecito? Oppure deve piuttosto dirsi che egli ha commesso un atto pienamente illecito (peraltro di particolare gravità) – e sancito come tale dalla più importante delle fonti giuridiche del nostro ordinamento – nella convinzione di poter evitare ogni conseguenza in ragione dell'inerzia del legislatore?

Con queste domande non si vuol giungere alla conclusione che il principio di irretroattività in materia penale non costituisca un aspetto problematico ai fini della prospettazione di una questione di legittimità costituzionale – considerato pure che il divieto di retroattività vale non solo per la condotta ma anche per la pena, sicché sarebbe assai arduo sostenere, *exempli gratia*, che il reato introdotto dalla l. n. 110/2017 possa applicarsi a fatti avvenuti precedentemente all'entrata in vigore di quest'ultima – quanto piuttosto sottolineare come, costituendo il reato di tortura un *unicum* nel nostro ordinamento, l'applicabilità dei principî espressi dalla giurisprudenza costituzionale in relazione a diverse circostanze potrebbe rivelarsi non del tutto scontata, almeno rispetto ad alcuni profili (ad esempio quello della prescrizione).

Si consideri, inoltre, che, a partire dalla sent. n. 10/2015, la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di una modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni di accoglimento quale unica soluzione possibile a un altrimenti insanabile conflitto tra diritti e principî di natura costituzionale. Da questo punto di vista, l'eventuale conflitto tra il principio di irretroattività e il diritto di libertà dalla tortura sembrerebbe costituire un caso emblematico, in quanto ambo gli elementi in conflitto discendono dal garanti-

¹¹⁰ Per una ricostruzione v., anche per più ampi riferimenti bibliografici, i recenti lavori di V. MANES (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale*, su www.cortecostituzionale.it, 2014, § 2.1 e G. PISTORIO, *Retroattività delle sentenze costituzionali*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*, anche su www.treccani.it.

smo giudiziario, il quale non potrebbe mai pienamente realizzarsi se uno dei due venisse sacrificato a favore dell'altro.

Posto, quindi, che il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli non costituisce necessariamente un impedimento insuperabile, deve rilevarsi come, in realtà, l'unico vero ostacolo ad un intervento della Corte costituzionale in materia sia stato, fino ad oggi, quello dell'impossibilità, da parte di quest'ultima, di costruire *ex novo* la fattispecie di un reato del tutto inesistente sul piano legislativo. Spetta solo al legislatore, infatti, stabilire quali debbano essere le pene, quali le aggravanti, attenuanti e scriminanti specifiche, *etc.* Solo una volta che egli avrà effettuato queste scelte, il Giudice delle Leggi potrà intervenire per correggere gli eventuali vizi d'incostituzionalità. Per questo l'approvazione della l. n. 110/2017 conserva, nonostante le sue carenze, un nucleo di possibile utilità, poiché potrebbe consentire alla Corte costituzionale – qualora lo ritenesse opportuno – di dichiarare, anche con sentenze manipolative, l'incostituzionalità dell'art. 613-*bis* c.p. (ad esempio: nella parte in cui non prevede l'imprescrittibilità; nella parte in cui prevede che soggetto attivo del reato sia «chiunque», anziché «il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio»; nella parte in cui prevede che la tortura si realizzi «con violenze o minacce gravi» che comportino «acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico» e che vengano commesse con «più condotte» ovvero che comportino un «trattamento inumano e degradante», anziché «con violenza o minaccia grave» che comporti «acute sofferenze fisiche o morali» e che venga commessa con «una o più condotte» ovvero che comporti un «trattamento inumano o degradante»).

Cela va de soi, naturalmente, che sarebbe comunque preferibile un intervento correttivo del legislatore, il quale peraltro consentirebbe di rimediare a qualche imprecisione contenuta nella normativa e non traducibile in termini di illegittimità costituzionale. Viste, tuttavia, le difficoltà politiche incontrate per approvare il disegno di legge, l'alternativa più probabile – almeno per il momento – alla *extrema ratio* della declaratoria d'incostituzionalità sembra essere quella di un (auspicabile) tentativo di interpretazione adeguatrice da parte dei giudici ordinari.

