

Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa

di Marco Pelissero

Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino

Due recenti pronunce di merito sono l'occasione per soffermarsi sugli elementi costitutivi e circostanziali della fattispecie di tortura. Una norma scritta male, densa di problemi interpretativi e non priva di qualche disallineamento rispetto alla normativa sovranazionale

Due sentenze dei giudici delle indagini preliminari di Ferrara e di Siena¹ riportano alla luce un sommerso di storie di violenza pubblica che si consumano all'interno delle carceri italiane; storie che vorremmo non leggere, ma che, con l'introduzione del delitto di tortura (art. 613-bis c.p.), possono finalmente trovare un inquadramento giuridico adeguato a riflettere il disvalore che quei fatti esprimono, sebbene entro la cornice di una norma di pessima formulazione. Come ha icasticamente scritto un autorevole costituzionalista, «il reato c'è sempre stato, mancava la sanzione»². Non è possibile sapere quanto vicende come queste rappresentino la casuale illuminazione su fatti che solitamente scompaiono nella cifra oscura dell'esercizio arbitrario e violento del potere nel contesto carcerario. Di certo la legge n. 110/2017, introducendo il delitto di tortura con vergognoso ritardo, svolge l'importante funzione di far emergere queste forme di violenza, consentendo ai giudici di ricondurre alla nuova fattispecie, connotata da una cornice edittale proporzionata, fatti che, come nei due casi giudiziari in esame, sarebbero stati comunque inquadrabili all'interno di altre fattispecie meno capaci di esprimere il complessivo disvalore del fatto, sia nella descrizione che nel trattamento sanzionatorio.

Le questioni sulle quali i giudici si sono espressi sono eterogenee e non sono sviluppate in egual misura nelle due pronunce che tuttavia, per alcuni elementi comuni e per fondamentali profili differenziali, meritano di essere analizzate congiuntamente in relazione ad alcuni profili problematici della nuova disciplina: a) l'interpretazione del fatto di tortura; b) la rilevanza della qualifica pubblicistica; c) il rapporto con i delitti di lesione personale; d) il concorso di persone nel reato.

L'artificiosità del fatto di tortura e la necessità di una lettura convenzionalmente conforme. La pluralità delle condotte

I fatti che hanno dato origine alle due pronunce sono agevolmente sintetizzabili: i fatti di Ferrara riguardano una perquisizione eseguita arbitrariamente dentro la cella di isolamento dove si trovava

¹ Un commento alla sentenza del GIP di Siena, v. S. Amato, *Fermare l'onda blu*, in *Dir. pen. uomo*, 3.6.2021.

² A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, a cura di L. STORTONI – D. CASTRONUOVO, Bologna, 2019, 88.

un detenuto, il quale, ammanettato e costretto a spogliarsi pressoché interamente, veniva colpito, in sequenza dai tre poliziotti, con calci allo stomaco e in altre parti del corpo, anche attraverso un corpo contundente, sino a provocare la rottura di un dente, una ferita lacerocontusa al labbro e diversi ematomi di forma cilindrica lasciati dai colpi inferti dal corpo contundente; i fatti occorsi a San Gimignano, dei quali si è occupato il GIP di Siena, riguardano un gruppo di quindici agenti della polizia penitenziaria, autori di un'aggressione, con calci, pugni e altri atti di aggressione fisica, ai danni di un detenuto in isolamento al quale venne procurata una ferita lacerocontusa di tre centimetri.

Entrambe le sentenze non hanno dubbi nel qualificare i fatti sottoposti al loro giudizio come tortura alla luce delle riflessioni che svolgono intorno agli elementi oggettivi e soggettivi del delitto di cui all'art. 613-bis c.p., nonostante la complessità della fattispecie che è uscita da un lungo e faticoso *iter* legislativo; offrono l'occasione per testare le prime interpretazioni proposte dai giudici di merito su alcuni elementi della fattispecie.

Cominciando dalla struttura oggettiva della fattispecie, è noto come uno dei rilievi ampiamente denunciati dalla dottrina sia costituito dall'eccessiva pluralità degli elementi descrittivi del tipo consistente nel fatto di chi «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, [...] se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

Va premesso che la complessa costruzione di questa fattispecie è molto distante dalla maggiore linearità della definizione di tortura data dalla Convenzione Onu contro la tortura del 10 dicembre 1984 (CAT): «Ai fini della presente Convenzione, il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito» (art. 1).

La definizione convenzionale costruisce la tortura attraverso una serie di elementi: è anzitutto solo tortura di Stato, in quanto è un reato proprio di un soggetto con qualifica pubblicistica; è un reato a condotta libera, essendo indifferenti le modalità con le quali si agisce; è incentrato su uno specifico disvalore d'evento di sofferenze acute, fisiche o psichiche; presenta una pregnanza soggettiva che combina dolo intenzionale e dolo specifico³.

³ Su questa definizione v. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, 49 ss. e bibliografia ivi citata.

L'art. 613-bis c.p., invece, prevede un reato comune, ad evento, ma al contempo con condotta vincolata, a dolo generico. La direzione in cui è mosso il legislatore è, dunque, distante da quella della convenzione e la fattispecie presenta una descrizione di rara complessità.

A rendere complessa la fattispecie sono soprattutto le modalità della condotta e dell'evento, requisiti sui quali le sentenze sviluppano alcune interessanti considerazioni.

Quanto alla condotta, è noto che una delle questioni dibattute in sede di lavori parlamentari sia stata la necessità di una pluralità di condotte o la sufficienza di una sola. La norma richiede «violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà [...] se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». La descrizione prevede coppie di elementi incrociati che possono dar luogo alle seguenti: a) violenze o minacce gravi che danno luogo a più condotte; b) violenze o minacce che comportino un trattamento inumano e degradante; c) agire con crudeltà attraverso più condotte; d) agire con crudeltà che comporti anche un trattamento inumano e degradante. A ben vedere nella combinazione *sub a)* la pluralità delle condotte non aggiunge nulla alla descrizione della condotta, in quanto questo elemento è già implicito nell'utilizzo del plurale nei termini violenze o minacce gravi; allo stesso modo, nel caso *sub b)* la specificazione del trattamento inumano e degradante è già ricompresa nell'ipotesi generale *sub a)*. Ciò significa che, in relazione alla modalità della condotta consistente in violenze o minacce gravi, i riferimenti alla pluralità delle condotte o al trattamento inumano e degradante non svolgono una funzione delimitativa del tipo.

Il GIP di Siena qualifica correttamente il delitto come reato eventualmente abituale in linea con la giurisprudenza di legittimità che si è pronunciata (in fase cautelare) sulla struttura dell'art. 613-bis c.p.⁴, chiarendo che il delitto può consistere anche in «un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante»⁵.

Quanto alla realizzazione del reato attraverso più condotte, si è sostenuto in dottrina la necessità che queste non siano connotate da «contestualità spazio-temporale»⁶, presentandosi come episodi tra loro distinti. Le due sentenze in esame, invece, ne propongono una interpretazione ampia, ritenendo sufficienti due azioni, pur che se collocate entro un lasso temporale minimo, anche di soli pochi minuti⁷; è sufficiente una pluralità di contegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico⁸. In tal modo la giurisprudenza disinnescò la polemica che si era sviluppata durante i lavori preparatori della legge e propone una interpretazione del termine «più condotte» in linea con il bene giuridico tutelato dalla fattispecie e con la definizione convenzionalmente conforme: su un versante, la dignità e la libertà modale del soggetto passivo possono essere ugualmente offese da condotte distanziate nel tempo o che si collocano nel medesimo spazio-temporale; sull'altro

⁴ Cass., Sez. V, 15 ottobre 2019, n. 4755.

⁵ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079; Cass., Sez. V, 15 ottobre 2019, n. 4755.

⁶ Preziosi, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2019, 1766.

⁷ Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079.

⁸ Cass., Sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208.

versante, l'art. 1 CAT non richiede la pluralità delle condotte, essendo il disvalore della fattispecie costruito su un reato a forma libera causalmente orientato⁹.

L'irrelevanza del medesimo contesto spazio-temporale consente di ritenere ricondurre più agevolmente i fatti *sub iudice* alla pluralità delle condotte., in quanto i detenuti erano stati vittime di diverse condotte aggressive e minatorie realizzate in concorso da più soggetti realizzate nello stesso.

Nelle vicende giudiziarie in esame non è quindi emersa la difficoltà di qualificare come tortura una condotta singola, che avrebbe imposto di chiarire se erano integrati gli elementi della crudeltà e del trattamento inumano e degradante. Nondimeno entrambe le sentenze si soffermano anche su questi due profili della fattispecie.

La crudeltà

L'agire con crudeltà costituisce la modalità alternativa rispetto alla pluralità di violenze o minacce gravi. C'è accordo nel riconoscere questo elemento in presenza della manifesta sproporzione tra mezzi e risultato tale da far «emergere tutta l'inutilità delle sofferenze inferte», dimostrando «un livello di riprovevolezza dell'agire particolarmente elevato» (GIP Siena), una violenza «ulteriore rispetto alla normalità, caratterizzata da efferatezza, insensibilità e gratuità delle sofferenze inferte, nonché utilizzando mezzi di coercizione non consentiti in quel contesto» (GIP Ferrara). I giudici, in linea con quanto ha scritto la Corte di cassazione in fase cautelare¹⁰, riprendono l'interpretazione proposta dalle Sezioni unite sulla circostanza aggravante dell'agire con crudeltà (art. 61, n. 4 c.p.), considerata di natura soggettiva, «caratterizzata da una condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole, che deve essere oggetto di accertamento alla stregua della modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo»¹¹. Il profilo oggettivo e soggettivo della circostanza aggravante viene trasposto nel delitto di tortura per dar corpo alla condotta. Tuttavia, mi pare che l'elemento dell'eccedenza rispetto alla normalità causale si concilia con l'aggravante, che accede ad un fatto tipico, rispetto alla cui consumazione si può apprezzare la sproporzione tra mezzi e risultato, ma è più difficile da valutare quando la crudeltà diventa elemento essenziale di fattispecie, mancando un fatto base rispetto al quale misurare i patimenti "ulteriori" in cui la crudeltà dovrebbe consistere (ulteriori rispetto a cosa?)¹². L'elemento di maggior peso sarà, dunque, dato dal profilo soggettivo dell'atteggiamento interiore di particolare riprovevolezza (che tra l'altro anche per le Sezioni unite giustifica la natura soggettiva della

⁹ Sulla necessità di assicurare all'art. 613-bis c.p. il principio di interpretazione conforme per evitare la violazione dell'art. 3 CEDU, v. F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. intern.*, 2018, 178 ss.

¹⁰ Cass., Sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208.

¹¹ Cass., Sez. un., 23 giugno 2016, n. 40516.

¹² P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 10, 227.

circostanza aggravante), anche se tale elemento deve esternarsi attraverso le modalità dell'azione¹³ per evitare una eccessiva soggettivizzazione della fattispecie che deve guardare agli effetti della condotta sul soggetto passivo più che al particolare atteggiamento interiore dell'agente.

Tortura e trattamento inumano e degradante

Sull'elemento del trattamento inumano e degradante si sofferma il GIP di Siena che evidenzia la discrasia tra il dettato normativo e la giurisprudenza della Corte EDU sulle nozioni di trattamento inumano, degradante e di tortura. I giudici di Strasburgo attribuiscono a questi termini significati diversi caratterizzati dall'intensità crescente dell'offesa alla dignità della persona: il primo consiste nella lesione della dignità umana, producendo conseguenze di tipo emotivo sulla vittima; il secondo consiste in forti sofferenze fisiche o psichiche; la tortura, infine, richiede l'inflizione di sofferenze molto gravi e crudeli¹⁴. La tortura è, dunque, anche un trattamento inumano e degradante, ma non vale l'inverso.

Secondo il GIP di Siena, il nostro legislatore non ha distinto le tre nozioni, ma «ha ritenuto che i trattamenti inumani e degradanti siano tortura (ancora una volta non allineandosi con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo)»: affinché sia integrato il delitto attraverso una sola condotta è «necessario che la condotta cagioni l'evento e che l'evento cagionato, al contempo, costituisca un trattamento che sia, allo stesso tempo, umiliante e svilente della dignità e della reputazione individuali (degradante) e inflittivo di sofferenze connotate da un particolare grado di gratuità e arbitrarietà (disumano)».

Seguendo questa lettura, il legislatore avrebbe costruito una fattispecie di tortura che attribuisce rilevanza penale anche ai trattamenti inumani e degradanti che, nel diritto vivente della Corte europea non sono qualificabili come tortura¹⁵. Questa lettura ampia della fattispecie ha trovato riscontro anche in dottrina¹⁶. Sebbene la terminologia utilizzata dal legislatore rinvii ai parametri quantitativi di elaborazione sovranazionale, credo che si imponga una interpretazione della fattispecie in conformità alla nozione più ristretta di tortura, volta a delimitare il fatto tipico ai soli

¹³ D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arch. pen.*, 2014, 20 ravvisa l'elemento della crudeltà nell'«assenza di ogni sentimento di pietà e di umanità propri dell'uomo civile, rivelata da un *modus agendi* connotato da particolari insensibilità, spietatezza e efferatezza, a prescindere dall'afflittività percepita dal soggetto passivo».

¹⁴ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 280 ss.; A. PROVERA, *Art. 613-bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, Padova, 2017, 2114; I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Dir. pen. contemp.*, 31.7.2017, 162; D. Castronuovo, *Ad diruendum hostem. Il difficile inquadramento dei trattamenti inumani e degradanti, non contro la tortura*, in *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, a cura di L. STORTONI - D. CASTRONUOVO, Bologna, 2019, 239 ss.; R. CHENAL, *I trattamenti inumani e degradanti nella prospettiva della centralità dei diritti fondamentali*, ivi, 245 ss.

¹⁵ In tal senso, v. invece, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 241. Evidenzia il rischio di indeterminazione della norma C. LEOTTA, *Tortura (reato di)*, in *Dig. pen., Aggiornamento X*, 2019, 876.

¹⁶ S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura*, cit., 1780 ss.

fatti che presentano una gravità tale da raggiungere il livello delle forti sofferenze fisiche o psichiche richiesta dalla Corte europea. A supporto di questa soluzione possono essere addotti due argomenti.

Innanzitutto, da un punto di vista formale il legislatore richiede che il trattamento sia inumano “e” degradante, mentre nella giurisprudenza della Corte EDU i due termini hanno significati differenti, esprimendo una gravità crescente: un trattamento degradante ha una potenzialità lesiva maggiore di quello inumano. Ha, dunque, poco senso richiedere che la condotta integri un trattamento inumano ed al contempo degradante, in quanto sarebbe stato sufficiente indicare quest’ultimo. In secondo luogo, ad integrare il fatto di cui all’art. 613-bis c.p. non bastano violenze o minacce gravi ovvero l’agire con crudeltà, ma è necessario anche che tali condotte producano acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico. Il legislatore ha descritto l’evento in termini non lontani dalle sofferenze gravi sul piano fisico o psichico richieste dalla CAT e dalla giurisprudenza della Corte EDU: la gravità del pregiudizio arrecato alla sfera fisica o psichica del soggetto passivo è richiesto anche dall’art. 613-bis c.p., in quanto le sofferenze fisiche devono essere «acute», mentre, in alternativa, si richiede sul piano psichico un «trauma», che il legislatore ha arricchito dall’aggettivo «verificabile» che appare inutile e fuorviante, come hanno evidenziato i commentatori, in quanto qualsiasi elemento della fattispecie deve essere oggetto di prova¹⁷.

Un secondo elemento in favore della interpretazione restrittiva della fattispecie sta nella necessità di assicurare la corrispondenza tra fatto e trattamento sanzionatorio: la cornice edittale (pena della reclusione da quattro a dieci anni, che salgono rispettivamente a cinque e dodici anni nel comma 2 e con ulteriore applicazione della circostanza aggravante prevista al comma 4, che, come vedremo tra breve è solitamente ricorrente nei casi di tortura) richiede di arricchire il fatto sul piano quantitativo del disvalore, pur con tutte le difficoltà che gli elementi quantitativi, di cui l’art. 613-bis c.p. è ricco, impongono al giudice.

In definitiva ritengo che il riferimento ai trattamenti inumani e degradanti si presenta come un requisito inutile che il legislatore avrebbe fatto bene ad omettere, perché rischia di esporre una fattispecie già complessa ad ulteriori dubbi interpretativi¹⁸.

Alla lettura restrittiva della fattispecie in conformità alla nozione di tortura elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea si potrebbe, tuttavia, sempre obiettare che nulla esclude che il legislatore nazionale abbia optato per una incriminazione ampia, inclusiva anche del fatto che si presentano come inumani e degradanti, garantendo così una tutela più ampia agli interessi offesi. In tal senso, si sono mosse le due sentenze e sarà interessante notare quale sarà in futuro l’interpretazione prevalente: se, infatti, dovesse consolidarsi la lettura ampia della fattispecie, capace

¹⁷ Di «specificazione assurda» parla T. PADOVANI, *Art. 613-bis*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, 2019, 4318; richiama la «funzione di “calmante” per placare le (incomprensibili) proteste dei rappresentanti delle forze dell’ordine» G. FLORA, *Il nuovo art. 613-bis c.p.*, cit., 347; per più ampi riferimenti si rinvia a M. PELISSERO, *L’introduzione del reato di tortura nell’ordinamento italiano*, in *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. GIARDA – F. GIUNTA – G. VARRASO, Milano, 2018, 241 e bibliografia ivi citata.

¹⁸ S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, in R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 162; M. PELISSERO, *L’introduzione*, cit., 237 ss.

di includere i trattamenti inumani e di smorzare, come hanno già fatto le due sentenze in commento, significato della pluralità delle condotte, si arriverebbe a dare rilevanza penale come tortura a fatti che oggettivamente per i giudici di Strasburgo non raggiungerebbero questa soglia.

La rilevanza della qualifica pubblicistica e la natura giuridica dell'art. 613-bis, comma 2 c.p.

La riflessione giuridica più ampiamente sviluppata nelle due sentenze è costituita dalla natura giuridica del secondo comma dell'art. 613-bis c.p. che prevede l'applicazione della pena da cinque a dodici anni di reclusione, «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 alle funzioni o al servizio». Sul punto le due sentenze giungono a soluzioni difformi, concludendo il GIP di Siena per la natura di fattispecie autonoma ed il GIP di Ferrara per quella di circostanza aggravante.

Per comprendere le ragioni addotte a sostegno, è necessario partire da una considerazione che si riallaccia a quanto evidenziavo nel precedente paragrafo: uno degli elementi che fanno apparire più distonica la struttura dell'art. 613-bis c.p. dalla definizione convenzionale di tortura è rappresentato dalla costruzione della fattispecie come reato comune, invece che come reato proprio di un soggetto dotato di potestà pubblica¹⁹. Più propriamente, il legislatore ha previsto un reato eventualmente comune.

L'ambito applicativo dell'art. 613-bis c.p., infatti, è definito dal rapporto che si instaura tra soggetto attivo («chiunque») e soggetto passivo del reato, identificato nella «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 indubbio che la fattispecie richieda una particolare qualifica in capo all'autore, quando il soggetto passivo è la persona «*affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza*»²⁰: in questi casi si tratta di un reato proprio, allo stesso modo in cui si considera tale il delitto di abbandono di incapaci previsto all'art. 591 c.p.²¹. Il rapporto di affidamento di una persona ad un'altra può avere fonte privata o pubblica (strutture sanitarie, assistenziali, scolastiche, carcerarie); vi possono essere inclusi anche i rapporti che nascono dagli istituti della tutela, curatela e amministrazione di sostegno. Deve in ogni caso trattarsi di un affidamento formale²². Qualora si

¹⁹ Critico A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 96 ss.

²⁰ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613-bis c.p.)*, in *Studium iuris*, 2018, 4 e 9; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Dir. pen. contemp.*, 28.2.2016, 9.

²¹ V. F. BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.)*, Milano, 2008, 36 ss.

²² I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 157; P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 237, critico sulla mancata riproposizione, accanto all'affidamento, del riferimento alla persona «comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia» che avrebbe più chiaramente consentito di includere i casi nei quali il rapporto di prevaricazione del soggetto titolare del potere coercitivo si instaura durante le operazioni di ordine pubblico).

tratti di un provvedimento limitativo della libertà personale, rileva certamente anche la condizione di affidamento che si instaura prima della convalida del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria²³. In presenza di rapporti che attribuiscono al soggetto attivo la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, il fatto va inquadrato nell'ipotesi di cui al secondo comma (v. *infra*, § 6).

Il legislatore, però, ha configurato il delitto di tortura anche come *reato comune*, quando soggetto passivo è una *persona privata della libertà personale* o in condizioni di *minorata difesa*, per accertare la quale si dovrà tener conto delle concrete condizioni personali della vittima (età, salute, sesso) e del tempo e luogo dell'azione²⁴ (si pensi ai casi della tortura del sequestratore sul sequestrato o ai fatti di Genova, nei quali c'era indubbiamente una situazione di minorata difesa)²⁵.

Di per sé il fatto che l'art. 1 CAT definisca la tortura come reato proprio, non pone un problema di contrasto con la convenzione, in quanto nulla esclude che un ordinamento nazionale firmatario adottati uno standard di tutela più elevato. La stessa Corte europea non ha mancato di qualificare come tortura i fatti che si collocavano fuori dal rapporto con l'esercizio di un potere coercitivo pubblico²⁶. Tuttavia, è indubbio che la costruzione della fattispecie come reato comune faccia «perdere di vista l'essenza stessa del reato di tortura»²⁷ che sta nel «fatto che viene pervertito il rapporto tra autorità e individuo»²⁸.

Il rapporto di supremazia pubblico tra soggetto agente e soggetto passivo del reato è, invece, oggetto di specifica considerazione nel secondo comma dell'art. 613-bis c.p. che ha visto da subito gli interpreti optare per due soluzioni differenti, quanto a natura giuridica, come circostanza aggravante o come fattispecie autonoma. È ovvio che optare per la natura di fattispecie autonoma attribuisce maggior disvalore al fatto, escludendo il comma secondo dal giudizio di bilanciamento e rafforzando in tal modo la risposta sanzionatoria.

Il GIP di Ferrara conclude per il riconoscimento della natura di circostanza aggravante, partendo dall'assenza di chiare indicazioni legislative e dall'analogia con l'aggravante prevista dall'art. 61, n. 9 c.p., che presenta identica struttura. Un argomento più solido a sostegno della natura circostanziale

²³ Condivisibili le osservazioni di A. PROVERA, *Art. 613-bis*, cit., 2117; A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. contemp.*, 22.7.2014, 38. Nel senso della necessità di un provvedimento giurisdizionale, v. S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, 5.11.2017, 10; I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., 157.

²⁴ Cass., sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208; Cass., sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079. Censurano l'indeterminatezza di questo elemento E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 268; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 10; I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, cit., 157; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano*, cit., 10.

²⁵ F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati*, in *Dir. pen. contemp.*, 25.9.2014, 12; *contra* P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 237.

²⁶ F. VIGANÒ, *Sui progetti*, cit., 7; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 4; D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura*, cit., 10; P. LOBBA, *Punire la tortura*, cit., 199. Per una vicenda giudiziaria relativa ad un caso di tortura tra privati, qualificato ai sensi dell'art. 572 c.p., v. Trib. Monza, 10 giugno 2016, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ M. PASSIONE, *Il reato che non c'è; quello che ci serve*, in *Per uno Stato che non tortura. Diritto, saperi e pratiche contro la violenza istituzionale*, a cura di C. PERONI - S. SANTORSO, Milano, 2015, 44.

²⁸ T. PADOVANI, *Tortura*, Pisa, 2015, 33.

è desunto dall'applicazione del criterio strutturale, che le Sezioni unite della Corte di cassazione, pronunciandosi in relazione all'art. 640-bis c.p., hanno assunto ad indice sintomatico "forte" della natura accessoria di una norma²⁹: poiché la disposizione non è costruita attraverso l'indicazione di elementi autonomi, ma *per relationem* con rinvio al primo comma, si giustificerebbe la lettura in termini di elemento accidentale. Un ulteriore argomento fa leva sul *favor rei*, al quale conduce il riconoscimento della natura di circostanza aggravante.

I due argomenti non sono così solidi come parrebbe. Quanto al primo argomento, il criterio strutturale non consente letture univoche, come dimostrano le diverse conclusioni alle quali la giurisprudenza è giunta in relazione agli artt. 640-bis e 319-ter c.p.: entrambe sono costruite *per relationem*, ma la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche è stata considerata una circostanza aggravante, mentre è pacifico che la corruzione in atti giudiziari sia fattispecie autonoma di reato rispetto ai delitti di corruzione ai quali rinvia. Quanto al *favor rei*, il criterio può essere utilizzato come estremo rimedio, qualora non siano desumibili argomenti diversi per ricostruire la *voluntas legis*.

Più solidi si dimostrano gli argomenti portati dal GIP di Siena a sostegno della natura di fattispecie autonoma. Pur concordando sull'importanza del criterio strutturale, il giudice ne riconosce anche i limiti di utilizzo da parte della giurisprudenza che si è in molte occasioni espressa sminuendo l'univocità di tale criterio come indicatore della natura circostanziale. Valorizza, piuttosto, la menzione nel secondo comma dell'art. 613-bis c.p. non solo della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, ma anche della modalità della condotta consistente nell'abuso dei poteri o nella violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, a voler segnalare le specifiche modalità di realizzazione del reato. Anche questo argomento non è così solido come parrebbe, perché – come ci ricorda il GIP di Ferrara – anche la circostanza aggravante ex art. 61, n. 9 c.p. è costruita allo stesso modo. Ugualmente debole è l'argomento delle modalità di determinazione della pena attraverso l'indicazione di un'autonoma cornice edittale, in quanto sono presenti nel sistema penale diversi casi di circostanze c.d. autonome. Le modalità di determinazione della pena costituiscono un argomento solido a sostegno della natura circostanziale di una disposizione, solo quando la norma si limita a stabilire che la pena è aumentata o diminuita, senza indicare di quanto, perché in tal caso è d'obbligo il rinvio implicito agli artt. 64 e 65 c.p. che, in assenza di diverse indicazioni da parte della legge, disciplinano il *quantum* di variazione di pena operato dalle circostanze.

Se il comma 2 fosse una circostanza, si giungerebbe ad una soluzione irragionevole nell'applicazione del comma 3, il quale dispone che «il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti»: se si attribuisse natura circostanziale al secondo comma, questa disposizione consentirebbe di non applicare la circostanza, lasciando peraltro intatta la fattispecie base³⁰.

²⁹Cass., Sez. Un., 26 giugno 2001, n. 26351.

³⁰A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 12.

A sostegno della natura di fattispecie autonoma si può addurre un altro argomento, desumibile dal quarto comma che, nel prevedere gli effetti determinati dal verificarsi di una lesione personale, dispone l'aumento delle «pene di cui ai commi precedenti», includendo quindi anche le pene indicate nel secondo comma: se quest'ultimo fosse una circostanza, il quarto comma configurerebbe una circostanza che, in modo anomalo, opera su un'altra circostanza³¹. Anche questo argomento non è così solido, perché – come ci ricorda il GIP di Ferrara – nel sistema ci sono esempi di circostanze che operano su altre circostanze, come nell'art. 416-bis c.p., il cui sesto comma dispone che «se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà»; tra i commi precedenti è inclusa l'aggravante dell'associazione armata (comma 4) che, nonostante sia già sanzionata in modo draconiano, vede un ulteriore aggravamento della risposta sanzionatoria, secondo una anomala modalità di determinazione della sanzione.

Più solido è, invece, l'argomento del GIP di Siena che fa leva sulla dimensione plurioffensiva del secondo comma che non sarebbe adeguatamente assicurata dalla costruzione come circostanza aggravante: accanto all'offesa alla dignità e alla libertà morale del destinatario della condotta³², viene in rilievo «il distorto esercizio di poteri e di funzioni pubbliche»: è il «buon andamento dell'Amministrazione di appartenenza dei pubblici agenti autori del reato, irrimediabilmente leso da un suo appartenente che commetta il reato descritto dalla norma in esame, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio». Nella misura in cui si attribuisce specificità e centralità all'esercizio distorto del potere pubblico, in conformità alla struttura del reato di tortura accolta dalla CAT, costruzione del secondo comma come fattispecie autonoma permette di riflettere più adeguatamente sul piano della disciplina questa nota di disvalore nell'alterazione del rapporto tra titolare e destinatario della coercizione pubblica.

A sostegno della natura di fattispecie autonoma, la dottrina ha richiamato anche la costruzione dell'art. 613-ter c.p. che incrimina un pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che istiga altro soggetto ugualmente qualificato «a commettere il delitto di tortura»: il delitto a cui fa riferimento questa fattispecie non può che essere la fattispecie autonoma del comma secondo dell'art. 613-bis c.p.³³.

In conclusione, le divisioni degli interpreti sulla natura del secondo comma dell'art. 613-bis c.p. si sono riflesse nelle posizioni incerte delle prime pronunce giurisprudenziali, in attesa delle autorevoli indicazioni della Corte di cassazione che non è detto siano da subito risolutive, nell'uno o nell'altro senso.

³¹ A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 12. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 7.

³² Sul bene giuridico tutelato v. S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., 159.

³³ G. FLORA, *Il nuovo art. 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in *Nulla è cambiato?*, cit., 345; A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, ivi, 355.

Gli eventi aggravanti ed il rapporto con i delitti contro l'incolumità individuale

Le due sentenze offrono soluzioni diverse al rapporto tra il delitto di tortura e le fattispecie di lesioni personali, quando dal fatto sia derivata una malattia nel corpo o nella mente. La questione non è di così agevole soluzione, anche in ragione di una tecnica normativa poco cristallina.

Il legislatore ha risolto in modo chiaro il rapporto con il delitto di omicidio, prevedendo al quinto comma sanzioni diverse in ragione dell'elemento soggettivo che copre l'evento morte: se questo è conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta; se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo. Questa tecnica di costruzione della rilevanza dell'evento aggravatore, già nota al sistema che la prevede agli artt. 289-*bis* e 630 c.p., dà luogo, in caso evento non voluto, ad un classico reato aggravato dall'evento che, per essere riportato al rispetto del principio di colpevolezza, richiede che l'agente sia in colpa rispetto alla morte del soggetto passivo; quando, invece, l'evento è voluto, il secondo periodo del quinto comma prevede un reato complesso che esclude l'applicazione del delitto di omicidio. Attraverso queste due disposizioni il legislatore ha fissato una chiara disciplina sul rapporto tra il delitto di tortura e la verifica dell'evento morte, il cui disvalore viene assorbito nelle due disposizioni del quinto comma.

Il quadro è meno nitido in presenza di lesioni personali, in quanto il legislatore si limita a disporre che «se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà». La tecnica di costruzione è quella tipica dei reati aggravati dall'evento (si vedano, ad es., gli artt. 572 e 588 c.p.), ma il legislatore, diversamente da quanto ha fatto in relazione alla causazione della morte del soggetto torturato, non chiarisce il rapporto con i delitti di lesioni personali dolose. Nelle due vicende giudiziarie, nelle quali sussistevano pacificamente gli estremi delle lesioni personali dolose aggravate, i giudici delle indagini preliminari hanno dato soluzioni diverse al rapporto tra le fattispecie convergenti.

Il giudice senese ravvisa un concorso di reati tra il delitto di tortura, di cui all'art. 613-*bis*, comma 2 c.p. (ricostruito come fattispecie autonoma di reato), aggravato ai sensi del successivo comma 4 ed il delitto di lesioni personali aggravate ex art. 585 c.p.: esclude il concorso apparente di norme in ragione della diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme, la libertà morale, da un lato, e l'integrità fisica, dall'altro.

Il GIP di Ferrara esclude, invece, l'applicazione dell'aggravante di cui al comma 4, ritenendola applicabile solo nei casi in cui l'evento lesivo, pur connesso causalmente alla condotta dell'autore della tortura, non sia voluto; qualora vi sia il dolo di lesioni personali, l'art. 582 c.p. concorre con la fattispecie base di cui all'art. 613-*bis*, comma 1 c.p.

Per dirimere la questione, è necessario partire dalla descrizione del delitto di tortura nel quale le lesioni personali non costituiscono elemento essenziale di fattispecie, in quanto l'evento consiste in «sofferenze fisiche» o un «verificabile trauma psichico» che non richiedono necessariamente la

causazione di una malattia nel corpo o nella mente, in cui invece consistono le lesioni personali³⁴. La non sovrapposibilità tra questi eventi trova conferma proprio nel quarto comma dell'art. 613-bis c.p. che prevede l'evento aggravatore delle lesioni personali³⁵. Peraltro, poiché solitamente, come nei fatti oggetto dei due giudizi, la tortura implica anche la causazione dolosa di un evento qualificabile in termini giuridici come malattia, la soluzione del rapporto tra tortura e lesioni personali è destinata a divenire una costante in questi processi, come nelle due vicende giudiziarie oggetto della presente riflessione. La questione si porrà più spesso, se si adotta di malattia la nozione ampia, fornita da un nutrito e consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale malattia è qualunque alterazione, sia anatomica che funzionale, comprendente anche le ecchimosi, le contusioni e gli stati di *shock*³⁶; diversamente, se si accoglie la nozione, più convincente, proposta anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, quale alterazione funzionale dell'organismo³⁷, allora si ridurranno gli spazi di sovrapposizione tra le due fattispecie.

Orbene, è pacifico che il delitto di tortura assorba le percosse, in quanto una delle modalità della condotta è costituita dalla violenza che consente di far operare la clausola di assorbimento di cui all'art. 581, comma 2 c.p.³⁸. Quanto alle lesioni personali, invece, la questione del riconoscimento del concorso di reati o del concorso apparente di norme è più articolata. Se, aderendo alla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione sul concorso apparente di norme, applichiamo il criterio di specialità, letto in chiave di rapporto strutturale tra le fattispecie convergenti, dobbiamo concludere per il concorso formale di reati: gli artt. 582 e 613-bis c.p. presentano elementi eterogenei che non consentono di ravvisare campi di sovrapposizione, anche solo parziale, tra le due fattispecie; si tratterebbe di un concorso formale, in quanto l'articolata condotta del delitto di tortura può manifestarsi anche attraverso la causazione dolosa di lesioni personali (non si tratterebbe, quindi, di reato continuato, mancando la diversità nella collocazione temporale delle condotte; il mancato assorbimento di queste nell'art. 613-bis c.p. troverebbe supporto nella diversità dei beni giuridici offesi, come ha sottolineato il GIP di Siena).

Tortura e lesioni personali dolose sono, dunque, destinate a concorrere, ma in quale modo? A mio avviso, nella risposta a questo interrogativo il quarto comma dell'art. 613-bis c.p. non entra in considerazione, perché descrive tre delitti aggravati dall'evento, in relazione alla gravità dell'evento derivato, per applicare i quali è necessario che l'evento aggravatore sia non voluto, in quanto, se la causazione della malattia fosse sorretta dal dolo, troverebbe applicazione il delitto di lesioni personali. Si tratta, più precisamente, di reati aggravati dall'evento a struttura preterintenzionale

³⁴ Cass., sez. V, 11 ottobre 2019, n. 50208.

³⁵ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 270

(³⁶) Sulla nozione di lesioni personali v. S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., 86 ss.; L. MASERA, *I delitti contro l'integrità fisica*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. VIGANÒ - C. PIERGALLINI, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO - C. PALIERO, 2011, 92 ss. Per l'analisi degli indirizzi giurisprudenziali, v. P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. I, *Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Padova, 2014, 247 ss.

(³⁷) Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Dir. pen. proc.*, 2008, con nota di M. PELISSERO, *Consenso del paziente e libertà di autodeterminazione del paziente*.

³⁸ A. Provera, *Art. 613-bis*, cit., 2119.

che, seguendo un noto indirizzo dottrinale, possono essere considerati autonome fattispecie preterintenzionali³⁹; in tal modo l'evento aggravatore è sottratto al giudizio di bilanciamento e, per assicurare il rispetto del principio di colpevolezza, è da imputare per colpa. Se, invece, seguendo l'orientamento della giurisprudenza sui reati aggravati dall'evento, si riconosce la natura di fattispecie circostanziale, si garantisce l'imputazione colposa, in applicazione dell'art. 59, comma 2 c.p., ma le lesioni personali entrano nel giudizio di bilanciamento, potendo essere dichiarate equivalenti o soccombenti rispetto alle attenuanti concorrenti.

Quando, invece, le lesioni personali sono dolose, integrano l'art. 582 c.p. (eventualmente aggravato ex artt. 583 o 585 c.p.) e concorrono con il delitto di tortura, nella forma base di cui al primo comma dell'art. 613-bis c.p. e non nell'ipotesi aggravata di cui al quarto comma, che è strutturalmente incompatibile con le lesioni personali dolose. Non convince, pertanto, la soluzione a cui giunge il GIP di Siena che ravvisa il concorso tra il delitto di tortura, aggravato ex art. 613-bis, comma 4 c.p. e le lesioni personali: anche a non voler accogliere la soluzione qui proposta del quarto comma come contenente autonome fattispecie preterintenzionali, la lettura del giudice senese viola il principio del *ne bis in idem* sostanziale, sul quale si fonda il concorso apparente di norme, in quanto le lesioni personali vengono computate due volte, a titolo di aggravante e di fattispecie autonoma. Peraltro, la giurisprudenza di legittimità si esprime nello stesso senso in caso di morte o lesioni derivate dal delitto di rissa, applicando a chi abbia cagionato l'evento, la rissa aggravata ex art. 588, cpv. c.p. in concorso con il delitto di omicidio o di lesioni personali dolose (una lettura che ugualmente non mi convince perché tradisce il fondamento del concorso apparente di norme)⁴⁰.

Il concorso di persone nel delitto

Entrambi i fatti che hanno dato luogo alle due pronunce si caratterizzano per la realizzazione in forma concorsuale ed il GIP di Siena si sofferma sugli elementi strutturali richiesti. Meritano di essere evidenziati due profili.

Un primo rilievo attiene all'elemento oggettivo del contributo concorsuale apportato dai diversi agenti del corpo di polizia penitenziaria: «tutti hanno fornito un chiaro, evidente e non seriamente discutibile contributo agevolatore alla migliore riuscita dell'operazione». Il profilo di interesse non sta nell'accoglimento della teoria del contributo agevolatore, sul quale è orientata la giurisprudenza prevalente, ma nell'inquadramento giuridico della posizione di coloro che, muovendosi congiuntamente agli altri nella spedizione "punitiva" («si sono mossi tutti a "sciame"»), mantenendo elevata compattezza, come scrive il giudice in sentenza) non hanno direttamente tenuto le condotte violente, pur essendo presenti sul luogo del fatto. Correttamente il fatto è stato qualificato come

³⁹ A riguardo v. C.F. Grosso, *Struttura e sistematica del c.d. «delitti aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 443; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 389 ss.; S. CANESTRARI, *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 699;

⁴⁰ Sulla questione, v. L. MASERA, *I delitti contro l'integrità fisica*, cit., 115.

condotta attiva, perché l'agire organizzato, in modo da garantire maggior senso di impunità degli aggressori e di vulnerabilità della vittima, e l'essere presenti sul luogo del fatto, pur senza realizzare direttamente la condotta aggressiva, rafforza il complessivo senso di sicurezza e la riuscita del piano criminoso. Se già la giurisprudenza inquadra nel concorso morale l'assistere alla commissione del reato, senza intervenire, rinsaldando così nell'autore materiale il proposito criminoso⁴¹, a maggior ragione in questa vicenda integra il contributo concorsuale la partecipazione corale di ben quindi agenti. Poiché la tortura è un delitto eventualmente abituale, il contributo concorsuale rileva anche quando è prestata ad una sola delle condotte, purché vi sia la consapevolezza dell'inserimento del singolo contributo al fatto complessivo⁴².

Tuttavia, anche qualora la presenza sul luogo del reato non attingesse la soglia del contributo attivo di rafforzamento del proposito criminoso, non di meno, quando intervengono agenti di polizia penitenziaria, viene in rilievo la posizione di garanzia che gli stessi hanno rispetto all'incolumità fisica dei detenuti e che avrebbe imposto di attivarsi per impedire la consumazione del reato o la sua protrazione.

Quanto all'elemento soggettivo, anche in assenza di un previo accordo (di cui, peraltro, il giudice di Siena ravvisa diversi elementi sintomatici), il dolo di partecipazione sussiste anche nei casi di adesione istantanea alla realizzazione del reato e richiede la consapevolezza degli elementi del fatto tipico. La scelta del legislatore di non arricchire la fattispecie attraverso il dolo intenzionale ed il dolo specifico, diversamente dalla definizione di cui all'art. 1 CAT, comporta, anche sul versante soggettivo l'ampliamento dell'area di incriminazione a titolo di compartecipazione.

Osservazioni conclusive: le pagine che vorremmo non fossero scritte

Di qualche giorno fa è la notizia della richiesta di rinvio a giudizio per fatti di tortura consumati nel carcere di Sollicciano⁴³, segno evidente, come indicavo all'inizio, che i fatti portati a cognizione dell'autorità giudiziaria sono rappresentativi di casi di violenza che in alcuni casi raggiungeranno la soglia di rilevanza penale a titolo di tortura, in altri potranno essere inquadrati nei tradizionali delitti contro la persona. Nelle due vicende giudiziarie analizzate, non si è posto il problema della soglia minima di rilevanza ex art. 613-bis c.p. dell'esercizio arbitrario del potere di coercizione. Pur nell'artificiosa costruzione del delitto di tortura attraverso plurimi elementi oggettivi ad incastro, i giudici non hanno avuto dubbi a ricondurre i fatti entro la tipicità del delitto di tortura, pur affrontando alcuni dei nodi che la fattispecie pone e che in futuro potrebbero diventare determinanti, come la discrasia che sembra sussistere tra la nozione sovranazionale di tortura, distinta dagli atti inumani e degradanti, e quella confezionata dal legislatore italiano che appare invece includerli.

⁴¹ Sulla distinzione tra connivenza e concorso morale, v. Cass., Sez. III, 18 gennaio 2019, n. 25310.

⁴² Per un caso v. Cass., sez. V, 15 ottobre 2019, n. 4755.

⁴³ Il fatto quotidiano, 16 giugno, 2021.

L'attenzione dei giudici si è invece concentrata su altri profili di disciplina di significato solo apparentemente più tecnico ed un punto centrale è stata la discussa natura giuridica, quale circostanza aggravante o fattispecie autonoma, del fatto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio; le divergenti conclusioni a cui sono pervenute le due pronunce incidono sul disvalore del fatto commesso dal titolare del potere di coercizione, in quanto la ricostruzione del secondo comma come aggravante comporta un altro disallineamento del nostro sistema penale rispetto alle sollecitazioni sovranazionali, che richiedevano una fattispecie autonoma di reato, in modo da valorizzare la specificità della distorsione del potere pubblico rispetto a chi vi è assoggettato. Le posizioni divergenti tra le due pronunce sono anche indicative dell'incertezza che, in termini più generali, interessa i criteri di distinzione tra elementi circostanziali ed elementi essenziali del reato.

Così le questioni interpretative che investono la struttura della fattispecie descritta al primo comma si intrecciano con il significato che il secondo comma riserva all'abuso dei poteri o dei doveri di chi esercita una funzione pubblica. A mio avviso, sarebbe stata preferibile l'approvazione di un testo più in linea rispetto alla definizione convenzionale: un reato proprio, ad evento con condotta libera e connotato sul piano soggettivo dal dolo intenzionale e dal dolo specifico⁴⁴. La combinazione di questi tre elementi avrebbe fotografato la tortura in termini certamente più ristretti, ma più pregnanti di distorsione del potere pubblico, perché storicamente la tortura è stata (e continua ad essere) prevalentemente tortura di Stato⁴⁵. Questa scelta, lungi dal delegittimare le forze dell'ordine (⁴⁶), avrebbe più chiaramente espresso l'intenzione di colpirne le distorsioni nell'esercizio dei poteri di coercizione, proprio a garanzia del loro corretto operato.

Spetterà alla magistratura definire i confini della fattispecie entro il tracciato confuso della legge, cercando di limitare le distanze dalla nozione sovranazionale di tortura. Pur nella sua complessità, il testo – come evidenziano le due pronunce – è applicabile e copre uno vuoto di tutela con una fattispecie proporzionata, nel trattamento sanzionatorio, al disvalore del fatto⁴⁷. È meglio essere arrivati all'approvazione di un testo scritto male piuttosto che rimanere nel vuoto di tutela in cui versava il nostro sistema⁴⁸, i cui limiti strutturali erano stati denunciati dalla Corte EDU in relazione ai fatti di Genova⁴⁹. Fu l'occasione per evidenziare anche i limiti procedurali quanto ad effettività,

⁴⁴ In favore di un modello "ristretto" di tortura, G. FLORA, *Il nuovo art. 613-bis c.p.*, cit., 344; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 90 ss.

⁴⁵ Critico sulla mancata formulazione della fattispecie come reato proprio, agganciando le riflessioni all'art. 13 Cost., A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 90 ss.

⁴⁶ Si vedano le posizioni critiche contro la previsione di un reato proprio da parte di alcuni sindacati di polizia nelle audizioni in Parlamento, in P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 185; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura*, cit., 23.

⁴⁷ Sulla ricerca di una lettura che consenta di applicare una norma pessima insiste A. Gamberini, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., 356.

⁴⁸ Sulla questione se fosse meglio rimanere senza una nuova disciplina, attendendo una nuova legge meglio formulata, o accontentarsi della presente "brutta legge", v. A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 101 ss.

⁴⁹ Sul punto v. Corte EDU, Quarta sezione, del 7 aprile 2015 - Ricorso n. 6884/11 - Cestaro c. Italia; v. anche A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. proc. - Riv. trim.*, 2014, n. 2, 130 ss.; it. Cfr. A. COLELLA, *In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di*

celerità ed appropriatezza delle indagini svolte. Ora che la legge è vigente, è anche su questo delicato terreno che saranno chiamati a misurarsi gli apparati dello Stato con poteri di coercizione l'amministrazione della giustizia.

Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 1801 ss.