

ARCHIVIO PENALE

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA

GENNAIO-APRILE 2018 • FASCICOLO 1 • ANNO LXX
SPECIAL ISSUE



NUOVA SERIE

DIRETTORE
ALFREDO GAITO

VICEDIRETTORE
ADELMO MANNA

DAVID BRUNELLI CARLO FIORIO DÉSIRÉE FONDAROLI GIULIO GARUTI
OLIVIERO MAZZA TULLIO PADOVANI MAURO RONCO GIORGIO SPANGHER

IUS PISA
UNIVERSITY PRESS

In ogni caso, però, la Proposta di Regolamento pretende, ai fini del mutuo riconoscimento, che il provvedimento di confisca sia assunto nel rispetto del diritto al giusto processo previsto nell'art. 6 C.E.D.U. e negli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché il rispetto della legislazione rilevante prevista a livello europeo – a partire dalla Carta – sulle garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali (considerando n. 18). E, allora, il Regolamento dovrebbe rappresentare un incentivo all'adozione di un modello di processo al patrimonio conforme alle garanzie penalistiche, a partire dalla presunzione d'innocenza e dello standard della prova penalistico circa l'origine illecita dei beni. In particolare, per concludere, non si deve dimenticare che anche se nell'*Explanatory Memorandum* della proposta di regolamento si ricorda che la Corte EDU ha ripetutamente considerato conforme all'art. 6 C.E.D.U. e al diritto di proprietà ex art. 1 del Protocollo Addizionale C.E.D.U., forme di confisca senza condanna fondate su presunzioni, in linea con la direttiva 2016/343 sulla presunzione d'innocenza, – purché siano confidabili e «if effective procedural safeguards are respected»¹⁸⁶ –, tuttavia la stessa direttiva 2016/242 pretende il rispetto del diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d'innocenza (considerando n. 24). Non si può fondare la prova dell'origine illecita del patrimonio sull'silenzio dell'imputato o attribuire ad esso dignità probatoria, come invece avviene normalmente nell'applicazione di forme di confisca allargata, compresa la confisca ex art. 240-bis c.p. in relazione alla quale la giurisprudenza pretende la spiegazione esauriente di come si sia economicamente formato il patrimonio¹⁸⁷.

Anche per la confisca allargata in esame, oltre che per la confisca di prevenzione ex art. 24 d.lgs. 159/2011, l'adozione del Regolamento rappresenterà una sfida interessante in chiave garantistica se si vorrà garantire il mutuo riconoscimento di tale forma di confisca.

In ogni caso, però, la Proposta di Regolamento pretende, ai fini del mutuo riconoscimento, che il provvedimento di confisca sia assunto nel rispetto del diritto al giusto processo previsto nell'art. 6 C.E.D.U. e negli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché il rispetto della legislazione rilevante prevista a livello europeo – a partire dalla Carta – sulle garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali (considerando n. 18). E, allora, il Regolamento dovrebbe rappresentare un incentivo all'adozione di un modello di processo al patrimonio conforme alle garanzie penalistiche, a partire dalla presunzione d'innocenza e dello standard della prova penalistico circa l'origine illecita dei beni. In particolare, per concludere, non si deve dimenticare che anche se nell'*Explanatory Memorandum* della proposta di regolamento si ricorda che la Corte EDU ha ripetutamente considerato conforme all'art. 6 C.E.D.U. e al diritto di proprietà ex art. 1 del Protocollo Addizionale C.E.D.U., forme di confisca senza condanna fondate su presunzioni, in linea con la direttiva 2016/343 sulla presunzione d'innocenza, – purché siano confidabili e «if effective procedural safeguards are respected»¹⁸⁶ –, tuttavia la stessa direttiva 2016/242 pretende il rispetto del diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d'innocenza (considerando n. 24). Non si può fondare la prova dell'origine illecita del patrimonio sull'silenzio dell'imputato o attribuire ad esso dignità probatoria, come invece avviene normalmente nell'applicazione di forme di confisca allargata, compresa la confisca ex art. 240-bis c.p. in relazione alla quale la giurisprudenza pretende la spiegazione esauriente di come si sia economicamente formato il patrimonio¹⁸⁷.

1. *L'introduzione del reato di tortura*. L'introduzione del reato di tortura (art. 613-bis c.p.) nell'ordinamento italiano è stata accolta con grande entusiasmo anche se la farsispecie ha – fin dal suo concepimento – rilevato molteplici criticità.
Un passo necessario, a trent'anni dalla ratifica della Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, dopo la ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale, che amoverà la tortura tra i reati contro l'umanità e dopo due sentenze della Corte EDU nei casi *Cestaro v. Italia*¹ e *Bartesaghi, Gallo et al. v. Italia*².

La riforma non ha mancato di sollevare un dibattito ancora più incisivo di quello che ha cominciato la lunga fase dei lavori preparatori³.
A partire dal tema degli obblighi di tutela penale. Qui la chiave di volta sarebbe data dall'art. 117 Cost. laddove si richiamano i valori derivanti dall'ordinamento UE e dagli obblighi internazionali⁴, cui si aggiungerebbero i criteri fondamentali espressi negli artt. 13, 25 e 27 Cost.⁵

Si è rilevato che «la penalizzazione degli atti di tortura in nome della salvaguardia della dignità umana, come le Corti dei diritti dell'uomo a giusto titolo

Elio Romano Belfiore

L'introduzione del delitto di tortura

Il contributo propone alcune considerazioni in ordine all'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano.
The contribution proposes some considerations regarding the introduction of the crime of torture in Italian law.

186. *Explanatory Memorandum*, cit. 10.
187. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Mönella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490; conforme Cass. 17 giugno 1994, Malissi, n. 2761, in Mass. Uff. n. 198159, in Cass. pen., 1995, 907, con nota favorevole di CRASE; Cass., Sez. II, 14 giugno (19 agosto) 2011, n. 32563, De Castro. Si veda nota 154.

1. Corte EDU, sez. IV, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro v. Italia* (cfr. Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. contemp.*, 9 aprile 2015).
2. Corte EDU, sent. 22 giugno 2017, *Bartesaghi, Gallo et al. v. Italia*.
3. Lanza, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Dir. pen. contemp.*, 28 febbraio 2016.
4. Cfr. Scaroni, *Il delitto di tortura*, Bari, 2018, 217 ss., che in un bel volume ricostruisce il quadro delle fonti di diritto sovranzionale.
5. Panessa, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, 36.

pretendono da lungo tempo, equivale ugualmente a vietare qualunque atto di tortura sull'imputato o il condannato»⁶.

Certo è che la giurisprudenza della Corte europea, sulla base dell'esplicito divieto contenuto nell'art. 3 C.E.D.U., ha offerto i maggiori spunti di riflessioni per la costruzione di una figura di tutela contro i fatti di tortura, tentando di definire i confini e di delineare la distinzione tra tortura, trattamenti degradanti e trattamenti inumani. Impegno che la Corte persegue, nonostante abbia ben chiaro, sin dalla pronuncia *Selmiouni c. Francia* del 28 luglio 1999, che non esiste una unica nozione che possa abbracciare le molteplici sfaccettature di un fatto così poliedrico, e che ogni singolo caso deve essere valutato a sé.

Da qui la rilevanza della individuazione del bene giuridico da considerare oggetto di tutela, al fine di poter meglio delincare il confine tra lecito ed illecito.

È di tutta evidenza come la dilatazione della nozione di tortura sia direttamente proporzionale alla maggior estensione di quelli che la Corte EDU definisce «valori fondamentali delle società democratiche».

Si è rimproverato al legislatore di avere concentrato l'attenzione sulla persona offesa dimenticando le basilari regole in materia di costruzione di una fattispecie compatibile con il principio di legalità, garantito dalla Costituzione.

A differenza della scelta di altri ordinamenti, che si caratterizzano per una decisa opzione per il delitto di tortura come «reato di potere» da perpetrarsi nei confronti di soggetti in stato di limitata libertà personale⁷, il sistema italiano ha costruito la fattispecie principale come reato comune, con riguardo al quale la posizione qualificata dell'autore in casi tendenzialmente riconducibili all'ill-treatment rileva solo ai fini della contestazione di una circostanza aggravante, in base all'orientamento prevalente, ovvero ai fini della configurabilità di un autonomo reato, secondo altro indirizzo.

La condizione della vittima è quella di persona privata della libertà personale o comunque in stato di debolezza o soggezione rispetto a chi su di essa può esercitare custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura ed assistenza, ovvero si trovi (comunque) in condizione di minorata difesa.

È questo un punto di vista non estraneo alla giurisprudenza della Corte EDU, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 C.E.D.U. in un caso di maltrattamenti inflitti da un marito alla moglie⁸.

Il dettato dell'articolo 613-bis c.p. «va oltre il limite minimo stabilito dall'articolo 13 della Costituzione, il quale fa riferimento alla restrizione della libertà (comunque) in condizione di minorata difesa».

⁶ MANACORDA, «Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto», in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, 1364 ss.

⁷ SCARONI A., *Il delitto di tortura*, cit., 169 ss.

⁸ Balsam c. Romania, 23 maggio 2017.

personale dovuta ad atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

Nel caso della minorata difesa, il legislatore dimostra di voler tenere in considerazione tutte le situazioni che evidenziano la fragilità della persona offesa, sul modello della circostanza aggravante comune di cui art. 61, n. 5, c.p., attraverso una descrizione dettagliata dei fatti rilevanti, e cioè delle situazioni in cui la persona può trovarsi in stato di inferiorità.

Il ricorso ad una espressione, al contempo «di chiusura» e fortemente carente sotto il profilo della determinatezza – «se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona» – mette a repentaglio la tenuta della fattispecie, rappresentando un elemento costitutivo con funzione restrittiva dell'ambito di applicazione della norma.

2. Il contenuto della nuova disposizione. La disposizione è costruita secondo due elementi: da un lato, quello della pluralità delle condotte; dall'altro, quello del fatto che i comportamenti realizzati determinino un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. In quest'ultimo caso, sembrerebbe che per integrare la fattispecie sia sufficiente una sola condotta.

La norma richiede l'uso di violenza, gravi minacce oppure crudeltà: concetti tutti, questi, che possono risultare affetti da palese carenza di tassatività, se non ancorati ad indici di gravità legislativamente predeterminati (come nel caso della tipologia delle conseguenze previste: «acute sofferenze») e ad un bene giuridico ben individuabile.

La struttura della fattispecie è riconducibile al reato di evento, rappresentato da «acute sofferenze fisiche» o da un «verificabile trauma psichico». Soprattutto sotto quest'ultimo aspetto il tema della causalità psichica trova ampio spazio e rileva particolarmente con riguardo all'elemento costitutivo del trattamento inumano e degradante per la dignità della persona, posto che la quantificazione del degrado inferito alla dignità personale può essere affidata soltanto a criteri soggettivi.

La giurisprudenza internazionale, come ben evidenziato⁹, ha circoscritto il significato della afflizione psichica sulla base delle emozioni prevalenti di paura, angoscia, senso di inferiorità, umiliazione.

Come può evincersi anche dalla collocazione sistematica dell'art. 613-bis a riguardo dell'inserimento del delitto di atti persecutori, nella sezione terza dedicata ai delitti contro la libertà morale, sembra che l'intento del legislatore sia quello di concentrare l'attenzione sul rapporto tra persone, non necessariamente connesso all'uso della forza pubblica.

⁹ NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 75 s.

Senonché, anche dal punto di vista lessicale, oltre che in una prospettiva storica e comparatistica, il termine “tortura” è sinonimo della manifestazione del potere statale prevaricatore nei confronti del soggetto, non solo cittadino, inerme. Secondo il dizionario Treccani, il termine deriva dal tardo latino «torcimento», derirato di *torquere* («torcere») (poi utilizzato anche con riferimento alle modalità di esecuzione della “pressione”), participio passato *tortus*, da cui anche l’origine della compressione di un diritto o di un interesse che può dare luogo a conseguenze civilistiche o punitive.

Se in senso figurato il termine *tortura* è impiegato nel linguaggio comune per indicare qualsiasi forma di coercizione, anche solo morale, ovvero quale grave e prolungato patimento fisico o morale (tormento), o, per iperbole, molestia assai grave, in contesti in cui almeno dal punto di vista astratto sono acquisiti i principi dello Stato di diritto, nonostante la diffusione dei report di *Amnesty International* che denunciano come la tortura continui ad essere praticata in tutto il pianeta, la locuzione ha acquistato un significato più esteso e meno pregnante.

Il requisito psicologico non è caratterizzato in alcun modo, sicché esso pare compatibile non solo con ipotesi di sadismo, ma soprattutto con il dolo eventuale, con la conseguenza di estendere l’applicazione della fattispecie alla infilazione di trattamenti inumani e degradanti che violano l’art. 27, comma 3, Cost. ma che si allontanano dalla tipicità della tortura.

Né vengono inseriti elementi di qualificazione dei motivi ad agire o di finalità consistenti in una specifica intenzione di estorcere confessioni o dichiarazioni politiche, religiose o altro, ovvero intimidatorici riconducibili al dolo specifico. Nella prima prospettiva, la crudeltà è uno degli elementi che tipizza la condotta; nell’altra, lo scopo dell’agente non rileva.

La cornice editoriale, che pure si attesta sui margini alti del ventaglio sanzionatorio, esplicitando il disvalore riconosciuto ai fatti puniti, non è sufficiente a garantire l’operatività di una fattispecie che mostra criticità strutturali così significative.

Se il fatto è realizzato da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, il trattamento sanzionatorio è più grave. Quest’ultima ipotesi non si applica al caso in cui le sofferenze risultino unicamente dall’esecuzione di legittime misure private e limitative dei diritti: come dire che lo Stato è legittimato ad intervenire, con misure private e limitative di diritti, che integrano fatti di tortura, i quali tuttavia sono ritenuti non costituire reato.

Se la particolare qualifica dell’agente dia luogo ad una fattispecie autonoma, ovvero ad una aggravante ad effetto speciale non sottratta al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., rappresenta tuttavia solo una variante rispetto alla figura generale fondata sul prevalente interesse (“tutela della persona in stato di debolizzo”) sotteso alla introduzione della fattispecie.

La scelta incriminatrice corrisponde all’esigenza che non sia possibile all’autorità pubblica calpestrare i diritti delle persone sottoposte al proprio controllo, godendo di una quasi impunità¹⁰.

Proprio la mancanza di una norma *ad hoc* idonea a punire i comportamenti commessi da agenti appartenenti alla pubblica autorità in violazione dell’art. 3 C.E.D.U. è ritenuta dalla Corte la ragione della inadeguatezza della risposta giudiziaria invocata.

Ove la tortura causi lesioni personali o la morte si applica lo schema del reato aggravato dall’evento con la peculiarità che in tale ultima ipotesi, se la morte è cagionata volontariamente la pena è dell’ergastolo. In questo caso sembra evidente che il legislatore ha in mente lo schema dell’omicidio per il quale applica la pena massima in considerazione delle caratteristiche della condotta che ha cagionato la morte.

Il bene protetto in via primaria è la persona, *sub specie dignitatis* intesa come peculiarità dell’essere umano, intrinsecamente connessa al valore della libertà¹¹.

Si è discusso in sede di lavori preparatori l’inserrimento della fattispecie tra i delitti contro l’integrità fisica piuttosto che tra i delitti contro la libertà morale.

L’attuale collocazione tra i delitti contro l’integrità fisica non rende conto in modo sufficiente del fatto che la tortura, al di là della riduzione della integrità stessa, è espressione di una violenza esercitata sulla persona, in quanto portatrice di umanità.

In questo senso, alcuni Autori sostengono che il bene violato sia costituito dalla integrità morale.

La persona è quindi tutelata non solo in quanto titolare del diritto/bene vita, incolumità, e quindi a titolo individuale, ma anche quale portatrice della *dignitas*, che si manifesta nel *surplus* di interessi coinvolti dalla componente discriminatoria, e porta a punire fatti “qualificati”: oltre alla tortura, negazionismo, caporale, schiavitù, violenza sulle donne e di genere.

3. *Spunti di riflessione.* Ripudiata dal punto di vista ideologico ed estromessa dal novero degli strumenti di acquisizione della prova dai tempi fecondi della letteratura illuminista, la tortura non ha mai conosciuto eclisse¹².

E non solo per la sua innegabile ed insostituibile “efficacia”, a prescindere dalla legittimità, declamata o occultata, dei suoi fini (si pensi al caso del *clicking time bomb*), e quindi in prospettiva di *Rechitschutz*.

10. Azzolina c. Italia, 26 ottobre 2017, par. 147.

11. Corte EDU, Nasr e Ghali c. Italia, 26 febbraio 2016, par. 308, che si pone sulla falsariga tracciata dal preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 1946.

12. Di Cesare, *Tortura*, Torino, 2016, 17.

Da questo punto di vista invocare la "ragion di Stato" può essere fuorviante: come evidenziato da Domenico Pulfiani, la «grande illusione che i diritti umani siano al di sopra della politica, quando sono invece una forma di politica» deve comunque fare i conti con il principio, più volte ribadito dalla Corte EDU, per cui anche nelle circostanze più difficili, come la necessità di contrastare il terrorismo e la criminalità organizzata, la Convenzione stabilisce in termini assoluti il divieto di tortura e di trattamenti o sanzioni inumane o degradanti.

Tuttavia la questione dell'ammissibilità della tortura in casi espressamente e legalmente previsti non è superata, invocandosi più o meno esplicitamente da più parti la compatibilità di un giudizio di bilanciamento che attinge alla sfera delle cause di giustificazione¹³.

Nella prospettiva della tutela del cittadino inerme davanti al potere pubblico, l'illeghiatore moderno si mostra alla continua ricerca di un equilibrio tra esigenze investigative e primato della tutela della persona umana: tra ricorso alle cause di giustificazione (legittima difesa e stato di necessità), garantite all'individuo, ma non all'autorità statale, e protezione della dignità umana.

Particolarmenete significativa si rivelà la contraddizione tra l'incentivazione di figure di agente provocatore che consentono il superamento dei limiti delle fattispecie incriminatrici, da un lato, e l'incremento delle figure di collaborazione che conducono a sconti di pena o a trattamenti sanzionatori comunque più favorevoli, dall'altro.

Questa prospettiva è rispecchiata dalla Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

Essa se, da un lato, assicura «che agli indagati e imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio in merito al reato che viene loro contestato» e che «gli indagati e imputati godano del diritto di non autoincriminarsi», senza che ciò sia «considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro», tuttavia dall'altro consente agli Stati membri di permettere «alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati» (art. 7).

È come se mancasse una ferma opposizione alla sacralità del principio *nemo tenetur se detegere*. Attraverso il meccanismo della lusinga e della minaccia, il potere statale cerca di ottenere la collaborazione del soggetto che è coinvolto nella commissione di un reato, sostanzialmente chiedendogli di rinunciare al diritto a preservare la propria libertà.

13. In tema si rinvia a DONNU, *Critica dell'antigiuridicità e collaudato processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato, in Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche*, a cura di De Francesco, Gargani, Milano, 2017, 59 ss.

14. NISCO, *Dignità umana e diritto di tortura*, Relazione al convegno "L'orizzonte di tutela dei diritti fondamentali (a settant'anni dalla Costituzione). La tutela della persona: profili penalistici", Università di Bologna - Campus di Ravenna, 15 maggio 2018.

Ma, come ricordato¹⁴, è in dubbio non solo la necessità di un bilanciamento tra dignità del presunto colpevole e dignità politica: la tortura comporta sempre il sacrificio di principi fondamentali e pone in discussione il fondamento identitario dello Stato di diritto.