

Introduzione

Il presente lavoro, ispirato dai sempre più frequenti casi di cronaca che colpiscono il nostro Paese e non solo, si propone di analizzare i profili problematici del reato di tortura, alla luce delle norme di diritto internazionale ed europeo a cui a lungo l'Italia ha evitato di conformarsi. Una legge sulla persecuzione del reato di tortura è stata approvata per la prima volta nel nostro Paese con la legge n. 110/2017, con la conseguente riforma del codice penale e la previsione di due nuovi articoli: il 613 *bis* e il 613 *ter*, rispettivamente rubricati “Tortura” e “Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura”. Fin dal giorno della sua approvazione, tale legge si è trovata al centro di numerosi dibattiti che vertono sulla legittimità dell'art. 613 *bis* sotto diversi profili. Obiettivo del presente elaborato è quello di mettere in luce tali criticità; per fare ciò la trattazione si spiega attraverso quattro differenti capitoli.

Più specificatamente, all'interno del primo capitolo, intitolato “*I principi del diritto penale*”, vengono evidenziati i principi portanti del diritto penale che interessano il reato di tortura e che dovrebbero essere alla base della disciplina dello stesso. Particolare attenzione è stata riservata al principio di legalità che, nel caso della disciplina del reato di tortura, rischia di essere violato da interventi chiarificatori della giurisprudenza.

Nel secondo capitolo, denominato “*La tortura nell'ambito del diritto internazionale e comunitario*”, vengono analizzate le numerose Convenzioni e Dichiarazioni adottate a livello internazionale in materia di tortura e le diverse definizioni che sono state date della stessa nel

corso degli anni, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. L'analisi si è concentrata sull'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984 (CAT) che contiene la definizione della fattispecie del reato di tortura a cui l'Italia dovrebbe conformarsi, almeno per quanto riguarda il contenuto minimo del divieto. Di fondamentale importanza, inoltre, è stato il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU tramite la quale si è tentato di individuare non solo gli elementi costitutivi del crimine, ma anche i passaggi della continua evoluzione della fattispecie. Si sono, poi, evidenziate le numerose sanzioni che il nostro Paese ha ricevuto da parte della Corte di Strasburgo, sia per la mancanza all'interno dell'ordinamento nazionale di uno specifico reato di tortura sia per la mancanza di particolari standard di trattamento all'interno delle strutture di detenzione che possano permettere di escludere la perpetrazione di torture. In particolare, le sentenze dei giudici di Strasburgo che hanno portato all'attenzione del legislatore nazionale i problemi attinenti alla tortura, sono state quelle riguardanti la gestione dell'ordine pubblico nella città di Genova nel 2001, in occasione dello svolgimento del G8.

Il lungo *iter* legislativo che ha portato all'approvazione della legge n. 110/2017 e all'introduzione di un autonomo reato di tortura, è esposto nel terzo capitolo intitolato "*Art. 613 bis c.p.: analisi della fattispecie*". All'interno dello stesso sono stati esaminati, dopo aver evidenziato i motivi che hanno portato per lunghi anni l'Italia a non conformarsi agli obblighi internazionali, i disegni di legge proposti a partire dal 1989 volti all'introduzione del reato di tortura e le diverse posizioni della dottrina e dei legislatori nazionali per quanto riguardava la

formulazione della fattispecie. Obiettivo di tale capitolo, inoltre, è mettere in luce le numerose problematiche connesse all'art. 613 *bis* così come introdotto nel 2017. L'analisi si è concentrata, in particolar modo, sulle questioni relative alla forma di dolo che dovrebbe caratterizzare la fattispecie di tortura e, soprattutto, sul soggetto attivo dell'illecito e sulla conformità o meno della previsione del reato di tortura come comune.

Nell'intento di capire come potrebbe essere riformata la disciplina del reato di tortura nel nostro Paese, all'interno del quarto capitolo denominato "*La disciplina del reato di tortura negli altri ordinamenti europei*" si è realizzato un rapido raffronto tra le previsioni in tema di tortura in Italia e le norme in vigore sul tema in Spagna, Francia, Belgio e Germania. L'analisi si è soffermata, in particolar modo, sui punti critici della disciplina del reato di tortura anche in tali ordinamenti, evidenziando come si tratti di un tema delicato non soltanto nel nostro Paese.

CAPITOLO I

I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. La funzione della pena. - 1.1. La teoria retributiva. - 1.2. La teoria della prevenzione generale. - 1.3. La teoria della prevenzione speciale. - 1.4. L'art. 27 Cost. e la reintegrazione sociale come funzione della pena. - 2. Il principio di legalità. - 2.1. La riserva di legge. - 2.2. Il principio di tassatività e determinatezza. - 2.3. Il divieto di analogia. - 3. Il principio di materialità. - 4. Il principio di offensività - 5. Il principio di personalità. - 6. Il principio di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale.

1. La funzione della pena

Una delle caratteristiche del diritto penale che lo differenziano da altri rami dell'ordinamento, è la previsione della pena criminale¹. La pena criminale viene definita come la modalità di intervento dello Stato nell'ambito delle relazioni sociali per prevenire, tramite una limitazione della libertà personale, fatti ritenuti dannosi.

Da sempre la funzione della pena è stata oggetto di diversi dibattiti e riflessioni dottrinali. Ciò ha portato all'elaborazione, nel corso degli anni, di diverse proposte e teorie in merito alla stessa e soprattutto in merito agli scopi e ai presupposti che possono giustificare la privazione della libertà personale di un soggetto da parte dello Stato.

¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, p. 19.

1.1 La teoria retributiva

Tale teoria fu originariamente proposta da Kant, che definiva la legge penale come un imperativo categorico al quale non ci si poteva sottrarre, egli non riteneva inoltre possibile che la sanzione penale potesse perseguire alcuno scopo che andasse a vantaggio della collettività o del criminale² (al contrario di quanto previsto attualmente dal nostro sistema costituzionale). Proprio perché svincolata da un qualsiasi fine da raggiungere, tale teoria è definita assoluta. La pena, stando a tale visione, è il corrispettivo del reato e viene inflitta andando a misurare l'entità della colpevolezza del reo; si legittima come un male inflitto dallo Stato per "retribuire" il male che un uomo ha inflitto ad un altro uomo o alla società. I sostenitori dell'essenza unicamente retributiva della pena difendono l'assunto per cui al bene segue il bene e al comportamento antisociale la reazione sociale negativa. Si può dire che la massima espressione di tale teoria si rinviene nella legge del taglione.

1.2 La teoria della prevenzione generale

La teoria della prevenzione generale riconosce alla pena una funzione utile alla società. Essa fu elaborata da Feuerbach, il quale collegava lo scopo della pena allo scopo dello Stato, ovvero la difesa della libertà individuale.

La teoria della prevenzione generale fa riferimento, nella sua originaria formulazione, al solo lato "negativo", dell'impiego della pena criminale come ostacolo di ordine psicologico, e con efficacia, quindi, intimidatoria indirizzata all'intera comunità.

² S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 42.

Chi continua ad accogliere tale tesi ritiene, quindi, che la pena debba essere utilizzata al fine di scoraggiare i consociati dal violare la legge penale, introducendo così un vero e proprio ostacolo di ordine psicologico, ovvero facendo leva sugli effetti di intimidazione correlati al contenuto afflittivo della sanzione. Feuerbach riteneva che ogni delitto nasce per procurare un piacere a chi lo commette, quindi per evitare che vengano commesse azioni criminose è necessario che al piacere connesso al reato si contrapponga la rappresentazione di un dolore delineato dalla legge³, in forma determinata, come conseguenza della condotta lesiva e soprattutto di intensità maggiore rispetto al piacere che può derivare dal delitto. Fondamentale, ai fini della validità di tale teoria, è che quindi la pena venga non solo minacciata ma anche realmente inflitta, non lasciando alcuna discrezionalità al giudice nell'applicazione della legge penale. La speranza però è che a lungo andare l'effetto della prevenzione generale possa essere perseguito anche attraverso l'azione pedagogica della norma penale⁴: si punta, cioè, a fare in modo che l'orientamento culturale derivato da una spontanea adesione ai valori espressi dalla norma penale si sostituisca all'obbedienza dettata dal timore della pena. Si parla, in questo caso, di prevenzione generale positiva, la quale attribuisce alla pena la finalità di incriminare quelle condotte contraddistinte da una evidente disapprovazione sociale, affinché si crei, intorno all'ordinamento giuridico, il generale consenso dei consociati.

³ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 51.

⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di diritto penale: Parte generale*, Milano 2008 VII ed., p. 4 ss.

1.3 La teoria della prevenzione speciale

Per la teoria della prevenzione speciale la funzione della pena è quella di eliminare o ridurre il rischio che il soggetto, cui viene applicata la pena, ricada in futuro nel reato. Tale funzione può essere perseguita in tre modi differenti: tramite la risocializzazione, cioè agevolando l'inserimento o il re-inserimento del condannato all'interno della società nel rispetto delle leggi; tramite l'intimidazione, nei confronti di quei soggetti per i quali la pena non si pensa possa portare ad una risocializzazione; tramite la neutralizzazione, utilizzata nei confronti di chi non appare suscettibile né di risocializzazione né di intimidazione, in questo caso lo scopo della pena è quello di rendere inoffensivo il soggetto o comunque di renderlo meno incline alla commissione di nuovi reati.

Ad elaborare tale tesi fu Grolman, che riteneva il delinquente un soggetto che, a fronte della commissione di un reato, si dimostra non ragionevole poiché soddisfa le sue personali esigenze senza tener conto del diritto altrui; questo comporta il rischio che lo stesso soggetto in futuro commetta altre azioni criminose. È proprio questo a legittimare l'intervento dello Stato, volto ad influire sul criminale ed evitare che ceda alla tentazione di commettere altri delitti. Grolman sosteneva inoltre che la pena dovesse essere inflitta solo nel momento in cui non fosse stato possibile reagire al reato tramite uno strumento che incidesse in maniera minore sulla libertà personale, anticipando in qualche modo l'attuale principio di sussidiarietà del diritto penale⁵. Riteneva poi che lo scopo preventivo si dovesse perseguire sempre nel rispetto della dignità dell'uomo e che quindi non si dovesse fare uso di pratiche

⁵ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 55.

crudeli oltre che inutili e che dovesse essere osservata la regola della proporzione tra l'intensità della minaccia e la misura della pena.

1.4 L'art. 27 Cost. e la reintegrazione sociale come funzione della pena

La Costituzione stabilisce all'art. 27 i principi fondamentali in tema di pena e responsabilità. Dopo aver enunciato, rispettivamente al primo e secondo comma, il principio di responsabilità penale personale e la presunzione di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva, al terzo comma viene sancito che: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", sottolineando così che la funzione della pena deve essere quella di fare in modo che il condannato possa essere reintegrato all'interno della società e allineandosi ad una visione della pena in chiave di prevenzione speciale. Si esclude, inoltre, ogni forma di esecuzione coercitiva della pena in virtù del rispetto dei diritti umani.

Per reintegrazione si intende un recupero sociale del condannato, o meglio una sua ri-socializzazione⁶ da attuare tramite diversi strumenti applicativi, che possano perseguire al meglio tale obiettivo e che possano fare in modo che il soggetto si riappropri dei valori elementari della convivenza. Vi è da dire, però, che resta comunque al reo scegliere se usufruire o meno dell'opportunità datagli dallo Stato di essere reintegrato all'interno della società; ciò sta a significare che la funzione della pena non può essere solo quella di ri-socializzare il soggetto ma deve essere anche quella di fare in modo che non si abbia una de-

⁶ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 103.

socializzazione dello stesso⁷ (obiettivo ancor più importante laddove si consideri che il reato spesso è il frutto di un'emarginazione sociale del condannato). Per quanto attiene all'intimidazione, la stessa continua a sussistere ogni volta in cui una norma prevede, a fronte della sua infrazione, una sanzione penale; l'effetto di prevenzione generale, perseguito attraverso la minaccia della pena, non potrà però essere indiscriminato, come sottolineato dalla Corte Costituzionale che sul punto sostiene: "Il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena"⁸. In definitiva, con riguardo alle funzioni della pena accolte nel nostro ordinamento, la stessa Corte afferma: "tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata."

⁷ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 105.

⁸ Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 603.

2. Il principio di legalità

In uno Stato di diritto come il nostro, è di fondamentale importanza il rispetto del principio di legalità, che vincola l'esercizio di ogni potere da parte dello Stato alle leggi. Tale principio caratterizza diversi rami del diritto, ma la sua importanza risalta maggiormente nell'ambito del diritto penale, in quanto fa in modo che sia la produzione delle norme penali che la loro applicazione (e quindi la limitazione della libertà personale del soggetto tramite l'inflizione di pene) sia assoggettata ad un particolare rigore dovuto alla funzione di garanzia che viene riconosciuta alla legge. Vi sono sicuramente delle ragioni politiche alla base di tale principio in quanto, grazie allo stesso, i cittadini possono sentirsi maggiormente tutelati nei confronti degli arbitrii dello Stato e, in particolar modo, del giudice⁹ in sede di interpretazione ed applicazione delle norme¹⁰. Il principio di legalità può essere analizzato sia da un punto di vista formale che sostanziale.

Da un punto di vista formale, i soli reati previsti come tali dalla legge possono essere perseguiti e sanzionati. Tale principio è sancito all'art. 1 del codice penale e completato dal successivo art. 2, che sottolinea inoltre come si possa essere puniti solamente in virtù di una legge

⁹ “Tali arbitrii si avrebbero, in particolar modo se il giudice potesse creare nuove figure di reato o nuove sanzioni penali, se un analogo potere creativo derivasse al giudice da leggi penali vaghe ed imprecise, se le leggi, pur chiare e precise, si riferissero a fatti non suscettibili di essere provati nel processo, se il giudice potesse colmare reati o supporre lacune repressive punendo casi analoghi a quelli espressamente previsti dalla legge.”

G. MARINUCCI, E. DOLCINI *Corso di diritto penale*, Milano 2001 III ed., p. 9.

¹⁰ Strettamente connessa a tale principio è anche la funzione della pena in chiave general-preventiva. Come teorizzato da Feuerbach, il quale canonizza il principio di legalità nella formula “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, tramite la legge e la minaccia dell'inflizione di una pena si possono distogliere i consociati dalla commissione di reati e ottenere una convivenza pacifica degli stessi.

precedente alla commissione del fatto. Tale articolo era presente anche all'interno del Codice Rocco ma nell'ambito dello stesso il significato del principio di legalità era differente; questo mirava, infatti, a riconoscere e legittimare il potere e l'arbitrio del potere statale oltre che l'autoritatività dello stesso, e non ad avere una funzione di garanzia e di protezione dei cittadini nei confronti dello Stato. Mediante l'introduzione dell'Art. 25 della Costituzione, il principio in esame assume rango di precetto costituzionale e dovrebbe, ancor di più, garantire una tutela ai consociati.

Guardando il principio di legalità dal punto di vista sostanziale¹¹ vengono invece qualificati come "reati" tutti quei fatti ritenuti pericolosi dalla società, anche se non hanno un corrispettivo referente normativo. Conseguenza di ciò è che potrebbero essere punite le azioni socialmente pericolose anche se non espressamente incriminate dalla legge e, viceversa, potrebbero non essere punite le azioni espressamente incriminate dalla legge se socialmente non pericolose. Si accoglierebbe, quindi, una nozione sostanziale di reato che, sebbene possa assicurare una maggiore difesa sociale, allo stesso tempo farebbe venire meno la certezza del diritto e tutte le garanzie ad essa connesse. Uno Stato di diritto non potrebbe quindi mai rinunciare ad una visione del principio di legalità in chiave formale. Il limite, però, del principio di legalità formalmente inteso è che questo potrebbe avvantaggiare coloro i quali agiscono ai margini della legge, sfruttando eventuali imperfezioni delle norme (imperfezioni sempre più frequenti nel nostro Paese) e soprattutto potrebbe arrivare a fare da scudo alla delinquenza di Stato che sarebbe considerata formalmente legittima¹², andando a far venir

¹¹ F. MANTOVANI, *Il diritto penale: Parte generale*, Padova 2018 VII ed., p. 6.

¹² F. MANTOVANI, *Il diritto penale: Parte generale*, cit., p. 9.

meno la *ratio* stessa di tale principio e la funzione di garanzia che dovrebbe esplicare.

Dalla disposizione concernente il principio di legalità in materia penale, ossia l'art. 25, comma secondo, la giurisprudenza costituzionale ha tratto diversi corollari che si sono arricchiti nel corso del tempo: la riserva di legge, il principio di tassatività, il divieto di analogia, il principio di irretroattività. Si ritiene che i corollari del principio di legalità siano autonomi gli uni dagli altri, anche se tra gli stessi vi è stretta interdipendenza perché concorrono a realizzare pienamente il principio.

2.1 La riserva di legge

Il principio della riserva di legge è forse quello che maggiormente si riconnette al principio di legalità. Si ritiene, infatti, che esclusivamente un atto formale, quale è la legge, possa prevedere reati e corrispondenti pene; riferimenti normativi di tale principio sono l'art 25 Cost. e gli artt. 1 e 199 del codice penale. Le istanze garantite dalla riserva di legge, concernono, appunto, non solo la fissazione del precetto, ma anche l'individuazione della pena, la cui predeterminazione legale costituisce un requisito essenziale "affinché la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovi nella legge il suo limite e la sua regola e non si traduca, invece, in arbitrio"¹³. Spesso si tende a riconnettere tale principio all'esigenza di certezza del diritto ma in realtà la *ratio* sottesa allo stesso è quella di garantire che ciò che astrattamente potrebbe andare a limitare la libertà personale dei consociati, sia il risultato della volontà dei cittadini che si esplica

¹³ Corte Cost., 15 giugno 1992, n. 299.