

L'art. 613 bis c.p. e gli obblighi positivi di tutela penale nella CEDU. Sulla identità autonoma o circostanziale della tortura c.d. pubblica. *

di **Gianmarco Bondi**

Sommario. **1.** Premesse – **2.** Gli obblighi positivi di tutela penale di provenienza euroconvenzionale: un consuntivo critico – **3.** Le sentenze CEDU sui fatti del G8 di Genova come scaturigine della novella legislativa – **4.** Le prime pronunce di legittimità sulla questione della classificazione dell'art. 613 bis co. 2 c.p. – **5.** (Segue) La identità circostanziale della tortura c.d. pubblica – **6.** La 'tenuta' del nuovo delitto di tortura rispetto agli obblighi positivi di tutela penale – **7.** (Segue) Alcune proposte di riforma – **8.** Conclusioni.

1. Premesse

Sono trascorsi ormai sette anni da quando, a mezzo della legge 14 luglio 2017, n. 110, il delitto di tortura è stato inserito nel nostro ordinamento, all'apposito art. 613 bis c.p. In quella occasione, il Parlamento aveva finalmente provveduto ad attuare risalenti obblighi di incriminazione che derivavano da tre diverse sorgenti principali. In primo luogo, l'art. 13 Cost., il quale, laddove sancisce il divieto di violenze fisiche e morali sugli individui privati della libertà personale, rappresenta notoriamente l'unico esplicito dovere di punizione in Costituzione¹. In secondo luogo, la Convenzione contro la tortura dell'ONU del 1984, a ciò eminentemente dedicata², ratificata dall'Italia con legge 3 novembre 1988, n. 498. In terzo luogo, l'art. 3 CEDU, il quale, vietando tortura e trattamenti inumani o degradanti, impone precipui obblighi positivi di tutela penale³. Proprio l'attivismo dei giudici di Strasburgo, che hanno condannato il nostro Paese in alcuni celebri *leading cases*, era stato salutato come la causa scatenante nel processo

* Parte delle argomentazioni svolte nel presente scritto trovano spazio altresì nella tesi di dottorato dell'Autore dal titolo "Gli obblighi di tutela penale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Prospettive evolutive nel contesto delle attività a rischio base lecito".

¹ Nell'ambito di una vastissima bibliografia v. A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2014, p. 132.

² In argomento, tra gli altri, v. J.H. BURGESS – H. DANIELIUS, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, 1988, p. 13 e ss.

³ *Inter alia* v. R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Leg. pen.*, n. 1/2006, pp. 172-187.

maieutico della fattispecie in esame o quantomeno come quella acceleratrice nella fase di approvazione della legge n. 110/2017⁴.

In considerazione della rilevanza preponderante di quest'ultimo fattore nella genesi dell'art. 613 *bis* c.p., in apertura, si ripercorrerà il significato della pretesa di punizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo. Successivamente, allo scopo di verificare l'adeguatezza delle scelte operate dal Parlamento per soddisfare le *positive obligations*, verrà analizzata la fattispecie codicistica, anche alla luce dei pronunciamenti della Corte di cassazione. Particolare attenzione verrà dedicata alla controversa qualificazione giuridica del primo capoverso dell'art. 613 *bis* c.p., volto a incriminare la tortura c.d. pubblica. Da ultimo, si cercherà di comprendere se tale fattispecie rappresenta una risposta adeguata alle richieste sanzionatorie derivanti dalla CEDU e si tratteranno delle proposte di riforma.

2. Gli obblighi positivi di tutela penale di provenienza euroconvenzionale: un consuntivo critico

Tra le pronunce della Corte EDU più significative ai fini del presente lavoro figurano senz'altro quelle relative ai noti avvenimenti del G8 di Genova del 2001 e specialmente Cestaro c. Italia⁵ e Bartesaghi Gallo e altri c. Italia⁶, emesse prima dell'adozione in via definitiva dell'art. 613 *bis* c.p.

⁴ Lo prova A. COLELLA, *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2/2019, pp. 812-813.

⁵ Annotata da F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015, p. 1; G. BORGNA, *L'insostenibile leggerezza del non essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia*, in *sidi-isil.org*, 11 aprile 2015, p. 1; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015, pp. 1-8; F. ZACCHÈ, *Caso "Cestaro c. Italia": dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il delitto di tortura*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, pp. 462-466; V. VERDOLINI, *I lupi artificiali e le panne del diritto*, in *Soc. dir.*, n. 2/2015, pp. 195-199; A. VALENTINO, *Le violenze del G8 di Genova sono tortura ai sensi della Cedu: ragioni della pronuncia e ripercussioni sull'ordinamento (Nota a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Cestaro c. Italia del 7/04/2015)*, in *Oss. cost.*, n. 2/2015, pp. 1-14; I. SALVI, *Da Genova a Strasburgo: la sentenza della Corte EDU Cestaro contro Italia ci condanna per i "fatti della Diaz" del 2001*, in *Crit. dir.*, nn. 1-3/2015, pp. 180-198; C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, in *Giur. it.*, n. 7/2015, pp. 1709-1715; A. MARCHESI, *I "fatti della Diaz" secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Oss. cost.*, n. 2/2015, pp. 1-9; e C. CRAVETTO, *Caso Diaz: la Corte europea condanna l'Italia per violazione degli obblighi ex articolo 3 Cedu in materia di tortura. Una sentenza annunciata*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2015, pp. 740-750.

⁶ Commentata da F. BUFFA, *La Cedu e la Diaz 2.0*, in *Quest. giustizia*, 28 giugno 2017, p. 1 e F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2017, pp. 322-326.

Tali celebri arresti si iscrivono pienamente nel filone degli obblighi positivi di tutela penale di provenienza CEDU⁷. Come è assai noto, in ossequio al principio di effettività⁸, dal generico «Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo» sancito all'art. 1 CEDU⁹ i giudici di Strasburgo hanno ricavato un profilo passivo e uno attivo¹⁰. Il primo consistente nell'astensione dal porre in essere condotte o dall'adottare norme giuridiche che pregiudichino i diritti fondamentali. Il secondo proiettato alla prevenzione della violazione dei *fundamental rights* e, qualora la stessa abbia fallito, anche di repressione – ove necessario mediante misure di natura penale – del *breach* della CEDU¹¹ commesso da chiunque, non solo agenti pubblici, ma anche soggetti privati (c.d. effetto orizzontale indiretto¹²).

Quanto poi alla protezione dei diritti fondamentali anche attraverso il diritto penale, è appena il caso di rammentare che tale dovere consta rispettivamente del c.d. *volet matériel* e del c.d. *volet procédural*, a propria volta articolato nei cc.dd. *duty to prosecute* e *duty to punish*. Per il verso sostanziale, esso si traduce nell'adozione di norme incriminatrici delle condotte inosservanti. Per quello processuale, esso si esplica nella predisposizione di un procedimento adeguato all'accertamento della violazione e alla inflizione di una condanna adatta, quale imprescindibile mezzo di soddisfacimento degli interessi della vittima (assieme al risarcimento del danno)¹³. Specificamente,

⁷ Nella estesa bibliografia, per un contributo collettaneo recente v. L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive human rights: positive duties to mobilise the criminal law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 1 e ss.

⁸ Sul suo ruolo nodale ai fini del presente discorso v. J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, p. 103.

⁹ «Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione».

¹⁰ Preliminarmente, la Corte EDU ha del resto fondato la propria legittimazione a esprimersi in questi termini in base all'art. 32 CEDU, sulla «Competenza della Corte», nella parte in cui viene chiarito come la giurisdizione che la stessa esercita include l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione nonché dei relativi protocolli aggiuntivi, risultando così affidatole il compito di delimitarne il significato.

¹¹ Sulla dissonanza interpretativa con il testo della Convenzione v. F. PALAZZO – A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, n. 3/1988, p. 31.

¹² Per comprenderne la portata generale v. S. VAN DROOGHENBROECK, *L'horizontalisation des droits de l'homme*, in H. DUMONT – F. OST – S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, pp. 355-390.

¹³ In tema di 'vittimocentrismo' e relative conseguenze nefaste v. M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen.*, n. 2/2021, pp. 1-37. Sulle fonti europee v. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, pp. 33-95 e M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, pp. 86-128.

l'originario *self restraint* sul punto¹⁴ ha progressivamente ceduto il passo alla statuizione di un autentico obbligo non solo di comminatoria, ma anche di effettiva irrogazione ed esecuzione della sanzione penale al fine di garantire piena tutela ai *fundamental rights*, perlomeno se ricorrono due evenienze. Innanzitutto, occorre che il *breach* colpisca i diritti ritenuti meritevoli della massima protezione, quelli per così dire «fondamentali»¹⁵, e segnatamente: il diritto alla vita (art. 2 CEDU); la proibizione della tortura (art. 3 CEDU); e quella della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU); nonché il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)¹⁶. Inoltre, deve assumere una certa gravità anche in termini soggettivi, ovvero venga commesso con dolo (mentre, in linea di massima, laddove si è in presenza di una responsabilità colposa è considerato sufficiente un rimedio di tipo civilistico o amministrativo¹⁷).

L'adempimento di tali obblighi positivi implica tra l'altro il divieto di impedire l'ineffettività della repressione attraverso l'adozione di requisiti troppo stringenti per la procedibilità del reato oppure di scriminanti eccessivamente late¹⁸. Oltre all'*an* della punizione, rileva pure il *quantum*, ad esempio restando esclusa per le violazioni più serie l'idoneità della pena pecuniaria, oltre che quella della sospensione condizionale¹⁹. Sotto quest'ultimo aspetto, è opportuno ricordare la necessità che la sanzione venga 'veramente' inflitta e scontata: l'applicazione di una causa di non punibilità

¹⁴ In proposito, si veda in particolare l'opinione dissidente del giudice Sir Gerald Fitzmaurice nella pronuncia *Golder c. Regno Unito* della Corte EDU del 1975. Per ciò che concerne più nello specifico l'oggetto della presente trattazione si consideri quella della giudice Françoise Tulkens in *Gäfgen c. Germania* del 2010.

¹⁵ Sceglie questo aggettivo di grado superlativo assoluto V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen.*, n. 3/2020, p. 4.

¹⁶ Specularmente, si è affermato altresì un indirizzo uguale e contrario di *negative obligations*, da intendersi quale limitazione al ricorso al diritto penale poiché il suo uso, talvolta, finisce per violare i *fundamental rights*. Esso si è sviluppato con peculiare attinenza, oltre all'appena richiamato art. 8 CEDU, alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9 CEDU), a quella di espressione (art. 10 CEDU) e a quella di riunione e di associazione (art. 11 CEDU), come pure al diritto al matrimonio (art. 12 CEDU). Un esempio può essere la ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale (e la successiva sentenza n. 150 del 2021) in tema di effetto dissuasivo della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista rispetto al suo ruolo di 'cane da guardia' della democrazia. In proposito, sia consentito rinviare a G. BONDI, *Effetto dissuasivo della pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa: un nuovo equilibrio euroconvenzionalmente orientato*, in *Arch. pen.*, n. 1/2021, pp. 13-17.

¹⁷ Sul superamento di tale distinzione v. però S. ZIRULIA, *Diritti umani e responsabilità colposa*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I tematici, 2. Reato colposo*, Milano, 2021, pp. 389-41 e, volendo, G. BONDI, *La tutela penale dell'art. 2 CEDU nelle attività a rischio base consentito: la colpa grave come limite soggettivo?*, in *Cass. pen.*, n. 10/2023, pp. 3395-3411.

¹⁸ Stila una lista F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2671.

¹⁹ *Ivi*, p. 2675.

sopravvenuta (sia essa di natura sostanziale o procedurale) quale la prescrizione, l'amnistia, l'indulto o la grazia²⁰ potrebbe dunque rendere *non compliant* lo Stato rispondente.

Sicché, come da tempo la dottrina penalistica e quella internazionalistica hanno rimarcato, la combinazione di obblighi positivi sostanziali e procedurali rende i diritti umani non solo limiti all'uso del diritto penale, ma anche, per quanto paradossale potesse inizialmente apparire²¹, oggetto di tutela attraverso lo *ius terribile*²², il quale si erge a strumento per la loro protezione anche grazie al suo significato simbolico-espressivo²³. Anzi, è proprio l'inerzia o l'inadeguatezza nell'attivazione della salvaguardia penale a determinare la censura dei giudici di Strasburgo²⁴.

²⁰ *Ivi*, p. 2673.

²¹ Per riprendere testualmente la scelta lessicale di M. DELMAS-MARTY, *Postface: d'un paradoxe à l'autre*, in Y. CARTUYVELS – H. DUMONT – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit penal?*, Bruxelles, 2007, p. 613 e ss. e F. TULKENS, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, in *Journal Int. Crim. Justice*, n. 3/2011, p. 577 e ss.

²² Si occupa di tale rilevante distinzione L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. pen.*, n. 1/2003, pp. 259-289.

²³ Riguardo queste implicazioni di tipo valoriale v. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 254-255. Sul punto v. ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2685, che, rifacendosi a Domenico Pulitanò, rimarca: «Lo *ius terribile* è infatti – tra gli strumenti di tutela dei diritti di cui lo Stato dispone – quello al tempo stesso *più lesivo* di *altri diritti fondamentali*, e di diritti fondamentali del massimo rilievo: la libertà personale, il diritto alla vita privata e familiare e in generale la propria *privacy*, l'onore, la tranquillità psichica, il patrimonio, e ancora la libertà di conformare le proprie scelte lavorative ed esistenziali in conformità alle proprie aspirazioni. Diritti tutti su cui non solo la sanzione penale, ma ancor prima le indagini e il processo – con il connesso fardello di misure cautelari e di strumenti coercitivi di raccolta della prova – vengono pesantemente ad incidere». E, anche, D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2013, p. 1626: «L'uso della spada, per quanto legato a presupposti e a modi scrupolosamente pesati sulla bilancia, per sua natura eccede la dimensione del giudizio razionale, incarnandosi in modelli punitivi che comportano un qualche carico di sofferenze minacciate e inflitte, su cui è sempre proponibile il problema se siano o non siano soluzioni giuste e ragionevoli. Nell'uso della spada – quale che ne sia il fine – è sempre in agguato il rischio di un uso sbagliato, o eccessivo, o addirittura distruttivo dei più fondamentali valori umani. Il penale, immagine della giustizia per eccellenza, è sempre a rischio di trasformarsi in *abuso*. Chiaro ed oscuro, per restare nella metafora, sono *strutturalmente intrecciati nel doppio taglio dello strumento più autoritario del quale lo Stato di diritto dispone*».

²⁴ Come sottolineato nel dibattito accademico, portando alle estreme conseguenze questa linea di pensiero si affaccia, ancora una volta, ma sotto altra forma, il rischio di un abuso di (oltre che del) diritto penale, determinandone uno scadimento di qualità oltre che un'ipertrofica dilatazione. In questi termini si esprime S. MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 4/2012, p. 1397. Inoltre, non possono dimenticarsi gli stravolgimenti in termini di rapporti tra diritti fondamentali e diritto penale, oltre che rispetto al senso della pena e alla necessaria democraticità della

3. Le sentenze CEDU sui fatti del G8 di Genova come scaturigine della novella legislativa

Pienamente calate nella dottrina degli obblighi positivi di tutela penale, le sentenze Cestaro c. Italia e Bartesaghi Gallo e altri c. Italia soprarichiamate si riferiscono ai famigerati fatti occorsi a seguito del vertice G8 del luglio 2001 nel capoluogo ligure, teatro di devastazioni, saccheggi e violenti scontri tra manifestanti e forze dell'ordine²⁵; durante i quali, come si ricorderà, il giovane dimostrante Carlo Giuliani venne ucciso da un colpo di arma da fuoco esploso da un carabiniere (tragico evento che determinerà a propria volta la chiamata in causa della Corte EDU²⁶).

Giova ora, dopo aver riassunto i contenuti delle *positive obligations* penali, ripercorrere gli snodi essenziali di queste due importanti decisioni. Trattandosi di avvenimenti notori, ci si limiterà a richiamarne gli aspetti più significativi in funzione della trattazione successiva.

Il caso Cestaro c. Italia trae origine dall'irruzione effettuata della Polizia di Stato nella tarda notte del 21 luglio 2001 all'interno della scuola Diaz-Pertini con il fine dichiarato

politica criminale. Su tale polemica in seno all'accademia italiana v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2656-2657. Ancora, a fronte di questi rilevanti effetti lascia perplessi come nelle sentenze della Corte EDU sulle *positive obligations* manchino una criteriologia e un'articolazione chiare e adeguate, tanto da sconfinare nell'asistematicità e nella contraddittorietà. Circa siffatte aporie strutturali v. N. PERŠAC, *Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as a Last Resort*, in L. LAVRYSEN – N. MAVRONICOLA (a cura di), *Coercive human rights: positive duties to mobilise the criminal law under the ECHR*, Oxford, 2020, p. 150. Insomma, sotto quest'ultimo aspetto, l'interprete addiviene a una sorta di «vertigine cognitiva». Così D. CASTRONUOVO, *Un approccio "pro persona" al diritto alle cure nei casi di colpa medica. L'opinione del giudice Pinto de Albuquerque in Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2020, p. 688.

²⁵ Per un'analisi di stampo sociologico su quanto svoltosi in quei giorni v. S. PALIDDA, *Appunti di ricerca sulle violenze delle polizie al G8 di Genova*, in *Studi sulla quest. crim.*, n. 1/2008, pp. 33-50.

²⁶ Corte EDU, grande camera, sent. 24 marzo 2011, Giuliani e Gaggio c. Italia, con nota di A. COLELLA, *L'Assoluzione piena" dell'Italia nel caso Giuliani: alcune considerazioni critiche a margine della sentenza della Grande Camera*, in *Riv. AIC*, n. 3/2011, pp. 1-20, cui si rimanda ai fini di una completa esposizione dei fatti di causa e dell'iter procedimentale. Tale arresto dei giudici di Strasburgo ha affrontato più aspetti di primario rilievo con peculiare attinenza all'art. 2 CEDU, quali le *positive obligations* di natura sostanziale e procedurale, oltre che la gestione delle operazioni di *law enforcement* e la disciplina di determinate scriminanti. Sulla portata sistematica di questa vicenda v. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 270 e ss. In relazione alla forza pubblica v. T.F. GIUPPONI, *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI – A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, pp. 227-235. In rapporto all'uso legittimo della forza v. G. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"*, in *Criminalia*, 2018, pp. 681-703.

della perquisizione degli occupanti e della cattura di cc.dd. *black bloc*, tra i responsabili dei disordini delle ore precedenti. Nell'ambito della operazione, condotta con violenza inaudita e del tutto gratuita, anche il signor Cestaro, all'epoca sessantaduenne, pur non avendo opposto alcuna resistenza come molti altri astanti, venne colpito alla testa, alle braccia e alle gambe dagli agenti in tenuta antisommossa, patendo fratture multiple e danni permanenti. Nell'ambito del procedimento che ne scaturì, furono processati funzionari, dirigenti e agenti con capi di imputazione tra i quali figuravano, oltre ai reati di lesioni personali semplici e aggravate, anche quelli di falso ideologico, calunnia semplice e aggravata e abuso di ufficio, nonché porto abusivo di armi da guerra²⁷. Sennonché, il trascorrere degli anni nel succedersi dei gradi di giudizio determinò l'estinzione per prescrizione della maggior parte dei reati contestati, con l'impossibilità di condannare in via definitiva gli autori materiali dei pestaggi perpetrati nella scuola Diaz-Pertini²⁸.

Tale risultato totalmente insoddisfacente indusse il sig. Cestaro a rivolgersi alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU in molteplici prospettive: in relazione agli obblighi negativi, per il fatto di essere stato vittima di tortura; in relazione agli obblighi positivi sostanziali, avendo mancato lo Stato italiano di apprestare misure opportune per prevenire e punire tali condotte; in relazione agli obblighi positivi procedurali, per le omesse conduzioni di un'inchiesta effettiva, identificazione degli autori e irrogazione di sanzioni adeguate.

Nell'accogliere il ricorso, i giudici di Strasburgo hanno riepilogato alcuni principi enunciati in propri precedenti del settore.

Anzitutto, la Corte EDU ha riconosciuto che le violenze perpetrate nei confronti del ricorrente potessero senz'altro essere sussunte nella nozione di tortura secondo l'art. 3 CEDU²⁹.

²⁷ Infatti, a fronte dell'evidente assenza di quanto ricercato nei locali scolastici e dei pesanti abusi perpetrati in tale azione le autorità intervenute cercarono in seguito di giustificare anche in maniera menzognera il loro operato. In particolare, vennero fabbricate prove fasulle, ad esempio affermando di aver rinvenuto delle bottiglie incendiarie nell'edificio quando si verificò che le stesse vi erano state artatamente introdotte da degli agenti proprio allo scopo di giustificare *ex post* l'operato dei partecipanti.

²⁸ Cass. pen., sez. V, sent. n. 38085 del 5.07.2012 (dep. 2.10.2012), commentata da A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012, p. 1, cui si rinvia per una compiuta ricostruzione degli esiti nelle diverse fasi processuali.

²⁹ «In conclusione, considerate nel complesso le circostanze sopra esposte, la Corte ritiene che i maltrattamenti subiti dal ricorrente durante l'irruzione della polizia nella scuola Diaz-Pertini debbano essere qualificati come «tortura» nel senso dell'articolo 3 della Convenzione» Corte EDU, quarta sezione, sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, par. 190. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

Quanto poi agli obblighi positivi, le censure dei giudici di Strasburgo hanno riguardato due aspetti: in primo luogo, le lacune nel *legal framework*³⁰ rispetto sia alla previsione di sanzioni penali congrue³¹ sia all'inapplicabilità di cause di esclusione della pena³²; in secondo luogo, la mancata collaborazione della Polizia nell'individuazione degli autori materiali dei soprusi³³. Il combinato disposto dei due fattori appena menzionati aveva finito per comportare l'impunità dei responsabili delle violenze, nonostante gli sforzi profusi dai magistrati inquirenti e giudicanti³⁴.

³⁰ Sul concetto di violazione strutturale v. B. NASCIBENE, *Violazione "strutturale", violazione "grave", ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 3/2006, p. 645 e V. ZAGREBELSKY, *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2008, p. 5.

³¹ «Affinché un'inchiesta sia effettiva nella pratica, la condizione preliminare è che lo Stato abbia promulgato delle disposizioni di diritto penale che puniscono le pratiche contrarie all'articolo (Gäfgen, sopra citata, § 117). In effetti, l'assenza di una legislazione penale sufficiente per prevenire e punire effettivamente gli autori di atti contrari all'articolo 3 può impedire alle autorità di perseguire le offese a questo valore fondamentale delle società democratiche, di valutarne la gravità, di pronunciare pene adeguate e di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire eccessivamente la sanzione, a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo (M.C. c. Bulgaria, n. 39272/98, §§ 149, 153 e 166, CEDU 2003 XII, Tzekov, sopra citata, § 71, Çamdereli, sopra citata, § 38; dal punto di vista dell'articolo 4, si veda, mutatis mutandis, Siliadin c. Francia, n. 73316/01, §§ 89, 112 e 148, CEDU 2005 VII)» Corte EDU, quarta sezione, sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, par. 209. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

³² «La Corte ha anche dichiarato che, in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione, così come l'amnistia e la grazia non dovrebbero essere tollerate in questo ambito. Del resto, l'applicazione della prescrizione dovrebbe essere compatibile con le esigenze della Convenzione. Pertanto, è difficile accettare dei tempi di prescrizione non flessibili che non sono soggetti ad alcuna eccezione (Mocanu e altri c. Romania [GC] nn. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, § 326 CEDU 2014 (estratti) e le cause ivi citate). Lo stesso vale per la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena (Okkali, sopra citata, §§ 74-78, Gäfgen, sopra citata, § 124, Zeynep Özcan, sopra citata, § 43; si veda anche, mutatis mutandis, Nikolova e Velitchkova, sopra citata, § 62) e per la liberazione anticipata (Abdülsamet Yaman, sopra citata, § 55, e Müdet Kömürçü, §§ 29-30)» *Ivi*, par. 208.

³³ «Resta comunque il fatto che, nel caso di specie, secondo la sentenza di primo grado, l'assenza di identificazione degli autori materiali dei maltrattamenti in causa deriva dalla difficoltà oggettiva della procura di procedere ad identificazioni certe e dalla mancata collaborazione della polizia nel corso delle indagini preliminari (paragrafo 52 supra). La Corte si rammarica che la polizia italiana si sia potuta rifiutare impunemente di fornire alle autorità competenti la collaborazione necessaria all'identificazione degli agenti che potevano essere coinvolti negli atti di tortura» *Ivi*, par. 216.

³⁴ «In definitiva, al termine del procedimento penale nessuno è stato condannato per i maltrattamenti perpetrati nella scuola Diaz-Pertini nei confronti, in particolare, del ricorrente, in quanto i delitti di lesioni semplici e aggravate si sono estinti per prescrizione. In effetti, le condanne confermate dalla Corte di cassazione riguardano piuttosto i tentativi di giustificazione

Infine, l'inadeguatezza della legge italiana rispetto alle esigenze di retribuzione e prevenzione dei fatti riconducibili al divieto di cui all'art. 3 CEDU³⁵ ha indotto la Corte EDU a formulare un invito perentorio al varo di una riforma³⁶.

Successivamente, le medesime considerazioni sono state ribadite all'esito di un secondo ricorso presentato da altre vittime delle stesse violenze.

Nella sentenza Bartesaghi Gallo e altri c. Italia, la Corte EDU ha infatti reiterato quanto affermato nello 'storico' precedente Cestaro c. Italia, in relazione sia alla riconducibilità delle condotte nell'alveo del divieto di cui all'art. 3 CEDU³⁷ sia alla violazione degli obblighi positivi sostanziali³⁸ e procedurali³⁹.

In a nutshell, è ulteriormente aumentata la pressione sul legislatore affinché adottasse gli opportuni accorgimenti di carattere normativo per scongiurare il ripetersi di simili evenienze. Occorre tuttavia ricordare come i giudici di Strasburgo non abbiano imposto in maniera esplicita l'adozione di un'apposita fattispecie incriminatrice, rubricata 'tortura': in ossequio al tipico approccio pragmatico della Corte EDU è stato piuttosto richiesto che le pratiche sussumili nell'art. 3 CEDU vengano represses in maniera effettiva⁴⁰. Quest'ultimo aspetto si rivela invero problematico per due ordini di motivi,

di questi maltrattamenti e l'assenza di base fattuale e giuridica per l'arresto degli occupanti della scuola Diaz-Pertini (paragrafi 76, 79 e 80 supra). Per di più, in applicazione della legge n. 241 del 29 luglio 2006, che stabiliva le condizioni da soddisfare per ottenere l'indulto, le pene sono state ridotte di tre anni (paragrafi 50 e 60 supra). Ne consegue che i condannati dovranno scontare, nella peggiore delle ipotesi, pene comprese tra tre mesi e un anno di reclusione» *Ivi*, par. 221.

³⁵ «La Corte considera pertanto che è la legislazione penale italiana applicata al caso di specie (paragrafi 88-102 supra) a rivelarsi inadeguata rispetto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e al tempo stesso privata dell'effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni simili dell'articolo 3 in futuro (Çamdereli, sopra citata, § 38)» *Ivi*, par. 225.

³⁶ «In questo quadro, la Corte ritiene necessario che l'ordinamento giuridico italiano si doti degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rispetto all'articolo 3 e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte» *Ivi*, par. 246.

³⁷ «Più precisamente, per quanto riguarda la qualificazione giuridica di tortura, la Corte rinvia ai principi derivanti dalla sua sentenza Cestaro (sopra citata, §§ 171-176)» Corte EDU, prima sezione, sent. 22 giugno 2017, Bartesaghi Gallo e altri c. Italia, par. 208. Traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it.

³⁸ «Pertanto, la Corte conclude che i trattamenti subiti dai ricorrenti all'interno della scuola Diaz-Pertini debbano essere considerati atti di tortura. Vi è stata dunque violazione dell'elemento materiale dell'articolo 3 della Convenzione» *Ivi*, par. 120.

³⁹ «Pertanto, non vede alcun motivo per discostarsi dalle conclusioni alle quali è giunta in tale causa, compreso per quanto riguarda la carenza dell'ordinamento giuridico italiano in materia di repressione della tortura, e conclude che vi è stata violazione dell'elemento procedurale dell'articolo 3 della Convenzione» *Ivi*, par. 121.

⁴⁰ Sull'assenza, nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, del dovere di previsione di una sanzione penale dedicata v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE – C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura*. Tutto sommato, un passo avanti, in L. STORTONI – D. CASTRINUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, p. 405. Quanto a quella di un obbligo di criminalizzazione

l'uno di carattere sistematico e l'altro relativo alla dimensione costituzionale del diritto penale.

Per quanto riguarda il primo, l'indirizzo interpretativo sopra esposto è ovviamente proprio della Corte EDU, rientrando in una concezione che del singolo istituto giuridico viene data secondo quello che è il *modus operandi* caratteristico della disciplina dei diritti umani, diverso da quello del diritto penale. Rimane però che ciò comporta un confondimento dei presidi che nel nostro sistema vengono ricondotti tendenzialmente nell'alveo del diritto penale sostanziale. In particolare, i giudici di Strasburgo trattano dell'applicazione della prescrizione, della sospensione condizionale, dell'indulto e della liberazione condizionale (previsioni che hanno interessato taluni imputati nel processo sul G8) al momento di affrontare gli obblighi positivi procedurali. Ebbene, in questa tendenza alla funzionalizzazione di istituti di varia natura rispetto al conseguimento dell'obiettivo finale (appunto, la punizione dell'autore della violazione) si annidano rischi di ripercussioni sulle opzioni interne di politica criminale, frutto del travisamento della natura di tali istituti, non più valorizzati quali presidi garantistici, ma percepiti quali ostacoli da superare in vista dell'accertamento dei fatti e della punizione dei responsabili⁴¹.

In riferimento al secondo motivo, di matrice costituzionale, le pronunce in esame appaiono indicative dell'attenzione assolutamente prevalente riservata dalla Corte EDU alle prerogative delle vittime dei reati, specie in relazione ai fatti di tortura perpetrati dagli agenti statali. Questa prospettiva sembra travolgere ogni altra valutazione contrapposta, seppur fondata in altri articoli della Carta fondamentale⁴²: si allude soprattutto alla finalità rieducativa della pena, alla cui *ratio* sono – almeno in parte – riconducibili anche gli istituti già rievocati, oggetto di attenzione da parte dei giudici di Strasburgo nei procedimenti che traggono origine nella vicenda genovese. Il pericolo che si intravede è dunque quello della prevalenza dell'afflato punitivista su qualsiasi

dei trattamenti inumani o degradanti v. F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014, pp. 2-4.

⁴¹ Sulla problematicità del confine incerto tra *volet matériel* e *volet procédural* v. S. MANACORDA, "Dovere di punire"?, cit., p. 1376.

⁴² Cfr. G. FORNASARI, *Diritti della vittima e certezza della pena. Riflessioni su un discutibile paradigma*, in *Ind. pen.*, n. 1/2021, pp. 13-30, spec. p. 24 e ss., il quale sostiene che: «[...] il modo in cui viene declinato [...] il diritto inderogabile della vittima alla punizione dell'autore, come strumento della sua vendetta e come premessa del diniego di qualsiasi ricorso a misure clemenziali (intese oltre tutto in un'accezione oltremodo estesa) porta con sé i germi della negazione di una parte consistente delle conquiste di civiltà sopra elencate e quindi della struttura portante del diritto penale liberaldemocratico, sostanziale e processuale, che costituisce oggi il nostro orizzonte assiologico. Che ciò avvenga nel nome di una più intensa tutela dei diritti umani non cambia il senso delle cose, anzi getta una luce quanto meno ambigua su un certo modo anelastico di intendere istanze umanitarie». Sulla «*authoritarian conception of criminal law*» risultante v. anche M. PINTO, *Awakening the Leviathan through Human Rights Law – How Human Rights Bodies Trigger the Application of Criminal Law*, in *Utrecht J. Int. Eur. Law*, n. 2/2018, pp. 161-184, spec. p. 182.

diversa istanza che caratterizza il volto costituzionale del sistema penale, in ossequio all'esigenza di applicazione della pena 'effettiva' (in particolare, quella carceraria) ad ogni costo⁴³.

4. Le prime pronunce di legittimità sulla questione della classificazione dell'art. 613 bis co. 2 c.p.

Il varo del delitto di tortura, inserito all'art. 613 *bis* c.p.⁴⁴ (e dell'istigazione del pubblico ufficiale a commetterla al successivo art. 613 *ter* c.p.⁴⁵), può considerarsi il più emblematico precipitato degli obblighi positivi di tutela penale di provenienza euroconvenzionale⁴⁶.

⁴³ In tema di mutamento della funzione della pena, con accentuazione di retribuzione e prevenzione generale negativa, v. M. VAN DE KERCHOVE, *Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme*, in Y. CARTUYVELS – H. DUMONT – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007, pp. 337-361.

⁴⁴ «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

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.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo».

⁴⁵ «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

⁴⁶ Come anticipato, la fase di adozione della nuova normativa ha subito una particolare spinta a seguito della pronuncia Bartesaghi Gallo e altri c. Italia. In riferimento ai pericoli che cela tale scaturigine v. A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, pp. 90-92.

Osservando per sommi capi la fattispecie di reato, la relativa fisionomia ne tradisce il torbido sotteso di «tensioni» e «compromessi politici»⁴⁷, tale per cui pare quasi una norma 'Frankenstein', dalla genesi travagliata e dalla dimensione inafferrabile⁴⁸.

L'art. 613 *bis* co. 1 c.p. è il cardine dell'intera fattispecie, in quanto descrive il fatto tipico della tortura e provvede alla punizione di quella c.d. privata. Al comma 2, assume rilevanza la medesima condotta perpetrata dal pubblico ufficiale, oppure dall'incaricato di pubblico servizio, che agisca abusando dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione, o al servizio. Questa disposizione è dunque destinata alla punizione della tortura c.d. pubblica, che data la sua accentuata gravità⁴⁹ riceve un inasprimento del trattamento sanzionatorio.

A ben vedere, la scelta di disciplinare a un tempo entrambe le forme di tortura⁵⁰ si pone in armonia con la dottrina delle *positive obligations*⁵¹. Alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 3 CEDU, malgrado la maggiore attenzione dedicata alla tortura c.d. verticale, è infatti pacifico che rilevi anche quella c.d. orizzontale⁵². Non deve dimenticarsi, del resto, che numerose pronunce dei giudici di Strasburgo sugli obblighi positivi riconducibili al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti attengono a fatti squisitamente interprivati, per esempio riferibili a condotte intrafamiliari, rispetto alle quali tendenzialmente la responsabilità dello Stato viene riconosciuta in ragione dell'omesso intervento finalizzato a prevenire il verificarsi di violazioni⁵³.

⁴⁷ Usa questi due termini per spiegare il rilievo del dibattito parlamentare C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2018, p. 153.

⁴⁸ Sugli elementi costitutivi, già illustrati da amplissima letteratura, v. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, p. 1 e ss.; C.D. LEOTTA, *Tortura (reato di)*, in *Digesto penale, Aggiornamento X*, Torino, 2018, pp. 862-878; L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, p. 1 e ss.; T. PADOVANI, *Art. 613 bis*, in ID. (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, pp. 4315-4321; e A. COLELLA, *Art. 613 bis*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, pp. 1944-2008.

⁴⁹ Poiché «viene pervertito il rapporto tra autorità e individuo», come affermato da T. PADOVANI, *Tortura. Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2015, p. 33, e, inoltre, è «ancora più devastante il crimine e il relativo trauma», secondo quanto sostenuto da M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, Roma, 2016, p. 110.

⁵⁰ Si noti che né l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 né gli artt. 7 e 8 dello Statuto di Roma dipingono la tortura come solamente pubblicistica. In tal senso può dirsi che si stia mostrando aperturista lo stesso Comitato DU dell'ONU (cfr. Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 20: Article 7*, par. 2).

⁵¹ V. *infra*, par. 6.

⁵² Cfr. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 94.

⁵³ Cfr. F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, pp. 86-92. Tra le altre sentenze v. C.EDU, grande camera, sent. 10 maggio 2001, Z. e altri c. Regno Unito. La vicenda concerneva i maltrattamenti perpetrati dai genitori in danno di quattro fratelli, rispetto ai quali le segnalazioni provenienti dai vicini di casa e dalle autorità scolastiche evidenziavano come non fosse garantito un adeguato accudimento. I servizi sociali, all'esito dei numerosi controlli, avevano concluso nel

Fin dalla sua entrata in vigore, il delitto di tortura è stato sottoposto allo *stress test* dell'applicazione concreta, dalla quale ne è rapidamente emersa la formulazione inadeguata⁵⁴. Particolarmente controversa è risultata soprattutto la natura di fattispecie autonoma o di circostanza aggravante del capoverso dell'art. 613 *bis* c.p., rispetto alla quale si è registrato un fervente dibattito dottrinale⁵⁵ riassumibile nei seguenti termini.

senso che le mancanze non fossero volontarie e, quindi, piuttosto che assegnare i figli a una struttura di assistenza familiare, che l'attività di supporto dovesse essere diretta ai due adulti. I quattro ricorrenti, oramai adolescenti, sostenevano che le autorità pubbliche non fossero riuscite a proteggerli dai trattamenti inumani e degradanti inflitti dai loro genitori. Nell'occasione, la Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU poiché lo Stato non aveva assunto le misure ritenute necessarie al fine di proteggere i giovani. I giudici di Strasburgo si sono rifatti al precedente *Osman c. Regno Unito*, riguardante però l'art. 2 CEDU. In particolare, la Corte EDU ha specificato che l'obbligo imposto alle Alte Parti Contraenti dall'art. 1 CEDU di assicurare a chiunque nella loro giurisdizione i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione, in combinato disposto con l'art. 3 CEDU, richiede che gli Stati impieghino misure finalizzate ad assicurare che gli individui nella loro giurisdizione non siano sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti, ivi compreso se perpetrati da privati. I giudici di Strasburgo hanno quindi posto l'accento su come esse debbano offrire una garanzia di protezione effettiva in particolare per bambini e altre persone vulnerabili. Hanno altresì chiarito come è necessario che includano iniziative ragionevoli volte alla prevenzione di quei maltrattamenti dei quali l'Autorità aveva o avrebbe dovuto avere conoscenza. Cfr. A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, pp. 44-45. Sulla riconducibilità di questa giurisprudenza non all'«idealtipo della tortura» quanto ai maltrattamenti in famiglia e agli atti persecutori v. però E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 261. Sui rapporti tra *gender-based violence* e reato di tortura v. M. BOTTO, *Rape as torture: il contrasto alla violenza di genere che passa attraverso la proibizione della tortura*, in *Criminalia*, 2023, pp. 1-45.

⁵⁴ Come si vedrà *infra*, sembra essere superata la temuta 'inutilizzabilità'. *Inter alia* v. S. AMATO – M. PASSIONE, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia il binario morto*, in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2019, p. 2, i quali si domandano «in una parola, se la lunga attesa di questa legge abbia avuto un senso o ci consegnino uno strumento già destinato a farsi ombra evanescente (quasi ad evocare il titolo di Osvaldo Soriano), norma inapplicabile».

⁵⁵ Per la tesi della natura circostanziale v. U. NAZZARO, *L'insufficiente descrizione normativa del delitto di tortura*, in *Riv. pen.*, n. 1/2018, pp. 23-25; A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, n. 1/2018, p. 165; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, n. 1/2018, pp. 171-173; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 155; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., pp. 297-299; C.D. LEOTTA, *Tortura (reato di)*, cit., p. 877; S. AMATO – M. PASSIONE, *Il reato di tortura*, cit., p. 12; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., pp. 90-92; T. PADOVANI, *Art. 613 bis*, cit., p. 4320; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2020, p. 283; G.M. PAVARIN, *Abolizione del reato di tortura: breve critica delle flebili ragioni di una discutibilissima proposta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 761-762; e S. LARIZZA, *La problematica configurazione del delitto di tortura: da delitto a circostanza aggravante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2023, p. 1391. Mentre, per la tesi 'autonomista' v. F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., p. 5; F. CANCELLARO, *Tortura*, cit., pp. 325-326; M.L.

Secondo una prima ricostruzione, si tratterebbe di circostanza aggravante, per queste ragioni: le indicazioni emergenti dai lavori preparatori; l'assenza di una rubrica *ad hoc* per la tortura c.d. pubblica; la definizione degli elementi costitutivi più significativi della tortura c.d. verticale mediante un rinvio al primo comma; infine, l'assurdo della inapplicabilità delle aggravanti al quarto e quinto comma (riferite ai soli «fatti di cui al primo comma») alla tortura c.d. pubblica, che verrebbe così spogliata dall'inasprimento sanzionatorio per gli eventi lesioni e morte.

Altra ricostruzione propende per la natura di fattispecie autonoma, in base a tali argomenti: la presenza del requisito ulteriore dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri nella sola tortura c.d. verticale; il tipo e il livello di offensività maggiormente elevato insito nella tortura c.d. pubblica; la bizzarria che deriverebbe dalla ricorrenza di una 'aggravante di un'aggravante' laddove si applicassero i commi 4 e 5 alla tortura c.d. verticale come circostanza; la insensatezza che si avrebbe con una 'esimente di un'aggravante' qualora si rapportasse il comma 3 alla tortura c.d. pubblica; oltre che l'incoerenza di una 'istigazione di un'aggravante' in relazione all'art. 613 *ter* c.p., che conosce quale soggetto attivo il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio.

MATTHEUDAKIS, *Lo stalking e gli altri delitti contro la libertà morale*, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2017, p. 254; A. PROVERA, *Art. 613 bis*, in S. SEMINARA – G. FORTI – G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, p. 2115; D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2017, pp. 24-26; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017, pp. 229-232; S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giur. pen.*, n. 11/2017, pp. 11-12; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*, in *Stud. iur.*, n. 2/2018, pp. 12-13; G. FLORA, *Il nuovo art. 613-bis c.p.: meglio che niente?*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, pp. 344-345; A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in L. STORTONI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, pp. 354-356; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2019, p. 408; A. COLELLA, *Art. 613 bis*, cit., p. 1985; V. DI TERLIZZI, *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 2/2023, pp. 16-17; C. MELONI, *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, p. 753; e G. PONTEPRINO, *La tortura di stato: un'interpretazione "ragionata" dell'art. 613-bis c.p. nell'attesa di un'auspicabile riforma*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2024, pp. 786-787.

L'animata discussione accademica è puntualmente riecheggiata nelle aule di giustizia, in sede sia di merito⁵⁶ sia di legittimità⁵⁷. Sono paradigmatiche in questo senso due sentenze della Corte di cassazione, che giungono a conclusioni opposte rispetto a tale specifico profilo.

Il primo caso riguarda le vessazioni perpetrate da un gruppo di giovani ai danni di una persona ultrasessantenne affetta da disturbi psichici⁵⁸. I correi, dopo aver fatto irruzione notturna nell'abitazione della vittima, avevano percosso quest'ultima a mani nude e con oggetti contundenti proferendo altresì espressioni di dileggio. Per di più, gli autori avevano effettuato videoriprese, in seguito diffuse in rete. Terrorizzato alla prospettiva di restare vittima di nuovi attacchi, l'agredito si era in seguito barricato nella propria casa, riducendosi a vivere in condizioni miserrime.

La Suprema Corte – adita da due indagati a seguito di ordinanza del Tribunale del Riesame che aveva confermato la misura della custodia cautelare in carcere emessa nei loro confronti dal Giudice per le Indagini Preliminari – nel dichiarare inammissibile il ricorso ha colto l'occasione per un'analisi ricostruttiva dell'intera fattispecie di cui all'art. 613 *bis* c.p. Rispetto al profilo qui preso in esame, la Corte di Cassazione ha sostenuto che il capoverso della disposizione in parola sia qualificabile come circostanza

⁵⁶ Nel primo senso v. Trib. di Ferrara, Ufficio GIP-GUP, sent. n. 11 del 14 gennaio 2021 (dep. 15 marzo 2021), mentre, per il secondo, v. Trib. di Siena, Ufficio GIP-GUP, sent. n. 58 del 17 febbraio 2021 (dep. 7 maggio 2021), con nota di S. AMATO, *Fermare l'onda blu. Tortura nel carcere di S. Gimignano: una delle prime sentenze di merito che, applicando la nuova fattispecie di reato, condannano la violenza in divisa blu*, in *Dir. pen. uomo*, n. 6/2021, pp. 1-12. Entrambe trattate da M. PELISSERO, *Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa*, in *Quest. giustizia*, 12 luglio 2021, pp. 1-16. Quanto al procedimento penale ferrarese, la Corte di cassazione ha di recente avallato la conclusione del Tribunale di prime cure sull'art. 613 *bis* co. 2 c.p. Cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 1243 del 20 dicembre 2023 (dep. 10 gennaio 2024), commentata da G. PONTEPRINO, *La tortura di stato*, cit., pp. 780-790. Rispetto a quello senese, alla pronuncia del Giudice dell'Udienza Preliminare di Siena, è seguita, nei confronti degli imputati che non hanno scelto il rito abbreviato, quella della Sezione Penale dello stesso Tribunale, che, all'esito del dibattimento, ha condiviso il medesimo orientamento del precedente giudicante. Cfr. Trib. di Siena, Sez. Pen., sent. n. 211 del 9 marzo 2023 (dep. 5 settembre 2023), con nota di G. BATTARINO, *Il reato di tortura: concretezza dei fatti, necessità della fattispecie. Nota a Tribunale Siena, n. 211/2023 del 9 marzo-5 settembre 2023*, in *Quest. giustizia*, 12 dicembre 2023.

⁵⁷ Cfr. A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art. 613 bis c.p.)*, in *Sist. pen.*, 16 gennaio 2020, p. 1.

⁵⁸ Cass. pen., sez. V, sent. n. 50208 del 11 ottobre 2019 (dep. 11 dicembre 2019), commentata da F. FANOLI, *Gli elementi costitutivi del delitto di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. pen.*, n. 10/2020, pp. 927-931. Per un provvedimento reso nel parallelo procedimento innanzi al Tribunale per i Minorenni, sempre nella sottofase cautelare, v. Cass. pen., sez. V, sent. n. 47079 del 8 luglio 2019 (dep. 20 novembre 2019), con nota di A. MERLO, *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Foro it.*, n. 3/2020, pp. 161-165 e N. CAROLEO GRIMALDI, *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, in *Cass. pen.*, n. 6/2020, pp. 2349-2356. Per una lettura congiunta v. A. COLELLA, *La Cassazione si confronta*, cit., p. 1.

aggravante del reato base⁵⁹: tale conclusione non risulta tuttavia suffragata da alcuna argomentazione, forsanche perché la vicenda in oggetto si collocava indiscutibilmente nell'alveo del primo comma. Resta dunque l'affermazione laconica della natura circostanziale del secondo comma.

Quest'ultimo esito viene ben presto contraddetto da un'altra sentenza della Suprema Corte (peraltro sempre nel contesto di atti di tortura intercorsi tra privati), nell'ambito della quale la Corte di cassazione offre una motivazione più articolata. Si trattava in specie di un'accusa di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e tortura avanzata dalla vittima nei riguardi del proprio partner⁶⁰.

Proprio in relazione all'ultimo capo di imputazione, dalla lettura della sentenza di condanna si evince che l'agente aveva tra l'altro privato la vittima della libertà personale segregandola in casa, provocando acute sofferenze fisiche, un verificabile trauma psichico e financo lesioni personali⁶¹.

Senza neppure menzionare il precedente contrario, la Suprema Corte si è discostata dalla ricostruzione sopra ricordata, giungendo a conclusioni radicalmente opposte sulla struttura dell'art. 613 *bis* co. 2 c.p., etichettato come «delitto a geometria variabile», in quanto comprensivo tanto della tortura c.d. privata quanto di quella c.d. verticale⁶².

⁵⁹ «La norma di nuovo conio prevede un reato comune contemplando l'eventualità che esso sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio come circostanza aggravante e di evento (costituito dalle acute sofferenze fisiche o, in via alternativa, da un verificabile trauma psichico provocato alla vittima), caratterizzato da dolo generico e dalla descrizione delle modalità della condotta ("con violenze o minacce gravi ovvero agendo con crudeltà")» Cass. pen., sez. V, sent. n. 50208 del 11 ottobre 2019 (dep. 11 dicembre 2019), par. 1.1.

⁶⁰ Cass. pen., sez. III, sent. n. 32380 del 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), commentata da F.R. GARISTO, *Quando i maltrattamenti divengono anche tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613-bis c.p. in un caso di violenze reiterate ai danni della partner*, in *Sist. pen.*, 28 ottobre 2021, p. 1; C.D. LEOTTA, *Ammissibile il concorso materiale tra maltrattamenti in famiglia e tortura privata*, in *Giur. it.*, n. 1/2022, pp. 197-202; e A. COLELLA, *Pronunciandosi per la prima volta nel merito sull'art. 613-bis c.p., la Cassazione aderisce alla tesi della tortura c.d. di Stato come fattispecie autonoma di reato*, in *Sist. pen.*, 12 aprile 2022.

⁶¹ Avevano messo in guardia sul rischio di sovrapposizione tra l'art. 613 *bis* c.p. e l'art. 572 c.p. A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de jure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, p. 1; F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., pp. 22-25; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo. Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016, p. 1; e A. CISTERNA, *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, n. 39/2017, pp. 18-19.

⁶² «In particolare, con l'articolo 613-bis del codice penale, è stato tipizzato il reato di tortura, strutturato come delitto "a geometria variabile", potendo l'ambito di operatività della norma penale ricomprendere sia la tortura privata (cosiddetta comune o orizzontale o impropria: articolo 613-bis, primo comma) e sia la tortura pubblica (cosiddetta di Stato o verticale o propria: articolo 613-bis, secondo comma). Ne deriva che, con la legge citata, sono stati configurati due autonomi titoli di reato e, quindi, due diverse e autonome fattispecie incriminatrici, a disvalore

L'affermazione della natura autonoma dell'ipotesi disciplinata al capoverso poggia in particolare sull'inciso per cui si richiede quale ulteriore requisito integrativo della tortura c.d. pubblica l'esercizio del potere o del servizio pubblico in maniera illegale. Tale aggiunta costituirebbe un disvalore così marcato da giustificare sia l'aggravio sanzionatorio sia il rango di reato autonomo⁶³. La medesima conclusione sarebbe altresì avvalorata da un ulteriore trittico di argomenti: la «natura del soggetto attivo»; l'«indipendenza del trattamento sanzionatorio»; e la «necessità di un obbligo di incriminazione specifico, non anche dell'altra [n.d.r., la tortura c.d. orizzontale]»⁶⁴. Insomma, dato il contrasto appena descritto (ed essendo dunque l'art. 613 bis co. 2 c.p. una delle fattispecie o «questioni ostinatamente dubbie»⁶⁵) è auspicabile un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

progressivo, secondo la qualifica del soggetto attivo del reato: la tortura pubblica (reato proprio) se il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio che commetta il fatto tipico descritto nell'articolo 613-bis, comma 1, del codice penale con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio; tortura privata (reato comune) negli altri casi» Cass. pen., sez. III, sent. n. 32380 del 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), par. 3.3.

⁶³ «L'asse della lesività del delitto è, pertanto, calibrato sulla natura della condotta nella tortura privata, dove non rileva affatto la qualifica giuridica soggettiva dell'agente se non limitatamente ad un elemento costitutivo di fattispecie rappresentato dai rapporti di affidamento, affrancati però completamente dalla componente pubblicistica, mentre il fulcro dell'offesa, nel reato di tortura pubblica, è spostato sull'esercizio illegale del potere o del servizio pubblico, cosicché la medesima condotta acquista un maggiore disvalore, risultando perciò il fatto di reato più gravemente (e autonomamente) punito, in considerazione, come è stato opportunamente osservato, della perversione del potere coercitivo affidato al funzionario pubblico, il quale tradisce il senso e sormonta i limiti per il quale il potere è stato conferito, vulnerando nel suo significato più sostanziale il principio di legalità, perno di qualsiasi Stato di diritto e la cui osservanza è, in primis, imposta gli organi pubblici» *Ivi*, par. 3.3.

⁶⁴ «Nel caso di specie, con la previsione del modello legale descritto nell'articolo 613-bis del codice penale, si è voluto ampliare il raggio dell'incriminazione rispetto alla soglia minima richiesta, come *ius cogens*, dal diritto internazionale, riconoscendo la configurabilità del reato anche nelle relazioni private, fermo restando che la tortura pubblica non può assumere la forma circostanziale rispetto a quella privata, ma costituisce un reato autonomo sia per la natura del soggetto attivo, sia per l'indipendenza del trattamento sanzionatorio rispetto alla tortura privata e sia per la necessità di un obbligo di incriminazione specifico di quest'ultima fattispecie, non anche dell'altra, obbligo che sarebbe da considerare disatteso, con diretta collisione del diritto interno con quello internazionale, nel caso in cui si considerasse il secondo comma dell'articolo 613-bis del codice penale una circostanza di un altro reato, e cioè della tortura privata, il cui obbligo di incriminazione non era vietato ma neppure imposto, diversamente dalla tortura di Stato, dalle carte internazionali» *Ivi*, par. 3.3.

⁶⁵ L'espressione è di R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2003, p. 310. Per degli esempi v. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2011, pp. 1588-1593. A riconferma, si noti che, nei testi di accompagnamento ai recenti d.d.l. S. 341 -

5. (Segue) La identità circostanziale della tortura c.d. pubblica

Sulla base delle indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁶⁶, si ritiene che l'art. 613 *bis* co. 2 c.p. integri una circostanza aggravante (segnatamente, una circostanza aggravante c.d. indipendente) e non una fattispecie autonoma di reato per le ragioni che seguono.

«Modifiche al codice penale in materia di introduzione di una circostanza aggravante comune in materia di tortura» e p.d.l. C. 623 - «Modifiche agli articoli 61 del codice penale e 191 del codice di procedura penale in materia di introduzione della circostanza aggravante comune della tortura» gli interventi riformatori vengono motivati anche sul presupposto che: «La struttura della norma non permette tra l'altro di stabilire con chiarezza se la figura tipizzata al secondo comma abbia natura circostanziale o sia una fattispecie autonoma di reato, creando notevoli difficoltà applicative – anche in relazione al possibile bilanciamento di circostanze – che la giurisprudenza si troverà a dover affrontare» (Senato della Repubblica, *Fascicolo Iter DDL S. 341*, p. 6 e Camera dei Deputati, *C. 623 Proposta di legge presentata in data 23 novembre 2022*, p. 2). Sul d.d.l. S. 241 e sulla p.d.l. C. 623 e in generale sulla possibilità di abolire il delitto di tortura v. E. DOLCINI, *La proposta di legge Vietri e i tormentati destini delle incriminazioni della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 729-732; G. GIOSTRA, *Rigurgito normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 733-735; G. COCCO, *La questione del diritto e del bando della tortura negli Stati di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 737-743; R. CORNELLI, *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2023, pp. 745-750; C. MELONI, *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, cit., pp. 751-757; G.M. PAVARIN, *Abolizione del reato di tortura*, cit., pp. 759-763; e S. LARIZZA, *La problematica configurazione del delitto di tortura*, cit., p. 1391 e ss. Si tenga a mente che, in un caso sull'art. 8 CEDU, non è stata ravvisata la violazione degli obblighi positivi riferiti al *legal framework* della Croazia con rispetto all'abrogazione del reato di violenza domestica e contestuale creazione di una circostanza aggravante applicabile in luogo della preesistente fattispecie penale, in quanto ritenuta in grado di assicurare una tutela adeguata alle vittime. In particolare, è stato precisato che «In this connection, the Court notes that although the 2011 Criminal Code abolished the separate criminal offence of domestic violence, it provided that instances of violence within a family constituted an aggravating form of other offences, which it subjected to public prosecution. In particular, as relevant for the case at hand, it criminalised threatening behaviour and causing bodily injuries within a family or against a close person as aggravating forms of the general offences of threatening behaviour and causing bodily injuries under Articles 117 and 139, making them liable to public criminal prosecution (see paragraphs 21 and 22 above)» C.EDU, sez. II, sent. 11 luglio 2017, *Ž.B. c. Croazia*, par. 54.

⁶⁶ Orientarsi nella distinzione tra fattispecie autonoma oppure circostanza di reato è come noto assai complicato. Cfr. G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, p. 65 e ss.; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988, p. 61 e ss.; e A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 558 e ss.

In primo luogo, è proprio la *voluntas legis* a deporre nel senso della qualifica circostanziale, come deducibile da un'attenta disamina dei lavori preparatori, quali in particolare le dichiarazioni rese nelle aule⁶⁷ e i dossier pubblicati dagli uffici⁶⁸.

Procedendo con ordine, occorre considerare i criteri testuale o topografico, strutturale e teleologico.

Iniziando dal primo, il *nomen iuris* della fattispecie non offre indicazioni specifiche. La collocazione della tortura c.d. pubblica, diversamente, è univoca. Essa, infatti, non possiede una propria rubrica codicistica, ma è disciplinata al capoverso del medesimo articolo ove viene trattata quella c.d. orizzontale. Del resto, quando il legislatore della novella del 2017 ha inteso inequivocabilmente inserire una fattispecie a sé, ha introdotto un articolo apposito⁶⁹.

Proseguendo con il secondo criterio, quello strutturale, la descrizione del contenuto della tortura c.d. pubblica è resa *per relationem*, attraverso un rimando lapalissiano: «Se i fatti di cui al primo comma». Ciò induce a ritenere che le due forme di tortura, perpetrate da diversi soggetti attivi, contemplano essenzialmente la medesima condotta. Inoltre, non vi sono dubbi sull'identità dell'evento e dell'oggetto materiale. L'aggiunta dell'abuso dei poteri e della violazione dei doveri dell'ufficio alla tortura c.d. verticale pare dunque inidonea a rappresentare quel *quid* necessario a distinguere due fattispecie autonome poiché il maggior numero degli elementi descrittivi, oltre che quelli di primario rilievo a livello definitorio, rimangono pur sempre i medesimi. La descrizione della tortura c.d. pubblica, peraltro, riprende proprio una fattispecie aggravante, quella di cui all'art. 61 co. 1 n. 9 c.p. Ancora, in base al modello della proporzionalità sanzionatoria, quasi tutti i capoversi dell'art. 613 *bis* c.p. mirano a irrigidire la risposta penale di pari passo con l'aggravarsi, nel susseguire dei commi, dell'offesa allo stesso bene giuridico. In tal modo, si delinea un sistema sanzionatorio di intensità scalare al progredire dell'offesa, laddove il primo paragrafo della fattispecie di tortura rappresenta il gradino più basso (tortura c.d. orizzontale, punita da quattro a dieci anni di reclusione) mentre l'ultimo quello più alto (reato complesso ex art. 84 c.p. consistente in tortura e omicidio volontario, punito con l'ergastolo). Sempre in relazione all'aspetto sanzionatorio, risulterebbe poi poco razionale ammettere che la clausola «Se dai fatti di cui al primo comma» che inaugura i commi 4 e 5 della norma, dedicati ciascuno alle lesioni personali semplici, gravi e gravissime e all'omicidio preterintenzionale e volontario, fosse inapplicabile alla previsione di cui al secondo

⁶⁷ Cfr. Camera dei Deputati, seduta del 6 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, pp. 3-4, seduta del 26 giugno 2017, *Resoconto stenografico*, pp. 34 e 46 e seduta del 5 luglio 2017, *Resoconto stenografico*, p. 91; e Senato della Repubblica, seduta del 6 luglio 2016, *Resoconto stenografico*, p. 31.

⁶⁸ Cfr. Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano – A.C. 2168-B, Dossier n. 285 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, dd. 21 giugno 2017 e *Dossier n. 149/3 - Elementi per l'esame in assemblea*, dd. 23 giugno 2017.

⁶⁹ Basti pensare all'istigazione del pubblico ufficiale di cui all'art. 613 *ter* c.p.

comma. Ciò comporterebbe infatti che le due forme di tortura verrebbero trattate diversamente senza una giustificazione plausibile, finendo l'una per essere provvista di aggravanti speciali e l'altra no.

Giungendo al terzo criterio, quello teleologico, i primi due commi dell'art. 613 *bis* c.p. sono omogenei anche per quanto concerne l'oggettività giuridica. Vero è che la tortura c.d. pubblica viola *anche* il contratto sociale, rappresentando un sopruso dello Stato nei confronti del cittadino. Pertanto, il secondo comma protegge altresì gli interessi del buon andamento della PA e dell'amministrazione della giustizia. Cionondimeno, il fuoco della tutela rimane per entrambi i tipi di tortura quello della dignità umana⁷⁰; bene la cui necessità di protezione risulta di certo graduata, ma nient'affatto snaturata, dalla posizione variabile del soggetto attivo.

Un ulteriore argomento a favore della natura circostanziale proviene dall'interpretazione sistematica.

L'assunto favorevole alla tesi dell'autonomia dell'art. 613 *bis* co. 2 c.p. che riguarda lo scattare, in caso di lesione personale della vittima (al comma 4) di una 'aggravante di un'aggravante', non pare essere decisivo. Del resto, tale meccanismo, per quanto infrequente, è già presente altrove nel nostro ordinamento⁷¹.

Neppure appare dirimente la critica sull'eventuale ricorrenza di una 'esimente di un'aggravante', in presenza, ai sensi del terzo comma, della «esecuzione di legittime

⁷⁰ Cfr. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., pp. 254-260, la quale descrive come tale centralità si rinvenga sotto i profili costituzionale e internazionale, la *human dignity* ponendosi su di un piano sovraordinato rispetto all'integrità fisica. V. anche S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, n. 4/2019, pp. 1790-1791, che auspica la creazione di un settore nella parte speciale del Codice dedicata ai delitti contro la dignità umana o contro l'umanità, oltre che alle previsioni dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. In proposito, con decreto del 22 marzo 2022, la Ministra della Giustizia, prof.ssa Cartabia, ha costituito una Commissione per l'elaborazione di un progetto di Codice dei Crimini internazionali, presieduta dai prof.ri Palazzo e Pocar, con il compito di esaminare le iniziative già proposte per la compiuta attuazione dello Statuto di Roma e stendere un Codice dei crimini internazionali per assicurare il compiuto adattamento dello Statuto stesso. Gli esiti dei lavori sono reperibili su www.giustizia.it. Successivamente alle elezioni politiche del 2023 e al cambio di Governo, su proposta del nuovo Ministro della Giustizia, dott. Nordio, il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge per l'introduzione del Codice in questione, senza, però, dare corso all'adozione delle proposte elaborate dalla Commissione in tema di crimini contro l'umanità. Sui relativi contenuti, oltre che sulle necessità e opportunità di inserire non solo i crimini di guerra e di aggressione ma anche quelli contro l'umanità e di genocidio v. A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2023, pp. 91-110.

⁷¹ Ad esempio, agli artt. 280 co. 3 e 416 *bis* co. 6 c.p. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. un., sent. n. 40982 del 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), par. 7: «Infine, la costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate, riscontrabile nei commi 3 bis e 3 ter non è affatto inusuale nella variegata produzione legislativa», con nota di F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2019, pp. 484-492.

misure privative o limitative di diritti»: anche in tal caso non si tratterebbe di soluzione del tutto isolata nel Codice penale⁷².

Un discorso analogo può essere fatto altresì in relazione all'esito della punibilità di una 'istigazione di un'aggravante', come accade per l'art. 613 *ter* c.p. rispetto all'articolo che lo procede⁷³.

Ancora, un argomento aggiuntivo in favore della tesi della identità circostanziale della tortura c.d. pubblica può essere tratto dall'arresto a Sezioni Unite riguardante il rapporto tra truffa semplice ex art. 640 c.p. e frode ai danni dello Stato o di altri enti pubblici all'art. 640 *bis* c.p.⁷⁴, ove la Suprema Corte ha ritenuto la seconda disposizione una circostanza aggravante c.d. indipendente della prima. Dalla lettura delle relative motivazioni emerge in specie che deve assegnarsi prevalenza al criterio strutturale⁷⁵ (e in particolare alla tecnica del rinvio) rispetto agli altri (incluso quello teleologico) poiché questi ultimi sono intrinsecamente ambigui. Proprio tale autorevole precedente conforta l'asserzione secondo cui tra i primi due commi dell'art. 613 *bis* c.p. ricorre un rapporto di specialità unilaterale per specificazione o aggiunta: in particolare, la tortura c.d. verticale comprende tutti e ciascuno gli elementi di quella c.d. privata, rispetto alla quale vengono per l'appunto specificati o aggiunti, da un lato, il ruolo pubblico (per il soggetto attivo) e, dall'altro, l'abuso e la violazione (quanto alla condotta).

Sulla scorta di tutti i criteri interpretativi appena rievocati⁷⁶, pertanto, si ribadisce la conclusione per cui il comma 2 designa un'ipotesi circostanziata.

⁷² Si pensi agli artt. 484 e 599 c.p., norme che a rigore sono riferibili anche a previsioni aggravate e pluriaggravate (nel caso dell'art. 599 c.p., principalmente).

⁷³ Sotto questo profilo, è sufficiente guardare agli artt. 302 e 414 *bis* c.p., i quali operano secondo un ingranaggio non dissimile. Se infatti tali due ultime disposizioni si ritenessero inapplicabili alle circostanze aggravanti delle previsioni cui esse rinviano, per assurdo, verrebbero punite a titolo istigativo le sole fattispecie base.

⁷⁴ Cass. pen., sez. un., sent. n. 26351 del 26 giugno 2002 (dep. 10 luglio 2002), annotata da R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche*, cit., pp. 302-310.

⁷⁵ Nello stesso senso v. Cass. pen., sez. un., sent. n. 35737 del 24 giugno 2010 (dep. 5 ottobre 2010), con nota di G. PESTELLI, *Compatibile l'attenuante del fatto di "lieve entità" con l'aggravante della cessione a persona di minore età*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2010, pp. 1449-1454; Cass. pen., sez. un., sent. n. 4694 del 27 ottobre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), annotata da V. SPINOSA, *La prima sentenza delle Sezioni Unite sui reati informatici: interpretazione estensiva della condotta di permanenza abusiva nel sistema*, in *Ind. pen.*, n. 1/2013, pp. 121-142; e Cass. pen., sez. un., sent. n. 40982 del 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), par. 6: «Le Sezioni Unite hanno ribadito negli anni che il criterio principale (anche se non unico) è quello strutturale, attenendo alla struttura del precetto o della sanzione: il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena è indicativo della volontà di qualificare gli elementi come circostanza o come reato autonomo; ciò, del resto, è coerente con la discrezionalità del legislatore oggetto della premessa».

⁷⁶ In tale ambito la dottrina suggerisce la dicitura di «condizione necessaria, non anche sufficiente». In questi termini, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici nella manualistica, v. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., p. 1575.

Del resto, benché in chiave critica, un organo del Consiglio d'Europa, segnatamente il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, condivide l'esito esegetico qui raggiunto⁷⁷.

6. La 'tenuta' del nuovo delitto di tortura rispetto agli obblighi positivi di tutela penale

L'analisi pregressa ha permesso di evidenziare come la fattispecie introdotta nel 2017, sebbene costituisca «tutto sommato, un passo avanti»⁷⁸, presenti taluni caratteri strutturali che potrebbero pregiudicarne la piena *compliance* con la CEDU⁷⁹.

Il Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa Nils Muižnieks, con una missiva del 16 giugno 2017 indirizzata anche ai presidenti dei due rami del Parlamento italiano, stigmatizzava soprattutto taluni aspetti distintivi della nuova fattispecie 'in cantiere'. Per quanto qui in interesse, ribadiva che disciplinare in maniera congiunta la tortura c.d. pubblica e quella c.d. orizzontale non debba tradursi in un indebolimento della sanzione rispetto ai rappresentanti pubblici e ricordava l'obbligo di evitare che prescrizione, misure clemenziali, amnistia, grazia o sospensione della pena ostacolino la tutela della vittima.

Muovendo da tale ultimo monito, occorre prestare particolare attenzione, come già evidenziato⁸⁰, alla ritenuta natura di circostanza aggravante delle condotte perpetrate dagli *state agents* al comma 2 dell'art. 613 *bis* c.p.

Ad un primo sguardo, se la tortura c.d. pubblica avesse natura circostanziale, la sanzione risultante potrebbe essere di ammontare minore rispetto a quella c.d. orizzontale, a fronte dell'applicabilità del bilanciamento con eventuali attenuanti ex art. 69 c.p. Non vi sarebbe poi un aumento del termine per la maturazione della prescrizione, come previsto all'art. 157 c.p. Insomma, potrebbe riscontrarsi un deficit di 'effettività' della pena per come intesa dalla Corte EDU, anche solamente *in abstracto*.

Malgrado l'esistenza di tale *punctum dolens*, l'art. 613 *bis* c.p. sembra essenzialmente adempiere alla richiesta di predisporre un sistema punitivo adeguato contro le condotte di tortura, in ossequio alle istanze dei giudici di Strasburgo⁸¹. Tale assunto trova fondamento nelle ragioni che saranno illustrate a seguire.

⁷⁷ «More particularly, the bill provides that the offence must be reiterated and that it can be committed by an ordinary individual; the fact that an act of torture may be inflicted by a public official is not considered as an autonomous criminal offence but rather as an aggravating factor» Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, *Report to the Italian Government on the Visit to Italy Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, Strasburgo, 8 settembre 2017, p. 12.

⁷⁸ È l'espressione di P. PINTO DE ALBUQUERQUE – C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., pp. 393-409.

⁷⁹ Ne espone alcuni A. COLELLA, *La risposta dell'ordinamento interno*, cit., pp. 842-848.

⁸⁰ Cfr. *supra*, par. 5.

⁸¹ Sulla difficoltà di tale verifica in ragione del metodo della Corte EDU v. E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 93.

Innanzitutto, il reato è procedibile di ufficio, sia se il soggetto agente è un privato cittadino sia se esso è un pubblico rappresentante. Inoltre, la sanzione prevista è piuttosto severa, dato che la cornice edittale consta di una pena base di quattro anni di reclusione e una massima di dieci. Ciò permette di utilizzare determinati istituti di diritto processuale come, tra gli altri, le misure precautelari (come arresto in flagranza e fermo) e cautelari (anche custodiali), nonché il mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni. Ancora, rimane precluso l'accesso a certi istituti di diritto sostanziale che paralizzano la punibilità quali: la particolare tenuità del fatto (anche *per tabulas*, dato il suo inserimento, con la riforma c.d. Cartabia, nell'elenco della clausola di esclusione espressa all'art. 131 *bis* co. 3 n. 3 c.p.⁸²); l'estinzione del reato per condotte riparatorie; e la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato.

L'apparato sanzionatorio appena descritto si distingue nettamente da quello a disposizione dei magistrati inquirenti e giudicanti durante le indagini e i processi concernenti le note vicende verificatesi durante il G8 di Genova. Tale differenza si coglie, in specie, nel rapportare le pene previste dall'art. 613 *bis* c.p. con quelle per il reato di lesioni personali; fattispecie, quest'ultima, sulla quale si è consumata la censura più incisiva dei giudici di Strasburgo⁸³. Proprio con attinenza alle lesioni semplici, gravi e gravissime sono ora previste specifiche aggravanti speciali dedicate all'art. 613 *bis* co. 4 c.p. A ciò si aggiunga che vi è un surplus sanzionatorio per la tortura c.d. pubblica, che si colloca nella finestra tra i cinque e i dodici anni di reclusione; ancorché, trattandosi di una circostanza aggravante c.d. indipendente non importante un aumento della pena superiore al terzo, non si verifica un prolungamento del termine per il decorso della prescrizione⁸⁴.

Ad ogni modo, se lo scopo è quello di prevenire l'inflizione di pene lievi che si espongono a percorsi di *diversion* carceraria (invisi alla Corte EDU in questo settore), è auspicabile, invece di un'interpretazione 'forzata' dell'autonomia della tortura c.d. verticale, l'intervento del legislatore.

A conforto, si veda, *mutatis mutandis*, la sentenza della Corte di cassazione sulle violenze alla scuola Diaz-Pertini nel corso del summit ligure, nella parte in cui affronta l'eccezione di costituzionalità avanzata dal Procuratore Generale di Genova delle norme sulla prescrizione per i reati contestati, imperniata sull'art. 117 Cost. letto in combinato disposto con l'art. 3 CEDU (come interpretato dai giudici di Strasburgo)⁸⁵.

⁸² Riguardo la modifica di questa disposizione, con decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, v. M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in D. CASTRONUOVO – M. DONINI – E.M. MANCUSO – G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, pp. 115-125.

⁸³ Cfr. *supra*, par. 3.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 28953 del 27 aprile 2017 (dep. 9 giugno 2017), con nota di A. MELCHIONDA, *Circostanze "indipendenti" con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono "ad effetto speciale" e non rilevano ai fini della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2017, pp. 267-273.

⁸⁵ Per un esempio simile, ma più risalente v. Tribunale di Firenze, Ufficio istruzione, sent. 8 giugno 1981, laddove il Pubblico Ministero aveva trasmesso gli atti per delle lesioni lievissime

Segnatamente, la Suprema Corte aveva rigettato con fermezza tale richiesta, precisando a chiare lettere che il sistema stabilito dalla Carta fondamentale rimette questa scelta alla decisione del Parlamento⁸⁶.

7. (Segue) Alcune proposte di riforma

Dal momento che si è indicata quale strada maestra per correggere i residui inconvenienti che possono ancora caratterizzare i profili sanzionatori dell'art. 613 *bis* c.p. l'intervento del legislatore, sia consentito abbozzare di seguito qualche proposta al riguardo.

Parrebbe anzitutto doversi distinguere più recisamente tra la tortura c.d. privata e quella c.d. verticale, in modo da assicurare anche una più stretta aderenza al dettato della Convenzione ONU del 1984⁸⁷. Si potrebbe così eliminare il comma 2 e contestualmente aggiungere un innovativo reato proprio (cioè con soggetto attivo il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio), accompagnato, eventualmente, da un congruo aggravio punitivo rispetto a quello comune⁸⁸.

In alternativa, si potrebbe focalizzare l'attenzione su due aspetti assai rilevanti dal punto di vista del *case-law* della Corte EDU: bilanciamento tra circostanze e decorso della prescrizione.

Con riferimento al primo aspetto, si potrebbe precludere il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante del capoverso dell'art. 613 *bis* c.p., attraverso

patite da un soggetto all'esito dell'arresto in flagranza eseguito da personale di polizia al Giudice istruttore, il quale, ravvisando la mancanza di querela, aveva dubitato della compatibilità del regime di procedibilità dell'art. 582 cpv. c.p., nel caso di restrizione della libertà personale, con l'art. 13 co. 4 Cost. Sulla relativa ordinanza della Corte costituzionale, nel contesto della giurisprudenza dell'epoca in questo campo, v. V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 426.

⁸⁶ «In definitiva, e come premesso, la pretesa che la Corte costituzionale con una sua pronuncia possa espandere l'area dell'imprescrittibilità ad ipotesi attualmente non previste dall'art. 157 c.p. si pone al di fuori dei poteri della Corte per contrasto con un principio cardine del sistema costituzionale in materia penale che non può essere sacrificato all'attuazione di altro principio, a cui potrà attendere il legislatore, in adempimento degli obblighi scaturenti dalle diverse fonti convenzionali sopra individuate» Cass. pen., sez. V, sent. n. 38085 del 5.07.2012 (dep. 2.10.2012), par. 3. Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pp. 125-127.

⁸⁷ Su questa linea si pongono T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, pp. 28-29 e A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., pp. 90-92.

⁸⁸ Sono favorevoli T. PADOVANI, *Audizione avanti alla Commissione della Camera dei Deputati*, 22 ottobre 2014, pp. 1-16 e F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione*, cit., p. 22-25. Per una voce contraria v. E. SCARONA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 356, la quale propone di intervenire sull'art. 572 c.p. assegnando a esso il compito di proteggere da fatti di tortura c.d. privata.

l'interpolazione dell'art. 69 c.p.⁸⁹; strada, peraltro, già praticata in relazione ad altri crimini ad elevato coefficiente offensivo⁹⁰. Sarebbe inoltre ipotizzabile l'esclusione secca del giudizio di comparazione in quanto tale, rinviando alla disciplina dell'art. 69 *bis* c.p.⁹¹; sennonché, questa opzione radicale irrigidirebbe forse eccessivamente l'apparato sanzionatorio⁹², che, come visto, già sfiora vette assai elevate.

Riguardo al secondo profilo, si potrebbe innalzare il limite massimo del termine di prescrizione *ex art.* 157 co. 6 c.p. o quello della sua interruzione all'art. 161 co. 2. c.p. (entrambi a più riprese rimaneggiati⁹³), così da ridurre nella pratica la ricorrenza di tale causa di estinzione. In proposito, pare comunque che il neo introdotto caso di interruzione dell'emissione della sentenza di primo grado sia francamente più che risolutivo. *Breviter*, come è assai noto, la riforma c.d. Cartabia ha optato per una disciplina anche processuale della prescrizione e ha disposto una durata massima di fase del processo in appello e in cassazione, attraverso l'inserimento della 'tagliola' della sentenza di non doversi procedere di cui all'art. 344 *bis* c.p.p., prevedendo al contempo eccezioni a questa regola generale, volte a consentire per taluni reati l'allungamento dei termini per la declaratoria di improcedibilità. Nel relativo elenco, pertanto, potrebbe allora essere incluso anche l'art. 613 *bis* c.p. Tale modifica, tuttavia, comporterebbe un sensibile aumento del potenziale arco di tempo necessario per giungere a un accertamento sulla responsabilità dell'imputato, con tutte le correlate implicazioni negative per diritto di difesa e giusto processo⁹⁴.

8. Conclusioni

La teorica degli obblighi positivi di tutela penale di provenienza CEDU ha imposto l'adozione di una prospettiva innovativa al legislatore e all'interprete nazionali: il nuovo punto focale è rappresentato dall'effettività della protezione dei diritti umani. Secondo la Corte EDU, il diritto penale non ha più solamente le sembianze di un 'male necessario'

⁸⁹ Lo sostiene I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014, p. 1.

⁹⁰ Come ricordano attraverso alcuni esempi P. PINTO DE ALBUQUERQUE – C. GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 398.

⁹¹ Avanza questa proposta A. COLELLA, *La repressione penale della tortura*, cit., p. 1.

⁹² Per delle critiche ai limiti sul bilanciamento tra circostanze eterogenee v. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, n. 1/2006, p. 32 e A. MELCHIONDA, *Le modifiche in tema di circostanze*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251*, Milano, 2006, p. 212.

⁹³ Cfr. R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2021, p. 1170, il quale si convince, considerato «il braccio di ferro intercorso», che «questo istituto [n.d.r., la prescrizione] sia divenuto ormai soltanto terreno di scontro politico».

⁹⁴ Censurano tale minisistema di esenzioni rispetto al *fair trial* P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, n. 2/2022, pp. 444-445 e D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. pen.*, 21 febbraio 2022, pp. 56-58.

per la regolazione dei rapporti tra i consociati (bilanciato da una continua quanto meticolosa opera di riduzione e limitazione), ma talvolta può assumere quelle di un presidio irrinunciabile a tutela di fondamentali principi e valori dello Stato di diritto. I legislatori nazionali si vedono così costretti a criminalizzare certe condotte, assicurando l'attivazione dei relativi procedimenti penali e, per quanto possibile, la concreta irrogazione delle sanzioni ogniqualvolta questo risultato sia reputato necessario dai giudici di Strasburgo. Tale prospettiva riverbera sui principi di legalità, di offensività e di finalità rieducativa delle pene conseguenze notevoli, sui quali occorre non calare l'attenzione.

Per quanto concerne in particolare le ripercussioni sulla parte speciale del Codice penale, potrebbe dirsi: 'tanto tuonò che piovve'. Infatti, a seguito delle plurime sentenze di condanna della Corte EDU per la mancanza del reato di tortura (*rectius*, per la sua punizione ineffettiva), l'innesto dell'art. 613 *bis* c.p. pare costituire la più forte traduzione delle *positive obligations* penali nel nostro ordinamento.

Uno degli aspetti sui quali la discussione accademica e pratica si è concentrata maggiormente attiene alla natura autonoma oppure di circostanza del capoverso riguardante la tortura c.d. pubblica. Ponendo attenzione allo scopo del legislatore e adoperando i criteri ermeneutici di uso comune, segnatamente quelli testuale o topografico, strutturale e teleologico, oltre che l'interpretazione sistematica, si propende per la identità circostanziale (in particolare, per quella di circostanza aggravante c.d. indipendente). L'esito dell'intervento legislativo sembra nel suo complesso aver soddisfatto in misura (appena) sufficiente le pretese di punizione avanzate nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo.

Per depurare la novella del 2017 dai profili più critici sul fronte dell'apparato sanzionatorio, sembra preferibile un ulteriore intervento legislativo, che scongiuri ogni forzatura del dettato normativo vigente per via giurisprudenziale.