

Rivista N°: 3/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 30/07/2018

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

DOLORE VERSUS DIGNITÀ**

Sommario: 1. Il “ritorno” della tortura. – 2. La novità della lotta al dolore... – 3. (segue)... e la tradizione del dolore come strumento “di giustizia” e di autorità. – 4. Le giustificazioni del ritorno – palese od occulto – della tortura, di fronte al terrorismo. – 5. La situazione italiana: meglio tardi che mai. – 6. I principi costituzionali contro la tortura e i limiti del nuovo articolo 613 bis del codice penale. – 7. Tortura, genocidio e Shoah: il filo rosso e le differenze fra di loro.

1. Riemerge sotto vari profili il dibattito sulla tortura: la sua ammissibilità in linea di principio, i suoi limiti, la sua utilità; in modo sempre più palese, sempre meno sotto traccia e sempre più senza pudore.

Basta pensare alla richiesta di abrogare l'art. 613 *bis* c.p. introdotto pochi mesi fa, dopo un percorso polemico e faticoso, per dare finalmente attuazione alla Convenzione del 1984 delle Nazioni Unite contro la tortura. È una richiesta avanzata nell'ultima campagna elettorale con il programma politico di un partito ora al governo del nostro paese; è stata reiterata con il pretesto di non ostacolare il lavoro delle forze dell'ordine. È stata poi attenuata – proponendo qualche modifica della fattispecie in nome della difesa del prestigio delle forze dell'ordine – per evitare l'altrimenti agevole conclusione che qualche appartenente ad esse si senta legittimato a ricorrervi nel proprio impegno quotidiano.

Basta pensare al *refoulement* e al rimpatrio forzato nei paesi di origine dei migranti clandestini che tuttora sono in Italia. Al di là della loro concreta realizzabilità, sono soluzioni condannate dalla CEDU nella misura in cui si traducano nel trasferimento di individui sottoposti alla garanzia della giurisdizione nazionale in paesi “non sicuri”, in cui potrebbero essere sottoposti a tortura. Si pensi alla delocalizzazione di quest'ultima in paesi ove essa viene

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

** *Lectio magistralis* tenuta per la Giornata Internazionale per le vittime di tortura “Dolore versus dignità”, Auditorium dell'Orto Botanico, Padova, 26 giugno 2018.

praticata senza ostacoli, attraverso le *renditions* – anche esse condannate dalla CEDU – per esigenze inquisitorie.

Riemerge l'uso della somministrazione del dolore come strumento processuale di inquisizione e di ricerca della verità; come strumento sostanziale di afflittività della pena e di affermazione dell'autorità, di fronte all'opposizione e al dissenso che si vuole reprimere; soprattutto come risposta al terrorismo attraverso una prevenzione fondata anch'essa in ultima analisi sul terrore.

In questa prospettiva i potenziali destinatari della tortura si ampliano dal soggetto sospettato (di delitti, di sovversione e opposizione, di terrorismo) alla figura del c.d. *nemico combattente illegale*, in una guerra asimmetrica in cui tutto è consentito. In essa le garanzie sono sospese; si sviluppa il c.d. *diritto penale del nemico*. È una guerra lontana da quella ordinaria e tradizionale, dai suoi limiti e dalle sue garanzie in favore del prigioniero, dell'inquisito e/o del condannato; è addirittura lontana dal controllo della giurisdizione sul territorio nazionale; per paralizzare l'efficacia della legge (cfr. Guantanamo).

In questa prospettiva si arricchiscono – grazie alla evoluzione della tecnologia – gli strumenti della tortura fisica e/o psichica: dai mezzi meccanici di contenzione e costrizione a quelli chimici, a quelli fisici shockanti, alla paura. Il tutto si sviluppa con l'obiettivo di annullare la dignità della persona attraverso la sofferenza; di condizionare la sua capacità di resistenza e di autodeterminazione e la sua libertà; di sovvertire il suo rapporto equilibrato con l'autorità e con lo stato.

Sussiste come unico limite – quando non intervengano tragici “incidenti di percorso”, come quello di cui è stato recentemente vittima il giovane studioso Giulio Regeni, ucciso dopo una lunga tortura in Egitto, a seguito del suo arresto ad opera della polizia, nel gennaio/febbraio 2016 – la salvaguardia della vita umana: come dovere o più semplicemente per non lasciare tracce visibili sul corpo della vittima, evitando interventi cruenti, secondo una tradizione del passato.

Ma v'è quanto basta per distruggere con la dignità della vittima anche l'architettura faticosamente costruita con un lungo percorso – a livello nazionale e sovranazionale – di convenzioni, di garanzie e di giudici per definire il rapporto fra persona e stato. Quel percorso viene sconvolto sia nell'obiettivo di collocare al centro di tale architettura la prima e non il secondo; sia nell'obiettivo di concretizzare ed assicurare l'universalità, l'indivisibilità e soprattutto l'effettività dei diritti inviolabili in cui si traduce la dignità di tutti e di ciascuno.

2. Per interrogarsi sulla consistenza delle ragioni che sorreggono la pretesa di legittimità che si va riproponendo nelle discussioni di questi tempi sulla tortura, occorre una riflessione preliminare. Si tratta della incoerenza e della contraddizione di uno stato che con una mano somministra direttamente o indirettamente (con la sua tolleranza e/o con la connivenza con l'autore materiale) la sofferenza attraverso la tortura. Con l'altra mano invece somministra contemporaneamente l'antidoto e il rimedio alla sofferenza attraverso la terapia del dolore, considerandolo una malattia da curare; non più soltanto un sintomo di malattia da sopportare od utilizzare a fini diagnostici, o addirittura come un risultato voluto e provocato, utile ad altri fini.

Con l'introduzione (finalmente!) della legge n. 38 del 2010 sulle cure palliative e sulla terapia del dolore e con il consolidamento di questa linea nella legge n. 219 del 2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento per il fine vita, il legislatore ha recepito la definizione di salute proposta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità: non solo assenza di malattia in negativo, ma benessere psicofisico e sociale (cfr. anche da ultimo l'art. 3 della Carta di Nizza sul diritto alla propria integrità fisica e psichica).

Il rifiuto del dolore o quanto meno la rimozione delle sue conseguenze si traducono nel risarcimento del danno morale (la c.d. *pecunia doloris*) oltre a quello dei danni fisici e psichici. Si traducono nel rifiuto dell'accanimento terapeutico con mezzi inadeguati, inutili, sproporzionati e a loro volta produttivi di dolore.

Quel rifiuto si traduce soprattutto nell'associazione ad esso della terapia del dolore e – occorrendo – nella sedazione palliativa profonda della persona: l'esatto contrario del tenere in vita la persona per poter continuare a infliggerle sofferenza nella tortura, secondo la prassi in uso in precedenza nella somministrazione di quest'ultima.

È un rifiuto che considera il dolore non più soltanto come un segnale ed un sintomo. Si sviluppa nel superare l'oppiofobia per la terapia del dolore; nel riconoscere il diritto a quest'ultima terapia per garantire il rispetto della dignità e della autonomia della persona sino al termine della sua vita.

È ormai matura (per fortuna) la consapevolezza che il dolore di solito crea solitudine, disperazione, desiderio di morte. È superata la concezione culturale del dolore come esperienza esistenziale da affrontare con rassegnazione; come espiazione dei peccati propri o di tutti: a partire dal "partorirai con dolore" della Genesi, per giungere al dolore di Cristo nell'orto di Getsemani e alla sua preghiera di essere liberato dalla sofferenza.

Si è superata la concezione della rassegnazione al dolore per una sorta di catarsi, forse anche riconducibile alla incapacità di affrontarlo e sconfiggerlo. Si restituisce alla persona la consapevolezza che il dolore è attentato alla libertà, all'integrità intellettuale e alla dignità; è isolamento e solitudine. Si pensi ancora alla figura di Cristo nell'orto del Getsemani e alla sua delusione di fronte al sonno degli apostoli, nonostante la sua richiesta a loro di vegliare.

L'evoluzione della coscienza civile inizia anche a rifiutare o quanto meno a porsi il problema di altre forme e cause di dolore. Da quelle legate alle tradizioni dei riti iniziatici di certe società primitive alle mutilazioni femminili; alle malformazioni indotte dei piedi nelle donne cinesi e del collo nelle donne birmane; alla chirurgia estetica in casi non sorretti da esigenze, connesse a deformità e disagi del proprio modo di essere, motivati esclusivamente da ragioni di facciata.

Insomma, nel tema della lotta al dolore v'è un percorso recente – ma intenso e peraltro ancora incompleto – che è sintetizzato efficacemente nelle indicazioni tuttora valide del Tribunale dei diritti del malato, in occasione di una delle tante discussioni per l'adozione della legge del 2010 sulla terapia del dolore. Si tratta del diritto a non soffrire inutilmente; ad essere ascoltati e creduti quando si riferisce il proprio dolore; del diritto ad accedere alla terapia necessaria per alleviarlo ed a ricevere assistenza qualificata a tal fine; del diritto alla continui-

tà e assiduità di quella assistenza; del diritto a partecipare alle decisioni per la gestione del proprio dolore.

3. Di fronte al percorso scientifico e giuridico per contrastare il dolore ed alla ricerca di come intervenire sulle sue cause e conseguenze; di fronte al riconoscimento del diritto della persona alla loro eliminazione nei limiti del possibile, non è facile comprendere la contraddizione del percorso opposto della tortura e dell'uso del dolore. Dalla sua liceità e legittimazione a partire dagli ordinamenti di Roma sino all'avvento dell'illuminismo, al rifiuto e al divieto assoluto della tortura da parte di quest'ultimo; alla sua conservazione prima in maniera occulta e clandestina; poi al riemergere palese di essa ed alla richiesta della sua rilegittimazione attraverso la reintroduzione di una sua regolamentazione.

La tortura ha alle spalle una lunga storia di somministrazione del dolore; di sua esaltazione e regolazione minuziosa; di pubblicizzazione; di ostentazione a fini di prevenzione e di ammaestramento; di spettacolarizzazione per soddisfare la curiosità morbosa del pubblico e per educare quest'ultimo.

È una storia che pensavamo di aver esorcizzato e rifiutato con la sua vergogna, grazie alle conquiste della civiltà ed alla riscoperta della dignità umana sotto questo specifico profilo. In realtà – attraverso l'ipocrisia di una condanna apparentemente unanime e sotto l'ombra di un divieto assoluto – quella storia continuava e continua a sopravvivere anche nelle democrazie; non soltanto negli stati autoritari.

Basta pensare alle numerose tappe della condanna della tortura, dopo l'ultimo conflitto mondiale, a partire dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo; a seguire con la Convenzione di Ginevra nel 1949; con il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; con la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, delle Nazioni Unite nel 1984 (ratificata dall'Italia con legge n. 498 del 1998), sottoscritta da centosessantatré paesi.

Basta pensare al percorso analogo nell'ambito europeo, con la convenzione CEDU del 1950; l'attività del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea; da ultimo la Carta di Nizza del 2000/2007 sui diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Il dato costante dell'elaborazione convenzionale e sovranazionale è rappresentato prima di tutto dalla inderogabilità e dall'assolutezza del divieto di tortura, che si traduce nel carattere "privilegiato" del relativo diritto, come sottolineato da Bobbio. Quel dato si esprime inoltre nell'esigenza di tutelare in questo modo la dignità umana ed i diritti fondamentali, soprattutto quelli della integrità psicofisica delle persone sottoposte a restrizione di libertà; se pure con una serie di possibilità e di varianti.

Queste ultime sono legate in particolare al carattere proprio (riferibile ai soli soggetti investiti di autorità o funzioni pubbliche) o comune (riferibile a chiunque) del delitto di tortura; alla alternativa tra le diverse finalità perseguite con essa; al suo carattere istruttorio o piuttosto sanzionatorio e/o di umiliazione della vittima.

La svolta – rispetto ad un passato di efferatezze, di atrocità, di folklore e di fantasia della sofferenza inflitta – nasce come è noto dall'illuminismo; in particolare dalla posizione decisa ed emblematica di Beccaria.

Secondo quest'ultimo la tortura è inutile quando il colpevole è noto; è inammissibile quando esso è solo sospettato. Non può "purgare" il disvalore morale dell'infamia. Favorisce il colpevole robusto a danno dell'innocente debole. Moltiplica le contraddizioni di entrambi per sfuggire alla sua applicazione.

L'inammissibilità della tortura e la sua denuncia rimangono inalterate anche quando il ricorso ad essa supera la logica istruttoria e processuale per diventare una pena in sé. Vengono meno l'alibi e il pretesto dell'interrogatorio; ma rimane pur sempre la violenza come espressione del potere e della sua pratica violenta; come offesa e distruzione della dignità attraverso la sofferenza; come offesa alla capacità di autodeterminazione della persona.

Più la tortura è denunciata e vietata, più l'esperienza anche attuale dimostra che essa si dissimula in forme nuove. Ma ritorna pur sempre ad essere strumento di *intelligence*, di ricerca e acquisizione di fatti, complici e organizzazioni, attraverso la confessione estorta alla vittima disconoscendo il suo diritto al silenzio, attraverso il c.d. interrogatorio coercitivo.

4. Nonostante il carattere formalmente assoluto e non derogabile del divieto, siamo consapevoli che la tortura continua ad esistere e ad essere praticata: come prassi quotidiana contro il dissenso negli stati autoritari; come trattamento inumano e degradante, violenza fisica e psichica anche negli stati democratici.

Tuttalpiù in questi ultimi si coglie la differenza fra le situazioni in cui tale grave forma di illegalità è sanzionata sia formalmente che sostanzialmente e le situazioni in cui – al di là dell'ipocrisia del divieto formale – essa è invece sostanzialmente tollerata. Queste ultime sono forse tra le situazioni peggiori, a causa di quella ipocrisia che spinge non tanto e non solo a limitare, quanto a dissimulare meglio la pratica della tortura.

Il problema della riemersione della tortura nella democrazia riveste una particolare attualità nel contesto odierno di diffusione del terrorismo (oramai globale: al tempo stesso globale e locale) e della insicurezza che ne deriva per la convivenza. Una insicurezza che si fonda sia sulle numerose manifestazioni concrete del terrorismo; sia prima ancora sullo stato di angoscia e di paura collettiva che esso alimenta deliberatamente.

Diventa agevole, in questo clima, guardare alla tortura come ad una risposta adeguata – o quanto meno ragionevolmente soddisfacente – al terrore; qualche volta è l'unica considerata (a torto o a ragione) possibile od efficace. È difficile non cercare e non sfruttare in quei casi qualsiasi "strumento" di indagine in qualche modo disponibile. È difficile non lasciarsi trascinare dalla tentazione di una reazione a qualsiasi costo e da quella di una "guerra globale", di fronte a una strage efferata di innocenti coinvolti per caso.

È difficile fermarsi, non cercare ad ogni costo e con ogni mezzo di acquisire informazioni da chi sia sospettato di aver nascosto la *ticking bomb* – la bomba destinata ad esplodere nella scuola, nella chiesa, nell'ospedale, nel centro commerciale; nello stadio – o di sapere dove essa si trova e quando esploderà. È difficile fermarsi, cercare di ragionare freddamente; non reagire di impulso nei confronti di chi spara a casaccio nel mucchio o contro gli ostaggi inermi. È difficile rispettare i limiti della legge e l'umanità e la dignità del presunto o effettivo autore o complice del gesto terroristico, di fronte all'efferatezza e alla disumanità del gesto e del tentativo di giustificarlo.

Per questo, dopo lo *shock* dell'11 settembre 2001 e la percezione in tempo reale, volutamente spettacolarizzata, dei quattro attacchi suicidi – con il loro *mix* di efficienza (provocando la morte di oltre tremila persone) e di brutalità primitiva – si è aperta la via della guerra al terrorismo ed al nemico combattente illegale di una simile guerra asimmetrica: la via del diritto penale del nemico.

Sembra quasi inevitabile la serie di misure varate dagli Stati Uniti con il *Patriot Act* del 2001: la sospensione delle garanzie e dell'*habeas corpus* in particolare; la legittimazione degli interrogatori coercitivi; il progressivo innalzamento del livello di coercizione, con il connesso inevitabile avvio sulla c.d. china scivolosa; la scelta dell'extraterritorialità per l'esercizio della giurisdizione e l'esecuzione della pena.

Il dibattito si sviluppa oggi sulla riscoperta "formale" della tortura; sul richiamo alla teoria del male minore per affermarne la legittimità morale; sul tentativo di legalizzarla attraverso la fissazione per legge di limiti ad essa, per rispettare almeno formalmente il principio dello stato di diritto. Si sviluppa sul il richiamo alla necessità di bilanciare il rispetto dei diritti fondamentali di ciascuno con il diritto alla sicurezza di tutti; sull'emergenza, che però in realtà diventa quotidianità. Quel dibattito viene giustificato in chiave di riduzione della dignità e della sua tutela – amputandola della libertà e del corredo di diritti sociali che sono indivisibili dalla dignità – in nome della prevalenza del diritto alla sicurezza collettiva sulla sicurezza dei diritti fondamentali.

Sono questi in sintesi i profili sviluppati da più parti, su cui si fonda ed in cui si articola il dibattito sulla riscoperta, sulla legittimità e sui limiti di una tortura che si riteneva troppo ottimisticamente rimossa dalla democrazia.

Nel dibattere quei profili occorre tener presente che la tortura è praticata di solito anche negli stati democratici, con mezzi sofisticati per salvare le apparenze; che essa non è impedita di per sé né dal carattere democratico, né dai presidi e dalle garanzie apprestati dallo stato democratico. Insieme alla dignità la tortura lede i requisiti essenziali di eguaglianza, universalità, inviolabilità, indivisibilità ed effettività dei diritti fondamentali, nell'ordinamento costituzionale interno ed in quello sovranazionale convenzionale; corrompe ed annulla la dignità molto più per chi la pratica che per chi la subisce.

Infine e soprattutto, il ricorso alla tortura non è ragionevole per il suo alto rischio di inutilità; non è necessario perché possono esservi altri mezzi di prevenzione e di *intelligence*; non è eccezionale perché sono sempre più frequenti e prevedibili il bisogno e la possibilità di acquisire informazioni.

La tortura non è neppure utile sotto altri aspetti più generali di equilibrio globale., Come dimostrano le esperienze emblematiche delle torture "coloniali" in Viet Nam, in Algeria, in Iraq; di quelle "contro l'eversione" di massa e il dissenso in Argentina ed in Cile, la tortura distrugge in modo difficilmente riparabile la reputazione e la legittimità di uno stato democratico degno di questo nome che la pratici o la lasci praticare a terzi, approfittandone o istigando questi ultimi.

È stato autorevolmente ricordato che le democrazie possono e devono combattere il terrorismo o con una mano sola, perché l'altra è legata dietro la schiena. Tuttavia appare sempre più pressante la tentazione e la pressione di molti per slegare quella mano; anche se

– al di là della “soddisfazione” per aver compiuto tutto il possibile – rimane il dubbio sulla inefficienza e sulla inutilità di fondo di un simile metodo. Lo dimostrano ampiamente le vicende e gli esiti di Abu Grahیب e di Guantanamo, al di là della certezza che si tratta di metodi inammissibili per il rispetto della dignità e per la vita stessa della democrazia.

5. La situazione italiana rispecchia il clima generale delle democrazie in tema di divieto formale assoluto della tortura e di sua tolleranza in concreto.

Nonostante l'Italia abbia ratificato la Convenzione sulla tortura delle Nazioni Unite nel 1984 soltanto con la legge n. 498 del 1998 (già di per sé in notevole ritardo), il delitto di tortura è stato introdotto ben più tardi nell'ordinamento italiano, all'art. 613 *bis* c.p., con legge n. 110 del 2017.

Il lungo *iter* politico, dottrinale e parlamentare per l'introduzione del delitto ed il suo testo normativo nella stesura definitiva (dopo il dibattito su numerose proposte), riflettono le tensioni e i compromessi che hanno segnato il riempimento di questo vuoto rilevantissimo nella tutela della dignità. Sono tensioni che riemergono nella proposta ricorrente per l'eliminazione e per la disapplicazione della norma da poco introdotta a tal fine.

L'occasione e lo stimolo più prossimi per l'approvazione della legge sono stati proposti soprattutto dalle drammatiche vicende verificatesi a Genova nell'estate del 2000 in una caserma di polizia ed in una scuola, in occasione dei gravissimi episodi di turbamento dell'ordine pubblico da parte dei dimostranti e di reazione da parte delle forze di polizia durante lo svolgimento del G8.

La Corte EDU in particolare ha condannato l'Italia per le carenze strutturali nel nostro ordinamento di strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura e di altri maltrattamenti e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastino con la giurisprudenza della Corte.

Questa giurisprudenza, quella nazionale e la dottrina hanno ampiamente trattato e ricostruito sia le vicende di Genova; sia i purtroppo non pochi episodi di violenza fisica e psichica verificatisi in vicende facenti capo a gruppi numericamente più ridotti e/o a casi singoli, anche recentemente, nel contesto carcerario ed in quello di polizia. Non è questa la sede per approfondimenti sui quali si rinvia alle numerose trattazioni specifiche. Ad esse si rinvia anche per il richiamo dell'*iter* dei lavori preparatori; delle problematiche sollevate nel loro svolgimento; dei reiterati ammonimenti, inviti e proteste da parte degli organismi internazionali competenti. Questi ultimi hanno sollevato numerose perplessità circa il modo con cui veniva prima dimenticato e poi affrontato il tema della tortura nelle reazioni dell'ordinamento e nell'elaborazione di una legge nazionale *ad hoc*, assente sino poco tempo fa.

Interessa piuttosto accennare alla diversità di prospettiva tra la Convenzione del 1984 e la norma dell'art. 613 *bis* che ne costituisce un'attuazione soltanto parziale.

6. La Convenzione propone la definizione internazionale di tortura ricomprendovi qualsiasi atto con cui siano intenzionalmente inflitti – da un pubblico funzionario o da chi sia ad esso collegato – dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, al fine di ottenere dal destinatario o da un terzo informazioni o confessioni; al fine di esercitare pressioni o di intimorire

re il destinatario o il terzo; al fine di punire il primo da un atto compiuto o di cui venga sospettato; per qualunque altro motivo basato su qualsiasi forma di discriminazione.

I fondamenti costituzionali che rendevano doverosa l'attuazione della Convenzione ONU del 1984 sono molteplici e tutti di estremo rilievo e significato. Vale in primo luogo il richiamo generale dell'articolo 3 Cost. alla "pari dignità sociale" di tutti.

Vale poi il richiamo dell'articolo 11 Cost. alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni e al suo sviluppo nell'articolo 117 1° comma (testo riformato nel 2001). I "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*", per l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale, impegnano lo Stato italiano al rispetto ed all'attuazione della Convenzioni *ad hoc*: fra di esse, ovviamente, la Convenzione ONU del 1984.

Vale in terzo luogo (ma non in ordine gerarchico) l'obbligo di punire – unico previsto nella Costituzione – ex articolo 13 ultimo comma "*ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*".

Vale ancora, in quarto luogo, l'affermazione esplicita dell'art. 27 Cost. al fatto che "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*", rispetto alle condizioni di sovraffollamento del carcere. Queste ultime sono state condannate reiteratamente dalla CEDU per le vergognose e intollerabili conseguenze di fatto che ne derivano nella quotidianità della reclusione.

È un'affermazione implicita – ma consolidata e resa esplicita dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale – la necessità di rispettare tutti i "*residui di libertà*" (così definiti da essa) compatibili con la privazione della libertà personale e con le esigenze di sicurezza. È stata formulata soprattutto a proposito degli eccessi nella applicazione dell'art. 41 *bis* c.p.p. sia per indurre i destinatari alla collaborazione con la giustizia; sia per impedire i loro rapporti con le organizzazioni criminali; sia per rendere più afflittiva e più dura la detenzione. Il problema è stato affrontato in tutta la sua complessità da un recente tentativo di riforma dell'ordinamento penitenziario, che è stata bloccata dall'ultimo cambio di maggioranza politica e di governo.

Vale altresì il richiamo esplicito dell'articolo 27 alla abolizione definitiva della pena di morte anche nel codice penale militare di guerra. È un richiamo particolarmente calzante di fronte alla tendenza alla "guerra totale contro il terrorismo" anche attraverso il ricorso alla pratica della tortura.

Vale infine il richiamo dell'articolo 32 – per la verità non particolarmente evocato nel dibattito sul terrorismo – alla tutela della "*salute come fondamentale diritto dell'individuo*", oggi intesa come diritto al benessere fisico e psichico ed alla terapia della malattia del dolore.

Di fronte a questa schiera di indicazioni costituzionali non poteva ritenersi né adeguata, né sufficiente la linea di difesa e di reazione della dignità e della personalità umana contro la tortura, semplicemente attraverso il richiamo dei maltrattamenti e degli abusi dei pubblici ufficiali contro detenuti (artt. 571 e 572 c.p.; artt. 606, 607, 608 e 906 c.p.), ancorché aggravati dalla qualità dell'agente.

La fattispecie dell'art. 613 *bis* è collocata nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, con un chiaro riferimento all'offesa dell'autodeterminazione e di questo profilo specifico della dignità della vittima, sulla scorta dell'articolo 13. Forse poteva essere più opportuno l'inserimento di quella fattispecie nell'ambito dei delitti contro la personalità individuale, se non addirittura contro la vita e l'incolumità individuale.

Soprattutto – a differenza della previsione della Convenzione del 1984 – la nuova incriminazione rientra nell'ambito dei reati c.d. comuni; non di quelli c.d. propri dei pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio. Questi ultimi vengono presi in considerazione nei termini di un'aggravante per l'abuso di poteri o per la violazione di doveri; sono escluse unicamente le sofferenze risultanti dall'esecuzione di misure legittime.

Per un verso, appare positivo l'allargamento dell'ambito di applicazione della norma, che rafforza la sua capacità di tutela. Per un altro verso però si tradisce in qualche modo lo spirito della Convenzione sulla tortura, che gravita soprattutto sul rapporto tra autorità e libertà, tra individuo e stato.

L'articolo 613 *bis* c.p. cerca di dettagliare più specificamente l'ambito della potenziale parte offesa, la sua vulnerabilità e il suo rapporto con il torturatore, attraverso il richiamo 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".

Il delitto si articola in una condotta di violenza o minacce gravi o azioni con crudeltà; richiede "più condotte" ovvero "un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona". Si realizza con un evento di "acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico", con esclusione – per la condotta dei soggetti c.d. pubblici – delle "sofferenze risultanti unicamente dall'esercizio di legittime misure privative o limitative di diritti". Richiede un dolo generico, non specifico o intenzionale, che invece è previsto dalla Convenzione.

Il legislatore ha scelto di tipizzare in modo dettagliato il disvalore e le modalità della condotta, con una serie di indicazioni rimesse necessariamente alla concretezza ed alla valutazione dell'interpretazione giurisprudenziale. È stato giustamente osservato che la nuova fattispecie non soddisfa certamente ed *in toto* le aspettative per l'attuazione della Convenzione del 1984; è il frutto di una serie di compromessi; è di difficile lettura ed interpretazione.

Secondo qualcuno la norma è stata addirittura scritta in modo da renderne difficile o impossibile l'applicazione e in modo da suggerirne l'abrogazione per un malinteso senso di difesa dell'immagine delle forze di polizia. In realtà la miglior difesa di quella immagine, del rispetto e della riconoscenza verso le forze di polizia – per la qualità, la professionalità e la dedizione del loro impegno – è proprio la repressione dei comportamenti devianti di alcuni loro appartenenti.

La fattispecie della tortura rappresenta pur sempre un primo – anche se tardivo e incompleto – passo in avanti per la difesa della democrazia e della dignità. Molto dipenderà – per giudicare dell'effettività della norma e della sua capacità di rispondere alle numerose, pressanti e drammatiche domande che propone il tema della tortura – dalla capacità dei giudici di interpretarla e soprattutto di applicarla, nello spirito e non soltanto nella lettera.

È evidente come nella lettura e nell'interpretazione la giurisprudenza dovrà seguire prioritariamente le indicazioni concordi dell'ordinamento sovranazionale e comunitario; non

scegliere una via riduttiva e di accoglimento delle ambiguità che la norma contiene nella sua formulazione, rifugiandosi nel tecnicismo di una interpretazione formalistica. Ma è altresì evidente la necessità di sviluppare sempre di più e prima ancora la cultura della legalità sostanziale, della dignità, dell'eguaglianza, del rispetto nei confronti del "diverso" soprattutto da parte di chi sia investito di autorità nei suoi confronti (o creda di esserlo).

7. Il tema della tortura, della sua storia e memoria, evoca infine un altro tema distinto e collegato: il rapporto ed il confronto tra la dimensione individuale della tortura e quella collettiva dello sterminio, del genocidio, della Shoah. Quali legami vi sono, (se vi sono) fra queste due manifestazioni della natura e della crudeltà umana, che costituiscono entrambe, sotto profili diversi, un'aggressione alla dignità e alla identità e alla vita della persona (quando la tortura si conclude con la morte)? È solo una differenza di quantità (il singolo e il gruppo) e di modalità dello svolgimento di tale aggressione; o vi è fra di loro una differenza ontologica prima che strutturale?

Per un primo orientamento la tortura non può essere considerata un tratto essenziale della Shoah; non fa parte né dello sterminio, né del genocidio di un popolo o di un gruppo. La sovrapposizione fra le due realtà rischia di generare confusione fra esse; nello sterminio di massa il singolo "non conta".

Invece la tortura non è annientamento del gruppo o del singolo in quanto parte del gruppo. È un tentativo di distruggere l'identità e la dignità del singolo come tale, attraverso comportamenti come il *waterboarding*, l'elettroshock, la somministrazione di dolore, l'intimidazione, le umiliazioni e gli abusi sessuali; e ciò per lo più attraverso un interrogatorio coercitivo e la violazione della sua intimità, per far parlare la vittima e costringerla a rivelare qualcosa. L'appartenente al gruppo da sterminare, nel genocidio, è un numero (un "pezzo", come ricordava Primo Levi, uno "*stuck*"); il destinatario della tortura è una persona da depersonalizzare.

Insomma, non sembra esservi un nesso intrinseco fra la tortura e il genocidio, lo sterminio. La prima non è necessariamente un annientamento completo della vittima né un passo verso il genocidio, ancorché entrambe manifestino il medesimo proposito distruttivo su piani diversi (individuale e collettivo).

Per un altro orientamento la tortura – nella sua forma sadica, irrazionale e non giudiziaria o di tipo tradizionale – è effettivamente una prima fase della storia dei campi di concentramento. Tuttavia non è utile per comprendere la novità dello sterminio burocratico di massa; è un'esperienza – ricostruita e descritta da Primo Levi – estranea all'universo concentrazionario.

Al contrario, per altri ancora come Jean Amery, la tortura è l'essenza del *terzo reich* ed è fondamentale per la comprensione di quest'ultimo; racchiude l'intero processo dell'internamento, dalle modalità di deportazione alla vita nel campo. È una tortura diversa sia da quella finalizzata all'interrogatorio, sia da quella praticata sull'oppositore politico; è al tempo stesso razionale e illimitata, sadica e industrializzata ed impersonale. È una novità a fronte del nuovo orizzonte terroristico, rispetto alle due forme tradizionali di essa, come sottolinea Hanna Arendt.

La tortura è vista come il punto di avvio del processo di disumanizzazione che conduce al lager, come osserva Jean Amery confrontando la sua deportazione con le vicende successive della guerra di Algeria (la *sale guerre*). “Luogo principe di una tortura infinita” in cui la violenza coloniale raccoglie l’eredità del razzismo; che si affaccia e si impone sulla democratica Francia così come potrebbe farlo in un altro paese e in altra situazione, di fronte alla realtà delle migrazioni bibliche ed al tentativo di contrastarle con ogni mezzo disponibile.

Tenere insieme tortura e campi di concentramento e sterminio (la prima forma moderna di tortura terroristica) – al di là delle distinzioni esistenti fra le due realtà – vuol dire tener presenti la lezione e l’ammonimento della storia, la pervietà e la fragilità del confine fra tortura e democrazia, fra guerra e pace, fra la persona e gli altri, fra l’individuo e il collettivo.

Sono una lezione ed un ammonimento preziosi di questi tempi. Sono la premessa per conservare e rendere effettiva l’attualità di una Costituzione come la nostra, giunta al settantesimo anno di vita; per continuare a battersi per la sua attuazione, in nome della definizione che essa propone per il rapporto fra stato e persona; per ricordare a noi stessi e a chi ci seguirà che “*chi dimentica il passato è condannato a ripeterlo*”, come sta scritto all’ingresso del campo di concentramento di Dachau.

Bibliografia

Per una indicazione dei contributi di riflessione sul tema ai quali si richiama il testo, assai numerosi, si rinvia a taluni fra i più recenti, per ogni approfondimento:

- A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Il libro dell’anno del diritto 2018*, Treccani, Roma, 2018.
- E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, Cacucci Editore, Bari, 2018.
- M. DI GIOVANNI, C. RITA GAZA, G. SILVESTRINI (a cura di), *Le nuove qualificazioni della tortura nell’età dei diritti*, Morlacchi Editore, Perugia, 2017, con particolare riferimento ai contributi di M. Lalatta Costerbosa, M. Montagna, C. Mazza, G. Silvestrini, D. Guzzi, A. Algostino.
- P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito sulla tortura*, in *Politica del diritto*, 3, 2017.
- D. DI CESARE, *Tortura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.
- G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, Libreria Editrice Vaticana, 2015.
- ID., *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana Costituzionalisti – Saggi*, 2/2015.
- S. RODOTA’, *La vita e le regole (tra diritto e non diritto)*, Feltrinelli. Milano, 2009.
- A. CASSESE, *L’esperienza del male*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- ID., *Il sogno dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2008.
- A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Milano, 1840.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764 (riedizione Milano, Mondadori, 2014).