



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Il delitto di tortura nel sistema italiano.  
Un declino dei principi di determinatezza e precisione.

Relatore:  
Chiar.ma Prof.ssa Cristina De Maglie

Tesi di laurea di  
Alessandra Bolognesi  
Matricola n. 471711

Anno accademico 2023/2024



*A chi mi ha insegnato a sognare,  
A chi mi ha sempre tenuta per mano,  
A chi ha creduto in me, prima ancora che in sé stesso,  
All'amore di chi c'è e di chi vive nel cuore.*



## INDICE

Introduzione.....	p.5
-------------------	-----

### CAPITOLO I.

#### I PRINCIPI DI PRECISIONE E DETERMINATEZZA

1. Il principio di precisione: fondamento.....	p.7
1.1 La portata del principio di precisione: teorie a confronto .....	p.15
1.2. L'oggetto del principio di precisione e le tecniche di formulazione delle norme penali .....	p.19
1.3 Il principio di precisione nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione più recente .....	p.27
2. Il principio di determinatezza e il divieto di analogia .....	p.34
2.1 Il principio di tassatività rivolto al legislatore .....	p.41
2.2 Il principio di tassatività rivolto al giudice.....	p.46
2.3 La distinzione tra analogia e interpretazione estensiva .....	p.58
3. Il problema della vaghezza della norma .....	p.65
3.1 La riduzione della vaghezza .....	p.71

## **CAPITOLO II.**

### **L'INTERPRETAZIONE DELLA FATTISPECIE DI TORTURA ALLA LUCE DEI PRINCIPI DI PRECISIONE E DETERMINATEZZA**

1. Il delitto di tortura: una ricostruzione storica dell'incriminazione .....	p.75
1.1 Alle origini dell'art.613 bis c.p. ....	p.84
2. L'elemento della "gravità" che caratterizza le violenze e le minacce .....	p.93
3. L'elemento della "crudeltà": la funzione di supplenza dell'art.61 comma 1, n.4 c.p. ....	p.108
4. Il requisito della reiterazione della condotta.....	p.117
5. Il problematico riferimento ai "trattamenti inumani e degradanti" .....	p.123
6. Il requisito della "verificabilità" del trauma psichico.....	p.130
7. L'elemento della "minorata difesa": l'incidenza dell'art.61 comma 1, n.5 c.p. ....	p.139
8. I profili critici.....	p.149

## **CAPITOLO III.**

### **LE OPPORTUNITÀ DI UNA RIFORMA**

1. La "nuova" legalità.....	p.156
2. Il recupero della legalità: la sentenza n.115/2018 della Corte Costituzionale...	p.165
3. Il "negazionismo" della tortura e la proposta di abrogazione del reato.....	p.178
4. Prospettive di riforma .....	p.187

Conclusioni..... p.196

Bibliografia..... p.199

Giurisprudenza..... p.225

Ringraziamenti..... p.241



## Introduzione

Prendendo le mosse dallo studio dei principi che regolano la materia penale, l'analisi si propone l'obiettivo di indagare la conformità costituzionale dell'art.613 bis c.p. che, introdotto allo scopo di ottemperare agli obblighi internazionali discendenti dalla ratifica della CAT, ha sollevato, fin dal momento della sua approvazione, gravi dubbi di legittimità.

Sotto questo profilo, si procederà, in particolar modo, alla ricostruzione della *ratio* e del contenuto del principio di legalità che, declinandosi nei principi di determinatezza, di tassatività e nella riserva di legge in materia penale, ha la funzione di garantire la libertà dei singoli a fronte del possibile arbitrio del potere giudiziario.

In questa prospettiva, nel tentativo di individuare il delicato equilibrio tra le esigenze repressive e il rispetto dei diritti fondamentali, particolare attenzione sarà, poi, dedicata all'esame delle implicazioni teoriche e pratiche derivanti dall'adozione delle diverse tecniche di redazione della fattispecie.

Sotto questo profilo, si analizzeranno, in particolare, gli effetti della progressiva deresponsabilizzazione del potere politico che, assuefatto al fascino del più deprimente populismo penale ed incapace di raggiungere efficaci compromessi sul piano pratico, tende all'elaborazione di un diritto penale massimo, capace di far fronte a qualsiasi istanza di tutela, ancorché in contrasto con il principio di frammentarietà ed *extrema ratio*.

In questo contesto, un'ampia riflessione riguarderà, invece, il ruolo svolto della giurisprudenza della Corte Costituzionale che, dopo un periodo di sostanziale inerzia, tesa a salvaguardare l'operatività di disposizioni di dubbia legittimità, ha, a partire dalla

sentenza n.230 del 2012, progressivamente riscoperto il ruolo del principio di legalità in materia penale.

Nell'esaminare le caratteristiche che denotano l'attuale panorama normativo ci si concentrerà, in particolare, sull'analisi dell'art.613 bis c.p., nel quale l'"iperanaliticità"<sup>1</sup> del testo si scontra con l'"inafferrabile tassatività"<sup>2</sup> del lessico.

In questa prospettiva, allo studio dei singoli elementi di fattispecie verrà, pertanto, affiancata l'analisi dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che, mossi dal tentativo di salvaguardare l'operatività della norma, tenderanno, seppur in diversa misura, di ridurre i margini di indeterminatezza.

Sotto questo profilo, si indagheranno, in particolare, le ripercussioni derivanti dalla crisi della prospettiva legalistica e, prestando specifica attenzione al ruolo di supplenza assunto dalla giurisprudenza, verranno esaminate le implicazioni della cd. "nuova legalità".

Nel tentativo di recuperare, non soltanto l'enorme carica lesiva della pratica della tortura ma anche, e soprattutto, la conformità al quadro costituzionale ed internazionale, l'analisi si soffermerà, infine, sulle possibilità di riforma dell'art.613 bis c.p..

---

<sup>1</sup> DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2019, p. 121

<sup>2</sup> RISICATO L., *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Criminalia*, 2018, p. 351

## CAPITOLO I

### I PRINCIPI DI PRECISIONE E DI DETERMINATEZZA

#### 1. Il principio di precisione: fondamento

La materia penale è governata dal principio di legalità che, costituzionalizzato all'art. 25 comma 2 Cost., sancisce il primato della Legge, quale espressione della volontà popolare. Alla base di questa scelta vi è l'idea di matrice illuministica<sup>1</sup> che il Parlamento rivesta un ruolo di garanzia poiché, incarnando “la rappresentanza politica della Nazione”<sup>2</sup>, rappresenta l'unico organo in grado di preservare la libertà dei cittadini a fronte del possibile arbitrio dei poteri pubblici.

Il principio di legalità trova, inoltre, un più esplicito riconoscimento all'interno dell'art. 1 c.p. il quale, stabilendo che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”, consente di delineare tre sotto-principi che ne costituiscono le implicazioni formali e sostanziali: la riserva di legge in materia penale, il principio di precisione o sufficiente determinatezza della legge penale e il divieto di analogia<sup>3</sup>.

La riserva di legge, nel nostro ordinamento, assume i caratteri di una riserva “tendenzialmente” assoluta<sup>4</sup> e comporta che soltanto la legge cd. formale (disciplinata agli artt. 70-74 Cost.) possa, legittimamente, individuare gli elementi essenziali del fatto

---

<sup>1</sup> PELISSERO M., *Diritto penale. Appunti di parte generale*, 2ª edizione, Torino, 2023, p. 25

<sup>2</sup> Corte Cost., (ud. 1 dicembre 2021) 24 gennaio 2022, n.17, in *One legale*; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 7ª edizione, Milano, 2023, p. 78; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 268

<sup>3</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12ª edizione, Milano, 2023, p. 51

<sup>4</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 8ª edizione, Bologna, 2019, p. 55; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 76 ss.

tipico, con esclusione, di conseguenza, della legge regionale e della consuetudine. Secondo autorevole dottrina<sup>5</sup> la normazione penale dovrebbe essere preclusa anche nei confronti della legge in senso cd. materiale. La riserva di legge, infatti, concentrando nelle mani del potere legislativo, in quanto organo rappresentativo, la normazione penale, assolve alla funzione di garanzia<sup>6</sup> e di certezza nei confronti dei consociati; esigenze, queste ultime, che rischierebbero di essere frustrate nell'ambito della legge materiale, ove il controllo parlamentare, seppur presente (*ex post* nel caso del decreto-legge ed *ex ante* nel caso di decreto legislativo) risulta, nella pratica, meno stringente. Ciò nonostante, la prassi fa ampio uso di questi strumenti, con la conseguenza di generare un clima di incertezza e sfiducia dei consociati, almeno in quelle ipotesi in cui all'emanazione di un decreto-legge non faccia poi seguito la relativa legge di conversione parlamentare (si pensi all'introduzione nel 2022, tramite decreto-legge, dell'art.434 bis c.p. la cui efficacia è stata travolta dalla mancata legge di conversione<sup>7</sup>), con effetti irreversibili in tema di libertà personale<sup>8</sup>.

Le perplessità investono, tuttavia, anche le caratteristiche dei decreti legislativi che, pur determinando un indubbio alleggerimento dell'*iter* normativo, sottraggono al Parlamento il controllo sul prodotto finale che viene, invece, affidato alla Consulta attraverso un giudizio di conformità alla legge-delega<sup>9</sup>.

La natura della riserva di legge, che alcuni Autori definiscono "assoluta temperata"<sup>10</sup>, impone che soltanto la legge possa prevedere i fatti che costituiscono reato (e le relative

---

<sup>5</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 57; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 51 ss.

<sup>6</sup> FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 75; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, Padova, 2023, p. 45; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p.26

<sup>7</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 52

<sup>8</sup> PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9ª edizione, Torino, 2023, p. 98

<sup>9</sup> PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 98

<sup>10</sup> PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 27

pene) con la conseguenza che una delega alla fonte subordinata, volta all'individuazione di siffatti elementi, sarebbe inammissibile. Un'integrazione da parte della fonte subordinata potrebbe, al contrario, profilarsi in due diverse evenienze: da un lato, in presenza di elementi di fattispecie che richiedano un'integrazione tecnica (difficilmente raggiungibile in sede parlamentare a causa della complessità di alcuni settori), dall'altro lato, nell'ipotesi in cui una fattispecie penale rimandi a una fonte subordinata per l'individuazione, in tutto o in parte, del precetto (cd. norma penale in bianco<sup>11</sup>). In quest'ultimo caso, ad avviso della Corte costituzionale, la riserva di legge sarebbe salvaguardata solo a condizione che sia assicurato il principio della cd. sufficiente specificazione<sup>12</sup> che, riservando alla legge la previsione dei casi e dei limiti di intervento dell'atto o del provvedimento non legislativo, non viola il requisito della predeterminazione.

A ben vedere la Consulta, nell'affrontare il tema delle norme penali in bianco, trascende il mero rispetto della riserva di legge in senso formale per spingersi verso un'indagine di natura sostanziale, evocando, in questo senso, il principio di determinatezza del precetto penale.

La funzione della riserva di legge sarebbe, infatti, svuotata del suo contenuto garantista se il legislatore si servisse, nella formulazione delle disposizioni penali, di nozioni talmente generiche da risultare astrattamente compatibili con una pluralità di interpretazioni o, al contrario, insuscettibili di riscontro pratico<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 79; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 96

<sup>12</sup> *Corte Cost.*, (ud. 17 marzo 1966) 23 marzo 1966, n.26, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 5 luglio 1971) 8 luglio 1971, n.168, in *One legale*; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4<sup>a</sup> edizione, Milano, 2023, p. 101; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 52; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 96; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 27

<sup>13</sup> FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup> edizione, Milano, 2023, p. 90; FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 153

Nell'affrontare il tema relativo alla determinatezza delle fattispecie penali, risulta necessario premettere che con questo termine ci si riferisce alla "idoneità di un dato ad essere precisamente conosciuto in sé stesso ed eventualmente nel significato che esso esprime"<sup>14</sup>. Risulta, di conseguenza, evidente come tale esigenza, propria del linguaggio giuridico, sia avvertita con maggior forza all'interno della materia penale ove il cittadino dev'essere posto nella condizione di discernere precisamente il fatto lecito dall'illecito<sup>15</sup>. Ad essere frustrata, in caso contrario, sarebbe anche la funzione orientativa propria del diritto penale che non sarebbe in grado di esprimere la propria efficacia deterrente. Alla luce di quanto esposto occorre chiedersi se il principio in parola possa dirsi costituzionalizzato con la finalità di individuare anche le conseguenze che deriverebbero dalla sua violazione.

Mentre il principio di determinatezza è agevolmente desumibile dalla formulazione dell'art.1 c.p. che, avvalendosi dell'avverbio "espressamente"<sup>16</sup>, esplicita la necessità che il legislatore delinea il fatto tipico servendosi di una terminologia chiara, intelligibile e oggettivamente riscontrabile nei dati della realtà<sup>17</sup>, meno intuitive sono le sue radici costituzionali.

L'art.25, comma 2, Cost., invero, non ne contiene un'enunciazione esplicita, ma com'è stato efficacemente illustrato da autorevole dottrina è possibile ricavarlo attraverso un'interpretazione teleologica dai principi di riserva di legge e di irretroattività in materia penale. Si è, infatti, rilevato che maggiore è l'indeterminatezza della norma, maggiore è

---

<sup>14</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 1

<sup>15</sup> *Corte Cost.* (ud. 23 marzo 1988) 24 marzo 1988, n.364, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 11 giugno 1990) 14 giugno 1990 n.282, in *One legale*; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 93

<sup>16</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2<sup>a</sup> edizione, Bologna, 2017, p. 109; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 27

<sup>17</sup> DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2019, p. 105 ss.; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 53

la probabilità che l'organo giudiziario, essendo chiamato all'opera di sussunzione del fatto concreto al dato normativo, partecipi alla formulazione della fattispecie, individuandone il campo di applicazione, con l'ovvia conseguenza che la norma, in buona parte di fonte giudiziale, troverà applicazione in relazione a fatti verificatesi prima della sua formulazione<sup>18</sup>.

Analogamente, è possibile dedurre l'esistenza del principio di determinatezza anche dalla funzione rivestita dalla riserva di legge: il requisito della predeterminazione legislativa sarebbe violato ogni qual volta in cui il legislatore, abdicando alla sua funzione in favore del giudice, facesse uso di elementi indeterminati o elastici privi di una reale indicazione del fatto tipico.

Invero, il principio di cui in oggetto, esplica la sua funzione in una duplice direzione<sup>19</sup>: da un lato, nei confronti del legislatore, declinandosi, più propriamente, nel principio di precisione, dall'altro lato, nei confronti del giudice, traducendosi, in primo luogo, nel divieto di analogia.

Fatte queste doverose premesse, risulta opportuno concentrare la disamina sul principio di precisione per individuarne compiutamente il fondamento e la portata.

La precisione costituisce, in primo luogo, "strumento di certezza"<sup>20</sup> del diritto. Nelle collettività contrassegnate dal pluralismo ideologico prevale l'instaurazione di relazioni di natura "societaria", ossia di conflitto, in questo contesto il bisogno di certezza, che non può essere soddisfatto dall'esistenza di una salda ideologia comune (caratteristica delle comunità culturalmente omogenee in cui si sviluppano rapporti di natura prevalentemente

---

<sup>18</sup> FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 92, PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 33

<sup>19</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 110; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 67

<sup>20</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 104; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 163; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 68; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 53; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 25

“comunitaria”), dev’essere assolto dal diritto, per il tramite di meccanismi formalizzati di produzione normativa. Diviene, pertanto, evidente come la legge, solo se rispondente al principio di precisione, può assumere il ruolo di garante della certezza<sup>21</sup>.

Questa funzione del principio di determinatezza è stata, tuttavia, criticata da quanti ritengono che, all’interno di una società in continua evoluzione, l’utilizzo di formule rigide finirebbe per determinare uno scollamento tra le esigenze di tutela e la produzione normativa che potrebbe essere arginato soltanto attraverso un’incessante attività di innovazione legislativa. Più congeniale apparirebbe, secondo questa corrente di pensiero, l’uso di una terminologia di sintesi capace di adattarsi alle mutevoli esigenze sociali<sup>22</sup>.

Tale critica, senz’altro efficace, rischia, tuttavia, di giustificare un’espansione ipertrofica della materia penale contraria al principio di frammentarietà<sup>23</sup> ed *extrema ratio*<sup>24</sup> che la regola.

Peraltro, anche assumendo che la normazione sintetica sia lo strumento preferibile occorrerebbe, al fine di non vanificare le esigenze di certezza, riconoscere efficacia vincolante al precedente almeno nelle ipotesi in cui questo provenga dalla Corte di Cassazione<sup>25</sup>, riconoscimento che, tuttavia, contrasterebbe con il principio di legalità che postula, *in primis*, la separazione dei poteri<sup>26</sup> e la soggezione del giudice alla legge.

Parte della dottrina<sup>27</sup>, ha evidenziato, inoltre, l’interrelazione che intercorre tra il *principio di precisione* e l’uguaglianza di trattamento (art.3 Cost.). Infatti, l’esistenza di un

---

<sup>21</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 65

<sup>22</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 67

<sup>23</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 89; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 91; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 68

<sup>24</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 160

<sup>25</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 70

<sup>26</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 106; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 50

<sup>27</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 105; CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofiliachia*, in *Sistema penale (Web)*, 29 giugno 2022, p. 1; DE MAGLIE C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*,

enunciato normativo formulato in termini chiari e precisi permette di accrescere l'accuratezza dell'opera di sussunzione del dato reale al tipo legale, riducendo il rischio di attrarre, nell'area di operatività della fattispecie, situazioni che siano estranee allo scopo della stessa.

In senso contrario è stato, tuttavia, osservato come una rigida predeterminazione legale potrebbe comportare disparità di trattamento ogni qualvolta in cui il dato reale presenti caratteristiche peculiari tali da escludere, nella sostanza, la meritevolezza della *eadem poena*.

Risulta, di conseguenza, evidente l'irriducibilità del contrasto che appare, invero, superabile soltanto nell'ipotesi in cui si scelga di assegnare un peso specifico al valore della certezza.

La certezza del diritto, come è stato già osservato, troverebbe salvaguardia soltanto nella prima delle due teorie esaminate.

L'importanza del principio di precisione può essere colta anche in rapporto al principio di colpevolezza (art.27 Cost.) e alle funzioni della pena<sup>28</sup>. La Corte costituzionale ha, infatti, chiarito come il ricorso alla pena da parte del legislatore sia legittimo solamente in presenza di offese recate colpevolmente al bene giuridico, ossia personalmente rimproverabili all'autore<sup>29</sup>. La responsabilità presuppone, di conseguenza, la previa conoscibilità del precetto, nella sua interezza, da parte dell'agente: come sottolineato dalla Consulta, l'assoluta oscurità del testo legislativo che ingeneri nell'autore l'erronea

---

in *Criminalia*, 2022, p. 50; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, Padova, 2023, p. 68; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9ª edizione, Torino, 2023, p. 121

<sup>28</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 146; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 155

<sup>29</sup> *Corte Cost.* (ud. 23 marzo 1988) 24 marzo 1988, n.364, in *One legale*

convinzione di realizzare un fatto penalmente irrilevante integra un errore inevitabile<sup>30</sup>, rilevante ai sensi dell'art.5 c.p.

Ad essere vanificate, in presenza di una norma indeterminata, sarebbero, in realtà, anche le stesse funzioni della pena: da un lato, la funzione general-preventiva<sup>31</sup> sarebbe frustrata in presenza di disposizioni inidonee, in quanto indeterminate, ad orientare<sup>32</sup> le scelte dei consociati e, dall'altro lato, verrebbe meno la funzione special-preventiva che postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica<sup>33</sup>.

Occorre, in ultimo, ricordare che l'indeterminatezza dell'enunciato normativo preclude anche l'esercizio del diritto di difesa<sup>34</sup> (art.24 Cost.), sancito come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Infatti, la possibilità per la difesa di circoscrivere l'oggetto dell'accusa e di individuare i mezzi di prova ad esso relativi è subordinata all'esistenza di un precetto formulato in termini chiari e precisi. A ben vedere, peraltro, l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale<sup>35</sup> (art.112 Cost.) che, naturalmente, precede il diritto alla difesa, sarebbe incapace di operare in presenza di disposizioni oscure.

---

<sup>30</sup> Corte Cost. (ud. 23 marzo 1988) 24 marzo 1988, n.364, in *One legale*; PULITANÒ D., *Legalità penale e nomofiliachia*, in *Sistema Penale*, 12/2022, p. 65

<sup>31</sup> CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofiliachia*, cit., p. 1; DE MAGLIE C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività*, cit., p. 47; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 139; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 19

<sup>32</sup> DE MAGLIE C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività*, cit., p. 47

<sup>33</sup> Corte Cost. (ud. 23 marzo 1988) 24 marzo 1988, n.364, in *One legale*; FORTI G., *L'immane concretezza.*, cit., p. 164

<sup>34</sup> CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofiliachia*, cit., p. 1; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 69

<sup>35</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 90; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 91; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 155

## 1.1 La portata del principio di precisione: teorie a confronto

Dopo aver evidenziato il fondamento del principio di precisione appare opportuno concentrarsi sulla sua portata e, in particolare, sulla sua capacità di fungere quale criterio di formulazione della legge. In questo senso la dottrina si è mossa in due direzioni: in primo luogo, attraverso la formulazione di teorie volte all'individuazione di criteri di politica legislativa, in secondo luogo, attraverso l'enunciazione di parametri, di carattere tecnico, funzionali a garantire la determinatezza dell'enunciato.

Le teorie del primo tipo, maturate nell'ambito della dottrina tedesca, bilanciando il principio di determinatezza con gli altri principi fondamentali che caratterizzano gli ordinamenti, giungono ad affermare la *legittimità dell'abbandono* del canone di precisione in presenza di prevalenti ragioni di giustizia e di salvaguardia del bene comune<sup>36</sup>. *Ratio* di fondo di quest'impostazione è l'idea che, mentre gli elementi determinati condurrebbero ad uno scollamento tra la formula legislativa e la realtà sociale, gli elementi indeterminati, al contrario, consentirebbero un continuo adeguamento della prima alla seconda. Senonché, così procedendo, la teoria in parola, lungi dal fornire un criterio concretamente operativo per il legislatore, giunge a riconoscere la legittimità di qualunque formula linguistica, determinata o indeterminata che sia.

Per scongiurare il rischio di pervenire alla completa delegittimazione del principio di precisione sono stati, pertanto, proposti due diversi correttivi.

In primo luogo, si è sostenuto che il ricorso agli elementi indeterminati si limiti alle ipotesi in cui sia necessario salvaguardare "beni giuridici o scopi di particolare importanza"<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 305

<sup>37</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 307; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 126; *Corte Cost.*, (ud. 12 gennaio 1995) 27 gennaio 1995 n. 31, in *One legale*

Se risulta, invero, apprezzabile il tentativo di introdurre un criterio alla stregua del quale valutare la legittimità del linguaggio indeterminato, occorre, tuttavia, notare come il parametro in oggetto si riveli, in realtà, inconsistente. Il principio di determinatezza di cui all'art.25 Cost. costituisce un limite esterno all'attività del legislatore con la precipua funzione di impedire che valutazioni di natura puramente politica (quale quella sull'importanza dei beni giuridici) prevalgano sui diritti dei singoli.

Il secondo correttivo ancora, al contrario, la legittimità delle formule indeterminate all'impossibilità di raggiungere, mediante elementi determinati, un grado sufficiente di tutela dei beni giuridici<sup>38</sup>. In questa situazione, posto, discrezionalmente, il livello di tutela che si intende raggiungere, il giudizio sull'impossibilità di ottenerlo, assume natura puramente tecnica, ossia di obbiettiva verificabilità.

Date queste premesse, il fulcro dell'indagine si sposta, di conseguenza, sulla portata del principio di precisione: occorre, in altre parole, chiedersi se la portata costituzionale del principio in esame comporti l'esistenza di un parametro inderogabile o, piuttosto, di un mero criterio d'ordine. La natura costituzionale del principio impone, in realtà, l'accoglimento della prima alternativa in quanto, l'adesione alla seconda condurrebbe al sostanziale svuotamento del suo contenuto, la cui importanza è tale da averne imposto un'autonoma previsione solo in materia penale<sup>39</sup>.

Un'altra impostazione, collocabile nell'ambito delle teorie del primo tipo e di origine prevalentemente giurisprudenziale, teorizza l'esigenza di determinatezza in rapporto di proporzionalità crescente alla gravità del reato, ovvero all'entità della pena. In tal modo, tuttavia, oblitera la necessità di individuare il limite minimo e invalicabile del principio,

---

<sup>38</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 309

<sup>39</sup> *Ibidem*

al di sotto del quale la formulazione sarebbe tacitata dall'illegittimità costituzionale. Inoltre, non dev'essere trascurato che, frequentemente, l'esigenza di conoscibilità del precetto si manifesta in misura maggiore in presenza dei reati di cd. pura creazione legislativa il cui disvalore è, di norma, meno immediatamente percepibile. Trascurando, peraltro, il fatto che l'adesione a questa teoria potrebbe ingenerare il pericolo che la misura della pena possa costituire uno strumento funzionalmente asservito al progressivo svuotamento delle garanzie costituzionali.

Nell'ambito delle teorie del secondo tipo, occorre iniziare la disamina facendo riferimento a quell'impostazione che lega il principio di determinatezza all'esigenza di conoscibilità del precetto<sup>40</sup>.

La nozione di conoscibilità che dev'essere adottata allude all'attività conoscitiva che "trascorre da un segno linguistico al suo significato"<sup>41</sup> e "varia al variare del parametro soggettivo in relazione al quale è accertata". Tralasciando l'orientamento che vorrebbe la determinatezza parametrata al singolo e concreto soggetto agente con la paradossale conseguenza che una medesima disposizione sarebbe, al contempo, potenzialmente legittima ed illegittima a seconda del destinatario scelto<sup>42</sup>, occorre, invece, dar conto dell'impostazione che individua in un soggetto ideale, giuridicamente informato, il parametro oggettivo di riferimento.

Giunta, conseguentemente, a stabilire che oggetto della conoscibilità dev'essere la norma astratta, dotata di contenuto giuridicamente rilevante, la teoria in esame non riesce, tuttavia, ad individuare alcun criterio utile di tecnica legislativa<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 313

<sup>41</sup> *Ibidem*

<sup>42</sup> *Ibidem*

<sup>43</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 315

Un secondo sottogruppo di teorie si propone, invece, di evidenziare il rapporto intercorrente tra il principio di precisione e l'attività interpretativa<sup>44</sup>. In quest'ottica, una prima impostazione individua quale oggetto della determinatezza un obbligo nei confronti del legislatore alla formulazione di disposizioni "interpretabili". Senonché, risulta *prima facie* evidente, come qualunque "simbolo o segno, linguistico o no, sia sempre interpretabile"<sup>45</sup>, sicché il problema, lungi dal trovare una chiara risoluzione in questa definizione, viene semplicemente traslato sul piano della validità del risultato interpretativo.

Eguale non decisiva, sul piano dei mezzi per raggiungere il risultato cercato, si rivela l'impostazione che pretende di vincolare il legislatore alla formulazione di una disposizione idonea a costituire una "ferma e sicura base alla giurisprudenza"<sup>46</sup>.

In ultimo, si è sostenuto che il principio sia funzionalmente diretto ad imporre la necessità costituzionale di "descrivere tutto il descrivibile"<sup>47</sup>. Formula che, se interpretata nel senso di accordare un'indiscriminata preferenza agli elementi di natura descrittiva, (*rectius*, suscettibili di applicazione solamente mediante sussunzione) giunge alla completa delegittimazione degli elementi cd. valutativi, i quali pur richiedendo un'attività di valutazione, che trascende la mera sussunzione, possono offrire, sul piano pratico, una serie di vantaggi (ad esempio in termini di economia legislativa).

Al termine di questa analisi è necessario ammettere come nessuna delle teorie affrontate sia stata in grado di individuare un criterio di precisione della legge che sia, al contempo, concretamente utilizzabile dal legislatore, in sede di formulazione normativa, e dalla Corte costituzionale, in sede di giudizio di legittimità.

---

<sup>44</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 316

<sup>45</sup> *Ibidem*

<sup>46</sup> *Ibidem*

<sup>47</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 317

## **1.2. L'oggetto del principio di precisione e le tecniche di formulazione delle norme penali**

Conviene, a questo punto, delineare il contenuto del principio partendo dal suo oggetto che è costituito dall'enunciato normativo. Quest'ultimo è stato efficacemente descritto come l'insieme di tre elementi: la "formula", quale aggregato di segni linguistici, strutturati dal punto di vista grammaticale e sintattico, nella quale assume rilievo pregnante il significato proprio dei singoli elementi che la compongono, il "fine", ossia lo scopo perseguito dalla disposizione e la "fattispecie" che, costituita dall'indicazione dei fatti e dalle relative conseguenze giuridiche, rappresenta il frutto dell'interpretazione dell'enunciato<sup>48</sup>.

Il vincolo di precisione, imposto dall'art.25 Cost., ha di conseguenza ad oggetto, non soltanto l'enunciato normativo considerato nella sua interezza ma anche ciascuno degli elementi che lo compongono e, in questo senso, svolge una funzione orientativa in merito alle tecniche di formulazione delle norme penali che possono essere adottate.

Il legislatore, nell'elaborazione di una fattispecie incriminatrice, può operare in due direzioni: attraverso l'indicazione dei fini (in modo espresso o in via implicita) o attraverso l'indicazione dei fatti, servendosi, in tal caso, di elementi valutativi e descrittivi.

Nel primo caso la norma è di natura discrezionale e l'elemento della fattispecie, se presente all'interno dell'enunciato, non riesce ad esplicare una funzione limitativa analoga a quella che, invece, ricopre all'interno delle norme strutturate per mezzo dell'indicazione dei fatti.

---

<sup>48</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 324; TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 169

In altre parole, mentre tutte le norme si caratterizzano per la presenza di una “tensione reciproca” tra la lettera (la fattispecie) e lo spirito della legge (il fine o i fini), soltanto nelle disposizioni del secondo tipo la fattispecie è in grado di circoscrivere l’area della punibilità (che il fine tende, invece, ad ampliare) ai fatti in essa indicati.

Considerando, quindi, che il grado di determinatezza raggiungibile mediante l’indicazione dei fatti è maggiore rispetto a quello che connota l’indicazione dei fini, ne deriva che la scelta, sul piano partico, di ricorrere all’una o all’altra tecnica non è priva di conseguenze in relazione all’art.25 Cost.

Occorre, di conseguenza, approfondire il tema delle tecniche normative concentrando, *in primis*, l’analisi sulle caratteristiche degli elementi che costituiscono l’enunciato normativo.

Come già anticipato, il legislatore può, infatti, servirsi di elementi *descrittivi* o *valutativi*<sup>49</sup>. Con la locuzione “*elemento descrittivo*” si fa riferimento ad espressioni che, tramite la rappresentazione di entità verificabili sensorialmente o comprovate attraverso l’esperienza, delineano concetti connessi alla realtà fisica o psichica<sup>50</sup>.

La categoria degli “*elementi valutativi*” è più ampia e, in via di prima approssimazione, può dirsi ricomprendere tutti quei concetti che, per essere identificati nel mondo sensibile, necessitano di un’integrazione da parte di norme o valutazioni presupposte. Nell’ambito di questa categoria si distinguono gli *elementi normativi giuridici* che rinviano a norme giuridiche e gli *elementi normativi extragiuridici* che rinviano a norme tecniche o etico sociali<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 71; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 31

<sup>50</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 94; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 31; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 82

<sup>51</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 95; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 83

Mentre i primi hanno un contenuto significativo idoneo a consentire l'immediata circoscrizione dei fatti giuridicamente rilevanti, i secondi consentono soltanto, in misura diversa, di identificare il parametro o criterio valutativo attraverso il quale sarà possibile individuarli<sup>52</sup>.

Sicché, in quest'ultimo caso, la determinatezza della norma sarà direttamente correlata al grado di certezza con cui il parametro viene individuato e al grado di adesione sociale di cui gode<sup>53</sup>.

L'utilizzazione del criterio o parametro valutativo può, peraltro, essere rimessa interamente all'interprete oppure può essere condivisa tra il legislatore e il giudice.

Nel primo caso il legislatore, per ragioni, essenzialmente, di semplificazione e di costante adeguamento alla realtà<sup>54</sup>, sostituisce l'indicazione dei fatti giuridicamente rilevanti con elementi propriamente valutativi, in quanto privi di tipicità<sup>55</sup>.

L'elemento valutativo, in effetti, assume la veste di strumento di concentrazione di fatti che, in sua assenza, richiederebbero un'espressa previsione mediante elencazione, inoltre, evitando la fossilizzazione del fatto tipico in una formula descrittiva rigida, consente un costante adeguamento alla realtà<sup>56</sup>.

Se, sotto i profili ora esaminati, l'"elasticità" costituisce il vero punto di forza di questi elementi, nel diritto penale, il principio di precisione, tende a prediligere una normazione di tipo descrittivo. La *ratio* è evidente: la potenziale dilatazione dei fatti riconducibili

---

<sup>52</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 72; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 336

<sup>53</sup> FIORE C., FIORE S. *Diritto penale*, cit., p.94; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 158; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 77; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 31

<sup>54</sup> FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 156; MARINUCCI G., *Voce consuetudine*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milano, 1962, p. 512

<sup>55</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 353

<sup>56</sup> FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 158; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 83

all'elemento valutativo rischia, infatti, (se incontrollata) di pregiudicare proprio quei valori che l'art.25 Cost. intende tutelare (ad esempio, la certezza del diritto e la libertà personale)<sup>57</sup>.

Merita, a questo punto, di essere affrontata l'ipotesi in cui il parametro valutativo sia condiviso tra legislatore e giudice. La condivisione avviene per mezzo di *definizioni*<sup>58</sup> che hanno l'obiettivo di individuare, tra tutti i significati (o in assenza di significato) astrattamente ricollegabili ad un dato elemento, quello (o, in presenza di parole polisemiche, quelli) che risponda maggiormente allo scopo perseguito dalla legge. Le definizioni possono essere convenzionalmente suddivise in due tipologie: “*comuni*” e “*qualificate*” a seconda della provenienza, qualificata o meno, dell'ambiente o dell'organo che le produce<sup>59</sup>.

Le definizioni del secondo tipo possono essere, peraltro, distinte in *definizioni legali*, laddove siano elaborate dall'organo legislativo e in *definizioni dottrinali-giurisprudenziali*.

Le definizioni si dicono, inoltre, propriamente “*tecniche*” quando, avendo ad oggetto termini estranei all'uso linguistico comune, il loro rapporto con il linguaggio è in termini di eterogeneità (es. la definizione della parola anticresi). Si pongono invece in rapporto di interferenza quando la parola, seppur presente nel linguaggio comune, trova nella definizione tecnica un nuovo significato.

Le definizioni possono, infine, dirsi “*specificative*” laddove, intervenendo nella zona di incertezza del linguaggio comune, abbiano l'obiettivo di circoscrivere il significato di un termine (es. la definizione di “comunicazione” contenuta all'art.623 bis c.p.)<sup>60</sup>. La

---

<sup>57</sup> FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 157

<sup>58</sup> MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 72

<sup>59</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 389

<sup>60</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 394

specificazione ha, in tal modo, l'obiettivo di limitare le incertezze connaturate alla lingua ed è particolarmente pregevole, in quanto priva del tratto di immutabilità che caratterizza la legge, se di provenienza dottrinale o giurisprudenziale.

Tanto premesso, appare evidente che, se un uso moderato della tecnica definitoria è funzionale al rispetto del principio di determinatezza, il suo abuso avrebbe, al contrario, l'effetto di determinare l'elefantiasi del diritto penale allontanando progressivamente i consociati dal diritto, con il concreto pericolo di incorrere nella violazione dello spirito dell'art.25 Cost.

Il legislatore, pertanto, nella formulazione delle norme, è chiamato a prediligere sempre il linguaggio comune avvalendosi, in caso di incertezza, delle definizioni specificative e, soltanto nell'ipotesi in cui la lingua comune si riveli inadatta alle esigenze, delle definizioni tecniche<sup>61</sup>.

Censure di indeterminatezza possono, tuttavia, porsi anche in relazione alla tecnica descrittiva e, in particolare, nell'ipotesi in cui la fattispecie non sia idonea ad individuare un certo tipo di fatto, o una classe di fatti omogenei sotto il profilo del disvalore.

Ciò accade in presenza di elementi descrittivi che siano privi di oggettivo e sicuro riscontro nella realtà sensibile a causa della mancanza di un preciso significato condiviso<sup>62</sup>. In tal caso, l'elemento descrittivo indeterminato si pone al limite con l'elemento valutativo a causa della necessità di accentuare i suoi profili valutativi per giungere all'individuazione di dati della realtà.

Sia, a tal fine, sufficiente rammentare come il termine "rissa" di cui all'art.588 c.p., pur essendo un elemento descrittivo, sollevi diversi dubbi di illegittimità costituzionale a

---

<sup>61</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 74; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 397

<sup>62</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 94

causa della difficoltà pratiche riscontrate dalla giurisprudenza nel tentativo di delinearne il campo di applicazione non essendo, infatti, precisato quale sia il numero minimo di partecipanti affinché si determini una rissa<sup>63</sup>, o se, quest'ultima, possa essere integrata solo attraverso colluttazioni corporali<sup>64</sup>.

Si può, pertanto, affermare che l'indeterminatezza di una disposizione normativa è direttamente correlata al livello di generalità dei suoi componenti e alla rilevanza che essi ricoprono nell'ambito della valutazione complessiva del fatto<sup>65</sup>. Conseguentemente, se l'elemento indeterminato ricopre un ruolo cruciale per la valutazione complessiva del fatto, la probabilità che l'intera fattispecie sia affetta da indeterminatezza aumenta.

Sotto un diverso profilo, occorre considerare che l'assenza di precisione, determinando la potenziale onnicomprensività della fattispecie (con evidenti ripercussioni sul principio di frammentarietà), può manifestare un indubbio carattere attrattivo per il legislatore del diritto penale demagogico o, al contrario, può rappresentare il frutto claudicante delle divergenze politiche<sup>66</sup>. Risulta, infatti, evidente come, in presenza di materie, percepite come importanti dalla collettività ma prive di unanime visione politica, il legislatore si avvalga di elementi indeterminati celando l'inconsistenza delle norme dietro a formule altisonanti che si limitano a trasferire le scelte politiche al potere giudiziario<sup>67</sup>.

Un enunciato normativo *indeterminato* è, intrinsecamente, inidoneo ad informare il giudice circa il significato valutativo dei fatti penalmente rilevanti, con la conseguenza

---

<sup>63</sup> Cass. pen., Sez. I, (ud. 11 dicembre 2007) 11 gennaio 2008, n.1476, in *One legale*; Cass. pen., Sez. I, (ud. 19 gennaio 2015) 7 maggio 2015, n. 18788, in *One legale*; Cass. pen., Sez. V, (ud. 30 gennaio 2019) 9 maggio 2019, n. 19962, in *One legale*; Cass. pen., Sez. VI, (ud. 4 dicembre 2019) 15 aprile 2020, n. 12200, in *One legale*; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 82

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 1970, n. 1428, in *CED Cassazione* 116888; Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 1981, n. 5819, in *CED Cassazione* 149334

<sup>65</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 412

<sup>66</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 92; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 166

<sup>67</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 94; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 423

che qualunque impiego giudiziale della norma rappresenta, in primis, una scelta valutativa di carattere sostanzialmente legislativo.

Nell'ambito degli elementi descrittivi è poi possibile segnalare la presenza di due categorie di elementi che sono, per loro natura, dotati di un grado minimo di precisione: ci si riferisce agli *elementi* cd. *psicologici* e a quelli cd. *emotivi*.

Nell'ambito dei primi l'indeterminatezza non è strettamente correlata al significato linguistico delle parole (che è, invero, suscettibile di precisazione) ma deriva dalla difficoltà di pervenire ad un concreto accertamento degli stati psichici, nonché del nesso di causalità intercorrente tra la condotta tipica e questi ultimi.

Il secondo gruppo di elementi si caratterizza, invece, per una forte carica valoriale, il cui effetto è quello di suscitare nel destinatario sentimenti positivi o negativi nei confronti degli oggetti designati. In tal caso, le criticità maggiori si manifestano sul piano dell'accertamento e, in particolare, con riferimento a quei fatti che, collocandosi nella zona di incertezza del linguaggio, sono suscettibili di evocare un differente disvalore nell'interlocutore<sup>68</sup>.

In conclusione, bisogna ammettere che l'*indeterminatezza* può caratterizzare sia gli elementi descrittivi che quelli valutativi: i primi, a causa della molteplicità delle definizioni che li accompagna, i secondi, a causa del procedimento, sostanzialmente analogico, attraverso il quale il giudice giunge ad applicarli.

Mentre, però, l'incertezza degli elementi descrittivi può sempre essere contenuta entro il significato linguistico delle parole, ciò non può avvenire per gli elementi valutativi dove il parametro valutativo si presta ad individuare una pluralità di fatti naturalistici<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 96; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 160

<sup>69</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 428

L'indeterminatezza connaturata a questi ultimi diviene costituzionalmente rilevante in due diverse ipotesi: in primo luogo, laddove la formulazione normativa risulti totalmente inadeguata ad evocare il parametro valutativo, in secondo luogo, laddove il criterio valutativo non sia individuabile in modo univoco.

Mentre nel primo caso si dubita dell'esistenza stessa del criterio di valutazione, la seconda circostanza si determina in presenza di valori di riferimento inesistenti o di impossibile accertamento nell'ambiente sociale. Quest'ultima tipologia di indeterminatezza, traendo origine dalla cultura e dal costume del tempo, ha, peraltro, la peculiarità di mutare nel tempo con il sorgere o l'estinguersi del valore corrispondente.

Esaurita l'analisi sulle caratteristiche degli elementi che possono comporre l'enunciato normativo, occorre fare riferimento all'esistenza di altre due tecniche di formulazione delle fattispecie: la *tecnica casistica* e la *normazione sintetica* o per *clausole generali*.

L'elevato livello di precisione è garantito, nel primo caso, dalla descrizione analitica di comportamenti, oggetti e contesti specifici. Mentre, nel secondo caso, il principio in esame risulta rispettato soltanto in presenza di una formula sintetica che sia idonea a delimitare con sufficiente certezza le situazioni sussumibili alla fattispecie<sup>70</sup>.

La preferenza generalmente accordata alla tecnica casistica che, tuttavia, rischia di determinare l'elefantiasi<sup>71</sup> del diritto penale, non determina l'illegittimità delle formule elastiche la cui funzione è, peraltro, stata evidenziata proprio dalla Consulta che, nel sancirne la conformità alla Costituzione ha evidenziato l'impossibilità di ricorrere all'esaustiva elencazione di tutte le situazioni giuridicamente rilevanti<sup>72</sup>. Giova, peraltro, sottolineare che la normazione sintetica, sebbene presenti l'indubbio vantaggio di

---

<sup>70</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 81

<sup>71</sup> FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 158

<sup>72</sup> *Corte Cost.*, 11 giugno 2014, n.172, in *One legale*; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 142

scongiurare il rischio di pretermettere condotte lesive del bene giuridico, deve poter essere egualmente oggetto di verificabilità empirica<sup>73</sup>.

Nell'ambito della normazione di sintesi è, inoltre, frequente il ricorso alle cd. *clausole generali* che, valevoli per una pluralità di fattispecie di parte speciale, hanno la funzione di dilatare, attraverso il meccanismo del combinato disposto, l'area della tipicità, rendendo così tipici fatti che sarebbero altrimenti atipici alla stregua delle singole disposizioni incriminatrici.

Attraverso questa tecnica il legislatore realizza, infatti, una "criminalizzazione di secondo grado" rispetto alla fattispecie cui aderisce che, secondo parte della dottrina, sarebbe suscettibile di confliggere con il principio di determinatezza, soprattutto laddove, in mancanza di un'espressa previsione legislativa, spetti al giudice valutare la compatibilità strutturale della clausola o delle clausole (cd. combinato disposto multiplo) con la singola disposizione di parte speciale<sup>74</sup>.

### **1.3 Il principio di precisione nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione più recente**

Contrariamente a quanto avvenuto in sede dottrinale, dove il principio di precisione, anche se diversamente denominato<sup>75</sup>, ha ricevuto grande attenzione, in sede giurisprudenziale e, in particolare, dinnanzi alla Corte costituzionale ha prevalso un atteggiamento cauto, tendente alla salvaguardia di disposizioni di dubbia legittimità.

---

<sup>73</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 14; *Cass. pen.*, Sez. III, 27 aprile 1998, n. 6651, in *One legale*

<sup>74</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 149 ss.

<sup>75</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 88

Per capire quali siano le ragioni di questo atteggiamento è, tuttavia, necessario procedere ad un'ulteriore specificazione: per quanto imprecisa possa essere una disposizione, è quasi sempre possibile per l'interprete rintracciarne un significato minimo, un nucleo centrale determinato. Il vizio di indeterminatezza si identifica quindi, più propriamente, nell'insufficiente specificazione della fattispecie che presuppone, di conseguenza, l'esistenza di un criterio di misurazione<sup>76</sup>.

A fronte delle difficoltà insite nel tracciare con precisione i termini minimi del principio di determinatezza, si sono susseguiti filoni interpretativi dominati dalla paura di generare inammissibili *horror vacui* o di sconfinare nella sfera di discrezionalità del potere legislativo<sup>77</sup>.

In un primo momento si è fatto ricorso al criterio del “significato linguistico”<sup>78</sup>, sostenendo che sia sempre possibile per il giudice individuare il contenuto normativo di elementi (apparentemente) indeterminati, attraverso la ricostruzione del significato che il termine ha nel linguaggio comune<sup>79</sup>. In questo modo, ad esempio, è stata sostenuta la legittimità degli artt. 527, 528 e 529 c.p. in tema di “osceno” in quanto, secondo la Corte, non vi sarebbe “momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano”<sup>80</sup>. Analogamente, respingendo la questione di legittimità costituzionale dell'art.570 c.p., è stato ritenuto

---

<sup>76</sup> PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 125

<sup>77</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 90

<sup>78</sup> FORTI G., *L'immane concretezza.*, cit., p. 167; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 144

<sup>79</sup> *Corte Cost.*, (ud. 2 giugno 1983) 13 giugno 1983, n. 170, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 19 luglio 1989) 31 luglio 1989, n. 484, in *One legale*; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 91

<sup>80</sup> *Corte Cost.*, (ud. 10 dicembre 1970) 16 dicembre 1970, n. 191, in *One legale*

sufficientemente determinato il concetto di “assistenza morale”, facendo leva sulla sua “diffusa e generale comprensione nella società”<sup>81</sup>.

Un secondo indirizzo muove, invece, dalla constatazione che la presenza di un’interpretazione giurisprudenziale costante<sup>82</sup> sarebbe indice della sufficiente precisione della disposizione. Così, ad esempio, in relazione all’art.5, quarto e sesto comma, della legge 18 aprile 1975 n.110, la Corte costituzionale ha statuito che “le fattispecie previste dalla norma impugnata risultano precisamente individuate e l’interpretazione che di esse il diritto vivente offre non dà luogo a dubbi di sorta”<sup>83</sup>. L’argomento in questione, senz’altro efficace dal punto di vista logico, rischia, tuttavia, di determinare il completo svuotamento dell’art.25 Cost. almeno sotto due profili. In primo luogo, in quanto determina la volontaria rinuncia della Corte al vaglio di tassatività delle norme, e in secondo luogo, in quanto non vi sarebbe modo di assicurare la conformità dell’interpretazione dominante all’art.25 Cost. L’esistenza di quest’ultima potrebbe, al più, indiziare la precisione ma non potrebbe, da sola, determinarla.

Non mancano, tuttavia, casi in cui la Corte costituzionale ha sancito l’irrimediabilità del difetto di determinatezza giungendo alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Emblematica, in quest’ottica, risulta la sentenza n.96 del 1981 sul plagio nella quale la Corte ricostruisce la *ratio* dell’art.25 Cost. nell’esigenza di tutelare la libertà personale, quale bene “sommo e inviolabile”, a fronte degli arbitri del potere giudiziario. In quest’ottica, l’art.25 Cost. comporta, quale “onere della legge penale”<sup>84</sup>, la necessità che la “fattispecie criminosa” sia precisamente delineata “in modo che l’interprete, nel

---

<sup>81</sup> *Corte Cost.*, (ud. 24 febbraio 1972) 3 marzo 1972, n. 42, in *One legale*

<sup>82</sup> *Corte Cost.*, 1 agosto 2008, n. 327 in *One legale*; FORTI G., *L’immane concretezza.*, cit., p. 167, GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 145; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 32

<sup>83</sup> *Corte Cost.*, (ud. 27 giugno 1986) 7 luglio 1986, n. 171, in *One legale*

<sup>84</sup> *Corte Cost.*, (ud. 9 aprile 1981) 8 giugno 1981, n. 96, in *One legale*

ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza<sup>85</sup> sorretto da fondamento controllabile<sup>86</sup>. Tale onere “risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili<sup>87</sup>”. A parere della Corte “sarebbe, infatti, assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano, ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili<sup>88</sup>”.

Partendo da queste premesse, la Corte ricostruisce le origini storiche dell'art.603 c.p., soffermandosi, in particolar modo, sui dubbi che, espressi in sede di lavori preparatori, ne hanno preceduto l'introduzione. Sottolinea, infatti, come “la maggioranza dei membri della commissione parlamentare avesse affermato l'opportunità di mantenere l'antica denominazione di “plagio” alla riduzione in schiavitù o in condizione analoga”, denunciando “il pericolo che l'uso di “termini antichissimi, ...considerati lessicalmente sicuri, consacrati da oltre duemila anni nel linguaggio e nell'esperienza legislativa e forense, per indicare *ex novo* istituti sino allora sconosciuti”<sup>89</sup> avrebbe portato alla confusione di “concetti giuridici basilari e si sarebbe incorsi in una “mancanza di chiarezza” della norma.

---

<sup>85</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 148

<sup>86</sup> *Corte Cost.*, (ud. 9 aprile 1981) 8 giugno 1981, n. 96, in *One legale*

<sup>87</sup> *Ibidem*

<sup>88</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 91; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 53; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 33

<sup>89</sup> *Corte Cost.*, (ud. 9 aprile 1981) 8 giugno 1981, n. 96, in *One legale*

La Consulta prosegue rammentando che “l’opinione dei membri della commissione parlamentare si tradusse in un preciso ordine del giorno votato a grande maggioranza, esprimente l’avviso che gli articoli del progetto 609 e 612 (rispettivamente 600 e 603 del codice) fossero fusi in un solo articolo”<sup>90</sup>. Votazione di cui “il guardasigilli, nella sua relazione al progetto definitivo”, non tenne alcun conto, sostenendo, al contrario, che la scissione dei due articoli avrebbe comportato “il vantaggio indiscutibile della chiarezza”, trattandosi “di figure delittuose distinte”<sup>91</sup>.

Il plagio, secondo la relazione del guardasigilli, sarebbe consistito “nel sottoporre taluno al proprio potere in modo da ridurlo in tale stato di soggezione da sopprimerne totalmente la libertà individuale”. Si identificava, in tal modo, la soggezione con uno stato di fatto: mentre “lo *status libertatis*, come stato di diritto rimane inalterato”, “la libertà individuale della vittima viene soppressa”<sup>92</sup>. E dopo aver chiarito che il delitto in questione non sarebbe escluso dal consenso della vittima, non essendo la libertà individuale un diritto disponibile, si precisa, peraltro, che il plagio non sarebbe da escludere neanche “se, per avventura, alla vittima, assoggettata al potere dell’agente, fosse residuata una qualche libertà, ad es. di locomozione...”<sup>93</sup>.

Prendendo, pertanto, atto dell’impossibilità di ricavare dalla relazione dati che identifichino in modo soddisfacente la condotta incriminata, la Corte ripercorre gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali che si sono formati durante la vigenza dell’art.603 c.p.

Il quadro che ne deriva è sconsolante: l’azione del plagiante, inizialmente intesa come sostanzialmente e principalmente fisica, verrà riconosciuta esplicitamente come di natura

---

<sup>90</sup> *Ibidem*

<sup>91</sup> *Ibidem*

<sup>92</sup> *Ibidem*

<sup>93</sup> *Ibidem*

psichica solo nel 1961. In quest'occasione, il plagio, viene identificato dalla Corte di Cassazione “nella instaurazione di un rapporto psichico di assoluta soggezione del soggetto passivo al soggetto attivo, in modo che il primo viene sottoposto al potere del secondo con completa o quasi integrale soppressione della libertà del proprio determinismo<sup>94</sup>”.

Negli anni successivi, come rammenta la Consulta, la letteratura ha cercato di ricostruire la fattispecie servendosi delle conoscenze proprie della scienza medica.

Quest'ultima, tuttavia, “ha ritenuto estremamente difficile, se non impossibile, individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche l'attività psichica di persuasione da quella, anche essa psichica di suggestione<sup>95</sup>,” in assenza di sicuri criteri per individuarne l'esatto confine<sup>96</sup>; rendendo così l'accertamento dell'attività psichica frutto di incertezza e arbitrio, potendo qualsiasi rapporto “sorretto da un'aderenza ‘cieca e totale’ di un soggetto ad un altro soggetto, se considerato socialmente deviante, essere perseguito penalmente come plagio”.

Peraltro, “presupponendo la natura psichica dell'azione plagiante”, la Corte evidenzia, “che questa, per raggiungere l'effetto di porre la vittima in stato di totale soggezione, dovrebbe essere esercitata da persona che possiede una vigoria psichica capace di compiere un siffatto risultato<sup>97</sup>. Ciò nonostante, in assenza di elementi o modalità idonee ad accertare queste particolari ed eccezionali qualità (ed essendo impossibile ricorrere ad accertamenti di cui all'art. 314 c.p.p., non essendo ammesse nel nostro ordinamento perizie sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche), risulta indimostrabile

---

<sup>94</sup> *Ibidem*

<sup>95</sup> *Ibidem*

<sup>96</sup> GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 147; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 32

<sup>97</sup> *Corte Cost.*, (ud. 9 aprile 1981) 8 giugno 1981, n. 96, in *One legale*

l'esistenza di "esseri capaci di ottenere con soli mezzi psichici l'asservimento totale di una persona"<sup>98</sup>.

La ricostruzione operata dalla Corte costituzionale giunge, di conseguenza, ed inevitabilmente, alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.603 c.p., per contrasto con l'art.25 Cost.

Analogamente si è proceduto nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art.7 bis del Decreto-legge 30 dicembre 1989 n.416 e, in particolare, la parte in cui sanziona penalmente lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, che "non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente". La Consulta, investita della questione, ha infatti ribadito che la verifica in ordine al rispetto del principio di determinatezza non riguarda un singolo elemento, isolatamente considerato, ma va condotta in relazione al "tipo criminoso"<sup>99</sup> nel suo complesso (inteso quale sintesi rappresentativa di omogeneo disvalore) e nell'ambito della disciplina in cui si inserisce<sup>100</sup>. Sicché, laddove il massimo sforzo interpretativo non consenta al giudice di pervenire all'individuazione del tipo di fatto incriminato, il principio di precisione sarebbe irrimediabilmente violato.

All'inizio di questa analisi, si è detto che il principio di determinatezza esplica la sua funzione nei confronti di due diversi soggetti: il *legislatore*, di cui si è parlato, e il *giudice*. Prima di procedere all'indagine avente ad oggetto il secondo dei soggetti menzionati è, tuttavia, opportuno dedicare un cenno alla qualità della legislazione più recente.

---

<sup>98</sup> *Ibidem*

<sup>99</sup> MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 74; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 75; PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 57 ss.,

<sup>100</sup> *Corte Cost.*, (ud. 6 febbraio 1995) 13 febbraio 1995, n. 34, in *One legale*

Ci si riferisce, in particolare, al recupero del canone di precisione, testimoniato da plurimi interventi riformatori volti all'estromissione di locuzioni vaghe e indeterminate, incapaci di prevenire l'arbitrio dell'organo giudiziario.

Lampante, in tal senso, è stato l'apporto del Decreto-legge 13 maggio 2011 n.70 che, intervenendo indirettamente sull'art.644 c.p. in tema di usura, ha sancito che l'interesse è usurario quando eccede il tasso medio di un quarto, aumentato di ulteriori quattro punti percentuali, quello rilevato trimestralmente dal Ministro dell'Economia<sup>101</sup>.

Nella stessa direzione si è mossa anche la legge 15 luglio 2009 n.94 che, sostituendo il generico riferimento alle ore notturne, ha opportunamente circoscritto l'ambito di operatività dell'aggravante di cui ai commi 2 sexies e 1 quater, degli artt.186 e 187 del Codice della strada, attraverso concetti numerici e, in quanto tali, dotati del massimo grado di precisione<sup>102</sup>.

## **2. Il principio di determinatezza e il divieto di analogia**

Il principio di determinatezza, com'è stato anticipato, non si risolve esclusivamente nel principio di precisione ma abbraccia anche il divieto di analogia in *malam partem*, declinabile, più propriamente, nel principio di tassatività<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> GATTA G.L., *Usura: modificata la definizione legale del limite oltre il quale gli interessi si presumono usurari (D.L. n. 70/2011, conv. in L. 12 luglio 2011 n.106). Modificata dal 'decreto viluppo' la definizione legale di cui all'art.2, co.4 l. n. 108/1996, richiamata dall'art.644, co.3 c.p., in Diritto penale contemporaneo (Web)*, 15 luglio 2011; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 88

<sup>102</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 89; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 33

<sup>103</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia in materia penale*, Bari, 2023, p.10; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 110; FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 152, PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 11

Mentre il primo esaurisce il suo potenziale all'interno della disposizione, vincolandone la formulazione normativa, il secondo opera, contestualmente, anche quale limite esterno della fattispecie, vietandone l'applicabilità all'infuori dei casi in essa previsti<sup>104</sup>.

Appare, di conseguenza, evidente come, a differenza del principio di precisione, il divieto di analogia espliciti la sua funzione non soltanto nei confronti del legislatore, in sede di formulazione normativa, ma anche nei confronti del giudice, in sede di applicazione<sup>105</sup>.

Si spiega in quest'ottica l'art.14 delle preleggi<sup>106</sup>, che vieta l'applicazione delle "leggi penali e (di) quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi oltre i casi e i tempi in esse considerate".

Il principio in esame, oltre a trovare riconoscimento a livello di legge ordinaria, agli artt. 1 e 199 c.p. (aventi rispettivamente ad oggetto il reato, la pena e le misure di sicurezza<sup>107</sup>), risulta, secondo unanime dottrina, implicitamente desumibile anche dal quadro costituzionale.

Secondo una prima teoria, il fondamento del divieto di analogia in *malam partem* sarebbe da ricondurre al principio della certezza del diritto e, in particolare, all'esigenza di preservare la libertà personale a fronte della potenziale espansione del potere punitivo statale, oltre i limiti costituiti dalla lettera della legge<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 91; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1993, p. 31

<sup>105</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 110; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 122

<sup>106</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 15; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 155; MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 121; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 78; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 26; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 33

<sup>107</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 122; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 78; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 100; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 28

<sup>108</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 15; *Corte Cost.*, (ud. 23 ottobre 1989), 25 ottobre 1989, n.487, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 8 novembre 2006), 23 novembre 2006, n.394, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n.230, in *One legale*; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 92

Per comprendere la ragione di quest'impostazione occorre procedere per gradi, analizzando, *in primis*, il fondamento del procedimento analogico.

A fronte di due situazioni giuridiche, ritenute "simili" per la presenza di elementi comuni, il procedimento analogico consente di estendere alla situazione non disciplinata dalla legge, la regolamentazione prevista per la situazione "normata"; ciò a condizione che la "ratio legis", intesa quale scopo ("ragion sufficiente"), della previsione giuridica, sia condivisa ("*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*")<sup>109</sup>.

Il quest'ottica, appare evidente come il concetto di somiglianza rappresenti il nucleo centrale del procedimento e come, contestualmente, ne condizioni il risultato sotto il profilo della ragionevolezza<sup>110</sup>. Senonché, occorre constatare come la similitudine tra due elementi della realtà, lungi dal costituire un dato intrinseco, rappresenti, invece, l'esito di una valutazione soggettiva, inevitabilmente influenzata dal criterio di valore, di volta in volta, adottato<sup>111</sup>. In quest'ottica, infatti, la scelta di privilegiare, in un dato momento storico, alcuni elementi a scapito di altri, comporta sempre l'accettazione del rischio che, in un momento successivo, il mutare della cultura di riferimento possa sconfessare la *ratio* dell'estensione, con lampanti ripercussioni sotto il profilo della certezza del diritto<sup>112</sup>.

Una seconda impostazione rinviene, invece, il fondamento costituzionale del principio in esame all'interno dell'art.25 Cost. e, specificamente, nel principio di irretroattività.

---

<sup>109</sup> BOBBIO N., *Analogia*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. I, Torino, 1974, p. 603; BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 21; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 154; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 121; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 96; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 77; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 100; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 134; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 33

<sup>110</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 38; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 135

<sup>111</sup> *Ibidem*

<sup>112</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 38; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 135; ZACCARIA G., *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 1550

Il fulcro di questa teoria dev'essere ravvisato nel ripudio della concezione cd. "dichiarativa" dell'interpretazione, che affondando le sue radici nell'epoca illuministica, relega il giudice al ruolo di mera bocca della legge.

Pertanto, partendo dall'assunto che l'attività interpretativa consista "nel mettere in relazione gli enunciati normativi tra di loro e con i fatti", i sostenitori di questa tesi attribuiscono all'organo giudiziario, quale depositario dell'opera di "ricostruzione del significato" normativo, il ruolo di compartecipe nella produzione del diritto<sup>113</sup>.

Questo riconoscimento comporta, peraltro, una duplice conseguenza: da un lato, l'impostazione in esame, giunge al rifiuto della concezione "democratica" del divieto di analogia e, da altro lato, nega che il fondamento del divieto in oggetto possa essere ravvisato nella natura frammentaria del diritto penale ovvero nell'esigenza di garantire la libertà personale.

Sotto il primo profilo, infatti, il mutato rapporto tra il giudice e la legge comporta la falsificazione della concezione legalistica "pura" e la conseguente adesione al principio di legalità "ibrida"<sup>114</sup>. Sotto il secondo profilo, invece, il concorso dell'organo giudiziario nella produzione del diritto, giunge (inevitabilmente) a un ridimensionamento del carattere frammentario del diritto penale e perviene, in tal modo, al riconoscimento che, "nell'ambito delle scienze pratiche, l'unico standard esigibile sia quello della ragionevole prevedibilità delle conseguenze della propria condotta"<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, 2011, Torino, p. 6

<sup>114</sup> VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?*, cit., p. 38, *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 21 gennaio 2010), 13 maggio 2010, n. 18288, in *One legale*

<sup>115</sup> *Ibidem*

Così procedendo, “la *ratio* del divieto di analogia finisce per coincidere con quella del principio di irretroattività”<sup>116</sup>, determinando, in tal modo, lo spostamento sul piano della colpevolezza del fondamento del divieto in esame.

La teoria in esame, pur avendo il merito di aver evidenziato la relazione intercorrente tra il divieto in oggetto e il principio di irretroattività in materia penale, omette, tuttavia, di rilevare che il procedimento analogico costituisca oggetto di divieto in sé, non potendo ammettersi neanche *pro futuro*<sup>117</sup>.

Occorre, peraltro, evidenziare come la stessa Corte costituzionale, con sentenza n.230/2012, nell’esprimersi in ordine al contenuto della riserva di legge, abbia categoricamente escluso l’equiparazione tra fonte giurisprudenziale e fonte legislativa.

La Corte, in particolare, nel dichiarare l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’articolo 673 c.p.p., “nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale (intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato”<sup>118</sup>, ha sottolineato che il principio di legalità penale, accolto dalla Carta Costituzionale, attribuisce il monopolio delle scelte di politica criminale esclusivamente al Parlamento, in quanto organo rappresentativo della volontà popolare.

Un’ultima impostazione che è opportuno analizzare tra, invece, il fondamento del divieto di analogia in *malam partem* dai principi di riserva di legge e di determinatezza, contenuti nell’art.25 Cost.

---

<sup>116</sup> *Ibidem*

<sup>117</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 38

<sup>118</sup> *Corte Cost.*, (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n.230, in *One legale*

Emblematica, sotto questo profilo, risulta la sentenza n.98/2021 nella quale la Corte costituzionale ha sancito che “il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice, costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale, sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., e, in particolare, della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale”<sup>119</sup>.

Questi ultimi, infatti, a parere della Corte, sono “posti a tutela sia del principio ‘ordinamentale’ della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti, nonché...tra le diverse figure di reato, sia della garanzia ‘soggettiva’, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d’azione”<sup>120</sup>.

In senso contrario, occorre, tuttavia, precisare che, secondo autorevole dottrina, il procedimento analogico, traendo origine dal diritto scritto, di cui costituisce il logico sviluppo, non assumerebbe la natura di autonoma fonte del diritto sicché, il principio di tassatività non costituirebbe, invero, la necessaria conseguenza del principio di riserva di legge<sup>121</sup>.

La *ratio* del divieto di analogia dev’essere, di conseguenza, più propriamente, ricostruita alla luce del contenuto del principio di *determinatezza* (*rectius*, precisione) e di *frammentarietà*<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Corte Cost. (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>120</sup> *Ibidem*

<sup>121</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 38; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, p. 78

<sup>122</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 122; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 91; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 46; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 133; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 33

In quest'ottica, appare, infatti, evidente come l'applicazione analogica delle disposizioni penali avrebbe l'effetto di contrastare, irrimediabilmente, con i valori protetti dal *principio di precisione* e, in particolare, con la separazione dei poteri e la libertà dei cittadini; libertà alla cui tutela è preposto, peraltro, lo stesso principio di frammentarietà e di *extrema ratio* del diritto penale<sup>123</sup>.

Ricostruito in questi termini il fondamento del principio di tassatività, risulta, inoltre, agevole comprendere il motivo per cui quest'ultimo, secondo la dottrina maggioritaria, debba ritenersi operante esclusivamente a favore del reo.

Infatti, laddove l'analogia avesse il contrario effetto di determinare un ampliamento dell'area di libertà dei cittadini, non si profilerebbero esigenze analoghe a quelle sottese al divieto di analogia in *malam partem*, sicché l'operazione, così effettuata, sarebbe pienamente conforme al quadro costituzionale<sup>124</sup>.

L'analogia in *bonam partem* potrebbe, di conseguenza, essere esclusa soltanto per effetto dell'operatività dell'art.14 disp. prel., ovvero in presenza di disposizioni che riflettano specifiche motivazioni politico-criminali<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 154; PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 36, 2007, p. 363

<sup>124</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 104

<sup>125</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 158; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 125; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 100; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 79; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 136; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 34

## 2.1 Il principio di tassatività rivolto al legislatore

Com'è stato anticipato, il divieto di analogia rappresenta un *unicum* nel campo dei principi costituzionali<sup>126</sup> in quanto opera, contestualmente, sia nei confronti del legislatore sia nei confronti del giudice.

Per verificare quale sia il reale portata del principio in esame e quali conseguenze possano derivare dalla sua violazione, risulta, a questo punto, opportuno incentrare l'analisi sul primo dei destinatari individuati.

Occorre, *in primis*, sottolineare che, una volta riconosciuta la natura costituzionale del divieto di analogia, la prima conseguenza che è possibile trarre è rappresentata dall'illegittimità di qualsiasi intervento volto all'abrogazione degli artt. 1 c.p. e 14 disp. prel., nonché all'introduzione di disposizioni che facoltizzino il ricorso all'analogia<sup>127</sup>.

Accanto a queste prime considerazioni, di lampante evidenza, è necessario, tuttavia, osservare come il principio di tassatività, formalmente salvaguardato, sarebbe sostanzialmente eluso laddove il legislatore, nel delineare il contenuto delle fattispecie incriminatrici, facesse uso di espressioni di chiusura cd. "ad analogia espressa"<sup>128</sup> o "anticipata"<sup>129</sup> (quali, ad esempio, "in casi simili o "in casi analoghi").

Queste ultime, infatti, laddove avessero ad oggetto ipotesi eterogenee (o viceversa, una sola ipotesi) sarebbero inidonee a vincolare l'operato del giudice, a causa dell'impossibilità di pervenire all'identificazione di un chiaro e determinato *genus* cui ricondurre i casi specifici.

---

<sup>126</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 61

<sup>127</sup> MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 78; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 95

<sup>128</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 95

<sup>129</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 61; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, p. 124; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 99; MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, cit., p. 78; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 132

Si pensi, in questo senso, all'art.121 T.U.L.P.S., introdotto con R.D. n.773/1931 e successivamente abrogato nel 2001, con il quale si puniva chiunque, senza previa iscrizione in apposito registro, esercitasse “il mestiere ambulante di venditore o di distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaiuolo, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiuolo, lustrascarpe e mestieri analoghi”. Dalla formulazione in oggetto appare, infatti, evidente come la fattispecie non si riferisse a qualsiasi tipologia di mestiere ambulante ma soltanto ad alcuni di essi, peraltro, platealmente eterogenei, sicché qualsiasi tentativo di circoscrivere il significato della locuzione conclusiva (“mestieri analoghi”) risultava il frutto di un'operazione analogica.

Analogamente, gli artt.600, 601 e 602 c.p., successivamente riformulati nel 2003 e nel 2014, nel riferirsi alla “schiavitù” e ad ogni “condizione analoga alla schiavitù”, non fornivano alcuna indicazione in merito all'individuazione di un concetto di genere, idoneo a definire il perimetro di applicabilità delle disposizioni<sup>130</sup>.

Contrariamente a quanto sinora esposto, l'uso di formule conclusive in presenza di ipotesi omogenee, ossia suscettibili di identificare una categoria unitaria<sup>131</sup>, non darebbe luogo ad alcuna violazione del principio di tassatività in quanto, in queste circostanze, l'operato dell'interprete troverebbe sempre un vincolo nei confini del *genus*.

La Corte costituzionale, tuttavia, analogamente a quanto avvenuto in relazione al principio di precisione, ha mostrato, in un primo momento, una certa ritrosia nel pronunciarsi a favore dell'illegittimità di dubbie disposizioni.

---

<sup>130</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 95; BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 64

<sup>131</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 96

In quest'ottica, risulta opportuno menzionare la sentenza n.27/1961 che, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art.121 T.U.L.P.S., si è espressa nel senso dell'infondatezza, statuendo che “in taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive, ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come ‘e simili’, ‘e altri simili’, ‘e altri analoghi’”<sup>132</sup>.

La Corte conclude, infine, ritenendo che in tali situazioni “l'ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi da essa non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione”<sup>133</sup>, obliterando, in tal modo, di considerare che la categoria di mestieri cui il legislatore fa riferimento in chiusura dell'art.121 T.U.L.P.S. appare tanto vaga da consentirne il “riempimento” soltanto mediante procedimento analogico<sup>134</sup>.

Analoghe criticità sono riscontrabili in relazione alla sentenza n.120/1963 avente ad oggetto l'art.3, comma 2 della legge n.1369 del 1960, in materia di appalto. La Consulta, nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità, statuisce che “l'impugnato art. 3 non attribuisce al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato”.

“Gli elementi che secondo l'art. 3, individuano la fattispecie e segnano i limiti di applicazione della norma sono dati”<sup>135</sup>, a parere della Corte “dall'esistenza di un rapporto di appalto e dal fatto che l'attività dell'impresa appaltatrice si svolge nell'interno

---

<sup>132</sup> *Corte Cost.*, (ud. 23 maggio 1961), 27 maggio 1961, n. 27, in *One legale*

<sup>133</sup> *Ibidem*

<sup>134</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 71

<sup>135</sup> *Corte Cost.*, (ud. 28 giugno 1963), 9 luglio 1963, n.120, in *One legale*

dell'azienda dell'impresa appaltante o in connessione col servizio pubblico da questa esercitato”<sup>136</sup>.

La Consulta, dopo aver correttamente individuato il criterio discretivo tra interpretazione ed analogia nella natura omogenea ovvero eterogenea delle situazioni elencate, non riesce, tuttavia, a persuadere a causa delle sostanziali differenze che caratterizzano le attività richiamate<sup>137</sup>.

Risulta, in ultimo, opportuno richiamare la sentenza n.327/2008 avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art.343 c.p., nella parte in cui punisce il cd. “disastro innominato”.

Nel caso in esame, la Corte costituzionale, dopo aver riconosciuto “che il concetto di ‘disastro’ si presenta, di per sé, scarsamente definito, traducendosi in una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati”<sup>138</sup>, ritiene, tuttavia, che la “valenza del vocabolo possa essere ricostruita alla luce (de)la finalità dell'incriminazione e (de)la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità”<sup>139</sup>.

A parere della Corte, infatti, “l'art. 434 c.p., nella parte in cui punisce il disastro innominato, assolve... ad una funzione di ‘chiusura’ del predetto sistema...”<sup>140</sup> mirando “a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti, possa presentarsi nelle norme concernenti la tutela della pubblica incolumità”<sup>141</sup>.

Inoltre, “allorché il legislatore (nel descrivere una certa fattispecie criminosa) fa seguire alla elencazione di una serie di casi specifici una formula di chiusura, recante un concetto

---

<sup>136</sup> *Ibidem*

<sup>137</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 75

<sup>138</sup> *Corte Cost.*, 1 agosto 2008, in *One legale*

<sup>139</sup> *Ibidem*

<sup>140</sup> *Ibidem*

<sup>141</sup> *Ibidem*

di genere qualificato dall'aggettivo 'altro' (nella specie: 'altro disastro')” deve presumersi”, secondo la Corte, “che il senso di detto concetto (spesso in sé alquanto indeterminato) sia destinato a ricevere luce dalle species preliminarmente enumerate, le cui connotazioni di fondo debbono potersi rinvenire anche come tratti distintivi del *genus*.”<sup>142</sup>

Partendo da queste premesse la Consulta ritiene che “l'altro disastro”, cui fa riferimento l'articolo in questione, rappresenti “un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai ‘disastri’...”<sup>143</sup> contemplati negli altri articoli compresi nel capo I del titolo VI e ne ricostruisce i tratti qualificanti sotto un duplice profilo.

“Da un lato, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi. Dall'altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare...un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti”<sup>144</sup>.

Alla luce di queste premesse, la Corte giunge al rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art.343 c.p., ritenendo, tuttavia, auspicabile “che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato, formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale”<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> *Ibidem*

<sup>143</sup> *Ibidem*

<sup>144</sup> *Ibidem*

<sup>145</sup> *Ibidem*

## 2.2 Il principio di tassatività rivolto al giudice

Quanto premesso necessita, a questo punto, di essere riletto alla luce del rapporto giudice - legge (art.101 Cost.). Ed è proprio in quest'ottica che può agevolmente cogliersi come il principio di determinatezza, sebbene risulti direttamente rivolto al legislatore, realizzi i suoi risultati garantistici nei confronti del giudice<sup>146</sup>, vincolandone l'operato alla lettera della legge.

In quest'ottica, l'art.12 disp. prel., si occupa di stabilire che “nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro significato che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”<sup>147</sup>.

Tale disposizione, nell'individuare i criteri del “significato proprio” e dell’“intenzione del legislatore”, omette, tuttavia, di stabilire se, in caso di contrasto, debba prevalere l'uno o l'altro, con la conseguenza che, sul piano pratico, tale scelta finisce per essere interamente rimessa alla discrezionalità dell'interprete.

In questo contesto, l'assenza di sicuri parametri legislativi ha spinto la dottrina verso l'elaborazione di teorie “interpretative”, con lo scopo di guidare l'operato del giudice, arginandone, al contempo, la spinta creatrice<sup>148</sup>.

Le teorie in questione possono essere agevolmente distinte in due gruppi aventi ad oggetto, rispettivamente, la limitazione dei tipi e dei mezzi dell'interpretazione ovvero la limitazione dei risultati dell'interpretazione stessa.

Nell'ambito delle teorie del primo tipo, merita di essere rammentata quella che, muovendo dalla concezione storica del principio di determinatezza, propugna

---

<sup>146</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 297

<sup>147</sup> FIANDACA G, MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 131

<sup>148</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 298

un'interpretazione di tipo prevalentemente "storico", ossia fondata sul significato che il legislatore storico ha inteso attribuire ai singoli elementi di fattispecie<sup>149</sup>. In tal modo, tuttavia, disconoscendo che, non infrequentemente, la "fossilizzazione" della legge è interesse del tutto estraneo all'organo che l'ha emanata, il quale potrebbe, al contrario, auspicarne il progressivo adeguamento ad opera della giurisprudenza<sup>150</sup>.

Inoltre, l'adesione al criterio della volontà storica del legislatore si scontra, sul piano pratico, con le difficoltà insite nella ricostruzione del significato della norma, specialmente ove questa rappresenti il frutto di contingenti scelte politiche, in cui l'accordo tra le diverse forze abbia riguardato solo il testo della disposizione e non anche il suo significato<sup>151</sup>.

Una seconda impostazione, radicalmente opposta, sostiene invece la natura "oggettivo-teleologica" dell'interpretazione, incorrendo nel rischio, tuttavia, di determinare lo svuotamento del principio in esame a causa delle difficoltà insite nel distinguerla dall'analogia<sup>152</sup>.

Nella consapevolezza che proprio queste criticità potrebbero dar luogo ad ingiustificate compressioni della libertà personale, una terza teoria (cd. "letterale") ancora, al contrario, l'interpretazione alla lettera della legge, promuovendo, nell'ipotesi di incertezza del risultato, l'uso correttivo degli argomenti di matrice grammaticale, sistematica o storica e, soltanto in subordine, dell'antico criterio "*in dubio mitius*"<sup>153</sup>. Tale impostazione si

---

<sup>149</sup> *Ibidem*

<sup>150</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 302

<sup>151</sup> FIANDACA G, MUSCO E., *Diritto penale*, p. 135

<sup>152</sup> FIANDACA G, MUSCO E., *Diritto penale*, p. 137; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 298

<sup>153</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 298

mostra, tuttavia, assolutamente indifferente allo scopo della legge e risulta, pertanto, inaccoglibile<sup>154</sup>.

Nell'ambito delle teorie del secondo tipo, invece, il contenuto del principio di determinatezza viene rintracciato nell'obbligo, operante nei confronti del giudice, di selezionare tra i possibili significati dell'interpretazione, soltanto quello che, conformemente alla Costituzione, limita l'operatività della fattispecie ai casi certi, con conseguente esclusione di qualsiasi valutazione soggettiva<sup>155</sup>.

Senonché, l'impostazione in esame omette di considerare che, per aversi interpretazione conforme a Costituzione, occorrerebbe rispettare i "limiti invalicabili" costituiti dal "significato letterale" e dallo "scopo della legge"<sup>156</sup>, elementi, questi ultimi, difficilmente rintracciabili con riferimento a formule indeterminate. Pertanto, laddove l'adozione di espressioni vaghe rappresenti il frutto di una consapevole scelta legislativa, volta a traslare sull'organo giudiziario il compito di provvedere alla qualificazione giuridica di un fatto, mancherebbe qualunque parametro idoneo a fondare il giudizio di conformità<sup>157</sup>. In conclusione, l'interpretazione conforme a Costituzione costituisce un'attività di scelta che postula, necessariamente, l'individuazione del contenuto significativo minimo di un termine in quanto, in caso contrario, l'opera di attribuzione del significato non potrebbe che essere frutto di arbitrio<sup>158</sup>.

*Le teorie esaminate* si mostrano, di conseguenza, *inidonee* ad attribuire reale contenuto al principio di determinatezza, soprattutto laddove si consideri che, nel postulare l'esistenza di obblighi interpretativi a carico del giudice, il giudizio di legittimità verrebbe

---

<sup>154</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 302

<sup>155</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 299

<sup>156</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 300

<sup>157</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 301

<sup>158</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 303

ad avere ad oggetto il singolo metodo interpretativo prescelto con la conseguenza, peraltro, di lasciare impregiudicata la formula normativa<sup>159</sup>.

Considerando che il principio di determinatezza mira a garantire uno stretto legame del giudice alla legge, risulta, a questo punto, fondamentale accertare la natura che l'attività giudiziale può assumere<sup>160</sup>.

Occorre, in quest'ottica, prendere le mosse dalla constatazione che il momento centrale ed indispensabile del procedimento di sussunzione consiste “nell'instaurazione di una relazione tra il dato da sussumere e quello sotto il quale sussumere”, al fine di indagare le caratteristiche degli elementi del rapporto e la natura di quest'ultimo.<sup>161</sup>

Partendo dal presupposto che il dato da sussumere presenta tutte le caratteristiche del dato sotto il quale sussumere ne deriva che la relazione tra questi non può che essere di identità, garantendo, in tal modo, al procedimento quei caratteri di certezza che sono soliti distinguerlo dal procedimento analogico<sup>162</sup>.

Pertanto, nella consapevolezza che tra due dati della realtà sarebbe inconcepibile un rapporto di identità, potendosi, al contrario, profilare soltanto un rapporto di somiglianza, ne consegue che gli elementi del rapporto non possono che assumere la natura di concetti astratti<sup>163</sup>.

In quest'ottica, infatti, contrariamente a quanto sarebbe logico pensare, il dato che dev'essere sussunto non è direttamente costituito dal dato storico e reale ma da una sua “astrazione”<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 300

<sup>160</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 370

<sup>161</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 371

<sup>162</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 372

<sup>163</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 93; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 372

<sup>164</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 374

Quest'ultima è, infatti, il risultato del procedimento di comprensione di un oggetto che avviene per mezzo dell'isolamento di alcuni elementi essenziali “dalla totalità delle rappresentazioni percettive” e “presuppone l'adozione di un punto di vista valutativo del soggetto rispetto all'oggetto”<sup>165</sup>.

Da queste premesse deriva che l'attività di sussunzione si svolge tra l'astrazione, derivante dall'adozione del singolo punto di vista valutativo, e il concetto, quale risultante del ripetersi di una pluralità di astrazioni simili in relazione a una molteplicità di oggetti<sup>166</sup>.

Se è vero che l'astrazione e, conseguentemente, il concetto che da quest'ultima origina, sono inevitabilmente condizionati dal punto di vista adottato, risulta, tuttavia, indispensabile precisare che l'esistenza delle strutture sociali ed individuali spinge verso “l'adozione di punti di vista uniformi e relativamente costanti”, comunicati per mezzo delle definizioni concettuali<sup>167</sup>.

La sussunzione può, a questo punto, essere più propriamente definita come la relazione di identità intercorrente tra alcuni elementi della percezione di un dato oggetto (l'astrazione) e tutti gli elementi che compongono una specifica definizione concettuale<sup>168</sup>.

La sussunzione rappresenta, pertanto, un “procedimento abbreviato e certo di valutazione della realtà” nella quale l'attività propriamente valutativa, esclusa in presenza di oggetti “semplici” nei confronti dei quali la definizione concettuale può dirsi cristallizzata nella

---

<sup>165</sup> *Ibidem*

<sup>166</sup> FIANDACA G, MUSCO E., *Diritto penale*, p. 139; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 375

<sup>167</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 93; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 375

<sup>168</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 376

comunità sociale, riaffiora in presenza di casi marginali, nuovi o complessi rispetto ai quali la definizione concettuale si dimostra inadeguata<sup>169</sup>.

Risulta, in ultimo, opportuno precisare che la natura certa della sussunzione sarà inevitabilmente condizionata dalle caratteristiche, ovvero dalla precisione, della definizione concettuale<sup>170</sup>.

Il procedimento analogico, contrariamente a quello sussuntivo, si fonda su strutture valutative ed è pertanto privo di rigidi confini<sup>171</sup>.

Questa sommaria ricostruzione consente, da un lato, di comprendere i motivi che stanno alla base del divieto di analogia in *malam partem* e, da altro lato, di delineare la complessità dell'argomento<sup>172</sup>.

Appare, a questo punto, opportuno delineare il contenuto del principio di tassatività partendo dall'analisi della sentenza n.98/2021. La pronuncia in esame trae origine da una questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto l'art.521 c.p.p. “nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio”<sup>173</sup>. Sulla base di un consistente orientamento della Corte di Cassazione<sup>174</sup> volto a considerare integrato il reato di cui all'art.572 c.p. in presenza di “condotte maltrattanti compiute in un ‘contesto affettivo

---

<sup>169</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 378

<sup>170</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 379

<sup>171</sup> *Ibidem*

<sup>172</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 82

<sup>173</sup> *Corte Cost.*, (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>174</sup> *Cass. pen., Sez. VI* (ud. 18 dicembre 1970), 20 febbraio 1971, n. 1587, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. III*, (ud. 3 luglio 1997), 3 ottobre 1997, n. 8953, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 17 marzo 2010), 30 giugno 2010, n. 24688, in *One legale*; *Cass. pen. Sez., VI*, (18 marzo 2014), 15 luglio 2014, n. 31121, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. II*, (ud. 23 gennaio 2019), 8 marzo 2019, n. 10222, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 7 febbraio 2019), 9 maggio 2019, n. 19922, in *One legale*

protetto’, caratterizzato come tale da ‘legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire’<sup>175</sup>, il giudice prospettava, infatti, alle parti la possibilità di riqualificare i fatti, inizialmente contestati ex art.612 bis c.p., nel più grave delitto di cui all’art.572 c.p..

“A tale conclusione non osterebbe, secondo il rimettente, la previsione da parte del legislatore di una specifica aggravante per il delitto di atti persecutori, consistente nell’essere stato il fatto commesso, tra l’altro, da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa”<sup>176</sup>.

A parere del rimettente, peraltro, l’interpretazione in esame sarebbe, “l’unica compatibile con l’art. 3 Cost., dal momento che sarebbe irragionevole tutelare la vittima di mortificazioni abituali allorquando sia legata da vincoli fondati sul matrimonio (anche in quei casi in cui il rapporto sia ormai sgretolato e indebolito nella sua capacità di condizionare la vittima) e non tutelare, invece, la vittima di mortificazioni abituali che avvengono in contesti affettivi non suggellati da scelte formali, ma caratterizzati comunque dalla attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima”<sup>177</sup>.

Facendo, in tal modo, leva sul dato sostanziale, il remittente giunge a ravvisare il requisito della “convivenza” di cui all’art.572 c.p. anche nel caso di specie<sup>178</sup>.

La Corte costituzionale, nel dichiarare l’infondatezza della questione, rileva, in primo luogo, che, laddove si aderisse all’impostazione in esame, si determinerebbe l’assorbimento, da parte dell’art.572 c.p., “dell’ipotesi aggravata di atti persecutori (di cui

---

<sup>175</sup> *Corte Cost.*, (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>176</sup> *Ibidem*

<sup>177</sup> *Ibidem*

<sup>178</sup> *Ibidem*

all'art.612 bis, co.2 c.p.) che verrebbe dunque ad abbracciare le sole ipotesi di relazioni affettive non caratterizzate (o non più caratterizzate) da una attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima”.

La Corte sottolinea, inoltre, come l'interpretazione in oggetto, maturata in un contesto antecedente all'introduzione dell'art.612 bis c.p. e successivamente abbandonata<sup>179</sup>, trovasse, essenzialmente, applicazione in situazioni di convivenza progressa<sup>180</sup> o caratterizzate dalla presenza di figli<sup>181</sup>.

Il punto centrale della questione è, tuttavia, da rinvenirsi, ad avviso della Consulta, nel divieto di analogia, canone ermeneutico con il quale il remittente omette di confrontarsi. “Il divieto di analogia non consente”<sup>182</sup>, infatti, “di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge (non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza) che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio

---

<sup>179</sup>*Corte Cost.*, (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*; *Cass. pen.*, *Sez. III*, (ud. 23 novembre 2020), 25 gennaio 2021, n. 2911, in *One legale*

<sup>180</sup> *Cass. pen.*, *Sez. VI*, (ud. 13 dicembre 2017), 24 gennaio 2018, n. 3356, in *One legale*; *Cass. pen.*, *Sez. VI*, (ud. 7 febbraio 2019), 9 maggio 2019, n. 19922, in *One legale*; *Cass. pen.*, *Sez. III*, (ud. 12 giugno 2019), 28 ottobre 2019, n. 43701, in *One legale*; *Cass. pen.*, *Sez. VI*, (ud. 3 novembre 2020), 22 dicembre 2020, n. 37077, in *One legale*

<sup>181</sup> *Cass. pen.*, *Sez. VI*, (ud. 20 aprile 2017) 22 maggio 2017, n. 25498, in *One legale*; *Cass. pen.*, *Sez. VI*, (ud. 28 settembre 2017) 20 novembre 2017, n. 52723, in *One legale*; *Cass. pen.*, *Sez. VI*, (ud. 6 ottobre 2020) 4 febbraio 2021, n. 4424, in *One legale*

<sup>182</sup> *Corte Cost.*, (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”<sup>183</sup>.

La Consulta evidenzia, inoltre, come “il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisca il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall’art. 25, co.2, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale<sup>184</sup>”

Sotto il primo profilo, la Corte sottolinea, infatti, che “la ratio della riserva assoluta di legge in materia penale...verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge”<sup>185</sup>.

Sotto il secondo profilo, invece, il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce l’ovvio *pendant* del principio di precisione, rivolto al legislatore, che mira ad “evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito, nonché quelli tra le diverse fattispecie di reato”<sup>186</sup>; assicurando, altresì, “al destinatario della norma una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”<sup>187</sup>.

L’ausilio interpretativo del giudice, pertanto, “non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della

---

<sup>183</sup>Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*; MARTIELLO G., “Vincolo testuale” ed interpretazione del diritto penale, in *Criminalia*, 2022, p. 440; SCEVI P., *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *La legislazione penale (Web)*, 6 novembre 2020, p. 34; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p 95

<sup>184</sup> Corte Cost., (ud. 9 aprile 1981), 8 giugno 1981, n. 96, in *One legale*; Corte Cost., (ud. 6 febbraio 1995), 13 febbraio 1995, n.34, in *One legale*

<sup>185</sup>Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*; CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in *La legislazione penale (Web)*, 28 aprile 2022, p. 5

<sup>186</sup> Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>187</sup> *Ibidem*

disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo".<sup>188</sup>

Il rispetto del divieto di analogia nel caso di specie impone, pertanto, di precisare se sia possibile sostenere che “la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a *quo*, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima ‘famiglia’ dell'imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di ‘convivenza’”<sup>189</sup>.

Il difetto di tale dimostrazione, a parere della Corte, evidenzia come l'applicazione dell'art.572 c.p. (in luogo dell'art.612 bis c.p.) costituisca il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice che, seppur sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, risulta comunque preclusa ai sensi dell'art.25 Cost<sup>190</sup>.

Dalla pronuncia in esame risulta possibile trarre un duplice ordine di conseguenze.

In primo luogo, emerge la collocazione del divieto di analogia tra i principi “supremi” dell'ordinamento con conseguente sottrazione dello stesso alle operazioni di bilanciamento con altri valori<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Corte Cost. (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n.115, in *One legale*

<sup>189</sup> Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>190</sup> *Ibidem*

<sup>191</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 93; Corte Cost. (ud. 19 giugno 2007), 24 luglio 2007, n.322, in *One legale*

In secondo luogo, appare lampante come l'obbligo di addivenire ad un'interpretazione costituzionalmente conforme deve, inevitabilmente, cedere il passo a fronte dell'incompatibilità con la *littera legis*<sup>192</sup>.

La sentenza n.98 del 2021 segna, in tal modo, il primato del criterio letterale, la cui adozione, tuttavia, incontra numerose difficoltà<sup>193</sup>.

Sotto questo profilo risulta, infatti, evidente come la ricostruzione del significato letterale di un termine implichi la previa identificazione, non priva di conseguenze sul piano pratico, del sistema linguistico di riferimento. In questo senso l'alternativa si pone tra il linguaggio comune e quello di natura tecnico-giuridica<sup>194</sup>. La dottrina, nel risolvere il quesito a favore della prima tipologia di linguaggio (fatta salva la presenza fattispecie definitorie), si serve della ricostruzione della *ratio* del divieto di analogia, sottolineando, in particolare, come l'esigenza di tutela della libertà personale dei singoli verrebbe nella sostanza frustrata laddove i segni linguistici risultassero a questi ultimi inaccessibili<sup>195</sup>.

Dopo aver individuato nel linguaggio comune il sistema linguistico di riferimento, occorre chiedersi se la ricostruzione del significato debba essere effettuata alla stregua della volontà storica del legislatore o avendo riguardo al momento di applicazione della fattispecie<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 88; *Corte Cost.*, (ud. 13 gennaio 2016), 19 febbraio 2016, n.36, in *One legale*

<sup>193</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 101

<sup>194</sup> *Ibidem*

<sup>195</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 101; MARTIELLO G., "Vincolo testuale", cit., p. 441; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 94

<sup>196</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 102

Il problema in esame, com'è già stato evidenziato, ha trovato autorevole risoluzione a favore della seconda alternativa a causa delle incongruità cui, inevitabilmente, condurrebbe un'integrale adesione al criterio storico<sup>197</sup>.

Un'ultima difficoltà concerne, infine, la modalità di accertamento del significato (ovvero dei significati) letterale delle espressioni linguistiche utilizzate. Il quesito in esame merita, in realtà, di essere ridimensionato alla luce di un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, risulta, indispensabile, riconoscere come la funzione del linguaggio comune sia, invero, marcatamente negativa: quest'ultima, infatti, lungi dal fornire univoca risposta circa l'applicabilità di una data fattispecie ad una determinata situazione di fatto, consente, invece, di pervenire alla "falsificazione" di tutte quelle interpretazioni che risultino incompatibili con l'uso comune di un termine.

Mentre il criterio in oggetto mostra la sua piena idoneità selettiva in presenza di elementi caratterizzati dal valore della certezza (ossia rispetto ai quali è agevole formulare un giudizio di conformità o difformità rispetto all'area semantica dell'espressione presa in esame), rispetto alle cd. "zone grigie" del linguaggio, caratterizzate, in quanto tali, dalla presenza di dati di realtà affetti da incertezza (nei confronti dei quali non risulta possibile esprimere un giudizio di conformità o difformità rispetto all'area semantica dell'espressione in esame), il criterio selettivo risulta, al contrario, inapplicabile.<sup>198</sup>

Da quanto premesso discende, pertanto, che l'analogia potrà manifestarsi soltanto in presenza di espressioni dotate di un campo semantico caratterizzato dalla presenza di margini di certezza positiva e negativa in quanto, è proprio con riferimento a questi ultimi,

---

<sup>197</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit. p. 98; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 302

<sup>198</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 106; CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia*, cit., p.18; PALAZZO F., *Costituzione e divieto di analogia*, in *Diritto penale e processo*, 2021, Vol. 9, p. 1224

che risulta prospettabile l'*eadem ratio* che giustifica l'estensione analogica di una fattispecie penale a situazioni ad essa estranee<sup>199</sup>.

Al contrario, l'esistenza di zone grigie consente al giudice, non in veste di esperto del diritto ma solo quale "parlante medio", di formulare un giudizio di compatibilità o di difformità dell'interpretazione cui egli è pervenuto, rispetto al linguaggio comune<sup>200</sup>.

### **2.3 La distinzione tra analogia e interpretazione estensiva**

Premesso quanto precede, risulta, a questo punto, necessario verificare se e in quale modo sia possibile distinguere l'analogia dall'interpretazione estensiva della fattispecie. L'utilità pratica di questa indagine appare, peraltro, di lampante evidenza se si considera che soltanto la prima, in materia penale, è oggetto di un divieto specifico<sup>201</sup>.

La prima impostazione, elaborata in sede dottrinale, che appare opportuno menzionare, assume quale criterio distintivo il concetto di "volontà" e giunge alla teorizzazione della cd. "teoria volontaristica". Quest'ultima si basa sull'assunto che, mentre l'interpretazione estensiva opererebbe in conformità alla volontà della legge, l'analogia, al contrario, seguirebbe la "presunta volontà del legislatore"<sup>202</sup>.

Con l'obiettivo di individuare un parametro di maggior concretezza, una seconda impostazione ha, invece, cercato di ancorare il criterio distintivo alla disposizione

---

<sup>199</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 108; CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia*, cit., p.15

<sup>200</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 106; VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Vol. 1, Milano, 2002, p.229

<sup>201</sup> CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 155; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 97

<sup>202</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 112

normativa. Secondo questa teoria, infatti, cd. “logicistica o normativistica”, la distinzione tra interpretazione e analogia andrebbe ravvisata nell’inclusione o nell’esclusione di una determinata situazione dalla norma<sup>203</sup>.

Senonché, l’incerto risultato cui si sarebbe pervenuti a causa dell’adozione dei proposti criteri, ha condotto una parte della dottrina a negare l’esistenza di una reale differenza tra i due procedimenti<sup>204</sup> ovvero, in senso contrario, a ritenerli entrambi proibiti in materia penale, sul presupposto che, tanto l’analogia quanto l’interpretazione estensiva, avessero l’effetto di determinare un ampliamento delle possibilità punitive offerte dalla legge<sup>205</sup>.

Tuttavia, l’insostenibilità della conclusione in esame appare, *prima facie*, evidente laddove si consideri che la sua adozione avrebbe l’irragionevole conseguenza di condurre (all’inevitabile) indecidibilità di tutti quei casi in cui la lettera della legge, aprendo verso una pluralità di possibili significati, risulti nella sostanza inidonea a fornire un’interpretazione certa e univoca<sup>206</sup>.

L’interpretazione estensiva, invero, ormai pacificamente ammessa in materia penale<sup>207</sup>, opera, infatti, proprio in presenza di espressioni caratterizzate da un’incerta estensione (la cd. zona grigia), attraverso l’attribuzione di un significato che, seppur esteso all’estremo, non travalichi i limiti costituiti dalla lettera della legge<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> *Ibidem*

<sup>204</sup> BOBBIO N., *Analogia*, cit., p. 171

<sup>205</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 120

<sup>206</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 124

<sup>207</sup> *Cass. pen., Sez. II*, (ud. 7 marzo 2019), 29 marzo 2019, n.13795, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. II*, (7 novembre 2019), 10 aprile 2020, n.11959, in *One legale*; *Cass. pen. Sez. Un.*, (ud. 26 novembre 2020), 16 marzo 2021, n.10831, in *Giurisprudenza penale (Web)*, 17 marzo 2021; *Corte Cost.*, (ud. 23 maggio 1961), 27 maggio 1961, n.27, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 16 aprile 1982), 29 aprile 1982, n.79, in *One legale*; MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 121, p.441; PELISSERO M., *Diritto penale*, cit., p. 33

<sup>208</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 129; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale.*, cit., p. 156; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, p. 140; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 91; MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 122

Mentre la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia appare, se formulata in questi termini, di agevole riscontro sul piano teorico, non altrettanto limpida può dirsi sul piano pratico, specialmente in presenza di fattispecie connotate da una terminologia vaga e imprecisa<sup>209</sup>.

Occorre, a questo punto, procedere per gradi, operando una distinzione tra le fattispecie connotate dalla presenza di “elementi cd. rigidi”, per tali intendendosi tutti quegli elementi esprimenti un concetto dai confini certi, nei confronti dei quali il giudizio di appartenenza (ovvero di non appartenenza) di una data situazione al concetto possa essere agevolmente formulato<sup>210</sup>, e quelle connotate dalla presenza di “elementi cd. elastici”, esprimenti concetti dai confini incerti, nei confronti dei quali la scelta di ricondurre (o non ricondurre) una determinata ipotesi al concetto è caratterizzata da incertezza.

Nel primo caso la linea di demarcazione tra analogia ed interpretazione risulta, invero, agevolmente tracciabile, soprattutto in presenza di elementi descrittivi che facciano immediato riferimento a una realtà naturale, facilmente identificabile tramite esperienze comuni, o in presenza di elementi descrittivi cd. “numerici”.

Emblematica, in questo senso, risulta la sentenza n.36779 del 2011, nella quale la Corte di Cassazione, nell’escludere dall’applicabilità dell’art.660 c.p. l’ipotesi in cui le molestie siano perpetrate con il mezzo del computer e, in particolare, attraverso l’invio di messaggi di posta elettronica, invoca, correttamente, il divieto di analogia in materia penale<sup>211</sup>.

Analogamente, in tema di responsabilità del direttore responsabile per omesso controllo sul contenuto del periodico, la Corte di Cassazione è pervenuta all’esclusione, sulla base

---

<sup>209</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 130; SCEVI P., *Prevedibilità e legalità nel diritto penale*, cit., p. 34

<sup>210</sup> *Ibidem*

<sup>211</sup> *Cass. pen., Sez. I*, (ud. 27 settembre 2011), 12 ottobre 2011, n.36779, in *One legale*

del divieto di analogia in *malam partem*, della possibilità di estendere l'operatività della fattispecie nei confronti della figura del direttore editoriale<sup>212</sup>.

Ciò nonostante, la Corte, è, talvolta, egualmente pervenuta ad applicazioni analogiche (cd. "occulte", in quanto mascherate dalla denominazione di "interpretazioni estensive o evolutive"<sup>213</sup>) delle fattispecie penali, nel frequente tentativo di "ripristinare, in via interpretativa, l'uguaglianza di trattamento"<sup>214</sup> in presenza di formule legislative inidonee a far fronte ai mutevoli interessi sociali.

Significativa, in quest'ottica, risulta la sentenza n.1987 del 1986 nella quale la Corte di Cassazione, in assenza di una disposizione che avesse, precipuamente, ad oggetto la riproduzione abusiva di cd. software, ha ritenuto di poter legittimamente estendere la normativa sul diritto d'autore anche all'ipotesi in questione in quanto, a parere della Corte, sarebbe risultata del tutto irragionevole l'esclusione di "opere di così sofisticato impegno culturale"<sup>215</sup>, dalla tutela offerta dall'art.171 lett.c della Legge n.633/1941. Senonché, il tenore letterale della disposizione in esame, che citava, esclusivamente, le opere di letteratura scientifica e la successiva integrazione della norma, ad opera del legislatore del 1992, rendevano del tutto evidente la natura analogica dell'interpretazione compiuta.

In realtà, di interpretazione estensiva, com'è già stato evidenziato, può, più propriamente, parlarsi con riferimento agli elementi vaghi o imprecisi, caratterizzati, in diversa misura, dalla presenza di cd. zone grigie, rispetto alle quali il linguaggio comune non è in grado di orientare l'interprete<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> Cass. pen., Sez. V, (ud. 2 maggio 2016), 6 ottobre 2016, n.42309, in *One legale*

<sup>213</sup> SCEVI P., *Prevedibilità e legalità nel diritto penale*, cit., p. 33

<sup>214</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 136; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 93

<sup>215</sup> Cass. pen. Sez. III, 24 novembre 1986, in *Il foro italiano*, Vol. 110, 1987, p. 289 ss.

<sup>216</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 139,

In siffatte situazioni, peraltro, l'interpretazione estensiva, quale interpretazione "teleologicamente orientata", dev'essere comunque conforme alla massima estensione del testo della legge, inteso nelle sue singole parti e nel suo significato complessivo, essendo, al contrario, sempre latente "il rischio di ricadere in un giudizio analogico mascherato"<sup>217</sup>.

Si spiega, pertanto, in quest'ottica sia il motivo per quest'ultima sia stata, da alcuni autori, definita come il "cavallo di Troia delle operazioni ermeneutiche"<sup>218</sup>, sia perché, sul piano operativo, la distinzione tra i due procedimenti appaia tutt'altro che agevole, dando, invece, (spesso) luogo a risultati di dubbia legittimità<sup>219</sup>.

Emblematica, in questo senso, risulta la sentenza n.534 del 2004 nella quale la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla possibilità di ravvisare un'ipotesi di sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione, nei confronti del gestore di un sito internet; sito che consentiva, a seguito del pagamento da parte dei clienti, l'interazione, consistente perlopiù in atteggiamenti a sfondo sessuale, con gli "attori" della piattaforma<sup>220</sup>.

La peculiarità della questione proposta, evidenziata dalla mancanza di contatto fisico tra le parti, unitamente alla circostanza che la condotta in esame non potesse dirsi realizzata in un unico luogo, alla simultanea presenza dell'attore e del cliente, ha spinto la Corte ad un'indispensabile ricostruzione del significato del termine "prostituzione"<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> FIANDACA G, MUSCO E., *Diritto penale*, p. 123; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 99

<sup>218</sup> MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 97

<sup>219</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 142; CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia*, cit., p.11

<sup>220</sup> *Cass. pen., Sez. III*, (ud. 22 aprile 2004), 8 giugno 2004, n. 534, in *One legale*; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?*, cit., p. 11

<sup>221</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 147

Espressione, quest'ultima, che, ad avviso della Corte e sulla base di precedenti pronunce giurisprudenziali (in assenza di precisa definizione legislativa), dev'essere genericamente ravvisata nella nozione di "prestazione sessuale a pagamento"<sup>222</sup>, prescindendo, in tal modo, sia dal concetto di congiunzione carnale che dal necessario compimento di atti di libidine<sup>223</sup>.

La prestazione diviene, in quest'ottica, un concetto di genere, idoneo a ricomprendere "qualsiasi atto sessuale, compiuto dietro il pagamento di un corrispettivo, che risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione"<sup>224</sup>; definizione che, a parere della Corte, risulta, peraltro, in perfetta aderenza allo scopo perseguito della legge n.75/1958 (cd. legge Merlin), volta a prevenire "l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo"<sup>225</sup>.

In quest'ottica, di conseguenza, la circostanza che il contatto fisico non possa essere concepito neanche quale potenziale modalità di esecuzione della condotta, a causa dell'assenza del requisito della "compresenza nello stesso luogo" delle parti, non osta, ad avviso della Corte, all'integrazione del concetto di prostituzione<sup>226</sup>.

Risulta, tuttavia, opportuno rilevare come l'operazione compiuta dalle Corti, che formalmente costituisce un'ipotesi di interpretazione estensiva, essendosi mossa nella zona d'ombra del linguaggio comune, travalichi, in realtà, i confini di quest'ultimo, svelando la sua sostanziale natura analogica.

---

<sup>222</sup> Cass. pen., Sez. III, (ud. 22 aprile 2004), 8 giugno 2004, n. 534, in *One legale*; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?*, cit., p. 22

<sup>223</sup> VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?*, cit., p. 22

<sup>224</sup> Cass. pen., Sez. III, (ud. 22 aprile 2004), 8 giugno 2004, n. 534, in *One legale*

<sup>225</sup> *Ibidem*

<sup>226</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 147; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?*, cit., p. 23

Infatti, la Corte, nella ricostruzione del significato del termine “prostituzione”, compie una precisa operazione valoriale tendente alla prevenzione di qualsivoglia comportamento di auto-degradazione morale<sup>227</sup>, disinteressandosi, di conseguenza, della prevedibilità della decisione e dell’invalicabile limite costituito dal significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore<sup>228</sup>.

Pertanto, se è vero che, sotto il profilo teorico, l’analogia opera solamente in presenza di espressioni dotate di un’area semantica ben definita, occorre, tuttavia, ammettere che, sotto il profilo pratico, il risultato cui perviene l’interpretazione estensiva di un termine vago o elastico è assolutamente assimilabile a quello che si avrebbe a seguito di interpretazione analogica<sup>229</sup>.

Ragionando in questi termini si comprende, pertanto, il motivo per cui autorevole dottrina ha ritenuto che “un espresso divieto di analogia può avere un reale significato solo in un ordinamento che bandisca disposizioni legislative redatte in termini indeterminati”<sup>230</sup>.

In conclusione, “se è indubbio che un obbligo costituzionale di determinatezza comporti necessariamente un divieto di analogia per il carattere indeterminato del procedimento analogico, viceversa un obbligo costituzionale di tassatività, anche se costituisce un indizio decisivo per un conseguente obbligo di determinatezza, non lo implica necessariamente”, di conseguenza, “il precetto di determinatezza... ricomprende” quello di tassatività “ma in esso non si esaurisce.”<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 149; PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in DOLCINI E., PALIERO C.E., (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Vol. I, Milano, 2006, p. 531; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?*, cit., p. 24

<sup>228</sup> BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia*, cit. p. 149; *Corte Cost.*, (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 135

<sup>229</sup> CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia*, cit., p.13

<sup>230</sup> CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia*, cit., p.18; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 6; PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, cit., p. 133

<sup>231</sup> PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 7

### 3. Il problema della vaghezza della norma

Le considerazioni che precedono potrebbe (erroneamente) indurre a ritenere che, in presenza di una formula normativa vaga, si determini sempre la violazione dell'art.25 Cost.

Senonché, occorre considerare come l'uso, talvolta interscambiabile, delle nozioni di “vaghezza” e di “indeterminatezza” non sia privo di conseguenze sul piano pratico.

Mentre con l'espressione “indeterminatezza” ci si riferisce, propriamente, a un vizio della norma penale, rilevante ex art.25 Cost., con il termine “vaghezza” si evoca, al contrario, un'ineliminabile caratteristica del linguaggio<sup>232</sup>.

L'universo di applicazione di qualsiasi segno linguistico comprende sempre, infatti, un'area di applicazione certa (cd. “nucleo duro”) e un'area di applicazione incerta, identificabile con l'espressione “zona grigia”, “zona di penombra”, ovvero “frangia”, in cui si collocano i cd. “casi limite”<sup>233</sup>.

Emblematico, in quest'ottica, è l'esempio proposto da Hart, il quale, analizzando il significato del termine “veicolo”, all'interno di una disposizione che ne proibisca l'ingresso nei parchi, ha riscontrato l'esistenza di casi limite, irrisolvibili sulla base delle mere convenzioni linguistiche.

Infatti, se con riferimento ad automobili, autobus o motociclette l'operatività del divieto non pone dubbi, diversamente avviene in presenza di macchine-giocattolo a trazione elettrica<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> MANNAIOLI G., *La vaghezza linguistica come strategia implicita persuasiva e fenomeno di interfaccia tra semantica, sintassi e pragmatica. Esempi dal discorso pubblico contemporaneo in diverse lingue*, in *Quaderni di italiano linguadue*, Vol.XV, 2, 2023, p. 207

<sup>233</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 4

<sup>234</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 6

La vaghezza rappresenta, di conseguenza, un peculiare “fenomeno semantico e pragmatico” consistente nell’*“imprecisione di significato”*<sup>235</sup>.

Questa prima definizione impone, pertanto, di chiarire cosa si intenda con il termine “significato” del quale sono, invero, prospettabili almeno quattro diverse accezioni<sup>236</sup>.

In primo luogo, il significato può essere identificato in un elemento del sistema lessicale.

In questa prospettiva il valore semantico risulta esclusivamente differenziale in quanto viene ricavato attraverso l’opposizione a vocaboli concettualmente contigui<sup>237</sup>.

La vaghezza di un termine, in quest’ottica, può essere ravvisata in due diverse circostanze: da un lato, nell’ipotesi in cui il vocabolo non sia “completamente opponibile ai termini confinanti”, ossia laddove “la sua area di significato coincida in parte (nella zona detta di frangia) con le aree che il sistema linguistico assegna al significato dei termini confinanti”<sup>238</sup>, da altro lato, nell’ipotesi in cui sia incerto se una determinata proprietà debba ritenersi essenziale (cd. “*invariante*”) o, al contrario, accidentale (cd. “*variante*”) per l’impiego del termine<sup>239</sup>.

Occorre rilevare, peraltro, come la comunanza della zona di frangia implichi il conseguente riconoscimento del carattere vago anche dei termini limitrofi<sup>240</sup>.

Una seconda teoria identifica, invece, il significato di un termine con “l’uso che di esso fanno i parlanti nei diversi contesti”. In questa prospettiva, al fine di scongiurare la dissolvenza cui incorrerebbe il valore semantico di una parola, a causa dell’infinità varietà di usi particolari, autorevole dottrina ha ritenuto di poter, opportunamente, integrare la

---

<sup>235</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 3

<sup>236</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 7

<sup>237</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 11

<sup>238</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 31

<sup>239</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 34

<sup>240</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 32

concezione in esame con la teoria che identifica il significato in un elemento del sistema lessicale<sup>241</sup>.

In questo contesto, l'omonimia che caratterizza fenomeni diversi evoca solamente l'esistenza di un più o meno stretto rapporto di somiglianza, quale risultante della coincidenza o parziale sovrapposizione di alcuni tratti comuni.

La vaghezza, di conseguenza, può essere associata alla *naturale fluidità dei significati*, derivante dall'indeterminato numero di fenomeni cui il termine si correla<sup>242</sup>.

Da questo riconoscimento consegue, inoltre, che mentre il cd. nucleo duro di un vocabolo andrebbe ravvisato nel significato "istituzionalizzato a livello di prassi sociale", la cd. zona di frangia sarebbe, al contrario, costituita dalla "fluttuazione degli usi linguistici"<sup>243</sup>.

In questo contesto, il significato delle parole, strettamente dipendente dalle caratteristiche delle singole istanze d'uso del termine, sarebbe ricostruibile solo alla luce del contesto in cui queste si inseriscono<sup>244</sup>.

Al fine di scongiurare il completo annichilimento della nozione di "*significato letterale*", cui giungerebbe la teoria in esame, è stato autorevolmente sottolineato come le singole istanze d'uso di un termine, non siano totalmente rimesse all'arbitrio dei singoli, ma traggano, invero, fondamento da un insieme di regole impersonali e astratte<sup>245</sup>.

Il significato emerge, in tal modo, non soltanto dalle singole istanze d'uso dei termini ma anche a livello di sistema linguistico-normativo, consentendo all'interprete di valersi, nella maggior parte dei casi, della "lettera" della legge<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 13

<sup>242</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 36

<sup>243</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 37

<sup>244</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 40

<sup>245</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 41

<sup>246</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 43

Occorre, infine, considerare che l'area di penombra delle parole, isolatamente considerate, si riduce a seguito del loro inserimento all'interno di un contesto comunicativo sicché, ogni mutamento di quest'ultimo comporta sempre un "riadattamento" del significato loro attribuito<sup>247</sup>.

Secondo una terza concezione, invece, il significato può essere inteso quale "*estensione*" di un termine, identificandosi, in tal modo, con l'individuo o la classe delle cose cui il vocabolo si riferisce in maniera veritiera<sup>248</sup>.

In tal caso, la vaghezza estensionale di un enunciato costituisce "un'incertezza intrinseca sull'applicabilità dell'espressione ai casi-limite che si verificano in un particolare mondo possibile, assunto come mondo attuale"<sup>249</sup>.

Un'ultima teoria identifica, al contrario, il significato nell'insieme delle proprietà per mezzo delle quali è possibile pervenire alla conoscenza delle cose denotate dal segno, ossia nell'"*intensione*" di un termine<sup>250</sup>.

In quest'ottica, la vaghezza intensionale differisce da quella estensionale per la diversa ampiezza dell'universo di discorso che viene preso in considerazione, essendo, in tal caso, costituito "dall'insieme di tutti i mondi logicamente possibili"<sup>251</sup>.

Le concezioni finora esposte si fondano sul presupposto che, mentre con riferimento al cd. nucleo duro degli enunciati sia sempre possibile formulare un giudizio di conformità al vero, nei confronti dei cd. casi limite, la vaghezza opera quale barriera alla verificabilità degli stessi, salvo ammettere un certo margine di approssimazione<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 45

<sup>248</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 8

<sup>249</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 13

<sup>250</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 9

<sup>251</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 14

<sup>252</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 17

La vaghezza è, infatti, il risultato di un difetto di correlazione tra il linguaggio e l'esperienza ed è, di conseguenza, del tutto indipendente dalla quantità delle conoscenze possedute.

La concezione in esame, fondandosi sul valore di verità di un enunciato, mal si adatta alle esigenze del linguaggio prescrittivo che, in quanto tale, è privo di questo valore<sup>253</sup>.

Nella consapevolezza di quanto esposto, parte della dottrina si è mossa lungo una direzione differente, attraverso la suddivisione del significato di un enunciato in di due distinte componenti, il *frastico* e il *neustico*<sup>254</sup>.

Mentre il primo indicando “uno stato di cose o un'idea di azione”<sup>255</sup>, è condiviso sia dagli enunciati descrittivi che da quelli prescrittivi, il secondo, essendo espressione della “funzione tipica dell'enunciato”<sup>256</sup>, costituisce il vero tratto distintivo.

Procedendo in questo senso risulta, pertanto, possibile constatare come le preposizioni prescrittive, analogamente a quelle descrittive, facciano riferimento a situazioni e stati di fatto comunque rientranti nell'ambito delle possibili esperienze.

La nozione di intensione può, di conseguenza, essere ampliata fino a identificarsi con la corrispondenza o non corrispondenza della fattispecie concreta (quale insieme dei “comportamenti ipotizzabili in ciascun mondo possibile”<sup>257</sup>) alla fattispecie astratta (ossia al “modello di comportamento”<sup>258</sup> imposto dalla preposizione), sul presupposto che il comportamento sia vincolato.

---

<sup>253</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 13

<sup>254</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 20

<sup>255</sup> *Ibidem*

<sup>256</sup> *Ibidem*

<sup>257</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 21

<sup>258</sup> *Ibidem*

Così procedendo, la vaghezza di un enunciato prescrittivo (*rectius*, del frastico) può essere identificata nell'esistenza di casi-limite, ossia di fattispecie concrete la cui sussimibilità sotto una determinata fattispecie astratta è dubbia<sup>259</sup>.

Analogamente, con riferimento ai termini individuali (*soggetti*) e ai termini generali (*predicati*), quali componenti delle preposizioni, la vaghezza osta, da un lato, all'identificazione (o integrale identificazione) dell'individuo denotato dal soggetto e, da altro lato, alla sicura applicabilità del predicato agli oggetti marginali<sup>260</sup>.

Più problematica risulta, al contrario, l'analisi in relazione ai “*termini qualificatori*”, per tali intendendosi quelle espressioni che facciano indiretto riferimento a determinate situazioni empiriche. In tal caso, risulta evidente come il nodo centrale della questione debba essere rintracciato nella presenza o, viceversa, nella mancanza di “schemi di qualificazione”, ossia di criteri attraverso i quali sia possibile attribuire la proprietà espressa dal termine alla situazione concreta<sup>261</sup>.

Il predicato, in questa circostanza, si considera vago ogniqualvolta in cui, nonostante la presenza di parametri predefiniti, non sia possibile esprimere un sicuro giudizio di conformità dei casi-limite; situazione che, peraltro, non dev'essere confusa con quella, radicalmente diversa, in cui vi sia la totale assenza del criterio di qualificazione<sup>262</sup>.

Un certo margine di vaghezza risulta, peraltro, riscontrabile anche in relazione al linguaggio tecnico che, diversamente da quello comune, abbisogna di una terminologia precisa e specializzata. In quest'ottica, occorre, infatti, notare come l'opera di riduzione della vaghezza, compiuta in questi campi, non riesca mai a pervenire alla sua completa

---

<sup>259</sup> DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., p. 106; LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 28-70

<sup>260</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 25

<sup>261</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 27

<sup>262</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 28

eliminazione dovendo, al contrario, arrestarsi in presenza di espressioni connotate da *margini di errore* cd. *trascurabili* e, ritenute in quanto tali, sufficientemente soddisfacenti<sup>263</sup>.

Diversamente, in relazione al linguaggio comune, caratterizzato da esigenze meno stringenti, la vaghezza può assumere connotazioni positive in quanto costituisce un efficace strumento attraverso il quale far fronte alle diverse evenienze della vita quotidiana.

Da quanto premesso consegue, pertanto, il riconoscimento che la vaghezza, lungi dall'essere "*malum in se*", necessita, al contrario, di un'attenta valutazione che, compiuta caso per caso, tenga conto delle esigenze cui, attraverso il linguaggio, si cerca di far fronte<sup>264</sup>.

### **3.1 La riduzione della vaghezza**

Nel mondo giuridico, l'applicazione del diritto e, prima ancora, l'interpretazione delle norme presuppongono una serie di scelte e di valutazioni che, cristallizzate, per lo più, in sede di motivazione<sup>265</sup>, sono finalizzate alla risoluzione dei casi-limite, determinando, al contempo, la riduzione della vaghezza<sup>266</sup>.

Sotto questo profilo, l'ordinamento, limitandosi laconicamente a prescrivere che la ricerca del significato debba essere condotta alla luce della lettera e dello spirito della

---

<sup>263</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 84

<sup>264</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 86

<sup>265</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 114

<sup>266</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 114

legge (art.12 disp. prel.)<sup>267</sup>, sembra incapace di fornire un sicuro criterio guida all'interprete.

Occorre, pertanto, verificare se l'art. 12 disp. prel. consenta realmente l'individuazione di un duplice piano esegetico o se, al contrario, sia privo di qualunque utilità<sup>268</sup>.

Conviene, in quest'ottica, prendere le mosse dal primo livello interpretativo consistente nella cd. "interpretazione letterale" e chiarire, in primo luogo, cosa debba intendersi con il termine "lettera". Quest'ultima, può essere intesa quale "insieme di tutti i possibili sensi che sono attribuiti a una disposizione secondo le regole semantiche e pragmatiche sottostanti agli usi consolidati del linguaggio dei giuristi. È dunque "letterale" l'interpretazione che compie il massimo sforzo per non innovare i significati delle espressioni rispetto a quelli abituali nel lessico dei giuristi"<sup>269</sup>.

Il richiamo all'abitudine dell'uso rende, peraltro, evidente la circostanza che il legislatore, lungi dal creare *ex abrupto* significati tecnico-giuridici (salvo il caso del ricorso alle *definizioni*), si avvalga, in sede di formulazione normativa, di espressioni consolidate in una data comunità linguistica<sup>270</sup>.

Da quanto premesso consegue, inoltre, il rifiuto della concezione che vede nella "lettera" il "nucleo duro di significato" di un termine e l'accoglimento della teoria che, proposta da autorevole dottrina, propugna, al contrario, il carattere "fluido, indeterminato ed ambiguo" della "lettera" in quanto portatrice di una molteplicità di sensi, tutti egualmente possibili<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 206

<sup>268</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 207

<sup>269</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 225

<sup>270</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 226

<sup>271</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 227

La lettera rappresenta, di conseguenza, il punto di partenza dell'interpretazione ma non può rappresentarne, al contempo, il punto di arrivo. Quest'ultimo dev'essere, invece, raggiunto su un diverso piano esegetico in cui il risultato dell'interpretazione letterale viene fatto oggetto di ridefinizione, in base a scelte fondate su criteri di validità differenti dalle tradizionali convenzioni del linguaggio tecnico-giuridico<sup>272</sup>.

In quest'ottica, l'interpretazione letterale dev'essere arricchita, da un lato, dal lessico proprio del linguaggio giuridico<sup>273</sup> e, da altro lato, dal contesto verbale<sup>274</sup> (e culturale<sup>275</sup>) nel quale si inseriscono i segni, nella prospettiva di rintracciare una definizione che si ponga in termini di non-incoerenza sul piano sistematico<sup>276</sup>.

Talvolta, tuttavia, l'interpretazione letterale non è in grado, da sola, di sciogliere le questioni che ricadono nella cd. frangia del significato sicché, frequentemente, l'interprete è costretto a ricercare, sotto il pericolo del *non liquet*, direttive diverse (*latu sensu* politiche), volte a rintracciare lo "spirito" delle norme<sup>277</sup>.

Nella maggior parte dei casi, ciò avviene per il tramite di "ridefinizioni", spesso occulte, con le quali si integra, o al contrario, si determina una frattura con il dato letterale attraverso l'uso di criteri funzionali e sistematici<sup>278</sup>.

Si pensi, in tal caso, alla sentenza n.2835 del 1962 nella quale, la Corte di Cassazione, allontanandosi dal dato letterale dell'art.1223 c.c., ha statuito che "sebbene in materia contrattuale l'obbligo del risarcimento sia limitato ai danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, il criterio dell'immediatezza dev'essere inteso

---

<sup>272</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 228

<sup>273</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 229

<sup>274</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 233

<sup>275</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 237

<sup>276</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 234

<sup>277</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 247

<sup>278</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 248

con una certa elasticità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, i quali si presentino come un effetto normale dell'inadempimento... secondo il principio della così detta regolarità causale<sup>279</sup>.

Frequente risulta anche il ricorso a interpretazioni cd. "correttive" realizzate sulla scorta di sviste o lapsus legislativi, ritenuti tali a causa dell'irragionevolezza delle conseguenze che deriverebbero dall'interpretazione *secundum litteram* delle disposizioni<sup>280</sup>.

Occorre, in ultimo, rammentare il ruolo che, in questa prospettiva, viene svolto dai principi generali dell'ordinamento richiamati, talvolta, in funzione espansiva, con lo scopo di dare origine a nuove norme e, talaltra, in funzione restrittiva, per derogare, modificare o limitare l'operatività di alcune disposizioni<sup>281</sup>.

Risulta, pertanto, evidente come, se da un lato, queste operazioni consentano di pervenire alla riduzione della vaghezza, talora "intenzionalmente" utilizzata quale strumento di deresponsabilizzazione del potere legislativo<sup>282</sup>, da altro lato, nascondano sempre il rischio di determinare lo sconfinamento del potere punitivo, in aperto contrasto con l'art.25 Cost.

---

<sup>279</sup> Cass. civ., Sez. II, 6 ottobre 1962, n. 2835, in *One legale*; LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 255

<sup>280</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 257

<sup>281</sup> LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, cit., p. 270

<sup>282</sup> DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., p.119; MANNAIOLI G., *La vaghezza linguistica*, cit., p. 209

## CAPITOLO II

### L'INTERPRETAZIONE DELLA FATTISPECIE DI TORTURA ALLA LUCE DEI PRINCIPI DI PRECISIONE E DETERMINATEZZA

#### 1. Il delitto di tortura: una ricostruzione storica dell'incriminazione

Dopo aver delineato il contenuto dei principi di determinatezza e di precisione, risulta opportuno incentrare l'analisi sull'art.613 bis c.p. che, proprio a causa della sua formulazione normativa, appare di dubbia legittimità sotto il profilo dell'art.25 Cost.

Per comprendere le ragioni che risiedono alla base delle concezioni in esame, occorre ripercorrere rapidamente le origini della tortura e i motivi che hanno condotto all'entrata in vigore della Legge n.110/2017, con cui è stato introdotto l'art.613 bis c.p..

La prime testimonianze del ricorso alla tortura si rinvencono già a partire dal XX secolo a.C., con gli antichi egizi ma fu, soprattutto, durante l'epoca greco<sup>1</sup>-romana che si registrò un ampio ricorso a questa pratica, sia sotto forma di “*tormentas*”<sup>2</sup>, in sede di esecuzione della pena, sia di “*questio*”<sup>3</sup>, in sede processuale<sup>4</sup>.

Scomparsa per circa sette secoli in epoca barbarica, la tortura tornò ad essere largamente pratica durante il Medioevo; periodo nel quale, la Santa Inquisizione, vi ricorreva principalmente allo scopo di “portare alla luce la verità”, in assenza di modalità alternative di conoscenza cui poter fare ricorso<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CANTARELLA E., *La chiamavano Basanos la tortura nell'antica Grecia*, in *Criminalia*, 2012, p. 19

<sup>2</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, p. 30

<sup>3</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 31

<sup>4</sup> PIFFERI M., *Le insanabili antinomie della tortura*, in *La legislazione penale (Web)*, 9 settembre 2019, p. 3; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 30

<sup>5</sup> PIFFERI M., *Le insanabili antinomie della tortura*, cit., p. 7; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 34

Raggiunto il suo culmine nel 1769 con la promulgazione della *Constitutio criminalis thesiana*, sotto l'impero di Maria Teresa d'Asburgo, la tortura iniziò ad essere aspramente criticata durante l'Illuminismo. Autori come Cesare Beccaria, Pietro Verri e Mario Pagano dedicarono ampi studi all'argomento, sottolineando la natura incerta e fallace della tortura, in quanto "molti colla robustezza e la pazienza superano il tormento e in nessun modo parlano, altri insofferenti mentiscono mille volte anzi che resistere al dolore"<sup>6</sup>.

Il successo di questo movimento ideologico condusse, progressivamente, all'abbandono di tale pratica che fu, definitivamente, sancito, all'inizio dell'Ottocento, dall'introduzione di espressi divieti in quasi tutti i paesi<sup>7</sup>.

Senonché, la consapevolezza che la tortura, lungi dall'essere stata eliminata, sia stata solamente relegata "negli inferi dell'illecito"<sup>8</sup>, ha condotto all'incessante lavoro degli organismi internazionali sotto l'espressa finalità di contrastare e perseguire il fenomeno negli stati membri<sup>9</sup>.

In quest'ottica, oltre alla "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" adottata nel 1789, merita di essere menzionata, in particolare, la "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo"<sup>10</sup>. Quest'ultima, sottoscritta dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, costituisce la prima presa di posizione in materia, prevedendo all'art.5 "che nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizioni crudeli, inumani o degradanti".

---

<sup>6</sup> VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Milano, 2006, p. 59

<sup>7</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 39

<sup>8</sup> PADOVANI T., *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida al diritto*, 27 gennaio 2007, p. 6; SERGES. G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento di imperio*, in AA. VV. (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, p. 293

<sup>9</sup> PADOVANI T., *Adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, p. 28; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 41

<sup>10</sup> INGRAO C., *Tortura*, in *Il penalista (Web)*, 25 settembre 2017; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 4/2022, p. 103; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia: alcune riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2018, p. 332

Al di là dell'importanza rivestita da quest'atto occorre, tuttavia, sottolinearne il valore prevalentemente simbolico a causa delle limitazioni connaturate alla sua natura di atto di *soft law*<sup>11</sup>.

Significative sono anche le “Regole minime standard per il trattamento dei prigionieri”, adottate dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite il 31 luglio 1957, successivamente sostituite dalle “*Mandela Rules*” che, pur non avendo direttamente ad oggetto la repressione della tortura, si occupano di predisporre un catalogo di regole minime dirette a garantire il rispetto della dignità delle persone detenute<sup>12</sup>.

Successivamente, il 16 dicembre del 1966, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva il “Patto internazionale sui diritti civili e politici” con lo scopo di vincolare gli stati membri al rispetto delle prescrizioni contenute nella Dichiarazione<sup>13</sup>. In particolare, mentre l'art.7 sancisce il divieto di tortura, punizioni o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, l'art.4 ne stabilisce la natura assoluta e inderogabile, ponendo, a carico degli stati membri, un conseguente obbligo di adeguamento della disciplina interna<sup>14</sup>.

A corredo del Patto, merita, inoltre, di essere segnalata l'istituzione di un Comitato (il cd. “Comitato dei diritti dell'uomo”) investito, da un lato, del compito di verificare il rispetto e la corretta applicazione del Patto negli stati aderenti e, da altro lato, della competenza a ricevere le istanze di coloro che ritengano di essere vittime di una violazione dei propri diritti da parte dello stato di appartenenza<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 43

<sup>12</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 44

<sup>13</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 45; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 103

<sup>14</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 45

<sup>15</sup> *Ibidem*

Al Comitato si deve, peraltro, l'elaborazione della prima definizione di "tortura"<sup>16</sup>, successivamente recepita nell'art.1 della "Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti" del 1975<sup>17</sup> e, da ultimo, perfezionata dalla "Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti" del 1987<sup>18</sup>.

Quest'ultima, ratificata dall'Italia nel 1988, con Legge n.498, rappresenta un atto di fondamentale importanza in quanto, per la prima volta, si impone agli stati membri il recepimento, sul piano interno, del divieto di tortura mediante la previsione di uno specifico obbligo di incriminazione<sup>19</sup>.

Infatti, mentre l'art.1 identifica la tortura come "qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze fisiche o mentali, per propositi quali ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, intimorirla o far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze

---

<sup>16</sup> *Ibidem*

<sup>17</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 47

<sup>18</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale II*, 2ª edizione, Milano, 2021, p. 286; BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC (Web)*, 1/2018, p. 3; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Volume II. I reati contro la persona. Tomo II. Reati contro i soggetti deboli*, 3ª edizione, Padova, 2023, p. 271; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale. Parte sociale. Delitti contro la persona, delitti contro la pubblica amministrazione, delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 2ª edizione, Torino, 2021, p. 88; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale. Volume I. Tutela penale della persona*, 3ª edizione, Torino, 2019, p. 258; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 48; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 103; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 333

<sup>19</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019, p. 815; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 51

risultanti unicamente da sanzioni legittime inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate”, l’art.4 stabilisce che “ogni stato parte vigilia affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale”<sup>20</sup>.

Da altro lato, occorre notare come la natura assoluta ed inderogabile del divieto, consacrata all’art.2, e rafforzata, mediante la previsione del principio di *non refoulement*, all’art.3, vincolando gli stati membri, secondo quanto previsto dall’art.4, alla predisposizione di un apparato sanzionatorio effettivo, sancisce, di conseguenza, l’irrimediabile incompatibilità delle sanzioni lievi e dell’istituto della prescrizione<sup>21</sup>.

La Convenzione, pur non prevedendo uno specifico obbligo di incriminazione nei confronti dei trattamenti inumani e degradanti estende, anche nei loro confronti, l’operatività del divieto di tortura, nell’ipotesi in cui siano posti in essere da pubblici agenti o da soggetti che agiscano a titolo ufficiale ovvero su istigazione o consenso dei primi<sup>22</sup>.

La Convenzione viene, infine, corredata dall’istituzione di un Comitato contro la tortura con la funzione di vigilare, ogni quattro anni, sull’attuazione della Convenzione da parte degli Stati aderenti e di esaminare eventuali segnalazioni provenienti anche da soggetti privati<sup>23</sup>.

Successivamente, nell’ottica di rafforzare i meccanismi di prevenzione della tortura, il 9 gennaio 2003, viene approvato il “Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti”, istitutivo, peraltro, di un Sottocomitato dotato del potere di acquisire informazioni e di effettuare sopralluoghi nei cd. “luoghi di detenzione” degli stati membri per verificare il rispetto degli obblighi imposti dalla Convenzione<sup>24</sup>. Le informazioni così raccolte vengono poi trasfuse in uno specifico rapporto

---

<sup>20</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 53

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 54

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 287; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 258; SERRANÒ G., *L’introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 333

che, a determinate condizioni, ad esempio, nell'ipotesi di mancata collaborazione da parte dello Stato membro, può essere oggetto di pubblicazione, incidendo, indirettamente, sulla reputazione di quest'ultimo<sup>25</sup>.

Il Protocollo opzionale è stato ratificato dall'Italia nel 2012, con Legge n.195, la quale, peraltro, in adempimento a quanto previsto dagli artt.20 e 21, ha provveduto all'istituzione, sul piano interno, di uno speciale organismo indipendente con funzioni di monitoraggio: il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>26</sup>.

In ambito continentale risulta, invece, imprescindibile il riferimento alla "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" che, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1950 e dotata di un organo di giurisdizione permanente (la Corte EDU), sancisce, all'art.3, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti<sup>27</sup>.

Si tratta, peraltro, di un divieto assoluto ed inderogabile anche "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione"<sup>28</sup>.

La Convenzione risulta, tuttavia, priva di una specifica definizione di tortura, sicché l'ambito applicativo dell'art.3 CEDU dev'essere ricostruito alla luce della giurisprudenza della Corte EDU<sup>29</sup>.

Quest'ultima, peraltro, nel rifiutare una nozione "fissa" di tortura e, prima ancora, di trattamenti inumani e degradanti, aderisce ad un'interpretazione dinamica ed evolutiva dei diritti contenuti

---

<sup>25</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 55

<sup>26</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 55

<sup>27</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 287; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2020, p. 157; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 272; CASALE P. P., *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Archivio penale*, 2017, p. 620; PREZIOSI S., *Il reato di tortura. Dalla giurisprudenza europea alla legge 110/2017*, in *Il penalista*, 29 settembre 2017; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 73

<sup>28</sup> BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, cit., p. 4; PULITANO D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 258; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 73

<sup>29</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 76

nella Convenzione, nella consapevolezza che il livello di protezione della dignità umana, fissato dall'ordinamento europeo, sia oggetto di progressivo innalzamento<sup>30</sup>.

Emblematico, in quest'ottica, risulta, pertanto, l'ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato, sulla scorta di una concezione volta a riscontrare, a carico dello Stato, non soltanto una responsabilità diretta, nell'ipotesi in cui la condotta sia posta in essere da pubblici agenti, ma anche una responsabilità indiretta (*rectius*, omissiva), nell'ipotesi in cui il reato, da chiunque realizzato, sia riconducibile all'esistenza di un apparato normativo inadeguato o insufficiente<sup>31</sup>. Inoltre, affinché il comportamento possa essere ritenuto rilevante ai sensi dell'art.3 CEDU, occorre, a parere della Corte, che sia raggiunto un livello "minimo" di gravità, dipendente "dai dati della causa, dalla durata del trattamento, dalle conseguenze fisiche e/o mentali, così come talvolta dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima"<sup>32</sup>.

Peraltro, a seguito del raggiungimento della soglia minima richiesta dalla disposizione, la qualificazione del comportamento, nei termini di tortura o di trattamento inumano o degradante, dev'essere condotta avendo riguardo alla gravità della condotta (maggiore nella tortura e inferiore nei trattamenti inumani e degradanti), all'intenzionalità della stessa e al dolo specifico (che caratterizza unicamente la tortura)<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 821; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 77; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 343

<sup>31</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 818; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 259; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 78

<sup>32</sup> NEGRI S., "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso *Cestaro c. Italia e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Diritto penale e processo*, 12/2016, p. 1660; PREZIOSI S., *Il reato di tortura*, cit.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 79; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 342

<sup>33</sup> NEGRI S., "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1660; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 79

Alla luce di quanto premesso, pertanto, può ritenersi configurabile un “trattamento degradante” nell’ipotesi in cui la condotta, suscitando timore e angoscia, mortifichi la vittima allo scopo di piegarne la volontà<sup>34</sup>.

Al contrario, mentre il “trattamento inumano” si caratterizza per la particolare intensità delle sofferenze fisiche o psichiche cagionate alla vittima<sup>35</sup>, la “tortura” trova realizzazione in condotte particolarmente gravi e gratuite, connotate dall’intenzionalità e dalle finalità perseguite dall’agente<sup>36</sup>.

Occorre, peraltro, chiarire come il progressivo innalzamento del livello di tutela offerto dalla Convenzione abbia, in alcune ipotesi, spinto la Corte a ravvisare una violazione dell’art.3 CEDU anche con riferimento a determinate modalità di esecuzione della pena.

In quest’ottica, premesso che affinché “una pena e il trattamento ad essa associato possano essere definiti inumani o degradanti, la sofferenza o l’umiliazione devono eccedere quelle che comporta inevitabilmente una data forma di trattamento o una pena legittimi”<sup>37</sup>, occorre distinguere a seconda che la violazione sia correlata a situazioni di carattere oggettivo ovvero a particolari condizioni psico-fisiche del soggetto ristretto.

Nel primo caso, l’art.3 CEDU sarebbe da considerarsi violato in presenza di carenze igieniche o strutturali particolarmente critiche<sup>38</sup>, oppure con riferimento a situazioni in cui l’uso della forza fisica non sia giustificabile<sup>39</sup> ovvero, ancora, nell’ipotesi in cui la misura dell’isolamento si protragga a tempo indeterminato, nel secondo caso, invece, ai fini della violazione, assume

---

<sup>34</sup> NEGRI S., “Violazioni strutturali” e ritardo nell’esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1661; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 80, SERRANÒ G., *L’introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 340

<sup>35</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 81

<sup>36</sup> COLELLA A., *La risposta dell’ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 821; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 81, SERRANÒ G., *L’introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 342

<sup>37</sup> Corte EDU, Sez. II, 19 marzo 2013, n.43579/09, *causa Riina c. Italia*, in *Ministero della Giustizia*

<sup>38</sup> Corte EDU, Sez. III, 15 settembre 2015, n.11353/06, *causa Shishanov c. Repubblica di Moldavia*, in *Ministero della Giustizia*

<sup>39</sup> Corte EDU, Sez. II, 4 febbraio 2003, n.50901/99, *causa Van der Ven c. Paesi bassi*, in *Ministero della Giustizia*

rilievo, in particolare, l'inadeguatezza delle condizioni esecutive con riferimento allo stato di salute del detenuto<sup>40</sup>.

L'art.3 CEDU può, peraltro, a parere della Corte, essere oggetto di indiretta violazione nei casi in cui lo Stato membro, contravvenendo al principio del non-refoulement, espella un soggetto verso paesi in cui vi sia il concreto rischio che sia sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti<sup>41</sup>, nonché, nell'ipotesi in cui si riscontri l'assenza di meccanismi di protezione efficaci e adeguati avendo, principalmente, riguardo all'esistenza di idonei strumenti giuridici, alle modalità di accertamento dei fatti, alla proporzionalità della sanzione e al risarcimento del danno subito dalla vittima<sup>42</sup>.

Prima importanza, in questo settore, riveste anche la "Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti", che, entrata in vigore l'1 febbraio del 1989, ha portato all'istituzione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, dotato del potere di effettuare visite periodiche di natura ispettiva allo scopo di verificare il trattamento delle persone private della libertà personale<sup>43</sup>.

All'esito di queste verifiche, il Comitato redige un rapporto, destinato a restare segreto, salva l'ipotesi di mancata cooperazione (ovvero mancato adeguamento alle raccomandazioni contenute nel rapporto) da parte dello Stato<sup>44</sup>.

Sul piano europeo meritano, invece, di essere menzionate sia la "Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea", adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000, sia la "Costituzione europea",

---

<sup>40</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 87

<sup>41</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 88

<sup>42</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 91

<sup>43</sup> PREZIOSI S., *Il reato di tortura*, cit.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 70

<sup>44</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 71

firmata a Roma nel 2004, entrambe recanti, rispettivamente agli art.4 e II.64, i divieti di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>45</sup>.

Degno di nota risulta, infine, il Regolamento CE n.1236/2005, il quale, nel proibire l'esportazione o l'importazione di merci esclusivamente o potenzialmente destinate a essere utilizzate per infliggere la pena di morte, la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, promuove l'adozione, da parte degli Stati membri, di un assetto normativo efficace e proporzionato attraverso il quale contrastare eventuali violazioni del Regolamento<sup>46</sup>.

### **1.1 Alle origini dell'art.613 bis c.p.**

Nell'ordinamento italiano, il vincolo di criminalizzazione della tortura discende, prima ancora che dalle fonti internazionali, per effetto dell'operatività dell'art.117 Cost., già dal testo della Carta costituzionale e, in particolare, dall'art.13, comma 3<sup>47</sup>.

Infatti, mentre l'art.117 Cost., sancisce che la potestà legislativa dev'essere esercitata nel rispetto "della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", l'art.13, comma 3, Cost., nel prescrivere che "è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà", sarebbe, secondo autorevole dottrina, espressione dell'unico obbligo di incriminazione di fonte costituzionale<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 258; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 66; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 103

<sup>46</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 67

<sup>47</sup> BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, cit., p. 11; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 97

<sup>48</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana: un profilo giuridico*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, p. 51; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 157; BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, cit., p. 11; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 88; DE SALVATORE G., *L'incidenza degli "atti atipici di tortura" sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'assise di Lecce*, in *Cassazione penale*, 12/2017, Vol. 57, p. 4547; PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura. Riflessioni costituzionali*

Ciò nonostante, per quasi trent'anni, l'Italia è rimasta inerte, giungendo, soltanto nel 2017, a seguito di numerose condanne sul piano internazionale, all'introduzione di una fattispecie ad *hoc*<sup>49</sup>.

Le ragioni di tale inerzia sarebbero da ravvisare, secondo autorevole dottrina, in almeno due distinte circostanze: da un lato, la convinzione che i fatti di tortura, eventualmente commessi, potessero essere efficacemente contrastati per mezzo delle disposizioni esistenti e, in particolare, attraverso gli artt. 606 c.p. ss., le cui pene risultavano, tuttavia, gravemente inadeguate e, da altro lato, l'esigenza di difendere l'operato delle forze dell'ordine dal clima di generale sfiducia che una fattispecie di questo tipo avrebbe potuto generare nei loro confronti<sup>50</sup>. Sennonché, sotto quest'ultimo profilo, occorre rammentare che “negando la possibilità di individuare e sanzionare i pochi colpevoli, si finisce con l'omologare nella colpa chi è innocente e chi no”<sup>51</sup>.

Occorre, peraltro, rilevare come tale inerzia non potesse essere sopperita neanche per effetto dell'operatività dell'art.13, comma 3, Cost., la cui funzione è, invero, marcatamente negativa. Quest'ultimo, infatti, lungi dal poter determinare l'introduzione di un'autonoma fattispecie incriminatrice, in contrasto al monopolio legislativo in materia penale, opera esclusivamente quale limite esterno, sancendo l'illegittimità di tutte quelle disposizioni che abbiano l'effetto di determinare l'abrogazione, ovvero di limitare l'operatività (mediante la previsione di cause di

---

*suggerite dalla l. n. 110 del 2017, in Quaderni costituzionali, 2/2018, p. 392; PULITANÒ D., Diritto penale. Parte speciale, cit., p. 259; SCAROINA E., Il delitto di tortura, cit., p. 230; SERGES. G, La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento di imperio, in AA. VV. (a cura di), Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario, Roma, 2011, p. 215*

<sup>49</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 241

<sup>50</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 158; DE SALVATORE G., *L'incidenza degli "atti atipici di tortura" sul ragionamento del giudice penale*, cit., p. 4547; INGRAO C., *Tortura*, cit.; NEGRI S., “Violazioni strutturali” e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso *Cestaro c. Italia* e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in *Diritto penale e processo*, 12/2016, p. 1660; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 335

<sup>51</sup> MANCONI L., ANASTASIA S., CALDERONE V., *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015 p. 180

giustificazione o altre cause di esclusione della punibilità), di fattispecie che puniscano (ancorché in modo frammentario) i fatti di cui all'art.13, comma 3, Cost.<sup>52</sup>.

All'interno di questo scenario, i primi tentativi volti all'adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale si sono registrati già a partire dalla X Legislatura, attraverso la presentazione di numerosi disegni di legge aventi, in alcuni casi, ad oggetto l'introduzione di un reato ad *hoc*, proprio o comune, ovvero, in altri casi, di una circostanza aggravante che, afferendo ai delitti non colposi contro la persona e sottratta al meccanismo del bilanciamento di cui all'art.69 c.p., avrebbe, a parere dei suoi sostenitori, consentito una migliore graduazione del trattamento sanzionatorio<sup>53</sup>.

Il vero punto di svolta, in questo contesto, viene comunemente rintracciato negli avvenimenti che caratterizzarono la notte tra il 21 e 22 luglio del 2001 quando, in occasione del ventesettesimo *summit* del G8, tenutosi a Genova, si registrarono episodi di inaudita violenza da parte delle Forze dell'ordine presso la scuola Diaz-Pertini e presso la vicina caserma di Bolzaneto dove, a seguito dell'arresto, furono condotte novantatré persone<sup>54</sup>.

La vicenda trae origine, in particolare, da un intervento di perquisizione d'urgenza, disposto presso la scuola Diaz, ai sensi dell'art.41 T.U.L.P.S., in quanto sospettata di essere utilizzata quale luogo di "rifugio" dei cd. "*black bloc*", ossia di un gruppo di manifestanti violenti che, nei giorni precedenti, si era reso protagonista di numerosi scontri con le forze dell'ordine, nonché di episodi di devastazione e saccheggio<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 230

<sup>53</sup> INGRAO C., *Tortura*, cit.; NEGRI S., "*Violazioni strutturali*" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1664; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 242

<sup>54</sup> COLELLA A., *I fatti della Diaz davanti ai giudici nazionali (mentre si profila l'eventualità di un ricorso alla corte di Strasburgo)*, in *Il Corriere del Merito*, 6/2009, p. 671; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 107; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 99

<sup>55</sup> INGRAO C., *Violazione del divieto di tortura: l'Italia condannata dalla Corte Edu per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Il penalista (Web)*, 30 settembre 2015; NEGRI S., "*Violazioni strutturali*" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1663; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 108

L'operazione si caratterizzò per l'indiscriminato uso della violenza nei confronti di tutti gli occupanti del plesso scolastico che era stato, peraltro, a seguito degli importanti temporali che avevano colpito alcune zone della città, adibito a luogo di pernottamento per i manifestanti<sup>56</sup>.

Risulta, in tal senso, significativa la circostanza che su novantatré arrestati, oltre ottanta persone, tra cui diversi giornalisti, riportarono lesioni di vario tipo<sup>57</sup>.

Le violenze proseguirono, peraltro, anche presso la caserma di Bolzaneto dove gli arrestati vennero condotti, a seguito dell'irruzione, con l'accusa di associazione a delinquere finalizzata alla devastazione e al saccheggio, di resistenza aggravata a pubblico ufficiale, nonché possesso di congegni esplosivi ed armi improprie<sup>58</sup>.

La gratuità degli eventi riportati, congiuntamente alla successiva opera mistificatoria, attuata dalle Forze dell'ordine allo scopo di giustificare l'accaduto, è testimoniata dal tenore della sentenza della Corte di Appello di Genova che, nel definire i fatti come "tortura", pur in assenza di una fattispecie ad *hoc*, ha ritenuto che i trattamenti inumani e degradanti, posti in essere nei confronti degli occupanti, siano stati "generalmente, diffusi, continuativi"<sup>59</sup>, nonché "tali da suscitare un vero entusiasmo nei seviziatori"<sup>60</sup>, "insensibili a qualunque evidente condizione di inferiorità fisica, agli atteggiamenti passivi e remissivi di chi stava fermo con le mani alzate, di chi stava dormendo e si era appena svegliato per il frastuono"<sup>61</sup>.

La gravità degli avvenimenti, riconosciuta sia dalla Corte d'appello di Genova che dalla Corte di Cassazione, non ha, tuttavia, trovato riscontro negli esiti delle vicende giudiziarie, che si

---

<sup>56</sup> Corte EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/11, *causa Cestaro c. Italia*, in *Ministero della giustizia*, prg. C.25; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 111

<sup>57</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 111

<sup>58</sup> Corte EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/11, *causa Cestaro c. Italia*, in *Ministero della giustizia*, prg. F.43; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 109

<sup>59</sup> Corte d'appello di Genova, (ud. 5 marzo 2010), 15 aprile 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 marzo 2010, p. 60

<sup>60</sup> *Ibidem*

<sup>61</sup> Corte d'appello di Genova, 18 maggio 2010, n. 1530, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 maggio 2010, p. 298

sono, perlopiù, concluse con sentenze dichiarative della prescrizione o applicative dell'indulto, ai sensi della legge n.241 del 2006<sup>62</sup>, mettendo così in luce l'ineffettività e l'inadeguatezza dell'assetto normativo italiano<sup>63</sup>.

La vicenda è, peraltro, stata oggetto di censura da parte della Corte EDU che, nel condannare l'Italia per la violazione "strutturale"<sup>64</sup> dell'art.3 della Convenzione, ha evidenziato la situazione di perdurante inadempimento dello Stato, a fronte dei numerosi solleciti provenienti dagli organismi internazionali, rammentando, altresì, come l'obbligo di tutelare i diritti sanciti dalla Convenzione comporti, necessariamente, anche la predisposizione di un apparato normativo proporzionato, idoneo ed effettivo<sup>65</sup>; caratteristiche, queste ultime, totalmente assenti nel panorama italiano, come testimoniato, peraltro, dalle modalità di svolgimento delle indagini, dalla mancata identificazione e sospensione degli autori delle violenze, dalla durata dei procedimenti penali, nonché dall'assenza di pene proporzionate alla gravità dei fatti e dotate di efficacia deterrente<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 112

<sup>63</sup> AIMI A., *La mancata punizione dei torturatori di Bolzaneto: una nuova macchia sulla "fedina convenzionale" dello Stato italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2018, p. 352; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 273; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 89; COLELLA A., *I fatti della Diaz davanti ai giudici nazionali*, cit., p. 671; INGRAO C., *Violazione del divieto di tortura*, cit.; NEGRI S., "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1657; PREZIOSI S., *Il reato di tortura*, cit.; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 259; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 114; SERGES. G., *La tortura giudiziaria*, cit., p. 218; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 336; ZIRULIA S., *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine. Riflessioni a margine delle sent. 24 giugno 2014, Alberti c. Italia e 1 luglio 2014, Saba c. Italia (in attesa della sentenza sui fatti del G8 di Genova 2001)*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 13 luglio 2014

<sup>64</sup> Corte EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/11, *causa Cestaro c. Italia*, in *Ministero della giustizia*, prg. 190

<sup>65</sup> AIMI A., *La mancata punizione dei torturatori di Bolzaneto*, cit., p. 352; COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 816; Corte EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/11, *causa Cestaro c. Italia*, in *Ministero della giustizia*, prg. b). i.204

<sup>66</sup> COLELLA A., *I fatti della Diaz davanti ai giudici nazionali*, cit., p. 671; Corte EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/11, *causa Cestaro c. Italia*, in *Ministero della giustizia*; Corte EDU, Sez. I, 22 giugno 2017, nn. 12131/13 e 43390/13, *causa Bertesaghi Gallo e altri c. Italia*, in *Il penalista*; Corte EDU, Sez. I, 26 ottobre 2017, nn. 28923/09 e 67599/10, *causa Azzolina e altri c. Italia*, in *Ministero della giustizia*; Corte EDU, Sez. I, (ud.3 ottobre 2017) 26 ottobre 2017, n.1442/14, *causa Blair e altri c. Italia*, in *One legale*; INGRAO C., *Violazione del divieto di tortura*, cit.

La vicenda in esame non costituisce, invero, l'unico caso di “*policy brutality*”<sup>67</sup> nel panorama nazionale, all'interno del quale meriterebbero, invece, di essere menzionate anche le vicende di Federico Aldovrandi, Giuseppe Uva, Stefano Cucchi, nonché di Claudio Renne e Andrea Cirino<sup>68</sup> (tutte accumulate dalla nebulosità del contesto, dalla diffusa connivenza dell'ambiente e dalla tenuità degli esiti sanzionatori<sup>69</sup>) ma segna, senz'altro, un importante punto di svolta che culminerà nell'approvazione, il 17 maggio del 2017, del testo dell'art.613 bis c.p.<sup>70</sup>.

Il disegno di legge, presentato nel marzo del 2013 dal Senatore Luigi Manconi, ed elaborato dalle associazioni “Antigone” e “A Buon Diritto Onlus”, proponeva l'introduzione del reato di tortura tra i delitti contro la libertà morale e, in particolare, all'art.613 bis c.p.<sup>71</sup>.

Il testo (“il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge ad una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su ragioni di discriminazione, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni”<sup>72</sup>) sottoposto all'esame della Commissione Giustizia del Senato il 22 luglio 2013, si caratterizzava per la previsione di un reato proprio, in ragione del peculiare disvalore che connota la condotta (integrabile anche attraverso un unico

---

<sup>67</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 116, NEGRI S., “*Violazioni strutturali*” e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1660

<sup>68</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 273; Cass. pen. Sez. VI, (ud. 21 maggio 2012), 27 luglio 2012, n. 30780, in *One legale*; Corte EDU, Sez. I, 26 ottobre 2017, nn. 2539/13 e 4705/13, *causa Cirino e Renne c. Italia*, in *Ministero della giustizia*; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 99; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 338

<sup>69</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., pp. 116-123

<sup>70</sup> AIMI A., *La mancata punizione dei torturatori di Bolzaneto*, cit., p. 353

<sup>71</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 246; SERGES. G., *La tortura giudiziaria*, cit., p. 228

<sup>72</sup> S.10, in *Senato della Repubblica (Web)*

atto) e che mina, in radice, il rapporto di fiducia intercorrente tra lo Stato e il cittadino, nonché, per l'inserimento del *dolo specifico*<sup>73</sup>.

Approdato per la discussione all'Assemblea, dopo l'approvazione come testo unificato in Senato, il testo dell'art.613 bis c.p. viene, nuovamente, modificato prevedendosi, in primo luogo, la sostituzione del reato proprio con un reato comune e, in secondo luogo, l'inserimento del *dolo generico*, in luogo di quello *specifico*<sup>74</sup>.

La prima modifica si basava, invero, su una duplice constatazione: da un lato, si evidenziava la circostanza che i fatti di tortura potessero essere posti in essere anche all'infuori del rapporto Stato-cittadino e, in particolare, dagli esponenti della criminalità organizzata, da altro lato, si rimarcava l'esigenza di non screditare l'operato delle Forze dell'ordine mediante la previsione di un reato proprio<sup>75</sup>.

La seconda modifica rispondeva, invece, alla necessità di non lasciare impuniti episodi che, sebbene privi di una specifica finalità, presentino un disvalore analogo (si pensi, in questo senso ai fatti di Genova del 2001)<sup>76</sup>.

Il testo risultante dall'esame del Senato, conclusosi il 5 marzo 2014, prevedeva, pertanto, accanto all'introduzione di un reato comune, una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui i fatti fossero commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio e arricchiva la condotta (costituita dalle violenze o minacce) dell'elemento della "gravità"<sup>77</sup>.

Nonostante le accese critiche formulate dal suo promotore e dirette, in particolare, a censurare il depotenziamento della fattispecie, quale risultante dell'introduzione del requisito della

---

<sup>73</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 248; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 95; SERGES. G., *La tortura giudiziaria*, cit., p. 228

<sup>74</sup> INGRAO C., *Tortura*, cit.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 248

<sup>75</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 248; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 348

<sup>76</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 249

<sup>77</sup> *Ibidem*

reiterazione della condotta, la nuova formulazione normativa riscosse numerosi consensi, soprattutto tra gli appartenenti alle Forze dell'ordine<sup>78</sup>.

Il progetto, trasmesso all'aula e approvato il 9 marzo 2015, veniva, tuttavia, nuovamente modificato: da un lato, la condotta ("chiunque, con violenza o minaccia ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza") viene, opportunamente, svincolata, dal requisito della reiterazione, mentre, da altro lato, accanto al *dolo specifico*, viene introdotto il *dolo intenzionale* ("intenzionalmente cagiona")<sup>79</sup>.

Senonché, nel prevedere che il soggetto passivo del reato dovesse essere sottoposto "all'autorità, vigilanza o custodia" del soggetto attivo, finiva per escludere dall'area della punibilità tutte quelle situazioni in cui la condotta trovi realizzazione in un momento anteriore al provvedimento di arresto<sup>80</sup>.

Il testo, trasmesso al Senato e ulteriormente modificato, viene infine approvato, dalla Camera il 5 luglio 2017.

Nella sua versione definitiva, l'art.613 bis c.p., introdotto con la Legge n.110 del 2017 e collocato nel titolo XII, Sez. III, punisce "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,...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", prevenendo, al secondo comma, che "se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico

---

<sup>78</sup> INGRAO C., *Tortura*, cit.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 250

<sup>79</sup> INGRAO C., *Tortura*, cit.

<sup>80</sup> NEGRI S., "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU, cit., p. 1665; VIGANÒ F., *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 *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 9 aprile 2015

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”, fatta salva l’ipotesi in cui le sofferenze risultino “unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti”.

Gli ultimi due commi disciplinano, invece, le ipotesi in cui, dai fatti del primo comma, derivino, quali conseguenze, volute o non volute, le lesioni personali o la morte del soggetto passivo (“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”).

Autorevolmente definita, all’indomani della sua entrata in vigore, come “una informe creatura giuridica”<sup>81</sup> irrispettosa dei vincoli internazionali<sup>82</sup>, la fattispecie si configura come reato, al contempo, comune e proprio<sup>83</sup>, “a forma doppiamente vincolata, quanto alle modalità della condotta e di evento”<sup>84</sup>.

Così ricostruite le origini dell’art.613 bis c.p., occorre, a questo punto, incentrare l’analisi sulla sua formulazione normativa, allo scopo di verificarne la compatibilità, sotto il profilo della determinatezza, al quadro costituzionale.

---

<sup>81</sup> BALLERINI A., *Tortura: una legge tutta da rifare*, in *Osservatorio diritti (Web)*, 11 luglio 2017; BULTRINI A., DE SENA P., DI ROBILANT F., LATTANZI F., NESI G., PADOVANI T., ZAGREBELSKY V., *Sul reato di tortura si misura la nostra credibilità*, in *La Repubblica*, 22 giugno 2017; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, 8ª edizione, Padova, 2022, p. 405; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 88

<sup>82</sup> PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 411

<sup>83</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 289; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 159; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 275; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 408; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 272

<sup>84</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 159

## 2. L'elemento della "gravità" che caratterizza le violenze e le minacce

Se la collocazione dell'art.613 bis c.p., nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, non desta particolari problemi, essendo, ormai, pacificamente riconosciuta la natura plurioffensiva<sup>85</sup> del reato, diversamente avviene in relazione alla sua formulazione normativa, ritenuta, da unanime dottrina, talmente carente sotto il profilo della determinatezza da indurre taluno a ritenere che il reato sia stato "calibrato per non esistere"<sup>86</sup>.

In quest'ottica, peraltro, i profili di maggiore criticità investono la condotta che, diversamente da quanto previsto sul piano internazionale e, in particolare, dalla CAT, non è libera ma vincolata alla realizzazione di "violenze o minacce gravi" ovvero, alternativamente, all'agire con "crudeltà".

L'apparente delimitazione dell'area di punibilità, ricercata sotto il profilo della condotta e oggetto di aspre critiche da quanti la ritenevano, sostanzialmente, contraria agli obblighi internazionali, si scontra, tuttavia, con la scarsa tipicità del lessico normativo<sup>87</sup>.

Concentrando l'analisi sulla prima tra le modalità esposte ("violenze o minacce gravi"), conviene in primo luogo, evidenziare un duplice profilo: se da un lato, i requisiti della violenza e della minaccia appaiono perfettamente giustificabili in virtù della collocazione dell'art.613 bis c.p., nel novero dei delitti contro la libertà morale, da altro lato, occorre notare come tali

---

<sup>85</sup> PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 261

<sup>86</sup> RISICATO L., *Tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico*, in *La costituzione (Web)*, 6 luglio 2017; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 254; SIMION G., *Tortura di stato. Riflessioni ai margini delle prime sentenze di condanna nei confronti dei Pubblici Ufficiali*, in *Il penalista*, 11 marzo 2021

<sup>87</sup> BALLERINI A., *Tortura: una legge tutta da rifare*, in *Osservatorio diritti (Web)*, 11 luglio 2017; BELFIORE E. R., *L'introduzione del delitto di tortura*, in *Archivio penale*, 2018, p. 297; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Archivio penale (Web)*, 3/2017, p. 20; MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati: l'art. 613 bis c.p. punisce anche le torture subite dai detenuti del carcere di Santa Maria Capua Vetere*, in *Il Foro italiano*, 2/2022, p. 551; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Diritto penale e processo*, 2/2018, p. 156; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 107

nozioni risultino tutt'altro che pacifiche, essendo, al contrario, oggetto di continui torsioni sotto il profilo interpretativo, a causa dell'assenza di un'esplicita definizione sul piano normativo<sup>88</sup>. Ad essere oggetto di accesa discussione risulta, soprattutto, la nozione di “violenza”<sup>89</sup>. Quest'ultima, prevista dall'art.610 c.p., quale mezzo (alternativo alla minaccia) per costringere taluno “a fare, tollerare od omettere”, ha subito una progressiva dilatazione volta a ricomprendere nell'area di significato non soltanto la cd. “*violenza propria*”, ossia l'impiego della forza fisica<sup>90</sup>, ma anche la cd. “*violenza impropria*”, ovvero l'uso di qualunque mezzo che, “diverso dalla minaccia, sia idoneo a coartare la volontà del soggetto passivo”<sup>91</sup>. Quest'ultima accezione, sostenuta perlopiù dalla giurisprudenza, si radica, in particolare, sulla constatazione che l'art.613 c.p. (e, analogamente, l'aggravante di cui all'art.628, comma 3, n.2, c.p.), nel delineare il reato di “stato di incapacità procurato mediante violenza”, adotta una nozione lata del termine, volto ad inglobare qualsiasi mezzo che abbia l'effetto di porre la vittima in stato di incapacità di intendere e di volere<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 141; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 264; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 272

<sup>89</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Vol.II, 5ª edizione, Bologna, 2020, p. 266; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 273; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, Torino, 2022, p. 356

<sup>90</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 142; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale parte speciale I. I reati contro le persone*, Padova, 2014, p. 418; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 20; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, 7ª edizione, Milano, 2019, p. 290; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 273; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 356

<sup>91</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 244; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 142; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 203; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 90; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 418; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. I delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Vol. V, Milano, 2022, p.648; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I.*, cit., p. 290; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, Vol.X, Milano, 2015, p. 597; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 264; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 273; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 356

<sup>92</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura (art. 613-bis c.p.)*, in *Studium iuris*, 1/2018, p. 5; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 267, MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 599; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 356

Senonché, l'interpretazione in oggetto, privando la nozione di "violenza" della sua capacità selettiva, pur avendo il merito di estendere l'area della punibilità anche in relazione a condotte che, benché estranee al significato comune del termine, siano egualmente idonee a realizzare l'evento coattivo, finisce per trasformare l'art.610 c.p. in un reato a forma libera, con conseguente violazione del principio di legalità<sup>93</sup>.

Per questi motivi, una parte della dottrina ha proposto un diverso orientamento che, in aderenza alla lettera della legge, promuove un'interpretazione restrittiva del termine, volta a ricomprendere nella nozione di "violenza" soltanto le *aggressioni fisiche*, per tali intendendosi tutte quelle condotte che determinino un'"offesa attuale" alla dimensione fisica del soggetto passivo<sup>94</sup>.

Tale interpretazione ha trovato, peraltro, l'avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>95</sup> che, pronunciandosi in ordine all'esecuzione di un trattamento demolitorio, effettuato in mancanza di valido consenso del paziente, hanno escluso la possibilità di ritenere integrato il reato di cui all'art.610 c.p..

La Corte, infatti, nell'aderire all'impostazione da ultimo rammentata, ha evidenziato come la "violenza" debba consistere in un'"aggressione fisica", ovvero "nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo"<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 203; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 418; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 598; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 357

<sup>94</sup> COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 420; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 607; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 357

<sup>95</sup> *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 18 dicembre 2008), 21 gennaio 2009, n. 2437, in *One legale*

<sup>96</sup> *Ibidem*

Inoltre, affinché possa configurarsi il reato di violenza privata è, altresì, necessario che “la violenza”, si atteggi, a sua volta, alla “stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa.”

Poiché, tuttavia, nel caso di specie, “la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di ‘tollerare’ l'operazione stessa”, la Corte deduce “che la coincidenza tra violenza ed evento di ‘costrizione a tollerare’ rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art.610 c.p.”<sup>97</sup>.

Le Sezioni Unite sottolineano, infatti, come “il concetto di costrizione postuli il dissenso della vittima” che, in conseguenza della “condotta dell'agente”, viene “indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà”<sup>98</sup>.

Conseguentemente, nei confronti di un “paziente anestetizzato non può certo (parlarsi) di ‘costrizione’ della sua volontà, proprio perché, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, ‘verso’ (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva”<sup>99</sup>.

A sostegno di questa conclusione occorre, peraltro, rammentare come l'art.609 bis c.p., nel disciplinare il reato di violenza sessuale, preveda “una espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale ‘abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa’, escludendo, di conseguenza, la possibilità di ritenere che “l'approfittamento della condizione di incapacità, possa, naturalisticamente e giuridicamente, equivalere ad un fatto di per sé integrante violenza”<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> *Ibidem*

<sup>98</sup> *Ibidem*

<sup>99</sup> *Ibidem*

<sup>100</sup> *Ibidem*

La concezione in esame, ancorché non prevalente in giurisprudenza, presenta un duplice pregio: da un lato, elaborando una nozione di “violenza” indipendente dalla coazione della volontà del soggetto passivo, consente di individuare un significato unitario del termine, valevole per tutte le fattispecie di parte speciale (e, pertanto, sia nelle ipotesi in cui la violenza costituisca il *mezzo* per la causazione di un evento, sia nelle ipotesi in cui la violenza rappresenti il *fine* ultimo<sup>101</sup>) e, da altro lato, preservando la capacità selettiva del vocabolo, risulta pienamente conforme al principio di determinatezza<sup>102</sup>.

La violenza può, inoltre, essere ulteriormente distinta in violenza cd. “personale”, laddove il destinatario della condotta sia costituito da una persona, ovvero in violenza cd. “reale”<sup>103</sup>, laddove l’oggetto della condotta sia costituito da una cosa<sup>104</sup>.

In quest’ultimo caso, peraltro, diversamente da quanto avviene con riferimento alla violenza cd. “personale”, la ricostruzione del significato del termine non pone particolari problemi, in quanto è lo stesso legislatore che, all’art. 392, co.2 e 3, c.p. stabilisce che si ha violenza sulle cose laddove queste vengano “danneggiate, trasformate o ne sia mutata la destinazione”, ovvero, nel caso di programmi informatici, laddove questi siano oggetto di alterazione, modifica, cancellazione (totale o parziale) o nell’ipotesi in cui sia impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico<sup>105</sup>.

Al fine di prevenire un’incongrua applicazione analogica del termine in esame, la dottrina prevalente ritiene, peraltro, che la violenza reale sia configurabile soltanto nelle ipotesi di

---

<sup>101</sup> CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 90; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 605; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 357

<sup>102</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 604; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 264; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 357

<sup>103</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 648

<sup>104</sup> CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 69; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 290

<sup>105</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 204; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 295; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 613; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 357

“effettiva lesione dei diritti patrimoniali del soggetto passivo o di terzi”<sup>106</sup>, estromettendo, di conseguenza, dall’area della tipicità tutte quelle situazioni che determinino l’insorgere di impedimenti meramente momentanei o reversibili<sup>107</sup>.

L’elemento della minaccia, contrariamente alla violenza, risulta scevro di particolari problemi interpretativi. Quest’ultima viene, infatti, unanimemente identificata nella “prospettazione di un male ingiusto la cui verifica viene presentata come dipendente dall’agente”<sup>108</sup>.

Autonomamente sanzionata dall’art.612 c.p., la minaccia non richiede, necessariamente, un’esternazione verbale potendo, al contrario, essere, pacificamente, realizzata mediante comportamenti concludenti<sup>109</sup>.

In questo senso si è espressa, peraltro, la Corte di Cassazione, la quale, con sentenza n.556 del 2004, ha statuito che “nella nozione di minaccia rientra qualsiasi comportamento ed atteggiamento intimidatorio dell’agente idoneo ad eliminare o ridurre sensibilmente nel soggetto passivo la capacità di determinarsi e di agire secondo la propria indipendente volontà, senza che occorra una minaccia verbale ed esplicita, essendo sufficiente un qualsiasi atteggiamento o comportamento che sia però idoneo (secondo una valutazione operata *ex ante*

---

<sup>106</sup> COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 422

<sup>107</sup> *Ibidem*

<sup>108</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 244; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 143; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 204; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 69; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 423; *Corte Cost.* 11 giugno 2014, n. 172, in *One legale*; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 5; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 20; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.650; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I.*, cit., p. 292; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 616; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 264; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 274; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 357

<sup>109</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 248; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 205; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 74; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269; FIORELLA A., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale. Estratto 2023 ad uso degli studenti Università degli Studi “Tor Vergata”*, Torino, 2023, p. 50; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.650; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 358

e in concreto<sup>110</sup>) a incutere timore ed a suscitare la preoccupazione di subire un danno ingiusto”<sup>111</sup>.

Pertanto, a parere della Corte, “anche il semplice atteggiamento personale dell'agente o il compimento di atti, di per sé non propriamente minacciosi, quali le espressioni ingiuriose, l'andare in escandescenze, il modo altamente inurbano di esprimersi”<sup>112</sup>, possono assumere autonomo rilievo, “a condizione però che da tale atteggiamento o da tali atti, in considerazione delle speciali condizioni ambientali e personali delle parti”<sup>113</sup>, valutate secondo un parametro di ragionevolezza e avendo riguardo alle conoscenze specifiche dell'agente<sup>114</sup>, “rimanga impressionata la psiche di una di esse”<sup>115</sup>.

Secondo una parte della dottrina, la minaccia, peraltro, assumerebbe valore non soltanto nell'ipotesi di prospettazione di una condotta attiva ma anche laddove l'oggetto della prospettazione sia costituito da una condotta omissiva, almeno nell'ipotesi in cui, in capo all'agente, sussista un obbligo giuridico di agire<sup>116</sup>.

Occorre, inoltre, sottolineare come, ai fini della configurabilità della minaccia, se da un lato, la giurisprudenza maggioritaria, esclude che il danno prospettato dall'agente debba essere determinato in tutti i suoi elementi, in quanto “lo ‘schema aperto’ utilizzato nella minaccia da un soggetto con forte personalità sopraffattrice e fornito di poteri e capacità in proposito, non fa

---

<sup>110</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 263; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 143; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 219; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 286; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I.*, cit., p. 381; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 623

<sup>111</sup> Cass. pen., Sez. V, (ud. 7 febbraio 2008), 28 febbraio 2008, n.9075, in *One legale*

<sup>112</sup> *Ibidem*

<sup>113</sup> *Ibidem*

<sup>114</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 381; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 623; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 359

<sup>115</sup> Cass. pen., Sez. V, (ud. 7 febbraio 2008), 28 febbraio 2008, n.9075, in *One legale*

<sup>116</sup> FIORELLA A., *Questioni fondamentali della parte speciale*, cit., p. 50; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.661; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I.*, cit., p. 292; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 617

svanire la potenzialità intimidatrice, ma anzi la ingigantisce per la mancata individuazione della direzione da cui potrà venire l'aggressione"<sup>117</sup>; da altro lato, si nega, tuttavia, la possibilità di attribuire rilevanza ad espressioni che, a causa della loro genericità, si rivelino "oggettivamente incapaci di incutere timore nel soggetto passivo e, dunque, di metterne in pericolo o turbare, in alcun modo, la sua libertà morale"<sup>118</sup>.

Per quanto attiene all'ingiustizia del danno che caratterizza la minaccia conviene, in primo luogo, precisare che è ingiusto il danno cd. "*contra ius*" ossia il danno realizzato in violazione di disposizioni penali o extrapenali, a nulla rilavando la violazione di norme morali, etiche o sociali<sup>119</sup>. L'ingiustizia peraltro, permane, anche nell'ipotesi in cui il danno, pur non essendo di per sé illecito, sia minacciato allo scopo di raggiungere finalità diverse e/o ulteriori rispetto a quelle consentite da parte dell'ordinamento<sup>120</sup>.

Merita, inoltre, di essere chiarito che, se in relazione alle ipotesi di *minaccia-fine* l'art.612 c.p. non incontra ostacoli, diversamente avviene nelle ipotesi di *minaccia-mezzo*.

In questi casi, ossia nei casi in cui la prospettazione del male ingiusto non sia fine a sé stessa, ma sia preordinata a costringere la vittima "a fare, tollerare od omettere qualche cosa", la minaccia sfugge, secondo una parte della dottrina, all'area di operatività dell'art.612 c.p., per ricadere nell'area di tutela offerta dall'art.610 c.p.<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 1983, *Presotto*, in *La giustizia penale*, 1984, II, 387; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 286; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.663

<sup>118</sup> Cass. pen., Sez. V, (ud. 18 giugno 2008), 14 ottobre 2008, n. 38711, in *One legale*

<sup>119</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 147; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 75; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 286; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.664; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p.383; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 617

<sup>120</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 147; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 287; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.661; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 360

<sup>121</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 645; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 360

Risulta, infine, discussa l'ipotesi in cui la minaccia abbia ad oggetto la prospettazione di un danno alla persona del minacciante. In tal caso, mentre la prevalente dottrina esclude che la situazione in oggetto possa essere qualificata come minaccia, ritenendo la condotta, non solo inidonea a determinare una reale coazione del soggetto passivo ma anche carente sotto il profilo della tipicità (in quanto il male prospettato non sarebbe *contra ius*<sup>122</sup>), la giurisprudenza appare, al contrario, saldamente orientata a favore della tesi opposta, almeno nell'ipotesi in cui questa risulti in grado di recare un effettivo pregiudizio all'integrità psichica della vittima<sup>123</sup>.

Tale interpretazione, pur avendo il pregio di attribuire rilevanza anche a condotte tipicamente prive del carattere sopraffattorio ed aggressivo proprio della minaccia, risulta, tuttavia, inidonea a fornire una nozione unitaria del termine, valevole sia in relazione alle ipotesi di *minaccia-fine*, sia in quelle di *minaccia-mezzo*<sup>124</sup>.

Quanto premesso merita, a questo punto, di essere riletto alla luce dell'art.613 bis c.p., nel quale, la tipizzazione della condotta si caratterizza, non soltanto per l'impiego degli elementi della violenza e della minaccia ma anche per il ricorso al plurale ("violenze o minacce"), che rappresenta un *unicum* nell'ambito dei delitti contro la libertà morale<sup>125</sup>.

L'uso del plurale, peraltro, non è privo di conseguenze sul piano pratico, in quanto comporta, l'esclusione dall'area della punibilità di tutte quelle condotte che, ancorché produttive dell'evento tipico, integrino una sola violenza o minaccia<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 423

<sup>123</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 619

<sup>124</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 620

<sup>125</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 161; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>126</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 56; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 6; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 260; PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 398; PADOVANI T., *Adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., p. 30; RAMPONE J. M., *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, in *Osservatorio AIC (Web)*, 3/2017, p. 8; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

Occorre, infatti, sottolineare come la pluralità degli atti (almeno due<sup>127</sup>), richiesta dalla disposizione, pur non esigendo l'abitudine della condotta, ai fini dell'integrazione del reato, determini, tuttavia, la necessità che sia riscontrabile un *minimum* di reiterazione<sup>128</sup>.

In quest'ottica, allo scopo di prevenire incongrue applicazioni della disposizione in oggetto, autorevole dottrina, ha ritenuto ravvisabile il requisito in esame, non soltanto nelle ipotesi in cui le azioni risultino frammentabili in differenti contesti di spazio, tempo o altre circostanze, ma anche nelle ipotesi in cui queste ultime siano poste in essere nel medesimo contesto spazio-temporale<sup>129</sup>.

Sotto un diverso profilo, occorre, peraltro, rilevare come la tipizzazione dell'art.613 bis c.p., nei termini ora esposti, determini una sensibile variazione rispetto alla fattispecie internazionale, secondo la quale la tortura può, invece, essere pacificamente realizzata anche mediante un unico atto<sup>130</sup>.

Se, da un lato, la formulazione in esame rappresenta la concretizzazione della volontà, ripetutamente espressa in sede di lavori preparatori, di impedire che episodi caratterizzati da un "eccesso di zelo" da parte delle Forze dell'ordine potessero essere perseguiti alla stregua del

---

<sup>127</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019, p. 828; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 698

<sup>128</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 248; COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 277; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 8

<sup>129</sup> *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 9 novembre 2021) 16 marzo 2022 n. 8973, in *One legale*; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 698; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 10/2017, p. 226; MERLO A., *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Il Foro italiano*, 2/2020, p. 161

<sup>130</sup> GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, ovvero del funambolismo e altri equilibristi*, in *La Comunità Internazionale*, 3/2017, Vol. 72, p. 432; PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 398; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 270

delitto in esame<sup>131</sup>, da altro lato, espone l'ordinamento italiano a plurime censure sotto il profilo internazionale<sup>132</sup>.

In quest'ottica, merita di essere rammentato, in particolare, il parere espresso dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa che, ancor prima dell'approvazione della legge n.110 del 2017, manifestava grande preoccupazione circa la possibilità che la divergenza tra l'art.613 bis c.p. e l'art.1 CAT potesse determinare la creazione di ampi spazi di impunità nei confronti di fatti che, alla stregua del diritto internazionale, sarebbero qualificabili come tortura, trattamenti o punizioni inumani o degradanti<sup>133</sup>.

Accanto all'elemento della reiterazione, l'art.613 bis c.p., richiede, peraltro, che le condotte violente o minacciose siano, ulteriormente, qualificabili come "gravi" ("violenze o minacce gravi")<sup>134</sup>.

L'aggettivo in esame, probabilmente desunto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che rintracciava proprio nella diversa gravità della condotta la distinzione tra trattamenti inumani o degradanti e tortura, risulta, sul piano interno, gravemente contrastante con il principio di tassatività, soprattutto, laddove che si consideri che già a partire dalle sue prime applicazioni, in sede internazionale, ha portato all'adozione di incongrue soluzioni sul piano pratico (si è, ad esempio, sostenuto che le "cinque tecniche di interrogatorio", poste in essere dal Regno Unito nei confronti dei prigionieri irlandesi dell'IRA, non costituissero tortura in quanto le sofferenze da queste causate non avrebbero, a parere della Corte, superato la "soglia minima di gravità" richiesta per la configurazione della tortura)<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 278

<sup>132</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 6; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 260; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 106

<sup>133</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 279

<sup>134</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 699; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 275

<sup>135</sup> SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia: alcune riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2018, p. 341

Inoltre, sebbene l'incerta formulazione normativa sembri attribuire l'aggettivo della gravità tanto alle violenze quanto alle minacce, la dottrina prevalente è, al contrario, orientata nel senso di riferirlo alle sole minacce<sup>136</sup>.

La *ratio* di tale impostazione risiede, in primo luogo, sulla circostanza che, in materia penale, l'aggettivo figura esclusivamente in rapporto alla minaccia, al comma 2 dell'art.612 c.p., determinando un aggravamento della pena nell'ipotesi in cui quest'ultima sia connotata da gravità<sup>137</sup>.

In secondo luogo, mentre in relazione alla minaccia, l'elemento della gravità conserverebbe una sua capacità tipizzante, volta ad estromettere dall'area della punibilità condotte cd. "bagatellari", ossia di per sé inidonee a produrre l'evento, in relazione alla violenza il riferimento alla "gravità" apparirebbe, invece, non soltanto inutile ma addirittura "rischioso"<sup>138</sup>, in quanto potenzialmente idoneo a privare di rilevanza penale comportamenti egualmente qualificabili come tortura<sup>139</sup>.

Si pensi, in questo senso, all'ipotesi in cui taluno venga, reiteratamente, sottoposto a piccole scariche elettriche, di per sé non particolarmente dolorose, ma tali da ingenerare un sentimento di intensa angoscia nella psiche del soggetto passivo<sup>140</sup>. In tal caso, mentre la qualificazione della condotta come violenza non pone particolari problemi, diversamente avviene in relazione al requisito della gravità<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 699; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cassazione penale*, 4/2019, p. 1781; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 276

<sup>137</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 276

<sup>138</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 276; VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 25 settembre 2014, p. 8

<sup>139</sup> GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 432; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 276; VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura* p. 8

<sup>140</sup> VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, p. 8

<sup>141</sup> *Ibidem*

Quest'ultimo, infatti, risulterebbe escluso in presenza di condotte analoghe a quella considerata, salvo che si intenda far coincidere la gravità della condotta con l'entità dell'evento, con conseguente violazione del principio di legalità<sup>142</sup>.

Contrariamente alla dottrina, la giurisprudenza e, in particolare, la Corte di Cassazione ritengono, invece, che l'entità dell'evento tipico richiesto dall'art.613 bis c.p., nonché la severità della risposta sanzionatoria, siano “poco plausibilmente ricollegabili a violenze non connotate da gravità”<sup>143</sup>.

Convieni, a questo punto, incentrare l'analisi sulla natura dell'elemento in questione allo scopo di verificarne la compatibilità costituzionale.

Sotto questo profilo, occorre premettere, com'è già stato anticipato, che il concetto di gravità, seppur previsto all'art.612 c.p., quale circostanza aggravante del reato di minaccia, risulta, ciò nonostante, gravemente indeterminato a causa dell'assenza di parametri (legislativamente prefissati) alla stregua dei quali sia possibile esprimere un giudizio di conformità del fatto concreto al dato normativo<sup>144</sup>.

In questo contesto, l'opera di ricostruzione del significato normativo non può che essere, interamente, rimessa alla discrezionalità dell'organo giudiziario, con il contestuale ed inevitabile sacrificio di tutti quei valori che l'art.25 Cost. mira a proteggere<sup>145</sup>.

Appare, in tal modo, evidente come l'elemento della gravità, lungi dall'operare in funzione selettiva del fatto tipico, possa, piuttosto, rappresentare l'espedito alla stregua del quale compiere scelte di natura, sostanzialmente, politica<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 276

<sup>143</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 278; GRIMALDI N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, nota a *Cass. pen., Sez. V*, 20 novembre 2019, n. 47079, in *Cassazione penale*, 6/2020, p. 2345; *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>144</sup> BELFIORE E. R., *L'introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 297

<sup>145</sup> GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, cit., p. 424

<sup>146</sup> MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati*, cit., p. 551

In questa prospettiva, peraltro, se si considera che soltanto con riferimento alla minaccia è dato riscontrare l'esistenza di orientamento giurisprudenziale consolidato, volto ad identificare come “grave” la minaccia che si caratterizzi per la particolare intensità del male minacciato (avendo riguardo a tutte le circostanze oggettive e soggettive che connotano il fatto concreto), appare agevole comprendere le preoccupazioni che hanno condotto parte della dottrina ad escludere la riferibilità dell'aggettivo alla violenza (rispetto alla quale la giurisprudenza non è mai stata chiamata a formulare un giudizio in termini di “gravità”).

Sotto questo profilo, tuttavia, nonostante il contrario indirizzo seguito ad opera della giurisprudenza, appare sicuramente apprezzabile il tentativo della Corte di Cassazione di ricondurre l'elemento della “gravità” nell'alveo della legalità, attribuendo a quest'ultimo un significato unitario e costituzionalmente conforme<sup>147</sup>.

Emblematica, in questa prospettiva, risulta la sentenza n. 47079 del 2019, nella quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in relazione al reato di cui all'art.613 bis c.p., posto in essere nei confronti di una persona anziana, ha ritenuto che le violenze, perpetrate nei suoi confronti, siano, pacificamente, qualificabili come “gravi”, avendo riguardo, all’“intensità della condotta”, parametrata alla luce di tutte le circostanze oggettive e soggettive dell'azione (analogamente a quanto avviene in relazione alla minaccia) e, in particolare, alla “reiterazione delle stesse”, al “contesto temporale” nel quale sono state realizzate (“orario notturno”<sup>148</sup>), alla “gratuità della condotta”, alle “modalità dell'azione” (“tali da moltiplicarne enormemente la valenza offensiva e intimidatoria”<sup>149</sup>), nonché, alle “condizioni del soggetto passivo” (“afflitto

---

<sup>147</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*; Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*; Cass. pen. Sez. III, (ud. 16 marzo 2022) 5 luglio 2022, n. 25617, in *One legale*; Cass. pen., Sez. V, (ud. 23 marzo 2023) 2 maggio 2023, n. 18075, in *One legale*; COLELLA A., *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art.613 bis c.p.)*, in *Sistema Penale*, 16 gennaio 2020; MERLO A., *Primo intervento della Cassazione*, cit., p. 161

<sup>148</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>149</sup> *Ibidem*

da una patologia psichica, oltre che da un profondo disagio esistenziale e sociale, di carattere schivo, autoemarginato socialmente, debole, inoffensivo e incapace di difendersi”<sup>150</sup>) e dei soggetti attivi (che, consapevoli delle condizioni in cui versava la vittima, lo hanno aggredito “senza motivo... violandone il domicilio, distruggendone i suppellettili e appropriandosi del suo denaro”<sup>151</sup> e, attraverso la trasmissione delle videoriprese che registravano le loro azioni, ne hanno fatto oggetto di derisione e scherno).

Analogamente, con sentenza n.25617 del 2022, la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi in relazione al concorso tra il reato di violenza sessuale di gruppo e il reato di tortura, ha ritenuto che la severità dei contegni violenti posti in essere ripetutamente nei confronti della vittima integrino il requisito della “gravità” (di cui all’art.613 bis c.p.) in relazione all’idoneità della condotta a produrre l’evento e a tutte le circostanze oggettive e soggettive caratterizzanti il caso di specie<sup>152</sup> (“la vittima dopo essere stata proditoriamente privata della libertà, è stata costretta, in una notte di pieno inverno, a spogliarsi completamente in un campo abbandonato, mentre gli imputati si erano denudati solamente nelle parti intime, venendo sottoposta a insulti, minacce e soprattutto coercizioni fisiche, consistite sia in frustate sulla pelle nuda con un ramo d’albero, sia nello spegnimento delle sigarette da loro fumate sul corpo, usato come posacenere; tale condotta, posta in essere nonostante i ripetuti pianti della ragazza e le sue implorazioni di smetterla, è stata tale da annullare ogni sua possibilità di reazione e di provocare nella vittima ‘un dolore insopportabile’, le cui tracce materiali sono rimaste ben visibili sulla pelle anche a distanza di un mese e mezzo”<sup>153</sup>).

---

<sup>150</sup> *Ibidem*

<sup>151</sup> *Ibidem*

<sup>152</sup> *Cass. pen. Sez. III*, (ud. 16 marzo 2022) 5 luglio 2022, n. 25617, in *One legale*

<sup>153</sup> *Ibidem*

### 3. L'elemento della “crudeltà”: la funzione di supplenza dell'art.61 comma 1, n.4 c.p.

Accanto alla violenza e alla minaccia, l'art.613 bis c.p., prescrive, quale modalità alternativa della condotta, l'agire con “crudeltà”<sup>154</sup>.

Il termine in esame, aspramente criticato in dottrina per la sua connaturata indeterminatezza, compare, già all'interno del codice del 1930, all'art.61, comma 1, n.4, quale circostanza aggravante di natura comune<sup>155</sup>, accanto alle sevizie, rispetto alle quali, la distinzione appare, tuttavia, tutt'altro che agevole<sup>156</sup>.

Quest'ultima, scarsamente indagata in dottrina, a causa della sua ridotta utilità sul piano pratico, è stata oggetto di continue torsioni in sede giurisprudenziale<sup>157</sup>, determinando, in alcune occasioni, non poche perplessità<sup>158</sup>.

In questo contesto, il punto di svolta dev'essere rintracciato nella sentenza n. 40516 del 2016, nella quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in merito alla compatibilità tra la circostanza aggravante della crudeltà e il dolo d'impeto, supera i precedenti indirizzi giurisprudenziali, tendenti a rivenire, prevalentemente, sul piano quantitativo la differenza tra le sevizie e la crudeltà<sup>159</sup>.

In particolare, la Corte, adottando un criterio di natura qualitativa, statuisce che, mentre “le sevizie costituiscono azioni studiate, specificamente indirizzate finalisticamente ad infliggere

---

<sup>154</sup> DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, in *Archivio penale (Web)*, 2/2023, p. 13

<sup>155</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 290; COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828;

<sup>156</sup> PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà ed i delitti commessi con dolo d'impeto*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*, 2016, p. 251

<sup>157</sup> *Cass. pen., Sez. I*, 6 ottobre 1987, n.747, Rv. 177452; *Cass pen., Sez. I*, (ud. 5 giugno 2014), 2 ottobre 2014, n.40829, in *One legale*

<sup>158</sup> *Cass. pen., Sez. I*, 18 gennaio 1996, n. 1894, Rv. 203808

<sup>159</sup> *Cass. pen., Sez. I*, 6 ottobre 1987, n. 747, Rv. 177452; PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà*, cit., p.

alla vittima sofferenze fisiche aggiuntive e gratuite”<sup>160</sup>, la condotta crudele “è quella che, pur non mostrando una studiata predisposizione finalizzata a cagionare un male aggiuntivo, eccede rispetto alla normalità causale e mostra l'efferatezza che costituisce il nucleo della fattispecie aggravante”<sup>161</sup>.

Inoltre, mentre le prime, caratterizzandosi per la “specificità della misura afflittiva (sadicamente indirizzata direttamente alla vittima) e per “l'intenzionalità dell'agire”, richiedono il dolo intenzionale, la seconda risulta, per converso, pacificamente compatibile anche con il dolo eventuale essendo, in tal caso, sufficiente che “l'agente (sia) consapevole che vi è concreta, significativa possibilità che dalla propria condotta derivi un pregiudizio eccedente”<sup>162</sup> e che, ciò nonostante, si risolva egualmente “ad agire, accettando tale eventualità”<sup>163</sup>.

Da quanto premesso, emerge, peraltro, a parere della Corte, la natura soggettiva dell'aggravante in esame, le cui peculiarità affiorano, non tanto sotto il profilo della “concreta afflittività della condotta”<sup>164</sup> quanto, piuttosto, sotto il profilo della spietatezza<sup>165</sup> che dev'essere valutata, non in riferimento al soggetto agente (che evocherebbe incongrue forme di “diritto penale d'autore”<sup>166</sup> o “diritto penale del nemico”) ma in relazione all'azione<sup>167</sup>.

Occorre, in altri termini, che dalle modalità dell'azione sia possibile desumere, chiaramente, il carattere efferato della volontà illecita dell'autore, resa manifesta dal delitto<sup>168</sup>.

---

<sup>160</sup> Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*

<sup>161</sup> Cass. pen., Sez. I, (ud. 16 maggio 2012), 22 agosto 2012, n. 33021, in *One legale*; Cass. pen., Sez. I, (ud. 28 maggio 2013), 20 giugno 2013, n. 27163, in *One legale*; Cass. pen., Sez. I, (ud. 24 ottobre 2013), 10 gennaio 2014, n. 725, in *One legale*; Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*

<sup>162</sup> Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*

<sup>163</sup> *Ibidem*

<sup>164</sup> *Ibidem*

<sup>165</sup> Cass. pen., Sez. I, (ud. 27 maggio 2011), 29 luglio 2011, n. 30285, in *One legale*; Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 1998, n. 4678, Rv. 213019

<sup>166</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 55

<sup>167</sup> Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*; PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà*, cit., p. 251

<sup>168</sup> Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*

Dalla ricostruzione in esame, consegue, peraltro, l'accoglimento di quell'impostazione che ritiene ravvisabile l'elemento della crudeltà soltanto nei confronti di persone viventi<sup>169</sup>, prescindendo, tuttavia, dalla circostanza che la persona offesa sia in grado di percepire compiutamente la gratuità dell'afflizione<sup>170</sup>.

Se, sul piano teorico gli argomenti proposti non pongono particolari problemi, diversamente avviene sul piano pratico, ove l'inquadramento in termini di "sevizie" o "crudeltà" risulta, talvolta, tanto nebuloso da indurre, in alcune circostanze, all'uso indistinto dei termini, con evidenti ripercussioni anche sotto il profilo del diritto alla difesa<sup>171</sup>.

I problemi maggiori attengono, tuttavia, alla configurabilità dell'aggravante di cui all'art.61, comma 1, n.4, c.p. in presenza di casi connotati dalla "forsennata ripetizione degli atti lesivi"<sup>172</sup>.

In questo contesto, la giurisprudenza dominante ritiene che l'aggravante della crudeltà debba risultare esclusa ogni qualvolta in cui la reiterazione dei colpi inferti risulti contenuta entro i limiti costituiti della normalità causale e "non trasmodi in una manifestazione di efferatezza"<sup>173</sup>.

Al contrario, in presenza di atti che, lungi dall'essere funzionali alla realizzazione del delitto, costituiscano, piuttosto, espressione "della volontà dell'agente di infliggere sofferenze che esulano dal normale processo di causazione dell'evento"<sup>174</sup>, l'aggravante in esame risulta pacificamente configurabile<sup>175</sup>.

---

<sup>169</sup> Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 1971, n. 556, Rv. 119609; Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, Rv. 222519; Cass. pen., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 19966, Rv. 256254

<sup>170</sup> Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 1971, n.556, Rv. 119609; Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*; PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà*, cit., p. 249

<sup>171</sup> Cass. pen., Sez. I, 6 luglio 2006, n. 32006, Rv. 234785

<sup>172</sup> Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*; PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà*, p. 249

<sup>173</sup> Cass. pen., Sez. I, (ud.16 maggio 2012), 22 agosto 2012, n. 33021, in *One legale*; Cass. pen., Sez. I, (ud. 11 marzo 2015), 30 giugno 2015, n. 27235, in *One legale*

<sup>174</sup> Cass. pen., Sez. I, (ud.16 maggio 2012), 22 agosto 2012, n. 33021, in *One legale*; Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*

<sup>175</sup> PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà*, cit., p. 249

Emblematica, sotto questo profilo, risulta proprio la sentenza n. 40516 del 2016, nella quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in relazione al reato di cui all'art.575 c.p., perviene all'esclusione dell'aggravante della crudeltà, sulla scorta della constatazione che la mera reiterazione di atti lesivi, posti in essere a distanza ravvicinata e rappresentanti il (probabile) frutto della medesima concitazione lesiva, non consente di ritenere integrata la circostanza di cui all'art.61, comma 1, n.4, c.p., in assenza di elementi dai quali sia possibile desumere l'esistenza di un ulteriore determinismo volitivo<sup>176</sup>.

Se, com'è stato anticipato, la distinzione tra "sevizie" e "crudeltà" conserva una ridotta utilità in relazione all'applicazione dell'art.61, comma 1, n.4 c.p., diversamente avviene con riferimento all'art.613 bis c.p., nel quale solamente l'elemento della crudeltà assurge ad elemento del fatto tipico<sup>177</sup>.

All'interno di tale contesto risulta, pertanto, evidente come la scarsa tassatività del termine, mal tollerata già sul piano delle circostanze aggravanti, assuma connotati preoccupanti laddove concorra all'individuazione del fatto di reato<sup>178</sup>.

In questa prospettiva, occorre, infatti, sottolineare come il *deficit* di tassatività, connaturato all'elemento in questione, lungi dal trovare autonoma risoluzione all'interno della formulazione normativa, sia accresciuto dall'impossibilità di servirsi, sul piano pratico, dell'interpretazione maturata, in seno alla Corte di Cassazione, in relazione all'art.61, comma 1, n.4 c.p.<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in *One legale*

<sup>177</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227

<sup>178</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 846; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 432; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.699; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 265

<sup>179</sup> BELFIORE E. R., *L'introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 297; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.699; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227

Quest'ultima, infatti, nell'adottare quale significato di "crudeltà" quel "*quid pluris* che connota una condotta già di per sé illecita"<sup>180</sup>, si mostra, assolutamente, inidonea in relazione all'art.613 bis c.p., nel quale l'elemento della crudeltà, privato di ogni parametro alla cui stregua valutare la superfluità della sofferenza inflitta, ovvero l'eccedenza rispetto alla normalità causale, è chiamato a fondare, di per sé, l'antigiuridicità della condotta<sup>181</sup>.

Risultano, in tal senso, eloquenti le sentenze emesse dai giudici di Siena<sup>182</sup> e di Ferrara<sup>183</sup> che, nell'adottare un significato di crudeltà in linea con quanto previsto dall'art.61, comma 1, n.4 c.p., si sono, tuttavia, scontrate con l'impossibilità di rinvenire, sul piano pratico, un fatto base alla stregua del quale "misurare i patimenti ulteriori nei quali la crudeltà dovrebbe consistere"<sup>184</sup>.

In quest'ottica, occorre, pertanto, ammettere come l'elemento della crudeltà, probabilmente introdotto allo scopo di limitare l'area di punibilità dell'art.613 bis c.p.<sup>185</sup>, finisca, in realtà, per avvicinare la disposizione in esame ad un reato a forma libera<sup>186</sup>, potendo inerire a qualsivoglia tipologia di condotta.

Inoltre, se si considera che il requisito della reiterazione, aspramente criticato in relazione alla condotta violenta ovvero minacciosa, scompare con riferimento alla crudeltà, appare evidente come il reato, conformemente a quanto previsto sul piano internazionale, risulti pacificamente

---

<sup>180</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227

<sup>181</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa*, in *Questione giustizia (Web)*, 12 luglio 2021, p. 4

<sup>182</sup> *Trib. Siena*, (ud. 17 febbraio 2021) 7 maggio 2021, n. 58, in *Questione giustizia (Web)*

<sup>183</sup> *Trib. Ferrara*, 14 gennaio 2021, n. 11, in *Questione giustizia (Web)*

<sup>184</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.699; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 4

<sup>185</sup> PREZIOSI S., *Il reato di tortura*, cit.; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 107

<sup>186</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227

realizzabile anche mediante un unico atto, purché quest'ultimo sia qualificabile come crudele<sup>187</sup>.

Emblematica, sotto questo profilo, risulta la (già menzionata) sentenza n.47079 del 2019 che, pronunciandosi in relazione all'art.613 bis c.p., ha statuito che la "crudeltà", in quanto elemento normativo di fattispecie, "integra un requisito di natura prettamente valutativa, e intrinsecamente dotato di forte carica valoriale, per il quale il legislatore non richiede neppure la reiterazione"<sup>188</sup>, potendo "rivelarsi crudele tanto una singola condotta, quanto una pluralità di condotte che, nel loro insieme, assumano quel significato"<sup>189</sup>.

Nel caso di specie, la peculiarità dell'azione, caratterizzata dall'assenza di qualsiasi sentimento di pietà o compassione, nonché dalla volontà di trarre piacere da azioni dirette a mortificare e calpestare la dignità della vittima, approfittando della sua fragilità psichica e della sua precarietà esistenziale, ha portato la Corte a ritenere pienamente integrato il requisito in esame<sup>190</sup>.

Da quanto esposto risulta, peraltro, possibile trarre una duplice conseguenza: da un lato, appare evidente come "l'indagine sull'elemento soggettivo dell'agente"<sup>191</sup> influisca sulla determinazione delle concrete modalità dell'azione e, da altro lato, emerge come l'integrazione del reato mediante una condotta violenta o minacciosa, ovvero mediante una condotta crudele non sia indifferente sotto il profilo soggettivo, caratterizzandosi per la diversa intensità del dolo<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 279; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1780; PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 406; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>188</sup> *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>189</sup> *Ibidem*

<sup>190</sup> *Ibidem*

<sup>191</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 7

<sup>192</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 7; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura*, cit., p. 27; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 264; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 384

In questo contesto, secondo una parte della dottrina, le nozioni di “violenza” e di “minaccia” assumerebbero un significato realmente selettivo soltanto in relazione all’elemento della “gravità”, la cui portata andrebbe, peraltro, letta alla luce dello “speculare” concetto di “crudeltà”<sup>193</sup>.

In altri termini, secondo l’impostazione in esame, le nozioni di violenza e minaccia grave rappresenterebbero, più che una modalità alternativa della condotta, una mera esemplificazione dell’agire con crudeltà<sup>194</sup>.

Tale impostazione, sicuramente meritevole nelle intenzioni, in quanto volta a ricondurre la fattispecie di cui all’art.613 bis c.p. ad unità, finisce, tuttavia, per ignorare le differenze, pure esistenti, tra i concetti di “gravità” e “crudeltà”<sup>195</sup>, determinando l’irrimediabile contrasto con l’art.25 Cost.

In questo senso, occorre, infatti, notare come, mentre la nozione di “gravità” si leghi, necessariamente, nelle intenzioni del legislatore, ad una pluralità di contegni violenti o minacciosi, l’elemento della crudeltà risulti, per converso, “assorbente”, prescindendo sia dalla reiterazione della condotta che da una sua caratterizzazione sotto il profilo dell’intensità<sup>196</sup>.

In questo contesto, appare, di conseguenza, evidente come l’estensione dell’area di punibilità dell’art.613 bis c.p. finirà per essere, inevitabilmente, influenzato dall’individuazione del significato di “crudeltà” che, in assenza di parametri legislativamente prefissati, non potrà che essere rimesso alla discrezionalità dell’organo giudiziario<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Archivio penale (Web)*, 3/2017, p. 20

<sup>194</sup> FALCINELLI D., *Il delitto di tortura*, cit., p. 20

<sup>195</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 55; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>196</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 279

<sup>197</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 7; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 298; MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati: l’art. 613 bis c.p. punisce anche le torture subite dai detenuti del carcere di Santa Maria Capua Vetere*, in *Il Foro italiano*, 2/2022, p. 552; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 264; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 107

Sotto questo profilo, occorre, tuttavia, segnalare come la giurisprudenza, probabilmente conscia dell'evanescenza del termine, preferisca procedere lungo un piano più rassicurante volto a ravvisare nel fatto concreto non soltanto i segni dell'“agire crudele” (che, di per sé, si rammenta, avrebbe natura assorbente) ma anche, e soprattutto, la reiterazione delle condotte violente ovvero minacciose<sup>198</sup>.

Tale tendenza, probabilmente giustificata dalla preoccupazione di incorrere in incongrue valutazioni sul “tipo d'autore”, evidenzia, tuttavia, l'inadeguatezza del termine che, lungi dall'operare in funzione selettiva del fatto tipico, finisce per rappresentare lo strumento attraverso il quale avvalorare la correttezza dell'esito interpretativo, *aliunde* raggiunto.

Emblematica, in questo senso, risulta la sentenza n.37317 del 2018 nella quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in relazione al delitto di cui all'art.613 bis c.p., ha ritenuto che la condotta, pacificamente, qualificabile come crudele, integrasse, tuttavia, anche i requisiti delle “violenze o minacce gravi”: “ossia condotte che”<sup>199</sup>, come sottolinea la Corte, “sono comunque idonee a configurare, in alternativa all'aver agito con crudeltà, l'ipotesi delittuosa contestata”<sup>200</sup>.

Analogamente, la Corte di Cassazione, con sentenza n.50208 del 2019, nel rigettare il ricorso proposto avverso il provvedimento con cui il Tribunale del riesame di Taranto confermava la misura della custodia cautelare in carcere, nei confronti di due soggetti minorenni, per il reato di cui all'art.613 bis c.p., ha evidenziato come le peculiarità dell'azione (rappresentate “dall'irruzione, anche ripetuta, nell'abitazione della persona offesa in tempo di notte, l'aggressione corale di una vittima inerme, l'utilizzo di corpi contundenti, le urla di scherno

---

<sup>198</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 4

<sup>199</sup> *Cass. pen., Sez. I*, (ud. 15 maggio 2018), 1 agosto 2018, n.37317, in *One legale*

<sup>200</sup> *Cass. pen., Sez. I*, (ud. 15 maggio 2018), 1 agosto 2018, n.37317, in *One legale*; COLELLA A., *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art.613 bis c.p.)*, in *Sistema Penale*, 16 gennaio 2020

rivoltegli ed anche la necessità sentita di immortalare il terrore che il povero “St.” manifestava<sup>201</sup>) rappresentassero gli indicatori di una condotta crudele (“attraverso la quale “gli agenti perseguivano una forma di soddisfazione legata alla capacità di generare le sofferenze altrui e di condividere con altri tale capacità”<sup>202</sup>), rimarcando, ciò nonostante, come quest’ultima costituisse una mera modalità alternativa della condotta, che, nel caso di specie, risultava agevolmente inquadrabile anche sotto il profilo della violenza o minaccia grave<sup>203</sup>.

L’ultima questione che merita di essere affrontata riguarda la possibilità di configurare il reato, conformemente a quanto previsto sul piano internazionale, mediante una *condotta omissiva*<sup>204</sup>.

In quest’ottica, occorre, infatti, notare come la formulazione normativa dell’art.613 bis c.p., facendo, da un lato, riferimento all’“agire” (con crudeltà) e, da altro lato, alle nozioni di violenza e minaccia, sembri limitare l’operatività della disposizione alle sole condotte attive<sup>205</sup>, determinando, tuttavia, la paradossale conseguenza di “assoggettare a pena la minaccia di privare un detenuto degli alimenti, ma non la sua concreta attuazione”<sup>206</sup>.

Al fine di prevenire incongrui esiti sul piano pratico, una parte della dottrina ha, pertanto, proposto di aderire ad un’interpretazione lata dell’elemento della crudeltà, volta a ricomprendervi qualsiasi manifestazione di efferatezza, sia che si estrinsechi in una condotta attiva, sia che si estrinsechi in una condotta omissiva<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup> Cass. pen., Sez. V, (11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n.50208, in *Rivista penale*, 10/2020, p. 919

<sup>202</sup> *Ibidem*

<sup>203</sup> *Ibidem*

<sup>204</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 228

<sup>205</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.701; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 228; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 282

<sup>206</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 228

<sup>207</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.701; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 228

#### 4. Il requisito della reiterazione della condotta

Ai fini dell'integrazione del reato, l'art.613 bis c.p. richiede, inoltre, che il fatto sia realizzato "mediante più condotte" ovvero che comporti "un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona".

Il reato di tortura appare, in tal modo, strutturarsi su un duplice livello<sup>208</sup>: da un lato, si richiede che l'agente ponga in essere violenze o minacce gravi, ovvero agisca con crudeltà e, da altro lato, si subordina, ulteriormente, la realizzazione del reato all'integrazione di una pluralità di condotte ovvero, alternativamente<sup>209</sup>, alla realizzazione di un trattamento inumano e degradante.

Nonostante la compromissoria formulazione della disposizione sembri inquadrare gli elementi in esame nell'alveo delle condizioni obiettive di punibilità, la dottrina è unanimemente orientata nel senso di qualificarli come elementi essenziali della fattispecie<sup>210</sup>.

Tale soluzione appare, sicuramente, preferibile, soprattutto laddove si consideri che, da un lato, la "pluralità" della condotta, interpretata alla stregua di una condizione di punibilità, sortirebbe il paradossale effetto di relegare nell'area della non punibilità tutte quelle condotte (monosoggettive) che, benché tipiche, non siano oggetto di reiterazione<sup>211</sup>, ovvero non risultino inquadrabili nell'ambito di un'unica compartecipazione criminosa (nella quale le condotte dei concorrenti agirebbero quali "condizioni di punibilità reciproche dell'illecito concorsuale"<sup>212</sup>)

---

<sup>208</sup> DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario*, cit., p. 14

<sup>209</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

<sup>210</sup> *Cass. pen. Sez. III*, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 278; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.700; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 279

<sup>211</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786

<sup>212</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786

e, da altro lato, la realizzazione di un trattamento inumano e degradante, nonostante il suo contenuto altamente lesivo, finirebbe per essere svincolato dalla condotta dell'agente<sup>213</sup>.

Chiarita, in tal modo, la natura degli elementi in esame, conviene, a questo punto, procedere per gradi, incentrando, in primo luogo, l'analisi sulla prima delle locuzioni considerate ("se il fatto è commesso mediante più condotte").

Quest'ultima, probabilmente introdotta allo scopo di restringere l'area della punibilità<sup>214</sup>, è suscettibile di diversa lettura a seconda che si leghi agli elementi della violenza o della minaccia ovvero all'agire crudele.

Infatti, mentre nel secondo caso, com'è già stato osservato, il requisito della reiterazione non pone particolari problemi, in quanto la crudeltà risulta, pacificamente, ravvisabile tanto in presenza di un unico atto, quanto rispetto ad una pluralità di atti<sup>215</sup>, diversamente avviene nel primo caso, ove le nozioni di violenza e minaccia, risultano già connotate dall'incongruo uso del plurale<sup>216</sup>.

In questo contesto, secondo una parte della dottrina, la locuzione in esame avrebbe, pertanto, lo scopo di restringere ulteriormente l'area della punibilità, escludendo che la mera reiterazione di singoli contegni violenti ovvero minacciosi possa integrare, di per sé, anche il requisito della "pluralità di condotte"<sup>217</sup>.

Quest'ultima andrebbe, al contrario, ravvisata soltanto nell'ipotesi in cui i singoli atti (di violenza o minaccia) risultino scomponibili in una pluralità di contesti spazio-temporali, ovvero

---

<sup>213</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.700; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786

<sup>214</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 278

<sup>215</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1780; PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 406; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>216</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1785; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

<sup>217</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1785

nell'ipotesi in cui dalle modalità di esecuzione sia comunque possibile desumere l'esistenza di "plurime manifestazioni di violenza fisica o morale"<sup>218</sup>, come nel caso in cui tali condotte siano realizzate da soggetti diversi nei confronti di un'unica persona<sup>219</sup>.

L'impostazione in esame, pur avendo il pregio di attribuire una reale capacità selettiva all'elemento in discussione, si espone, tuttavia, a plurime censure sotto il profilo costituzionale e, in particolare, in relazione all'art.117 Cost., il quale, imponendo l'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi di matrice convenzionale, risulterebbe violato in presenza di una disposizione che, contrariamente a quanto previsto dall'art.3 CEDU<sup>220</sup>, configuri il reato di tortura come esclusivamente abituale<sup>221</sup>.

Inoltre, com'è stato autorevolmente sottolineato, tale impostazione avrebbe l'inevitabile effetto di aprire "il campo a una macabra aritmetica della ferocia, costringendo il giudice ad accertare quante volte le condotte violente debbano essere attuate prima che possa aversi un reato di tortura"<sup>222</sup>.

L'incongruità di tale teoria emerge, peraltro, anche dal raffronto con la fattispecie di cui all'art.612 bis c.p., la quale, nel richiedere l'abitualità della condotta ai fini dell'integrazione del reato, si avvale, diversamente da quanto previsto in relazione all'art.613 bis c.p., del requisito della reiterazione.

---

<sup>218</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786

<sup>219</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*; Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1785

<sup>220</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 278

<sup>221</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 6; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.700

<sup>222</sup> GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 432

Sotto questo profilo, occorre, infatti, sottolineare come l'elemento della reiterazione, usato dal legislatore per sancire la natura abituale del reato di atti persecutori<sup>223</sup>, costituisca, secondo una parte della dottrina, un dato di natura non esclusivamente "quantitativa".

In quest'ottica, la ripetizione della condotta, pur implicata dall'elemento della reiterazione, non ne esaurirebbe, di per sé, il disvalore, per il quale sarebbe, altresì, necessario ravvisare un *quid pluris*, consistente nella frazionabilità della condotta in differenti contesti spazio-temporali<sup>224</sup>.

Inoltre, se si considera come, secondo costante giurisprudenza, ai fini dell'abitualità siano sufficienti due sole condotte, anche se consistenti in atti leciti o neutrali (come nell'art.612 bis c.p.)<sup>225</sup>, appare, di tutta evidenza, l'erroneità di un'impostazione volta a configurare il reato di tortura esclusivamente in presenza di atti che siano, non soltanto ripetuti ma anche reiterati nel tempo<sup>226</sup>.

Tale teoria, in contrasto al dato letterale dell'art.613 bis c.p. che, nel fare genericamente riferimento all'elemento della pluralità, sembra escludere la necessità di una reiterazione in senso tecnico, avrebbe, infatti, l'effetto di restringere ulteriormente l'area della condotta tipica, per la cui integrazione (contrariamente all'indirizzo giurisprudenziale dominante) non sarebbero, peraltro, sufficienti due sole condotte essendo, queste ultime, già implicate dall'uso del plurale (per la violenza e la minaccia)<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 266; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 363

<sup>224</sup> VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 363

<sup>225</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 149; *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 21 gennaio 2010), 17 febbraio 2010, n.6417, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 2 marzo 2010), 5 luglio 2010, n.25527, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 11 gennaio 2011), 28 febbraio 2011, n.7601, in *One legale*; *Cass. pen.*, 25 maggio 2011, n.20895, in *Foro italiano*, 2012, 3, 2, p. 158; *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 6 dicembre 2016), 8 maggio 2017, n.22194, in *One legale*; *Corte Cost.*, 11 giugno 2014, n.172, in *One legale*; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 266

<sup>226</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 240

<sup>227</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 161; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 266

Per tali ragioni, la prevalente dottrina<sup>228</sup>, al fine di scongiurare irragionevoli esiti sul piano pratico, ha ritenuto preferibile aderire a una diversa impostazione che, negando qualsiasi (ulteriore) capacità selettiva all'elemento della pluralità, ne riconosca la natura "pleonastica", ammettendo la configurabilità del delitto anche in presenza di condotte che si risolvano in un unico contesto spazio-temporale.

Appare, di conseguenza, evidente come, in questo contesto, la discrezionalità dell'organo giudiziario assuma un ruolo essenziale, anche al fine di prevenire la "bagatellizzazione" del reato in esame<sup>229</sup>.

Emblematica, in tal senso, risulta la sentenza n.47079 del 2019 nella quale la Corte di Cassazione, nel ricostruire la natura della fattispecie di cui all'art.613 bis c.p., aderisce a tale impostazione, evidenziando come il requisito della "pluralità della condotta" sia suscettibile di integrazione anche in presenza di due sole condotte e "anche in un minimo lasso temporale, come un'ora o alcuni minuti, potendo mutuarsì, sotto tale profilo, l'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione alla fattispecie degli atti persecutori, ex art.612 bis c.p."<sup>230</sup>.

Analogamente, con sentenza n.50208 del 2019, la Corte di Cassazione, pronunciandosi in ordine al reato di cui all'art.613 bis c.p., ha sottolineato come la locuzione in esame debba essere riferita "non già solo ad una pluralità di ordine temporale con episodi eventualmente

---

<sup>228</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 292; BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 161; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 6; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 280; SEMINARA S., FORTI G., *Commentario breve al codice penale*, edizione per prove concorsuali ed esami, Milano, 2022, p. 2778; LEOTTA C. D., *Ammissibile il concorso materiale tra maltrattamenti in famiglia e tortura privata*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/2022, p.201; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 226; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 265; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

<sup>229</sup> VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 364

<sup>230</sup> *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*; COLELLA A., *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art.613 bis c.p.)*, in *Sistema Penale*, 16 gennaio 2020

reiterati nel tempo, ma anche alla perpetrazione di più contegni violenti nello stesso contesto cronologico”<sup>231</sup>.

La *ratio* di tale ricostruzione andrebbe ravvisata, a parere della Corte, da un lato, sulla “comparazione con la fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p.”<sup>232</sup> nella quale, diversamente da quanto avviene per l'art.613 bis c.p., “la necessità di una reiterazione, nel senso anche della riproduzione dei comportamenti persecutori in successivi contesti temporali, è stata espressamente prevista dal legislatore, che ha fatto riferimento alla nozione di “condotte reiterate””<sup>233</sup> e, da altro lato, sulla constatazione che “l'efficacia repressiva della previsione normativa sarebbe irragionevolmente depotenziata laddove si accedesse ad un'interpretazione della disposizione che ne circoscriva l'applicazione ai casi di reiterazione differita nel tempo delle condotte”<sup>234</sup>.

Tale impostazione, lascerebbe, infatti, a parere della Corte, “prive di tutela delle situazioni ben possibili nella pratica in cui la tortura venga posta in essere, con le conseguenze sulla persona offesa che pure il legislatore ha previsto, in un unico contesto temporale”<sup>235</sup>.

La Corte evidenzia, inoltre, come “l'adeguamento agli obblighi internazionali che la L. 14 luglio 2017, n.110 (che ha introdotto nel nostro ordinamento l'art.613 bis c.p.) concretizza sia indubbiamente frutto dello stimolo che il nostro legislatore ha ricevuto dalle condanne della Corte EDU in ordine ai noti fatti di Genova”<sup>236</sup>, con la conseguenza che, una diversa lettura della disposizione “determinerebbe il paradosso di impedire la riferibilità della norma a quanto verificatosi nella scuola Diaz, laddove non vi è stata la reiterazione, diluita nel tempo, delle

---

<sup>231</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 11 ottobre 2019) 11 dicembre 2019, n. 50208, in *One legale*

<sup>232</sup> *Ibidem*

<sup>233</sup> *Ibidem*

<sup>234</sup> *Ibidem*

<sup>235</sup> *Ibidem*

<sup>236</sup> *Ibidem*

condotte”<sup>237</sup>, determinando, altresì, l’adozione “di una prospettiva indubbiamente distonica rispetto a quella seguita dalla Corte EDU”<sup>238</sup>, e, pertanto, “non convenzionalmente orientata”<sup>239</sup>.

Merita, infine, di essere sottolineata anche la sentenza n.8973 del 2021, nella quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in materia cautelare sui fatti avvenuti nell’aprile del 2020 presso il carcere di Santa Maria Capua Vetere, ha confermato, come, ai fini della configurabilità del reato di cui all’art.613 bis c.p., il requisito della “pluralità della condotta” vada riferito “non solo ad una pluralità di episodi reiterati nel tempo, ma anche ad una pluralità di contegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico”<sup>240</sup>.

## **5. Il problematico riferimento ai “trattamenti inumani e degradanti”**

In alternativa all’elemento della “pluralità della condotta”, l’art.613 bis c.p. richiede che il fatto comporti la realizzazione di “un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona”. Il delitto di tortura appare, in tal modo, configurarsi quale reato avente natura solo *eventualmente abituale* (cd. “*improprio*”, per quanto riguarda la prima modalità di realizzazione del fatto, e “*proprio*” in relazione all’agire con crudeltà), potendo realizzarsi, non soltanto in presenza di una pluralità di atti di violenza, minaccia o crudeltà ma anche *in presenza di un*

---

<sup>237</sup> *Ibidem*

<sup>238</sup> *Ibidem*

<sup>239</sup> *Ibidem*

<sup>240</sup> *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 9 novembre 2021) 16 marzo 2022 n. 8973, in *One legale*; BERNARDI S., *Carcere e tortura: la Cassazione si esprime (in sede cautelare) sui fatti di Santa Maria Capua Vetere*, nota a *Cass. pen., Sez. V*, 9 novembre 2021, n. 8973, in *Sistema Penale (Web)*, 5 aprile 2022

*unico atto* dal quale derivi la realizzazione di un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona<sup>241</sup>.

Tale requisito, probabilmente introdotto allo scopo di ottemperare agli obblighi di incriminazione espressi dalla Corte EDU nelle sentenze di condanna emesse nei confronti dello Stato italiano, suscita, tuttavia, numerose perplessità<sup>242</sup>.

Conviene, in primo luogo, notare come la formulazione in esame, benché estranea al diritto penale nazionale, ricalchi il dettato dell'art.3 CEDU, dal quale, tuttavia, si distanzia per l'uso della congiunzione "e" al posto della disgiuntiva "o"<sup>243</sup>.

Tale incongruità, considerata dalla prevalente dottrina come il probabile frutto di una disattenzione legislativa, sembra, ciò nonostante, evocare la necessità che, oltre all'evento tipico richiesto dalla disposizione, l'agente realizzi un evento ulteriore consistente, appunto, in un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona<sup>244</sup>.

Tale impostazione trascura, tuttavia, di considerare come, sul piano internazionale, le nozioni di "trattamento disumano" e di "trattamento degradante", lungi dall'identificarsi con la tortura, costituiscono, piuttosto, un *minus*, determinando la paradossale conseguenza per cui, ai fini dell'integrazione del reato, il trattamento inumano e degradante richiederebbe un *quid pluris* rispetto alla tortura.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 15 ottobre 2019) 4 febbraio 2020, n. 4755, in *One legale*; Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*; COLELLA A., *Il nuovo delitto di tortura. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018"*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 26 aprile 2018, p. 4; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 6

<sup>242</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 829

<sup>243</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 5; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>244</sup> Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*; COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

<sup>245</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 293; AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 57; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 280; GRIMALDI N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, cit., p. 2353; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 385

L'ambiguità di tale conclusione ha condotto parte della dottrina a muoversi lungo una differente direzione, volta a ravvisare, all'interno dell'art.613 bis c.p., due distinte fattispecie criminose: una, più grave, consistente nella tortura vera e propria e una seconda, meno grave, avente ad oggetto i trattamenti inumani e degradanti<sup>246</sup>.

Senonché, l'impostazione in esame, pur avendo il pregio di determinare il sensibile abbassamento della soglia della punibilità richiesta ai fini dell'integrazione del reato, omette, tuttavia, di considerare come tale omologazione, determini plurime frizioni sotto il profilo costituzionale e, in particolare, in relazione all'art.3 Cost. che, nel sancire il principio di uguaglianza, osta alla parificazione, sotto il profilo sanzionatorio, di comportamenti caratterizzati da un differente disvalore<sup>247</sup>.

Occorre, peraltro, considerare come il riferimento ai "trattamenti inumani e degradanti" finisca per obliterare, da un lato, le differenze, pure esistenti, tra i menzionati concetti e, da altro lato, determini l'arbitraria creazione di una nuova categoria di maltrattamenti che, estranea al diritto internazionale e priva di qualunque definizione (legislativa) sul piano interno, espone la disposizione all'arbitrio dell'organo giudiziario, in netto contrasto con quanto statuito dall'art.25 Cost<sup>248</sup>.

Si comprendono, sotto questo profilo, i motivi che hanno portato parte della dottrina a negare qualunque capacità selettiva all'elemento in esame, ritenendolo, piuttosto, il discutibile esito del tentativo di uniformare l'ordinamento interno al quadro sovranazionale<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> PREZIOSI S., *Il reato di tortura*, cit.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

<sup>247</sup> PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 6; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

<sup>248</sup> BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, cit., p. 6; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 433; MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati*, cit., p. 553; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 267; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 384

<sup>249</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 162; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 280; GRIMALDI N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, cit., p. 2353; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 701; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta*

Le due diverse categorie di “*mistreatments*”, infatti, benché agevolmente distinguibili sotto il profilo teorico, sono spesso oggetto di assimilazione sotto il profilo pratico, a causa non solo delle difficoltà insite nel tracciare confini certi e precisi ma anche per il progressivo innalzamento del livello di tutela offerto dalla Convenzione<sup>250</sup>.

Inoltre, posto che le diverse forme di “*ill treatments*” si pongono in rapporto di continenza, oltre che di progressione scalare, tale per cui non può esservi trattamento inumano senza che vi sia, contemporaneamente, anche un trattamento degradante e, analogamente, non può esservi tortura che non sia, a sua volta, un trattamento inumano e degradante<sup>251</sup>, sembra plausibile ammettere che l’intenzione del legislatore fosse, piuttosto, quella di configurare una modalità alternativa della condotta<sup>252</sup>.

Sotto questo profilo, risulta, infatti, opportuno sottolineare come la riduzione dell’area della punibilità, perseguita attraverso l’elaborazione di una disposizione “iperanalitica”<sup>253</sup> e ripetutamente espressa in sede parlamentare, rischierebbe di essere frustrata in presenza di un elemento che, a causa della sua minore offensività, consentirebbe di attrarre nell’area di operatività dell’art.613 bis c.p. tutte quelle condotte che, alla stregua del diritto internazionale, sarebbero inidonee a raggiungere il livello minimo di gravità richiesto per l’integrazione della tortura<sup>254</sup>.

In questa prospettiva, occorre, infatti, evidenziare come l’omologazione, all’interno di un’unica disposizione, di fatti così distanti tra loro avrebbe, da un lato, l’effetto di giustificare i

---

*male*, cit., p. 3; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 109; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 385

<sup>250</sup> COLELLA A., *La risposta dell’ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 281; SERRANÒ G., *L’introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 343; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 385

<sup>251</sup> COLELLA A., *La risposta dell’ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 829

<sup>252</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 700; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 5, VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 385

<sup>253</sup> DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, cit., p. 121; MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati*, cit., p. 553

<sup>254</sup> GRAZIANI F., *L’introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 432

timori manifestati dalle Forze dell'ordine, in sede di discussione parlamentare<sup>255</sup> e, da altro lato, di determinare la considerevole riduzione della funzione general-preventiva, espressa dal *nomen iuris*<sup>256</sup>.

Peraltro, considerando che l'elemento della crudeltà viene frequentemente impiegato dalla giurisprudenza della Corte EDU per distinguere i trattamenti inumani o degradanti dalla tortura, anche a voler sostenere la valenza selettiva dell'espressione, si giungerebbe alla paradossale conclusione per cui la realizzazione dell'evento tipico, conseguente alle condotte di violenza, minaccia o crudeltà, possa, talvolta, non essere sufficiente ai fini dell'integrazione degli estremi del trattamento inumano e degradante<sup>257</sup>.

L'erroneità della formulazione normativa emerge, peraltro, anche sotto un diverso profilo; infatti, ove si consideri che, com'è stato anticipato, non può esistere una tortura che non sia, al contempo, anche un trattamento inumano e degradante, appare evidente come il prevedere in alternativa a quest'ultimo la pluralità della condotta risulti assolutamente incongruo<sup>258</sup>.

Inoltre, mentre l'elemento della pluralità, risulta propriamente inquadrabile nell'ambito dei requisiti della condotta, il trattamento inumano e degradante, nel richiedere la causazione di sofferenze connotate da particolare intensità, risulta, al contrario, più correttamente, collocabile sul piano dell'evento<sup>259</sup>.

Alla luce di quanto premesso occorre, pertanto, riconoscere come l'espressione in esame, lungi dal costituire una modalità realmente alternativa alla pluralità della condotta, risulti,

---

<sup>255</sup> *Ibidem*

<sup>256</sup> SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 354

<sup>257</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 293; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 281; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 267

<sup>258</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 8

<sup>259</sup> *Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in One legale*

analogamente a quest'ultima, sostanzialmente inidonea ad assumere un valore realmente selettivo ai fini dell'individuazione del fatto tipico<sup>260</sup>.

La giurisprudenza appare, al contrario, orientarsi lungo una diversa prospettiva che, allo scopo di tutelare la dignità della vittima contro ogni modalità di “mortificazione o annientamento dei suoi diritti fondamentali”<sup>261</sup>, ravvisa nell'elemento del “trattamento inumano e degradante” lo strumento alla stregua del quale far permeare nell'ordinamento interno una nozione “avanzata e moderna”<sup>262</sup> di tortura<sup>263</sup>.

Merita, in quest'ottica, di essere menzionata la sentenza n. 211 del 2023, con la quale il Tribunale di Siena, nel pronunciarsi in relazione alle condotte poste in essere da cinque agenti della Polizia penitenziaria nei confronti di una persona detenuta presso il carcere di San Gimignano, ha ricostruito la *ratio* dell'art.613 bis c.p.<sup>264</sup>.

In particolare, il Collegio, nel sottolineare come il delitto di tortura si componga di sei diversi schemi tipici di consumazione, ha evidenziato come tre di essi prescindano del carattere “reiterato o comunque plurimo degli atti”<sup>265</sup>, essendo, al contrario, “accumunati da un elemento che assume natura empirica e valutativa, qual è la nozione di “trattamento inumano e degradante” per la dignità della persona, eziologicamente associato alle “violenze”, alle “minacce gravi” ovvero anche una sola “azione crudele”, purché da esse derivino, in via alternativa, o acute sofferenze fisiche ovvero un verificabile trauma psichico”<sup>266</sup>.

---

<sup>260</sup> PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 3

<sup>261</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>262</sup> *Ibidem*

<sup>263</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 9 novembre 2021) 16 marzo 2022 n. 8973, in *One legale*; GRIMALDI N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, cit., p. 2353; RISICATO L., *L'abuso di autorità come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 10/2022, p. 2217 ss.

<sup>264</sup> Trib. Siena, (ud. 9 marzo 2023), 5 settembre 2023, n.211, in *Questione giustizia (Web)*, 17 luglio 2021

<sup>265</sup> *Ibidem*

<sup>266</sup> *Ibidem*

Tale elemento rappresenta, pertanto, ad avviso del Collegio, “una evidente condizione di punibilità di tipo intrinseco, (essendo intimamente collegata al disvalore tipico del fatto punito)”<sup>267</sup> che subordina l’integrazione del reato alla realizzazione di “un evento all’evidenza persistente e nel tempo durevole, qual è un “trattamento”, che possa essere altresì qualificato come inumano e, al contempo, degradante.”<sup>268</sup>

Alla luce di quanto esposto, “la prolungata fase della violenza collettivamente”<sup>269</sup> esercitata sulla vittima, nonché la “privazione di parte del suo vestiario, protrattasi per un arco di tempo superiore alle dodici ore”<sup>270</sup> rendono, a parere del Collegio, pacificamente ravvisabile l’elemento del trattamento inumano e degradante e, di conseguenza, il reato di cui all’art.613 bis c.p..

Nella stessa direzione, occorre segnalare la sentenza n. 50208 del 2019 nella quale la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi in ordine al reato di tortura, ha evidenziato come il legislatore, nel riferirsi al “concetto di “trattamento inumano e degradante” (quale condizione ulteriore per la punibilità del reato in alternativa alle “più condotte”), noto alla legislazione ed alla giurisprudenza convenzionale”<sup>271</sup>, abbia inteso attribuire rilievo a “comportamenti che inducano nella vittima sofferenze di minore intensità di quelle legate al concetto di tortura”<sup>272</sup>. In questa prospettiva occorre, pertanto, ammettere, a parere della Corte, che se “l’ordinanza impugnata resiste alle critiche del ricorrente che attaccano la più grave caratterizzazione della condotta come tortura, queste ultime non potrebbero avere alcuna incidenza sulla tenuta

---

<sup>267</sup> *Ibidem*

<sup>268</sup> *Ibidem*

<sup>269</sup> *Ibidem*

<sup>270</sup> *Ibidem*

<sup>271</sup> *Cass. pen., Sez. V*, (11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n.50208, in *Rivista penale*, 10/2020, p. 919

<sup>272</sup> *Ibidem*

dell'ordinanza avversata laddove si riferiscano al concetto in esame, che attiene a condotte caratterizzate da un più moderata carica etero offensiva<sup>273</sup>.

## **6. Il requisito della “verificabilità” del trauma psichico**

Dopo aver esaminato, sotto il profilo della condotta, la compatibilità dell'art.613 bis c.p. al quadro costituzionale, conviene, a questo punto, incentrare l'analisi sulle caratteristiche degli elementi che compongono l'evento.

Quest'ultimo, tipizzato dal legislatore attraverso il riferimento alla realizzazione di “acute sofferenze fisiche o di un verificabile trauma psichico” risulta, parzialmente, in linea al quadro sovranazionale e, in particolare, all'art.1 CAT, il quale, nel richiedere l'inflizione di “dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche”, attribuisce rilievo tanto alle affezioni di natura fisica quanto a quelle di natura morale<sup>274</sup>.

In questo contesto, il primo elemento di differenziazione (tra la normativa interna e quella internazionale) sembra potersi rintracciare nell'attribuzione di diverse soglie di rilevanza penale<sup>275</sup>: infatti, mentre l'art.1 CAT richiede, tanto per le sofferenze di natura fisica quanto per quelle di natura psichica, un certo livello di severità, espresso attraverso il riferimento all'aggettivo “acute”, l'art.613 bis c.p., sembra, al contrario, orientarsi verso una diversa direzione, volta ad attribuire rilievo anche a sofferenze psichiche non connotate dal requisito dell'intensità<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> *Ibidem*

<sup>274</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 270

<sup>275</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 233

<sup>276</sup> *Ibidem*

Sotto questo profilo, occorre, pertanto, procedere per gradi indagando, in primo luogo, il significato attribuibile alla locuzione “acute sofferenze fisiche”.

In quest’ottica, sicuramente degno di nota risulta il riferimento al concetto di “sofferenza” che, in luogo di quello di “malattia”, consente di attribuire rilevanza anche a patimenti che, conformemente a quanto previsto sul piano internazionale, non si traducano in alterazioni funzionali dell’organismo o, comunque, in processi patologici significativi<sup>277</sup>.

Tale formulazione trova, peraltro, giustificazione, da un lato, nella constatazione che le più moderne forme di tortura, concepite proprio allo scopo di “non lasciare traccia sul corpo del soggetto passivo”<sup>278</sup>(cd. “*tortura bianca*” o “*no touch torture*”), prescindano dalla realizzazione di danni duraturi all’integrità fisica e, da altro lato, sulla circostanza che l’art.613 bis c.p. prevede, al quarto comma, un’autonoma circostanza aggravante per l’ipotesi in cui, oltre agli eventi tipici, siano realizzate lesioni personali<sup>279</sup>.

Se quanto premesso consente di tracciare con ragionevole certezza i confini “verso l’alto” dell’elemento della “sofferenza”, non altrettanto agevole risulta l’individuazione del significato “minimo” del termine.

In questa prospettiva, occorre, infatti, sottolineare come il concetto di “sofferenza”, diversamente da quello di “malattia”, sia, di per sé, evocativo di contenuti tipicamente emotivi che, lungi dal poter essere, “sensatamente”<sup>280</sup>, oggetto di apprezzamento medico-legale, finisce

---

<sup>277</sup> Cass. pen., Sez. IV, (ud. 20 aprile 2010), 8 giugno 2010, n.21799, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 15 dicembre 2010; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10

<sup>278</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 192

<sup>279</sup> CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 93; DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario*, cit., p. 14; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 281; GRAZIANI F., *L’introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 434; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 110

<sup>280</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale contribuire all’apprezzamento e alla quantificazione della “sofferenza morale”?*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2010, p. 4

per essere, nella sostanza, condizionato dalla percezione, soggettiva ed autoreferenziale, del soggetto passivo<sup>281</sup>.

In questo contesto, la fissazione di una soglia minima di gravità, benché funzionalmente diretta a prevenire la “bagatellizzazione” del reato, determinando l’estromissione, dall’area della punibilità, di tutte quelle sofferenze che, pur (eventualmente) rilevanti alla stregua di altre disposizioni di parte speciale, risultino inidonee a raggiungere il livello “minimo” di severità richiesto per l’integrazione del reato<sup>282</sup>, appare, tuttavia, inadeguata a sanare il *deficit* di tassatività del termine<sup>283</sup>.

L’acutezza della sofferenza, infatti, lungi dall’identificare “un concetto ristretto e determinabile”<sup>284</sup>, desunto, alla luce di quanto espresso durante i lavori preparatori, dall’esperienza medica (o medico-legale)<sup>285</sup>, si risolve, invero, in un’espressione altamente discrezionale<sup>286</sup> il cui riscontro, sul piano pratico, necessiterà dell’ancoraggio a dati (o indizi), oggettivamente riscontrabili (si pensi, ad esempio, alla terapia analgesica seguita ovvero al supporto prestato da terzi nello svolgimento degli atti della vita quotidiana), ovvero valutazioni basate sull’“*id quod plerumque accidit*”<sup>287</sup>, salvo tener conto di soglie del dolore particolarmente basse o di una marcata sensibilità della vittima al dolore, purché nota all’agente<sup>288</sup>.

---

<sup>281</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 7; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 22; MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo articolo 613-bis c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2017, p. 163

<sup>282</sup> GRAZIANI F., *L’introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 434; SERRANÒ G., *L’introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>283</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 163; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 110

<sup>284</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781

<sup>285</sup> *Ibidem*

<sup>286</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 291; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269

<sup>287</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 7

<sup>288</sup> PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269

In questa prospettiva, merita di essere menzionata la sentenza n. 50208 del 2019, nella quale la Corte di Cassazione nel pronunciarsi in relazione all'art.613 bis c.p., ha sancito come la mancata coincidenza tra le “acute sofferenze fisiche” e le lesioni sia desumibile sulla base di due differenti circostanze: da un lato, “la circostanza che la vittima abbia riportato lesioni è solo un elemento circostanziale, come si legge nel quarto comma”<sup>289</sup> e, da altro lato, “se la condizione per la punizione del reato di tortura fosse quella dell'evidenza delle conseguenze fisiche sul corpo della vittima, resterebbero fuori dalla tutela penale tutte quelle condotte foriere di sofferenze fisiche acute, ma che non lascino segni sul corpo di chi le subisce”<sup>290</sup>.

Alla luce di quanto premesso, il patimento fisico richiesto dalla disposizione può, a parere della Corte, essere pacificamente provato attraverso la valorizzazione dei dati che, nel caso di specie, potevano essere tratti dal ricovero in ospedale della vittima, dalla registrazione video delle violenze e della coerenza temporale sussistente tra le sofferenze e la condotta dell'agente<sup>291</sup>.

Le criticità finora paventate risultano, peraltro, aggravate laddove, dal piano fisico, ci si sposti verso sofferenze aventi natura prettamente psichica.

La dimensione morale, infatti, com'è stato sottolineato, rifugge, per lo più, proprio a causa della sua natura “intima”, da obbiettivazioni di carattere clinico<sup>292</sup>.

In questo contesto, l'assenza di manifestazioni di natura somatica rende l'accertamento della sofferenza (e della sua entità), sostanzialmente, dipendente dalle dichiarazioni rese dal soggetto interessato<sup>293</sup>.

Tale circostanza, agevolmente trascurabile in tutti quei contesti in cui la credibilità dell'interessato rappresenta un dato, in qualche misura, presupposto, in quanto strettamente

---

<sup>289</sup> Cass. pen., Sez. V, (11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n.50208, in *Rivista penale*, 10/2020, p. 924

<sup>290</sup> *Ibidem*

<sup>291</sup> *Ibidem*

<sup>292</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 4

<sup>293</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 7; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 22

connesso alla predisposizione di un adeguato trattamento terapeutico (si pensi, in quest'ottica, al campo dalla psichiatria clinica<sup>294</sup>), risulta inaccettabile in materia penale ove ogni elemento della fattispecie necessita, al contrario, di essere empiricamente verificato<sup>295</sup>.

(Probabilmente) sulla scorta di quanto premesso, l'art.613 bis c.p. tipizza l'evento, sotto il profilo psichico, attraverso il concetto di "trauma" che, diversamente da quello di "sofferenza", sembrerebbe, secondo una parte della dottrina, estromettere dall'area della punibilità tutte quelle affezioni che non si traducano in fenomeni empiricamente osservabili (cd. "puro patema d'animo"<sup>296</sup> o "sofferenza morale in senso stretto"<sup>297</sup>)<sup>298</sup>.

In quest'ottica, il "trauma psichico" sarebbe identificabile in una "grave alterazione del normale stato psichico di un individuo, generato da esperienze negative"<sup>299</sup>, senza che sia, tuttavia, necessario riscontrare l'insorgenza di una vera e propria sindrome o di una patologia psichica<sup>300</sup>.

L'interpretazione in esame, sorretta dal quarto comma dell'art.613 bis c.p., nel caratterizzare l'evento sotto il profilo della sua intensità, consente, peraltro, di recuperare, sul piano pratico, quel livello "minimo" di gravità che, diversamente da quanto previsto a livello internazionale, l'art.613 bis c.p. sembrava richiedere unicamente per le sofferenze di natura fisica<sup>301</sup>.

In questa prospettiva, occorre, peraltro, notare come il raggiungimento della soglia "minima" di gravità potrebbe anche non essere strettamente dipendente dalla condotta del reo, potendo quest'ultima innestarsi su particolari status emotivi o su esperienze traumatiche pregresse della vittima. In tal caso, al fine di scongiurare addebiti di natura marcatamente oggettiva, in netto

---

<sup>294</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 5

<sup>295</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 5; CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 251; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269

<sup>296</sup> NISCO A., *La tutela dell'integrità psichica*, Torino, 2012, p. 153

<sup>297</sup> *Ibidem*

<sup>298</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 233

<sup>299</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 233

<sup>300</sup> CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 93; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 110; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>301</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 234

contrasto con quanto statuito dall'art.27 Cost., l'interprete sarà chiamato ad accertare se l'entità della sofferenza sia concretamente imputabile al soggetto agente, almeno a titolo di colpa<sup>302</sup>.

In questo contesto, le criticità maggiori si pongono in relazione al requisito della "verificabilità" che, nell'evocare l'esigenza di pervenire ad una puntuale verifica in ordine alla sussistenza dell'evento, sembra, da un lato, trascurare la circostanza che, in sede processuale, ogni elemento della fattispecie necessiti non soltanto di essere verificabile ma anche verificato (oltre ogni ragionevole dubbio)<sup>303</sup> e, da altro lato, svela l'obbiettivo, ripetutamente esposto durante i lavori preparatori, di salvaguardare l'operato delle Forze dell'Ordine, anche al costo di gettare un velo di discredito sulla vittima<sup>304</sup>.

Nel tentativo di ricondurre la disposizione a coerenza, una prima impostazione ha ritenuto che l'elemento della verificabilità fosse stato introdotto allo scopo di restringere il fatto tipico, evocando la necessità che, ai fini dell'integrazione del reato, l'evento dovesse essere clinicamente accertato<sup>305</sup>.

Tale circostanza, ove avesse ad oggetto la concreta accertabilità clinica in termini, quanto meno, di disturbo della personalità<sup>306</sup>, produrrebbe, tuttavia, l'incongrua conseguenza di determinare

---

<sup>302</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 454; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 270

<sup>303</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 281; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 434; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 163; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 272; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>304</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781

<sup>305</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 291; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 435; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 702; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 235; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 163; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>306</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 272

l'estromissione dall'area della punibilità di tutti quei patimenti che, pur avendo integrato gli estremi dell'evento traumatico, non siano stati accertati in tempo utile<sup>307</sup>.

L'interpretazione in esame, nel delineare un'illogica commistione tra la durezza dell'evento e la sua verificabilità<sup>308</sup>, trascura, peraltro, di evidenziare che, com'è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, "l'eziologia delle sofferenze psichiche a carattere permanente o duraturo è quasi mai certa e incerto è anche il momento in cui essa appare, potendo, peraltro, insorgere anche a molta distanza di tempo dagli abusi subiti"<sup>309</sup>.

Tale incongruità ha condotto una parte della dottrina a propendere verso una differente soluzione volta ad interpretare il requisito della "verificabilità" alla stregua di un elemento che, lungi dall'esigere un accertamento di natura concreta ed effettiva, imponga, al contrario, l'accertabilità meramente potenziale del pregiudizio<sup>310</sup>.

L'impostazione in esame, sicuramente meritevole nelle intenzioni, finisce, tuttavia, secondo un settore della letteratura, per trasformare l'art.613 bis c.p. in un reato di mero pericolo nel quale la valutazione circa l'effettiva idoneità della condotta a produrre quella determinata tipologia di evento avrebbe valore assorbente sull'effettiva produzione dello stesso<sup>311</sup>, determinando, in concreto, un'inversione dell'onere probatorio<sup>312</sup>.

La non percorribilità delle impostazioni proposte ha indotto la prevalente dottrina a ritenere che l'elemento della "verificabilità", lungi dal rivestire un significato realmente selettivo, costituisca, piuttosto, l'incongruo esito del tentativo di richiamare il giudice ad un puntuale

---

<sup>307</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 702; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 235; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269

<sup>308</sup> PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 399

<sup>309</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1782

<sup>310</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 702; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 235

<sup>311</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 235

<sup>312</sup> MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 164; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 271

accertamento degli effetti prodotti dalla condotta, al fine di scongiurare che, la maggiore difficoltà insita nel provare dati di natura morale, potesse spingere l'interprete verso un incongruo uso di semplificazioni o presunzioni<sup>313</sup>.

Emblematica, in questa direzione, risulta la sentenza n. 47079 del 2019, nella quale la Corte di Cassazione, nell'aderire all'impostazione in esame, ha statuito come la nozione di "il trauma psichico, delineato dall'art.613 bis c.p."<sup>314</sup>, dovesse essere intesa "in conformità alla definizione di trauma che se ne trae dalla teorizzazione in ambito psicologico, dove, per esso, si intende un evento che, per le sue caratteristiche, risulta "non integrabile" nel sistema psichico pregresso della persona, minacciando di frammentarne la coesione mentale"<sup>315</sup>.

In questa prospettiva, a parere della Corte, il trauma psichico risulta integrato anche in presenza di "un evento critico, sotto il profilo psicologico, che si presti a rapida risoluzione, non essendo necessario che l'esperienza dolorosa si traduca in una sindrome di "trauma psicologico strutturato" (PTSD)"<sup>316</sup>, che presuppone, al contrario, "il concorso di fattori personali ed esperienziali nella storia pregressa dell'individuo, e determina "effetti duraturi"<sup>317</sup>.

In questo contesto, l'aggettivo "verificabile", non può che rimandare, a parere della Corte, ad "un trauma psichico riscontrabile oggettivamente, attraverso l'accertamento probatorio, non essendo necessario, invece, il riscontro nosografico, e neppure il riscontro peritale"<sup>318</sup>, potendo

---

<sup>313</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 251; COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 830; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 281; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 163; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 6; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 272; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 110

<sup>314</sup> *Cass. pen. Sez. V*, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>315</sup> *Ibidem*

<sup>316</sup> *Ibidem*

<sup>317</sup> *Ibidem*

<sup>318</sup> *Ibidem*

rilevare, “ai fini della integrazione dell'evento, anche un trauma temporaneo, e non inquadrabile in una categoria predefinita”<sup>319</sup>.

La Corte, nel mutuare “quanto è stato affermato in tema di atti persecutori, con riferimento alla causazione nella persona offesa di un grave e perdurante stato di ansia o di paura”<sup>320</sup>, ritiene che “la prova dell'evento debba essere ancorata a elementi sintomatici del trauma psicologico, ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente e anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare tale effetto destabilizzante in una persona comune, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata”<sup>321</sup>.

Nel caso di specie, “lo stato di profonda prostrazione in cui fu rinvenuto lo S., per essersi trovato “in balia di un ‘branco’ di piccoli criminali, privato della sua dignità, incapace di opporre la pur minima resistenza”<sup>322</sup>, ha consentito di riscontrare nella vittima “la presenza di un trauma, riconducibile alla situazione descritta dalla psicologia clinica come sindrome da ‘evitamento’, quale modalità di pensiero persistente e invalidante che non consente a un individuo di affrontare una situazione temuta”<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*; Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*

<sup>320</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>321</sup> Cass. pen., Sez. V, (ud. 9 maggio 2012), 18 giugno 2012, n. 24135, in *One legale*; Cass. pen., Sez. V, (ud. 2 marzo 2017), 7 aprile 2017, n. 17795, in *One legale*; Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021), 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*

<sup>322</sup> Cass. pen. Sez. V, (ud. 8 luglio 2019) 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

<sup>323</sup> *Ibidem*

## 7. L'elemento della “minorata difesa”: l'incidenza dell'art.61 comma 1, n.5 c.p.

Mentre l'art.1 CAT individua quale soggetto passivo del reato qualsiasi persona alla quale siano state inflitte “dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche”, l'art.613 bis c.p., restringe, al contrario, il novero dei soggetti passivi in coloro che siano stati “privati della libertà personale o affidati alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza” dell'agente, ovvero in coloro che si trovino “in condizioni di minorata difesa”<sup>324</sup>.

Tale formulazione, sicuramente frutto del tentativo di ripristinare quel disequilibrio (tipico) di potere che la natura comune del reato rischiava di obliterare<sup>325</sup>, si traduce, sul piano pratico, nell'introduzione di una serie di *presupposti della condotta* che, richiesti in via alternativa, vengono definiti dal legislatore per mezzo della descrizione della specifica condizione di debolezza in cui versava la vittima al momento dell'azione<sup>326</sup>.

Occorre, sotto questo profilo, procedere con ordine allo scopo di verificare se, e in quale misura, i presupposti tipizzati dall'art.613 bis c.p. risultino conformi al quadro costituzionale e, in particolare, all'art.25 Cost..

In questa prospettiva, mentre il requisito della privazione della libertà personale non pone particolari problemi in quanto, secondo la prevalente dottrina<sup>327</sup>, risulta pacificamente riferibile sia a situazioni che, conformemente a quanto previsto dall'art.13, comma 4, Cost., conseguano alla legittima privazione della libertà<sup>328</sup>, ovvero in presenza di un valido provvedimento giurisdizionale (artt.380, 381, 384, 656 c.p.p.), sia a situazioni che, al contrario, si svolgano

---

<sup>324</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 292; ; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 92; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 262

<sup>325</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 53

<sup>326</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 406

<sup>327</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 92; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 262

<sup>328</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 157

all'interno di un contesto di illegittima restrizione della libertà, determinato dall'assenza o dall'invalidità del provvedimento giurisdizionale<sup>329</sup>, ovvero in conseguenza di un reato (si pensi, ad esempio, ai reati di cui agli artt. 605, 630 ovvero 289 bis c.p.)<sup>330</sup>, diversamente avviene per l'ipotesi in cui un soggetto si trovi affidato "alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza" del soggetto agente.

In tal caso, la necessità che ricorra una relazione qualificata tra l'autore e la vittima, esclude dall'area della punibilità dell'art.613 bis c.p. tutte quelle condotte che trovino realizzazione in un momento antecedente all'instaurazione di una reale *auctoritas* o *potestas*<sup>331</sup> sul soggetto passivo, così discostandosi, da un lato, dal testo inizialmente licenziato dalla Camera che, nel riferirsi a rapporti "comunque" caratterizzati dall'instaurazione di una relazione di affidamento, autorità, vigilanza o custodia, avrebbe, al contrario, consentito di attribuire rilievo anche condotte poste in essere in contesti privi di copertura, *latu sensu*, giuridica<sup>332</sup> e, da altro lato, dalla *ratio* dell'art.613 bis c.p. che, introdotto a seguito della sentenza di condanna emessa della Corte EDU per i fatti della scuola Diaz, risulta inapplicabile proprio con riferimento a questi ultimi<sup>333</sup>.

Inoltre, se, da un lato, l'art.613 bis c.p., nel richiedere la sussistenza di un rapporto qualificato tra il soggetto attivo e il soggetto passivo del reato, appare idoneo a ricomprendere nell'ambito di operatività della disposizione anche tutte quelle condotte che, pur avendo natura omissiva, siano realizzate in violazione di specifici obblighi di tutela<sup>334</sup>, da altro lato, appare, tuttavia,

---

<sup>329</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 282

<sup>330</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 282; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 406

<sup>331</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 53; DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario*, cit., p. 11

<sup>332</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 237; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 157; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 354

<sup>333</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 53; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 237; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 15

<sup>334</sup> PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156

parzialmente sovrapponibile alla formulazione dell'art.572 che, a dispetto del *nomen iuris* (“maltrattamenti contro familiari o conviventi”), sanziona le condotte maltrattanti poste in essere nei confronti di chi sia sottoposto all'autorità dell'agente o sia a lui affidato “per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia”<sup>335</sup>.

Tale incongruità, accentuata, sul piano partico, dalla scelta di configurare il reato di tortura come reato eventualmente abituale e dalla mancata previsione di un dolo specifico risulta, peraltro, aggravata, sotto il profilo della condotta, dalla circostanza che la tortura sia comunemente concepita come la più grave forma di “*mistreatments*”<sup>336</sup>.

Sotto questo profilo, sicuramente degna di nota appare la sentenza n. 32380 del 2021 con la quale la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi in relazione all'applicazione dell'art.613 bis c.p. in concorso con il reato di cui all'art.572 c.p., ha statuito come “ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle”<sup>337</sup>.

Alla luce di quanto premesso, “il confronto strutturale delle fattispecie depone”<sup>338</sup>, a parere della Corte, “per la configurabilità del concorso materiale di reati posto che, in linea astratta, per l'integrazione dell'art.572 c.p. possono assumere rilievo anche fatti non penalmente rilevanti, o comunque non gravi, mentre ai fini della configurabilità dell'art.613 bis c.p., dovranno invece necessariamente considerarsi solo fatti che costituiscano di per sé reato (a

---

<sup>335</sup> DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario*, cit., p. 11; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 23; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 282; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 429; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 263; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 267

<sup>336</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 267

<sup>337</sup> *Cass. pen., Sez. Un.*, 28 ottobre 2010, n. 1235, *Rv.* 248864; *Cass. pen. Sez. III*, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*

<sup>338</sup> *Cass. pen. Sez. III*, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*

seconda dei casi, minaccia, percosse, lesioni, violenza privata), e che si caratterizzino per la loro gravità e per la loro idoneità a produrre acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico, con la conseguenza che ciascuno dei singoli atti che concorrono ad integrare la fattispecie di tortura deve necessariamente superare una soglia minima di gravità che non è richiesta, invece, per i maltrattamenti”<sup>339</sup>.

La sentenza in esame, sicuramente pregevole nel risultato, desta, tuttavia, secondo una parte della dottrina, alcune perplessità in ragione del criterio seguito dalla Corte di Cassazione per decretare l’ammissibilità del concorso materiale tra gli artt.613 bis e 572 c.p.<sup>340</sup>.

Sotto questo profilo conviene, infatti, notare come il confronto strutturale tra le fattispecie, sebbene costituisca il criterio tipicamente utilizzato per dirimere i casi di concorso formale eterogeneo, risulti, di per sé, insufficiente laddove sia, al contrario, rivolto a fondare l’ammissibilità del concorso materiale.

Quest’ultimo, com’è stato sottolineato in dottrina, si caratterizza, invero, per l’esistenza di una cesura temporale, ancorché non significativamente consistente, tra le plurime violazioni della medesima norma (cd. “*concorso materiale omogeneo*”) ovvero di norme diverse (cd. “*concorso materiale eterogeneo*”)<sup>341</sup>.

Così assume pertanto centrale importanza, non tanto l’astratto confronto tra le fattispecie in esame, quanto, piuttosto, la diversa collocazione temporale delle condotte tipiche, avvenute, secondo quanto ricostruito dalla Corte di Cassazione, tra il settembre del 2017 e il settembre del 2018.

---

<sup>339</sup> Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*; COLELLA A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 11

<sup>340</sup> LEOTTA C. D., *Ammissibile il concorso materiale*, cit., p. 202

<sup>341</sup> LEOTTA C. D., *Ammissibile il concorso materiale*, cit., p. 202; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 648

In questa prospettiva, sicuramente degna di nota, appare, di conseguenza, la ricostruzione operata dalla Corte che, nell'individuare il periodo consumativo del delitto di cui all'art.572 c.p. nell'arco temporale tra il settembre del 2017 e il luglio del 2018, ha ravvisato negli episodi di inaudita violenza del luglio dello stesso anno (“la donna venne marchiata sul fianco con una forchetta rovente e, in altra occasione, venne costretta a rimanere nuda sotto la doccia fredda per circa un’ora mentre l’imputato continuava a percuoterla con calci e corpi contundenti”<sup>342</sup>) il “salto” qualitativo dell’offesa e l’inizio della consumazione del reato di tortura<sup>343</sup>.

Chiarito, in questi termini, il rapporto intercorrente tra l’art.572 c.p. e l’art.613 bis c.p., conviene, a questo punto, incentrare l’analisi sull’ultimo presupposto tipizzato dall’art.613 bis c.p. che, nel riferirsi, genericamente, alla condizione di “minorata difesa” del soggetto passivo, appare particolarmente problematico sotto il profilo della determinatezza<sup>344</sup>.

La locuzione in esame, nell’evocare situazioni caratterizzate dalla particolare vulnerabilità della vittima, sembra, secondo la prevalente dottrina, richiamare la circostanza aggravante di cui all’art.61, comma 1, n.5, c.p.<sup>345</sup>.

Quest’ultima, aspramente criticata in dottrina a causa della sua connaturata indeterminatezza, è stata oggetto di numerose torsioni sotto il profilo interpretativo che hanno, talvolta, condotto ad applicazioni tutt’altro che prevedibili<sup>346</sup>, in netto contrasto con quanto statuito dall’art.25 Cost. Sotto questo profilo, risulta, pertanto, opportuno procedere per gradi allo scopo di comprendere quale sia il significato concretamente attribuibile all’espressione in esame.

---

<sup>342</sup> Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021), 5 luglio 2022, n. 32380, in *One legale*

<sup>343</sup> LEOTTA C. D., *Ammissibile il concorso materiale*, cit., p. 202

<sup>344</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 92; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 282; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 239; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 263; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 15; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 267

<sup>345</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 263

<sup>346</sup> Cass. pen., Sez. V, (ud. 21 febbraio 2019), 22 marzo 2019, n. 12796, in *One legale*; Cass. pen., Sez. V, (ud. 24 giugno 2019), 3 ottobre 2019, n. 40476, in *One legale*; Cass. pen., Sez. V, (15 ottobre 2019), 16 gennaio 2020, n. 1555, in *One legale*

L'art.61, comma 1, n.5, c.p., nel richiedere che l'agente abbia "approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa", evoca una serie di circostanze che, in correlazione a determinati fattori ambientali o personali, abbiano l'effetto di impedire od ostacolare le potenzialità difensive della vittima<sup>347</sup>.

All'interno di questo contesto, l'individuazione delle circostanze suscettibili di assumere rilevanza ai fini dell'applicazione della disposizione in esame viene, sostanzialmente, rimessa alla discrezionalità dell'organo giudiziario, il quale, "alla stregua di concreti e concludenti elementi di fatto"<sup>348</sup>, è chiamato ad accertare, "sulla base di un giudizio di prognosi postuma, operato ex ante e in concreto"<sup>349</sup>, l'effettiva condizione di vulnerabilità del soggetto passivo, "essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta della condizione a favorire la commissione del reato"<sup>350</sup>.

Alla luce di quanto premesso, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 37865 del 2020, distanziandosi da un precedente orientamento giurisprudenziale sul punto, ha, ad esempio, evidenziato come l'età avanzata, pur essendo generalmente "associata ad una minore reattività fisica e cognitiva"<sup>351</sup> dell'individuo, non possa assurgere ad indice assoluto di vulnerabilità della vittima, essendo, al contrario, necessario accertare se, nell'"interazione con l'autore del reato, l'età della vittima abbia svolto un ruolo agevolatore a causa del decadimento fisico o cognitivo dell'offeso"<sup>352</sup>.

"Il processo di invecchiamento"<sup>353</sup>, infatti, come è stato autorevolmente sottolineato dalla Corte di Cassazione, non costituisce un processo "omogeneo e, mentre alcune persone possono avere

---

<sup>347</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 648

<sup>348</sup> *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 8 novembre 2021), 2 maggio 2022, n. 40275, in *One legale*

<sup>349</sup> *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 13 gennaio 2021), 1 marzo 2021, n. 8004, in *One legale*; *Cass., Sez. Un.*, (ud. 15 luglio 2021) 8 novembre 2021, n. 40275, in *One legale*

<sup>350</sup> *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 15 luglio 2021), 8 novembre 2021, n. 40275, in *One legale*

<sup>351</sup> *Cass. pen., Sez. II*, (ud. 23 settembre 2020), 31 dicembre 2020, n. 37865, in *One legale*

<sup>352</sup> *Ibidem*

<sup>353</sup> *Ibidem*

un rapido (e persino anomalo) decadimento cognitivo, altre possono mantenere lucidità e capacità reattiva a lungo, nonostante l'incedere dell'età"<sup>354</sup>.

Analogamente, la Corte di Cassazione, pronunciandosi in relazione all'applicazione della circostanza di cui all'art.61, n.5, c.p., ha statuito come "la commissione del reato 'in tempo di notte'", pur costituendo circostanza astrattamente idonea a determinare una condizione di minorata difesa del soggetto passivo, determina, tuttavia, l'applicazione dell'aggravante in esame "soltanto nell'ipotesi in cui sia possibile provare che la pubblica o privata difesa ne siano rimaste in concreto ostacolate"<sup>355</sup> e laddove "non ricorrano circostanze ulteriori, di natura diversa, idonee a neutralizzare il predetto effetto"<sup>356</sup>.

In questo contesto, a parere della Corte, "l'esistenza di un impianto di videosorveglianza potrà essere valorizzata per escludere la circostanza aggravante *de qua* nei casi in cui l'impianto di videoripresa, atto di per sé a consentire *ex post* l'individuazione dei responsabili del reato, sia collegato alla centrale operativa di polizia o di un istituto di vigilanza privata, sì da consentire il tempestivo accorrere di soccorsi"<sup>357</sup>.

In caso contrario, laddove l'impianto di videosorveglianza "sia spento o altrimenti disattivato dal soggetto agente, o sia privo del collegamento con centrali operative delle forze dell'ordine o di istituti di vigilanza privati"<sup>358</sup>, secondo quanto statuito dalla Corte di Cassazione, "la sua installazione non rileverà ai fini dell'esclusione della circostanza aggravante in esame"<sup>359</sup>.

---

<sup>354</sup> *Ibidem*

<sup>355</sup> *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 15 luglio 2021), 8 novembre 2021, n. 40275, in *One legale*

<sup>356</sup> *Cass. pen., Sez. V*, 2 febbraio 2010, n. 8819, *Rv.* 246160; *Cass., Sez. un.*, (ud. 15 luglio 2021), 8 novembre 2021, n. 40275, in *One legale*

<sup>357</sup> *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 15 luglio 2021), 8 novembre 2021, n. 40275, in *One legale*

<sup>358</sup> *Ibidem*

<sup>359</sup> *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 26 febbraio 2018), 9 maggio 2018, n. 20480, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. V*, (ud. 14 gennaio 2021), 30 marzo 2021, n. 12051, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. Un.*, (ud. 15 luglio 2021), 8 novembre 2021, n. 40275, in *One legale*

Occorre, peraltro, evidenziare come la *ratio* di tale aggravante vada ravvisata, non tanto nella condizione di particolare vulnerabilità del soggetto passivo, quanto, piuttosto, con riferimento al maggior disvalore insito nella condotta di chi, consapevole della condizione di minorata difesa della vittima, si approfitti di tale circostanza per agevolare la commissione del reato<sup>360</sup>. A tal fine, risulta, peraltro, sufficiente che l'azione si sia svolta in presenza di un'obbiettiva condizione di agevolazione, dalla quale l'agente "tragga coscientemente ed obbiettivamente vantaggio"<sup>361</sup>, senza che sia, tuttavia, necessario accertare se tale circostanza sia stata ricercata ad arte ovvero indotta dall'agente<sup>362</sup>.

L'art.613 bis c.p. sembra, contrariamente a quanto previsto dall'art.61, comma 1, n.5, c.p., prescindere dal requisito dell'"approfittamento", attribuendo, in tal modo, esclusivo rilievo alla circostanza che la vittima si trovi, al momento del fatto, in uno stato di "minorata difesa"<sup>363</sup>.

Tale condizione, già implicitamente ravvisabile nelle ipotesi in cui il soggetto passivo sia stato privato della libertà personale, ovvero risulti affidato alla potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza del soggetto agente<sup>364</sup>, risulta, secondo la prevalente dottrina, idonea ad inglobare, nell'area di punibilità dell'art.613 bis c.p., tutte quelle situazioni in cui la vittima, pur non essendo legata all'autore del reato in virtù di un rapporto qualificato, versi, tuttavia, in condizioni di vulnerabilità analoghe<sup>365</sup> (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'autore del reato

---

<sup>360</sup> SEMINARA S., FORTI G., *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 463

<sup>361</sup> *Ibidem*

<sup>362</sup> *Ibidem*

<sup>363</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 698; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 111

<sup>364</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 292; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 429; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 263

<sup>365</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 826; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 698; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 111

sia costituito da un soggetto che si trovi nelle stesse condizioni di fragilità della vittima, ovvero un terzo che sia venuto, occasionalmente, in contatto con essa<sup>366</sup>).

All'interno di questo quadro, il nodo più problematico attiene, tuttavia, alla configurabilità della fattispecie in esame in relazione a situazioni analoghe a quelle che si sono verificate presso la scuola Diaz, ovvero in presenza di operazioni di ordine pubblico<sup>367</sup>.

In questo contesto, com'è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, la “congenita imprecisione del concetto di ‘minorata difesa’”<sup>368</sup> osta alla formulazione di una soluzione univoca, a meno di voler sostenere “che una divisa faccia, di per sé, tanta paura da rendere la vittima vulnerabile”<sup>369</sup>.

Tale impostazione, nel subordinare l'*an* della responsabilità penale all'accertamento della condizione in esame, appare, peraltro, gravemente contrastante con “il significato ontologico” della tortura, il quale non potendo essere “messo in dubbio dalla diversa conformazione della vittima”<sup>370</sup>, osta, irrimediabilmente, ad “una diversa configurazione giuridica del fatto a seconda che lo stesso venga commesso a danno di un giovane privo di particolari ‘debolezze’ psico-fisiche o di un soggetto più anziano e malandato”<sup>371</sup>.

All'interno di questo quadro, l'assenza di parametri legislativamente prefissati idonei a circoscrivere, con sufficiente precisione, l'elemento della “minorata difesa”, finisce, nella

---

<sup>366</sup> COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 826

<sup>367</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 23; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 429; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 239; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 406; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 262; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 15; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 354

<sup>368</sup> VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura* p. 12

<sup>369</sup> AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 56; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 239

<sup>370</sup> MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 158

<sup>371</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 698; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 158; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 15; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 111

sostanza, per rimettere la concreta applicabilità della fattispecie in esame alla discrezionalità dell'organo giudiziario, in netto contrasto con quanto statuito dall'art.25 Cost.<sup>372</sup>.

Sotto questo profilo, appare, tuttavia, sicuramente degna di nota la sentenza n. 50208 del 2019 nella quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in relazione alla condizione di minorata difesa del soggetto passivo, ha sottolineato come quest'ultima, conformemente a quanto previsto con riferimento all'art.61, comma 1, n.5, c.p., vada ravvisata “nel complesso delle condizioni oggettive e soggettive che rendono il soggetto passivo maggiormente vulnerabile, favorendo la signoria o comunque il controllo dell'autore del fatto sulla persona offesa; con corrispondente soggezione di quest'ultima nel momento in cui viene perpetrata l'azione, agevolando il depotenziamento se non l'annullamento delle sue capacità di reazione”<sup>373</sup>.

Nel caso di specie, “le condizioni personali della vittima (la patologia psichica dello St.) e le situazioni logistiche e temporali di cui l'indagato ha approfittato (il contesto abitativo, l'impossibilità di chiedere aiuto attraverso un telefono, il tempo di notte e l'isolamento della zona ove l'abitazione era ubicata)” evidenziano, a parere della Corte, la condizione di minorata difesa del soggetto passivo<sup>374</sup>, a nulla rilevando la circostanza che quest'ultimo abbia presentato pregresse “denunce per fatti subiti in passato”, in quanto “l'esistenza delle condizioni ‘facilitatrici’ (per il riconoscimento della condizione di minorata difesa) va valutata non già rispetto a reazioni successive, ma avendo riguardo alle oggettive possibilità di contrasto dell'azione del reo nel momento in cui essa viene perpetrata”<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 292; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 697

<sup>373</sup> *Cass. pen.*, Sez. V, (11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n.50208, in *Rivista penale*, 10/2020, p. 925; *Cass. pen.*, Sez. V, (ud. 23 marzo 2023), 2 maggio 2023, n. 18075, in *One legale*

<sup>374</sup> *Cass. pen.*, Sez. IV, 30 novembre 2016, n. 53343, Rv. 268697; *Cass. pen.*, Sez. I, (ud. 18 maggio 2017), 7 novembre 2017, n. 50699 in *One legale*; *Cass. pen.*, Sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 53570, Rv. 271259; *Cass. pen.*, Sez. V, (11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n. 50208, in *Rivista penale*, 10/2020, p. 925

<sup>375</sup> *Cass. pen.*, Sez. V, (11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n.50208, in *Rivista penale*, 10/2020, p. 925

## 8. I profili critici

Conviene, a questo punto, trarre le fila del discorso.

Mentre a livello sovranazionale, la tortura viene delineata come un reato proprio, di evento caratterizzato, non soltanto da una condotta libera ma anche dalla previsione di un dolo intenzionale e specifico, nell'ordinamento italiano, l'art.613 bis c.p. delinea, invece, un reato sia comune che proprio, di evento, a condotta vincolata e contraddistinto dalla presenza del dolo generico<sup>376</sup>.

Se, sotto il profilo soggettivo, l'*incipit* della disposizione ("chiunque") potrebbe indurre a ritenere che si tratti di un reato comune, il riferimento, nel novero dei presupposti della condotta, alla condizione di "custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza" sembra, al contrario, evocare la presenza di un requisito implicito di fattispecie, costituito dalla sussistenza di un rapporto "qualificato" tra l'autore e la vittima<sup>377</sup>.

Tale restrizione appare, tuttavia, immediatamente smentita dal riferimento a coloro che si trovino in uno stato di "minorata difesa", ovvero che risultino "privati della libertà personale", locuzioni che, se, da un lato, sembrano prescindere dall'esistenza di qualsiasi rapporto tra l'agente e la vittima, da altro lato, generano non pochi problemi sotto il profilo della determinatezza<sup>378</sup>.

Sotto questo profilo, mentre per il requisito della "privazione della libertà personale" appare potersi pacificamente prescindere dall'esistenza di un valido provvedimento giurisdizionale<sup>379</sup>,

---

<sup>376</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 159

<sup>377</sup> MARCHI I., *Luci e ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 26 maggio 2014, p. 8

<sup>378</sup> MARCHI I., *Luci e ombre del nuovo disegno di legge*, cit., p. 9

<sup>379</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 9; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 282

allo scopo di scongiurare l'indebita delimitazione del novero dei soggetti passivi, non analogamente avviene in relazione all'elemento della "minorata difesa".

Quest'ultimo, innalzato da circostanza aggravante comune ad elemento costitutivo del fatto tipico, appare, infatti, a causa della carente tassatività della formula, inidoneo ad assumere qualsivoglia valore selettivo, con la conseguenza che qualsiasi sua applicazione non potrà che tradursi in un'interpretazione analogica della disposizione, in contrasto con l'art.25 Cost<sup>380</sup>.

Analoghe criticità si riscontrano anche sotto il profilo della condotta ove l'elemento della "crudeltà", introdotto probabilmente allo scopo di ricomprendere nell'area di operatività della fattispecie anche le torture cd. *no touch*, appare, in realtà, evocativo di incongrue valutazioni sul tipo di autore senza, tuttavia, identificare una particolare modalità di realizzazione del fatto<sup>381</sup>.

In alternativa alla crudeltà, l'art.613 bis c.p. richiede che la condotta si realizzi con "violenze o minacce gravi".

Sotto questo profilo, occorre, in primo luogo, evidenziare come l'uso del plurale, che, secondo una parte della dottrina, potrebbe essere definito "indeterminato"<sup>382</sup>, in quanto non necessariamente implicante una pluralità di azioni, oltre a rappresentare un *unicum* nell'ambito dei delitti contro la libertà morale<sup>383</sup>, finisce per richiedere un *minimum* di reiterazione<sup>384</sup> determinando, non soltanto la non punibilità di tutte quelle condotte che, benché produttive

---

<sup>380</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 250; CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 92; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 282; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 239; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 263; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 15; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 267

<sup>381</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 227

<sup>382</sup> Commissione II Giustizia, *Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani, ordinario di diritto penale presso la Scuola superiore S. Anna di Pisa, e di rappresentanti dell'Associazione nazionale magistrati*, in *Camera dei Deputati*, 22 ottobre 2014, p. 14

<sup>383</sup> BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale*, cit., p. 161; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>384</sup> CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 248; COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 277; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 8

dell'evento tipico, si risolvano in un'unica violenza o minaccia ma anche una sensibile variazione rispetto alla definizione di tortura internazionalmente accolta<sup>385</sup>.

L'aggettivo "gravi", inserito verosimilmente allo scopo di escludere dall'area della punibilità condotte di minor gravità<sup>386</sup>, espone, invece, la fattispecie a censure di indeterminatezza per contrasto con l'art.25 Cost<sup>387</sup>.

Se, infatti, da un lato, i lavori preparatori non consentono di riferire con ragionevole certezza l'aggettivo alle sole minacce, da altro lato, il carattere meramente esemplificativo dell'art.339 cp. non consente di individuare il parametro alla stregua del quale compiere il giudizio di conformità del dato concreto al fatto tipico<sup>388</sup>.

Il legislatore prevede, inoltre, che il fatto sia commesso mediante più condotte ovvero che comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona, finendo così per delineare quattro diverse modalità di realizzazione del fatto.

Mentre il requisito della "pluralità" sembra richiedere, ai fini della configurabilità del reato, l'abitudine della condotta, dando così luogo alla sostanziale violazione degli obblighi discendenti dalla CAT<sup>389</sup>, il riferimento al "trattamento inumano e degradante" appare, al contrario, gravemente incongruo.

Se, infatti, sotto il primo profilo, la "pluralità della condotta", letta congiuntamente agli elementi della violenza e della minaccia, sembra aprire la strada ad una "macabra aritmetica

---

<sup>385</sup> GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, ovvero del funambolismo e altri equilibristi*, in *La Comunità Internazionale*, 3/2017, Vol. 72, p. 432; PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 398; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 270

<sup>386</sup> LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 699; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cassazione penale*, 4/2019, p. 1781; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 276

<sup>387</sup> MARCHI I., *Luci e ombre del nuovo disegno di legge*, cit., p. 9

<sup>388</sup> BELFIORE E. R., *L'introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 297; MARCHI I., *Luci e ombre del nuovo disegno di legge*, cit., p. 10

<sup>389</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 6; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p.700

della ferocia”<sup>390</sup>, in aperto contrasto con la natura meramente istantanea del reato delineato dall’art.1 CAT<sup>391</sup>, sotto il secondo profilo, la locuzione “trattamento inumano e degradante” risulta, al contrario, priva di qualsiasi valore selettivo<sup>392</sup>.

Quest’ultima, di evidente derivazione internazionale, fatta eccezione per l’utilizzo della congiunzione “e”, al posto della disgiuntiva “o”<sup>393</sup>, finisce, infatti, per determinare l’illogica creazione di una nuova categoria di “*mistreatment*” che risulta, non soltanto estranea all’attuale panorama normativo italiano ma, altresì, sconosciuta a livello sovranazionale<sup>394</sup>.

Peraltro, anche nell’ipotesi in cui si ammettesse che tale difformità rappresenti solamente il frutto di una svista legislativa, si dovrebbe comunque concludere nel senso dell’inapplicabilità a causa, non solo della minor offensività dei trattamenti inumani ovvero degradanti<sup>395</sup> ma anche per la disparità di trattamento cui tale impostazione darebbe luogo<sup>396</sup>.

La situazione sembra, peraltro, aggravarsi ove, dal piano della condotta, ci si sposti verso il piano dell’evento.

Quest’ultimo, consistente in “acute sofferenze fisiche” o in un “verificabile trauma psichico” sembra, infatti, esporre la disposizione a plurime censure di costituzionalità.

---

<sup>390</sup> GRAZIANI F., *L’introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 432

<sup>391</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1786; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 278

<sup>392</sup> PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 3

<sup>393</sup> COLELLA A., *La risposta dell’ordinamento interno agli obblighi sovranazionali*, cit., p. 828; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 5; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108

<sup>394</sup> BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura*, cit., p. 6; GRAZIANI F., *L’introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 433; MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati*, cit., p. 553; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 267; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 384

<sup>395</sup> ALEO S., *Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 293; AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana*, cit., p. 57; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 280; GRIMALDI N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, cit., p. 2353; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 108; VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, cit., p. 385

<sup>396</sup> PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 6; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 280

Se, in questo contesto, appare sicuramente meritevole la scelta di delineare l'evento attraverso il concetto di sofferenza che, in luogo di quello di malattia o di lesione, consente di attribuire rilievo a qualsiasi forma di dolore, ancorché non medicalmente accertabile<sup>397</sup>, suscita, al contrario, qualche perplessità, sotto il profilo della compatibilità all'art.25 Cost., il requisito dell'"acutezza".

Quest'ultimo, funzionalmente diretto ad introdurre una soglia minima di gravità, prevenendo la "bagatellizzazione" del reato, finisce, tuttavia, per introdurre un requisito ampiamente discrezionale che, afferendo alla sfera intima ed emotiva del soggetto passivo, sfugge, analogamente al concetto di sofferenza, dall'accertamento medico-legale<sup>398</sup>.

Il livello minimo di severità che, per le sofferenze di natura fisica, è espresso dall'aggettivo "acute", trova, per le sofferenze psichiche, riflesso nel concetto di "trauma".

Quest'ultimo, nell'evocare una "grave alterazione del normale stato psichico di un individuo"<sup>399</sup>, quantunque non ricorra una vera e propria sindrome ovvero una patologia psichica<sup>400</sup>, appare, infatti, idoneo ad estromettere dall'area della punibilità tutte quelle condotte che si risolvano nella causazione di sofferenze psichiche lievi (il cd. "puro patema d'animo")<sup>401</sup>.

Se la tipizzazione dell'evento in termini di "sofferenza" ovvero "trauma" riflette l'intento di attribuire rilievo anche alle più moderne forme di tortura<sup>402</sup>, l'aggettivo "verificabile" sembra, in realtà, tradire quest'intenzione.

---

<sup>397</sup> Cass. pen., Sez. IV, (ud. 20 aprile 2010), 8 giugno 2010, n.21799, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 15 dicembre 2010; COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10

<sup>398</sup> BUZZI F., *Compete al medico legale*, cit., p. 7; FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, cit., p. 22; MARCHI I., *Luci e ombre del nuovo disegno di legge*, cit., p. 10

<sup>399</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 233

<sup>400</sup> CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 93; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 110; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>401</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 233

<sup>402</sup> LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 192

Infatti, laddove si consideri come, in sede processuale, ogni elemento di fattispecie richieda, non soltanto di essere verificabile ma, altresì, verificato<sup>403</sup> appare evidente come tale formulazione finisca per introdurre un ulteriore meccanismo di selezione che, nell'escludere tutte quelle sofferenze che non siano state (tempestivamente<sup>404</sup>) clinicamente accertate<sup>405</sup>, svela la diffidenza del legislatore nei confronti della sfera psichica<sup>406</sup>.

Oggetto di critica appare anche il secondo comma dell'art.613 bis c.p. che, nel disciplinare l'ipotesi in cui i fatti del primo comma siano "commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio", non consente di chiarire se si tratti di un autonomo titolo di reato, ovvero di mera circostanza aggravante.

Il quesito, lungi dall'esaurirsi sul piano formale, appare, in realtà, caratterizzato da gravi conseguenze sul piano pratico. Infatti, laddove si optasse per la seconda alternativa si giungerebbe alla paradossale conclusione per cui, se da un lato, l'applicabilità del terzo comma dell'art.613 bis c.p., escluderebbe l'applicazione della circostanza aggravante del secondo comma, da altro lato, lascerebbe, tuttavia, impregiudicata l'operatività della fattispecie base<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 281; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 434; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 163; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 272; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>404</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 702; LOBBA P., *Punire la tortura in Italia*, cit., p. 235; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 269

<sup>405</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 281; GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale*, cit., p. 434; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 407; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 163; PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p. 156; PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 272; SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia*, cit., p. 352

<sup>406</sup> PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, cit., p. 1781

<sup>407</sup> PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 9

Peraltro, a meno di voler ritenere che il quarto e il quinto possano configurare le aggravanti di un'aggravante, si dovrebbe concludere per l'inapplicabilità di queste alla tortura cd. "di Stato"<sup>408</sup>, con evidenti conseguenze sotto il profilo della conformità all'art.3 Cost.

---

<sup>408</sup> PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 10

## CAPITOLO III

### LE OPPORTUNITÀ DI RIFORMA

#### 1. La “nuova” legalità

Se, da un lato, quanto finora esposto consente di ritenere sicuramente pregevole l’operato della giurisprudenza (e, in particolare, della Corte di Cassazione) che, consapevole delle numerose criticità poste dall’art.613 bis c.p., ha tentato, attraverso il ricorso ad interpretazioni a carattere sostanzialmente “ortopedico”<sup>1</sup>, di preservare l’operatività della fattispecie, da altro lato, occorre, tuttavia, ammettere che, com’è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, “un eccesso di costruttivismo interpretativo, per quanto mosso dalle migliori intenzioni, rischia” non soltanto “di tradursi nella più classica eterogenesi dei fini”<sup>2</sup> ma anche di determinare l’irrimediabile frattura con il principio di legalità in materia penale<sup>3</sup>.

In questo contesto, il riconoscimento del carattere non più soltanto eccezionale, bensì quasi fisiologico dell’inadeguatezza della più recente legislazione penale, ha condotto una parte della dottrina a ritenere che l’“inevitabile delegittimazione” del potere legislativo debba, necessariamente, essere compensata da un ripensamento della funzione giudiziaria e dalla, contestuale, elaborazione di un “nuovo” concetto di legalità che, consapevole delle profonde trasformazioni subite dal diritto penale moderno, sia idoneo ad assolvere il ruolo originariamente assegnato alla concezione illuministica del principio di legalità<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 405

<sup>2</sup> PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura*, cit., p. 408

<sup>3</sup> ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sistema penale (Web)*, 12/2022, p. 14

<sup>4</sup> LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12/2022, p. 107; ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale*, cit., p. 15

In questa prospettiva, la “nuova” legalità, lungi dal trovare risoluzione nella dimensione astratta della fattispecie penale, come espressione di un’unica volontà sovrana, diviene, piuttosto, il risultato di “una prassi articolata di azioni, atti di posizione, di concretizzazione e di riconoscimento del diritto, che coinvolge una pluralità di soggetti, nazionali e esterni all’ordinamento nazionale”<sup>5</sup>.

All’interno di questo panorama, il procedimento di concretizzazione della legge penale non si esaurisce soltanto nel passaggio dalla disposizione astratta alla situazione concreta, ma implica, altresì, una continua revisione e ri-definizione dei confini della norma astratta alla luce delle specificità dei casi concreti e dei reali fenomeni criminosi<sup>6</sup>.

L’impostazione in esame, nell’attribuire all’organo giudiziario un ruolo da co-protagonista nella produzione del diritto, impone, inevitabilmente, una rilettura dell’art.101, comma 2, Cost. in termini, non di generica sottoposizione del giudice alla legge ma di vincolo alla Costituzione<sup>7</sup>. In questo contesto, la lettera della legge, svincolata dai requisiti di determinatezza e di precisione, finisce, infatti, per smarrire la funzione, tipicamente garantista, ad essa assegnata durante il periodo dell’illuminismo<sup>8</sup>.

In quest’ottica, la discrezionalità dell’organo giudiziario, solo parzialmente arginata dalla necessità di pervenire ad un’interpretazione che sia, al contempo, annoverabile entro i significati propri delle parole e conforme alla Carta Costituzionale, esige l’imposizione di nuovi confini che, declinabili in procedimenti formalizzati, siano idonei ad orientare l’operato del giudice<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, cit., p. 105; ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale*, cit., p. 20

<sup>6</sup> ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale*, cit., p. 16

<sup>7</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema Penale*, 3/2020, p. 150; LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, cit., p. 108; ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale*, cit., p. 21

<sup>8</sup> ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale*, cit., p. 24

<sup>9</sup> ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale*, cit., p. 25

In questa prospettiva, sembrerebbe essersi mossa la legge n. 103 del 2017 che, nell'introdurre, all'interno dell'art.618 c.p.p., il comma 1 bis, ha previsto, per l'ipotesi in cui le Sezioni semplici ritengano di non condividere il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, un caso di rimessione "obbligatoria" a queste ultime<sup>10</sup>.

La riforma in esame, finalisticamente diretta a determinare un consolidamento della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione (art.65 R.D. 30 gennaio 1941, n.12)<sup>11</sup>, nell'assegnare valore formale di precedente alle sentenze emesse dalle Sezioni Unite<sup>12</sup>, sembra farsi carico delle istanze di uguaglianza e certezza del diritto che, minacciate dalle più recenti "tecniche" di formulazione della fattispecie penale, rischiavano di essere irrimediabilmente compromesse dall'incontrollato proliferare del pluralismo interpretativo<sup>13</sup>.

Sotto questo profilo, occorre, peraltro, evidenziare come la nomofilachia, lungi dal perseguire l'assoluta immutabilità del diritto, persegua, piuttosto, l'obiettivo di pervenire, attraverso un procedimento di natura dialogico-partecipativa tra le Sezioni, all'adozione di un precedente che sia, quanto più possibile, condiviso dalla comunità<sup>14</sup>.

I caratteri di generalità, astrattezza e condivisione, persi dalla legge sul versante legislativo, risulterebbero, in tal modo, secondo una parte della dottrina, soddisfatti sul fronte giurisprudenziale, nel quale il diritto, in virtù del meccanismo predisposto dall'art.618 c.p.p., sarebbe, peraltro, suscettibile di progressivo e costante adeguamento<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 167; CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, cit., p. 12; CAPUTO A., FIDELBO G., *Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e "nuova" legalità*, in *Sistema Penale*, 3/2020, p. 100; LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, cit., p. 111; PULITANÒ D., *Legalità penale e nomofilachia*, cit., p. 75

<sup>11</sup> ZACCARIA G., *Una "nuova" legalità penale*, cit., p. 29

<sup>12</sup> CAPUTO A., FIDELBO G., *Appunti per una discussione*, cit., p. 101; ZACCARIA G., *Una "nuova" legalità penale*, cit., p. 29

<sup>13</sup> CAPUTO A., FIDELBO G., *Appunti per una discussione*, cit., p. 108; ZACCARIA G., *Una "nuova" legalità penale*, cit., p. 30

<sup>14</sup> CAPUTO A., FIDELBO G., *Appunti per una discussione*, cit., p. 102; ZACCARIA G., *Una "nuova" legalità penale*, cit., p. 30

<sup>15</sup> ZACCARIA G., *Una "nuova" legalità penale*, cit., p. 30

In questo contesto, mentre la legalità cd. “giurisprudenziale”<sup>16</sup>, propugnando la primazia dell’attività interpretativa del giudice, avrebbe l’effetto di disancorare l’esito interpretativo dalla lettera della legge, con evidenti ricadute in tema di prevedibilità della decisione, la legalità cd. “costituzionale”<sup>17</sup>, nell’attribuire rilievo soltanto alla legge che risulti costituzionalmente legittima, consentirebbe, al contrario, di valorizzare, in misura paritaria, tanto l’operato dell’organo legislativo, quanto quello dell’organo giudiziario.

In questa prospettiva, occorre, infatti, notare come l’attività interpretativa del giudice, ancorché formalmente subordinata alla lettera della legge, conservi, ciò nonostante, un certo margine di discrezionalità nell’ipotesi in cui, a fronte di una disposizione di dubbia legittimità, sia possibile formulare interpretazioni che, “oltrepassando”<sup>18</sup> il dato letterale, rendano la fattispecie costituzionalmente conforme<sup>19</sup>.

In altre parole, mentre dinnanzi ad una disposizione suscettibile di plurime interpretazioni, tutte costituzionalmente conformi, il giudice risulta vincolato all’adozione di quella che appare maggiormente in linea alla scelta valoriale compita dal legislatore, in presenza di problemi di legittimità costituzionale, il dato letterale non può che soccombere ed il “giudice sopravanza il legislatore in virtù della Costituzione”<sup>20</sup>.

All’interno di questo contesto, com’è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, la conformità dell’interpretazione alle scelte di politica legislativa non può che essere vagliata in relazione alla *ratio* della disposizione, ossia allo scopo che il “tipo criminoso legale” (ossia il “tipo criminoso” elaborato dal legislatore) intende perseguire<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 145

<sup>17</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 146

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> *Ibidem*

<sup>20</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 150

<sup>21</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 151

Sotto questo profilo, l'emergere ed il progressivo affermarsi di nuove istanze di tutela, ha, tuttavia, determinato la, non infrequente, creazione di "tipi criminosi giurisprudenziali" (ossia di "tipi criminosi" elaborati dalla giurisprudenza) che, nel tentativo di apprestare un più ampio livello di protezione, hanno, talvolta, snaturato la lettera della disposizione<sup>22</sup>: si pensi, ad esempio, all'art.609 octies c.p. che, nel tipizzare il delitto di "violenza sessuale di gruppo", è stato ritenuto applicabile, non soltanto nei casi in cui risultasse, effettivamente, integrato il requisito modale richiesto dalla disposizione ma anche nell'ipotesi in cui fosse possibile ravvisare la mera presenza fisica di più soggetti riuniti<sup>23</sup>.

L'operazione in esame, ancorché ineliminabile a causa degli incessanti mutamenti valoriali e sociali che interessano la realtà<sup>24</sup>, finisce, tuttavia, per generare non poche criticità sotto il profilo costituzionale: in quest'ottica, occorre infatti, notare come la convivenza di diversi orientamenti determini, da un lato, un'inevitabile compromissione del diritto dei singoli ad autodeterminarsi e, da altro lato, l'omologazione, sotto un'unica fattispecie, di fatti esprimenti differente disvalore finisce, nella sostanza, per minare il rapporto di proporzionalità, originariamente istituito dal legislatore, tra fatto e sanzione<sup>25</sup>.

In questo contesto, la ricomposizione del contrasto, lungi dal poter essere efficacemente affidata al meccanismo di cui all'art.618, comma 1 bis, c.p.p. a causa, non soltanto del suo carattere di (tendenziale) autoreferenzialità ma anche per la sua essenza di "strumento di uniformità"<sup>26</sup>, più che di conformità, merita, al contrario, secondo una parte della dottrina, di essere affrontato

---

<sup>22</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 154

<sup>23</sup> *Cass. pen., Sez. III*, (ud. 16 aprile 2013), 30 luglio 2013, n. 32928, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. III*, (ud. 18 ottobre 2011), 30 novembre 2011, n. 44408, in *One legale*

<sup>24</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 157

<sup>25</sup> *Ibidem*

<sup>26</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 158

dinnanzi ad organo terzo che, allo scopo di vigilare in ordine al rispetto del principio di legalità, sia idoneo ad individuare l'interpretazione realmente conforme<sup>27</sup>.

Il controllo in esame, effettuato, a livello sovranazionale, dalla Corte EDU che, attraverso il criterio dell'“essenza dell'infrazione”, verifica la conformità dell'esito interpretativo al dettato legislativo, anche con riferimento al canone di ragionevole prevedibilità dello stesso<sup>28</sup>, può essere, a livello nazionale, utilmente attribuito alla Corte Costituzionale<sup>29</sup>.

In questa prospettiva, occorre, peraltro, distinguere a seconda che il giudizio di legittimità abbia ad oggetto il rispetto del principio di legalità, di cui all'art.25 Cost., ovvero la ragionevolezza della disposizione (ex art.3 Cost.)<sup>30</sup>.

Mentre, nel primo caso, la Consulta agirebbe in modo non dissimile rispetto a quanto avviene dinnanzi alla Corte EDU, con la differenza che, in tal caso, il giudizio avrebbe ad oggetto, non la singola sentenza del giudice ma la fattispecie interpretata nel suo complesso, nel secondo caso, la ragionevolezza della previsione normativa andrebbe, invece, vagliata, non soltanto con riferimento a quanto previsto dal tipo criminoso legale ma anche in relazione all'esito interpretativo giurisprudenziale, con la conseguenza che, laddove quest'ultimo abbia determinato l'assimilazione, all'interno di un'unica disposizione, di fatti esprimenti diverso disvalore, sarà compito della Corte Costituzionale giudicarne la conformità alla Costituzione<sup>31</sup>.

Il sindacato di costituzionalità, pacificamente ammissibile in presenza di due interpretazioni, di cui soltanto una risulti costituzionalmente conforme, appare, al contrario, problematico in presenza di orientamenti che, benché contrastanti, appaiano, in egual misura, costituzionalmente legittimi<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*

<sup>28</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 180

<sup>29</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 160

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 161

In tal caso, infatti, l'individuazione del tipo criminoso "costituzionale", ovvero l'adesione, da parte della Corte Costituzionale, all'uno o all'altro tra orientamenti proposti rischierebbe di essere percepita come un'indebita intrusione nella sfera legislativa ovvero giurisdizionale<sup>33</sup>.

Tale eventualità, sicuramente non trascurabile sul piano pratico, merita, tuttavia, di essere adeguatamente ridimensionata.

Sotto questo profilo, è stato, infatti, evidenziato come la ridefinizione del tipo finisca per essere attribuita proprio a quell'organo che, in virtù del ruolo di "custode della Costituzione" ad esso assegnato, risulta sovraordinato tanto al potere legislativo quanto a quello giurisdizionale<sup>34</sup>.

In questo contesto, occorre, tuttavia, considerare come la formazione di contrasti interpretativi, risolta solo *ex post* attraverso il meccanismo del controllo "istituzionale", benché sia sostanzialmente fisiologica nell'ambito della "nuova" legalità, rischia, tuttavia, di generare, com'è già stato anticipato, un clima di generale disorientamento, così pregiudicando, non soltanto il valore della certezza del diritto ma anche la libertà di autodeterminazione dei singoli<sup>35</sup>.

In altre parole, se, da un lato, appare impossibile prescindere dalla creazione di contrasti interpretativi, da altro lato, occorre, tuttavia, apprestare adeguata tutela nei confronti di chi, in pendenza di contrasto, si sia determinato ad agire.

In questa prospettiva, merita, in primo luogo, di essere affrontata l'ipotesi in cui, in presenza di un contrasto giurisprudenziale in atto, il giudice decida di rimettere la questione alla Corte Costituzionale per indeterminatezza della disposizione<sup>36</sup>.

In tal caso, mentre l'esistenza di un "diritto vivente consolidato" sarebbe, secondo una parte della dottrina, idoneo ad assumere valore "tassativizzante" rispetto a disposizioni, in astratto,

---

<sup>33</sup> *Ibidem*

<sup>34</sup> *Ibidem*

<sup>35</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 168

<sup>36</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 170

indeterminate<sup>37</sup>, l'assenza di un orientamento interpretativo consolidato non sarebbe, invece, di per sé, sufficiente a sancirne l'incostituzionalità<sup>38</sup>.

Sotto questo profilo, occorre, infatti, evidenziare come l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali contrastanti, possa, al più, essere indice del probabile *vulnus* di determinatezza della norma, *vulnus* che dev'essere, tuttavia, riscontrabile già sotto il profilo astratto<sup>39</sup>.

L'impostazione in esame, avvalorata dalla Corte Costituzionale con sentenza n.24 del 2019 che, nel pronunciarsi in relazione alla legittimità costituzionale dell'art.1, comma 1, del Codice Antimafia, ha statuito come, "alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza 'de Tommaso', risulti oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art.1 numero 2, della L. n. 1423 del 1956, (poi confluita nell'art.1, lettera b, del D.Lgs. n. 159 del 2011)"<sup>40</sup>, nell'attribuire al diritto vivente capacità "tipizzante", sembra, tuttavia, trascurare la circostanza che la disposizione, resa costituzionalmente conforme solo *ex post*, attraverso l'opera della giurisprudenza, nasca, in realtà, come indeterminata<sup>41</sup>.

Tale circostanza, sicuramente non trascurabile nei confronti di quanti si siano orientati ad agire in un periodo antecedente a quello di consolidamento del diritto, ha condotto parte della dottrina, a ritenere applicabile, anche in queste ipotesi, il principio di irretroattività in materia penale<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Corte Cost., (ud. 21 novembre 2018), 27 febbraio 2019, n. 24, in *One legale*

<sup>38</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 170

<sup>39</sup> *Ibidem*

<sup>40</sup> Corte Cost., (ud. 21 novembre 2018), 27 febbraio 2019, n. 24, in *One legale*

<sup>41</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 171

<sup>42</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 172

Occorre, a questo punto, considerare l'ipotesi in cui, in presenza di un contrasto e in assenza di un intervento da parte della Corte Costituzionale, intervenga una decisione della Corte di Cassazione.

In tal caso, laddove quest'ultima si pronunci, per la prima volta, sul fatto oggetto di contrasto appare evidente come la circostanza che il soggetto abbia agito in presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti risulti irrisolvibile sul piano dell'irretroattività in quanto, anche ad ammettere che sussista una piena parificazione tra la legge e l'interpretazione, in pendenza di contrasto la (contestuale) "convivenza" di "leggi" diverse osta all'identificazione di un fenomeno, concretamente, "successorio".<sup>43</sup>

In questo contesto, l'esclusione dell'operatività della sentenza sfavorevole nei confronti di colui che si sia determinato ad agire in presenza di un contrasto dovrebbe essere, pertanto, più propriamente, ravvisata sul piano della colpevolezza e, in particolare, per effetto dell'operatività dell'art.5 c.p. che, letto congiuntamente a quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 364 del 1988, attribuisce rilievo, ai fini dell'esclusione della colpevolezza, all'errore inevitabile<sup>44</sup>, ossia all'errore determinato dalla "(oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo), oppure da un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari"<sup>45</sup>.

In alternativa, occorrerebbe, secondo una parte della dottrina, valutare se la decisione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fosse o meno prevedibile al momento del fatto con la precisazione che, mentre l'adozione di un'impostazione di natura prettamente

---

<sup>43</sup> *Ibidem*

<sup>44</sup> CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofiliachia*, cit., p. 15; LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, cit., p. 116; PULITANÒ D., *Legalità penale e nomofilachia*, cit., p. 77

<sup>45</sup> *Corte Cost.* (ud. 23 marzo 1988) 24 marzo 1988, n.364, in *One legale*

“soggettiva” avrebbe l’effetto di attribuire rilievo anche alle peculiari condizioni del soggetto agente, l’adozione di una prospettiva marcatamente “oggettiva” condurrebbe, al contrario, all’esclusione della colpevolezza soltanto nelle ipotesi in cui la soluzione accolta, ancorché maggioritaria, non sia annoverabile entro i confini del disvalore forgiati dal tipo criminoso legale<sup>46</sup>.

La prospettiva oggettiva, nel negare qualsiasi capacità “tassativizzante” a tutte quelle pronunce che si pongano in termini di difformità rispetto al tipo, finisce, tuttavia, per risultare incongrua nelle ipotesi in cui il soggetto, affidandosi a quanto statuito, in via maggioritaria, dalla giurisprudenza, ovvero da una precedente pronuncia delle Sezioni Unite, si sia determinato ad agire<sup>47</sup>.

In questo contesto, l’adesione all’impostazione in esame finirebbe, infatti, per accollare al soggetto agente la responsabilità per non aver “sopperito a disfunzioni create”<sup>48</sup> e tollerate “dall’ordinamento” stesso<sup>49</sup>.

## **2. Il recupero della legalità: la sentenza n.115/2018 della Corte Costituzionale**

Se, alla luce di quanto esposto, l’attuale panorama normativo sembra, pertanto, orientarsi lungo l’asse della “nuova” legalità, pur con tutti i limiti, di cui si è detto, in tema di garanzia alla persona, diversamente avviene dinnanzi alla Corte Costituzionale dove, a partire dalla sentenza

---

<sup>46</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 174

<sup>47</sup> BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., p. 174; CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofiliachia*, cit., p. 15

<sup>48</sup> *Ibidem*

<sup>49</sup> *Ibidem*

n.230 del 2012, si assiste ad un progressivo cambio di rotta volto a ristabilire, a discapito “della scadente qualità legislativa”<sup>50</sup>, l’identità costituzionale dello stato di diritto<sup>51</sup>.

Nel caso di specie, la Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità dell’art. 673 c.p.p. “nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale (intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato”<sup>52</sup>, evidenzia, infatti, come non possa essere ritenuto “manifestamente irrazionale”<sup>53</sup> che il legislatore, pur, valorizzando, “anche in ossequio ad esigenze di ordine costituzionale, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, e delle Sezioni Unite in particolare, ometta, tuttavia, di prevedere”<sup>54</sup> che la revoca delle condanne definitive possa intervenire a seguito “di una sopravvenuta, diversa, decisione dell’organo della nomofilachia”<sup>55</sup>.

Quest’ultima, infatti, pur aspirando “ad acquisire stabilità e generale seguito”, risulta, com’è stato autorevolmente evidenziato dalla Consulta, dotata di “efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente ‘persuasivo’. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell’organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata motivazione.”<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sistema penale*, 12/2022, p. 121

<sup>51</sup> MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni*, cit., p. 121; GIUNTA F., *Un diritto penale necessariamente e strettamente giurisprudenziale*, in *Discrimen (Web)*, 18 novembre 2022, p. 9; PULITANÒ D., *Legalità penale e nomofilachia*, cit., p. 76

<sup>52</sup> *Corte Cost.*, (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n.230, in *One legale*

<sup>53</sup> *Ibidem*

<sup>54</sup> *Ibidem*

<sup>55</sup> *Ibidem*

<sup>56</sup> *Ibidem*

In questo contesto, “il mancato inserimento dell’*overruling* giurisprudenziale favorevole” nel novero delle ipotesi capaci di travolgere, in virtù di quanto statuito dall’art.673 c.p.p., “il principio di intangibilità della *res iudicata*, espressivo dell’esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti”<sup>57</sup>, trova giustificazione, a parere della Corte, nell’esigenza di “non porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile”<sup>58</sup> in presenza di vicende modificative non connotate da “generale vincolatività ed intrinseca stabilità”<sup>59</sup>.

In questa prospettiva, la circostanza che il cd. “diritto vivente” venga, progressivamente, valorizzato dalla Corte Costituzionale “ai fini dell’individuazione dell’oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale”, risponde soltanto all’esigenza di rispettare il “ruolo spettante ai giudici comuni (e segnatamente all’organo giudiziario depositario della funzione di nomofilachia) nell’attività interpretativa”<sup>60</sup>, con la precisazione che, ciò nonostante, “in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del ‘diritto vivente’, il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l’obbligo di uniformarsi ad esso”<sup>61</sup>.

Alla luce di quanto esposto, appare, pertanto, evidente come l’“accoglimento del *petitum*”<sup>62</sup>, da cui discenderebbe l’obbligo per il giudice dell’esecuzione di provvedere alla rimozione del “giudicato di condanna contrastante col *dictum* dell’organo della nomofilachia”<sup>63</sup>, produrrebbe, a parere della Corte, “una vera e propria sovversione ‘di sistema’”<sup>64</sup>, determinando, da un lato, l’instaurazione di un rapporto gerarchico “tra le Sezioni Unite e i giudici dell’esecuzione, al di

---

<sup>57</sup> Corte di giustizia, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*, in *One legale*; Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub s.r.l.*, in *One legale*; Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, C-507/08, *Commissione contro Repubblica slovacca*, in *One legale*

<sup>58</sup> Corte Cost., (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n.230, in *One legale*

<sup>59</sup> *Ibidem*

<sup>60</sup> *Ibidem*

<sup>61</sup> Corte Cost., (ud. 8 marzo 2004), 12 marzo 2004, n. 91, in *One legale*; Corte Cost., (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n. 230, in *One legale*

<sup>62</sup> Corte Cost., (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n. 230, in *One legale*

<sup>63</sup> *Ibidem*

<sup>64</sup> *Ibidem*

fuori del giudizio di rinvio”<sup>65</sup> e, da altro lato, l’irragionevole conseguenza per cui, mentre in sede esecutiva, il giudice sarebbe tenuto ad uniformarsi alla decisione delle Sezioni Unite, in sede di cognizione, il giudice potrebbe, al contrario, pacificamente disattenderla.

In questo contesto, com’è stato autorevolmente evidenziato dalla Corte, l’affidamento”<sup>66</sup> eventualmente generato nei consociati dalla decisione delle Sezioni Unite potrebbe, peraltro, assumere rilievo soltanto nell’ipotesi in cui il giudizio avesse ad oggetto fatti commessi successivamente alla decisione delle Sezioni Unite, non, invece, “qualora si tratti di fatto anteriormente realizzato”<sup>67</sup>, rispetto al quale l’“autore non aveva alcuna ragione per confidare sulla liceità penale della propria condotta, posta in essere quando era imperante un orientamento giurisprudenziale di segno contrario”<sup>68</sup>.

“A prescindere, peraltro, dalla possibilità che la salvaguardia dell’intangibilità del giudicato rappresenti una adeguata ragione di deroga”<sup>69</sup>, risulta, a parere della Corte, “assorbente la considerazione che il principio”<sup>70</sup> di retroattività della legge più favorevole al reo “attiene (anche in base alla relativa disciplina codicistica, art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen.) alla sola successione di ‘leggi’”<sup>71</sup>, con la conseguenza che, “per poterlo estendere anche ai mutamenti giurisprudenziali bisognerebbe poter dimostrare che la *consecutio* tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa”<sup>72</sup>.

Tale equivalenza risulterebbe, tuttavia, esclusa, ad avviso della Corte, “non soltanto dal difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una

---

<sup>65</sup> *Ibidem*

<sup>66</sup> *Ibidem*

<sup>67</sup> *Ibidem*

<sup>68</sup> *Ibidem*

<sup>69</sup> *Ibidem*

<sup>70</sup> *Ibidem*

<sup>71</sup> *Ibidem*

<sup>72</sup> *Ibidem*

pronuncia delle Sezioni Unite”<sup>73</sup> ma soprattutto, e ancor prima, dal “principio di separazione dei poteri che, specificamente riflesso nell’art. 101, secondo comma, Cost., vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge”<sup>74</sup>.

Alla luce di quanto esposto, la Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità dell’art.673 c.p.p., giunge, pertanto, ad escludere che “l’abrogazione (totale o parziale)”<sup>75</sup> delle norme e, in particolare, delle norme penali, (“al pari della loro creazione...”) “possa dipendere da regole giurisprudenziali”<sup>76</sup>.

Il vero punto di svolta sul tema dev’essere, tuttavia, rintracciato nella sentenza n. 115 del 2018 con la quale la Corte Costituzionale, chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell’art. 2 della Legge n. 130 del 2008, recupera la radici illuministiche del principio di legalità, enfatizzando la centralità dell’enunciato normativo<sup>77</sup>.

La pronuncia in esame trae, in particolare, origine dalla sentenza n. 105 del 2015 emessa dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea che, nel pronunciarsi in relazione all’art.325 TFUE, aveva ritenuto che la fattispecie in esame, nel vincolare gli stati membri all’adozione di misure volte a contrastare “la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”<sup>78</sup>, imponesse al “giudice penale di pervenire alla disapplicazione del regime della prescrizione”<sup>79</sup>, disciplinato dagli artt.160 e 161 c.p., allorquando tale regime abbia l’effetto di ostare all’inflizione “di sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”<sup>80</sup> ovvero, laddove, in violazione del cd.

---

<sup>73</sup> *Ibidem*

<sup>74</sup> *Ibidem*

<sup>75</sup> *Ibidem*

<sup>76</sup> *Ibidem*

<sup>77</sup> MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni*, cit., p. 123;

LAURITO A., *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea a margine del caso Taricco*, In *Archivio penale (Web)*, 2/2017, p. 5

<sup>78</sup> *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*

<sup>79</sup> *Ibidem*

<sup>80</sup> *Ibidem*

“principio di assimilazione”, fissato dall’art. 325, paragrafo 2, TFUE, il termine prescrizione previsto per tali reati risultasse inferiore a “quello fissato dalla legge nazionale per casi analoghi di frode in danno dello Stato membro”<sup>81</sup>.

L’impostazione in esame troverebbe, peraltro, applicazione, per effetto del principio di irretroattività in materia penale, unicamente rispetto ai fatti commessi successivamente alla data di pubblicazione della sentenza, ovvero successivamente all’8 settembre 2015, e solamente previa verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali della compatibilità della cd. “regola Taricco” con il principio di determinatezza, che, com’è stato opportunamente sottolineato dalla Corte di Lussemburgo, rappresenta non soltanto “principio supremo dell’ordine costituzionale italiano ma anche cardine del diritto dell’Unione (art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea)”<sup>82</sup>.

Partendo dal presupposto che, nell’ordinamento italiano, “l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona”<sup>83</sup>, la Consulta ha evidenziato che l’istituto della prescrizione, incidendo sulla punibilità della persona non può che rientrare nel novero degli istituti di diritto penale sostanziale, con la conseguenza che, anche rispetto a quest’ultima, dev’essere garantita a ciascun consociato la possibilità “di conoscere in anticipo le conseguenze della propria condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici”<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*; *Corte di giustizia, Grande Sez.*, 8 settembre 2015, C-105/14, in *One legale*

<sup>82</sup> *Corte di giustizia, Grande Sez.*, 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, in *One legale*

<sup>83</sup> *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018) 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*

<sup>84</sup> *Ibidem*

Quest'ultima, tuttavia, com'è stato autorevolmente sottolineato dalla Corte, “non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”<sup>85</sup>.

Il principio di determinatezza non si limita, infatti, com'è stato fermamente evidenziato dalla Consulta, “a garantire nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale, mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”<sup>86</sup>.

Pertanto, quand'anche, nel caso di specie, la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”<sup>87</sup>, non potendo, peraltro, essere attribuito al giudice “il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale, svincolandosi dal governo della legge al quale è, invece, soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)”<sup>88</sup>.

Alla luce di quanto esposto, appare, pertanto, a parere della Corte, “persino intuitivo (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un

---

<sup>85</sup> *Ibidem*

<sup>86</sup> *Corte Cost.*, 13 gennaio 2004, n. 5, in *One legale*; *Corte Cost.*, 1 agosto 2008, n. 327, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*

<sup>87</sup> *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018) 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*

<sup>88</sup> *Ibidem*

particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari”<sup>89</sup>.

Infatti, “se è vero che anche la più certa delle leggi ha bisogno di ‘letture’ ed interpretazioni sistematiche<sup>90</sup>, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione”<sup>91</sup>.

Da quanto premesso non può, pertanto, che discendere l’inapplicabilità della “regola Taricco’, sia per la porzione tratta dal paragrafo 1 dell’art. 325 TFUE, sia per quella desunta dal paragrafo 2”<sup>92</sup>.

Sotto questo profilo, conviene, infatti, notare che, com’è stato opportunamente segnalato dalla Consulta, “anche se il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico in *malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un’attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, essa, comunque sia, non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell’art. 325 TFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della ‘regola Taricco’”<sup>93</sup>.

La determinatezza diviene, in questo contesto, un valore irrinunciabile la cui presenza necessita, a parere della Corte, di essere vagliata *ex ante*, sulla base della lettera della legge e non più *ex*

---

<sup>89</sup> *Ibidem*

<sup>90</sup> *Corte Cost.*, (ud. 23 marzo 1988), 24 marzo 1988, n. 364, in *One legale*

<sup>91</sup> *Corte Cost.*, (ud. 23 marzo 1988), 24 marzo 1988, n. 364, in *One legale*; *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*; GIUNTA F., *Un diritto penale necessariamente e strettamente giurisprudenziale*, in *Discrimen (Web)*, 18 novembre 2022, p. 9

<sup>92</sup> *Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*

<sup>93</sup> *Ibidem*

*post*<sup>94</sup>, ove il progressivo affinarsi della giurisprudenza appare, di conseguenza, inidoneo a sanare l'originario nucleo di indeterminatezza della disposizione<sup>95</sup>.

Il recupero della legalità raggiunge, tuttavia, il suo culmine con la (già menzionata) sentenza n.98 del 2021 nella quale la Corte Costituzionale, riprendendo i concetti espressi nella sentenza "Taricco", evidenzia come "il divieto di analogia costituisca un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo"<sup>96</sup>.

Risulta, infatti, evidente, ad avviso della Corte, "che la *ratio* della riserva assoluta di legge in materia penale, assegnando alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato, sul presupposto che una simile decisione (potenzialmente destinata a ripercuotersi in maniera drammatica sul diritto inviolabile alla libertà personale dei destinatari della norma penale) spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge"<sup>97</sup>.

In questa prospettiva, "il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice"<sup>98</sup> non può che costituire, ad avviso della Corte, "l'ovvio *pendant* dell'imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati"<sup>99</sup>, scongiurando, da un lato, il pericolo che, "in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva

---

<sup>94</sup> Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *One legale*; Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *One legale*; Corte Cost., (ud. 9 giugno 2010), 23 luglio 2010, n.282, in *One legale*

<sup>95</sup> DONINI M., *Lettura critica di Corte Costituzionale n.115/2018*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 11 luglio 2018, p. 14

<sup>96</sup> Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*; LUCIANI M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 25 ottobre 2018, p.9; MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni*, cit., p. 122; RISICATO L., *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n.98/2021*, in *Discrimen (Web)*, 16 luglio 2021, p. 1; SOTTILE L., *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. N.140/2021*, in *Osservatorio AIC (Web)*, 6/2021, p. 423

<sup>97</sup> Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>98</sup> *Ibidem*

<sup>99</sup> *Ibidem*

assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito<sup>100</sup>, nonché quelli tra le diverse fattispecie di reato<sup>101</sup> ed assicurando, da altro lato, “al destinatario della norma una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”<sup>102</sup>.

Alla luce di quanto premesso, “il pur comprensibile intento di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili”<sup>103</sup> pur essendo eventualmente “sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico”<sup>104</sup>, risulta, ciò nonostante, precluso per effetto dell'art.25 Cost. in presenza di interpretazioni che, oltrepassando il dato letterale, si traducano in applicazioni analogiche, in *malam partem*, della disposizione penale.

In questa prospettiva, particolarmente degna di nota appare anche la più recente giurisprudenza della sesta sezione della Corte di Cassazione che, sulla scia dell'orientamento espresso dalla Consulta, sembra inaugurare “una stagione di virtuosa convivenza tra legge e giudice”<sup>105</sup>.

Emblematica, sotto questo profilo, risulta la sentenza n. 5536 del 2022 con la quale la Corte di Cassazione si è pronunciata in relazione alla possibilità di ritenere integrato il delitto di cui all'art.353 bis c.p. anche nell'ipotesi in cui la condotta perturbatrice, pur non essendo finalizzata “ad inquinare lo sviluppo di una procedura selettiva”<sup>106</sup>, abbia avuto l'effetto di “evitare la gara”<sup>107</sup> provocando “l'affidamento diretto, in assenza delle condizioni previste dalla legge”<sup>108</sup>.

---

<sup>100</sup> Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *One legale*

<sup>101</sup> Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>102</sup> Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *One legale*; Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *One legale*; Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>103</sup> Corte Cost., (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

<sup>104</sup> *Ibidem*

<sup>105</sup> MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni*, cit., p. 129

<sup>106</sup> Cass. pen., Sez. VI, (ud. 28 ottobre 2021), 16 febbraio 2022, n. 5536, in *One legale*

<sup>107</sup> *Ibidem*

<sup>108</sup> *Ibidem*

“Secondo una prima opzione interpretativa, l’art. 353 bis c.p., facendo riferimento al ‘contenuto del bando o di altro atto equipollente’, dovrebbe essere interpretato nel senso di attribuire rilievo ad “ogni atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente”<sup>109</sup> con ciò intendendosi, sulla scorta di un'interpretazione ampia e “pienamente conforme alla *ratio legis*, anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto ad un determinato soggetto economico”<sup>110</sup>.

Tale interpretazione, sicuramente meritevole in presenza di situazioni in cui, “nonostante l'affidamento diretto, sia dato riscontrare, all’interno del procedimento, la presenza di segmenti concorrenziali tra gli aspiranti”<sup>111</sup>, che rendano la trattativa privata omologabile, “perlomeno in relazione alla fase iniziale del procedimento, ad una procedura di gara”<sup>112</sup>, ancorché “‘ufficiosa’, ‘informale’, ‘esplorativa’, ‘di sondaggio’, ovvero di ‘consultazione’”<sup>113</sup>, risulta, tuttavia, a parere della Corte, inaccoglibile nei casi in cui “la ricerca del contraente venga sganciata da ogni giudizio comparativo, anche di tipo informale” essendo, in tal caso, preclusa in radice “la possibilità che il diritto degli imprenditori a gareggiare in condizioni di parità subisca un nocumento”<sup>114</sup>.

In questo contesto, “a differenza di quanto previsto dall’art.353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, l’art. 353 bis c.p. fa riferimento al solo turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere

---

<sup>109</sup> *Ibidem*

<sup>110</sup> *Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 16 febbraio 2017), 20 marzo 2017, n. 13431, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 23 ottobre 2012), 12 novembre 2012, n. 43800, in *One legale*; *Cass. pen., Sez. VI*, 2 dicembre 2014, n. 1, in *One legale*

<sup>111</sup> *Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 28 ottobre 2021), 16 febbraio 2022, n. 5536, in *One legale*

<sup>112</sup> *Ibidem*

<sup>113</sup> *Ibidem*

<sup>114</sup> *Ibidem*

realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando (o di un altro atto a questo equipollente) e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente”<sup>115</sup>.

Da quanto premesso, discende, ad avviso della Corte, “che la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall’art.353 bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempa una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione”<sup>116</sup>, non essendo “dunque condivisibili torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura”<sup>117</sup>.

Tali opzioni interpretative finiscono, infatti, “per estendere l’ambito della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico in *malam partem* in cui, attraverso considerazioni di natura teleologica, si varcano i paletti fissati dalla lettera della legge”<sup>118</sup>.

“La valorizzazione della componente finalistica, ove pure fosse realmente sottesa alla *ratio* della disposizione criminosa, produrrebbe una tensione con il principio di legalità perché finirebbe per introdurre un nuovo e diverso elemento di struttura (l’inquinamento del procedimento finalizzato ad evitare la gara, rispetto all’inquinamento volto a condizionare la gara) che la lettera della norma incriminatrice obiettivamente non prevede”<sup>119</sup>.

La Corte, nel rimarcare quanto già espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.98 del 2021, evidenzia come sia il “testo della legge (non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza) che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa

---

<sup>115</sup> *Ibidem*

<sup>116</sup> *Ibidem*

<sup>117</sup> *Ibidem*

<sup>118</sup> *Ibidem*

<sup>119</sup> *Ibidem*

colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”<sup>120</sup>.

Nel caso di specie, la mancata verifica circa le concrete modalità di svolgimento del procedimento amministrativo di selezione del contraente, nonché dei motivi che, a parere della Corte d’appello, avrebbero dovuto condurre a ritenere che “l’inquinamento finalizzato ad evitare la gara”<sup>121</sup>, costituisca “un elemento strutturale implicito della fattispecie di cui all’art.353 bis c.p.”<sup>122</sup>, ostano irrimediabilmente, secondo quanto statuito dalla Corte di Cassazione, all’accoglimento dell’interpretazione in esame.

In questa prospettiva, merita di essere menzionata anche la sentenza n. 24772 del 2022 nella quale la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi in relazione all’art.353 c.p., evidenzia come quest’ultimo, nel disciplinare il delitto di turbata libertà degli incanti, attribuisca rilievo soltanto alle condotte che trovino realizzazione in una “una fase susseguente al preliminare allestimento”<sup>123</sup> della gara, con la conseguente esclusione di tutte quelle condotte che, collocabili in una fase anteriore al suo preliminare allestimento, “non siano idonee a ledere il bene dell’effettività della libera concorrenza, se non in termini di ‘mera potenzialità’”<sup>124</sup>.

Tale conclusione appare, a parere della Corte, imposta non soltanto dalla necessità di scongiurare un’“eccessiva dilatazione della fattispecie incriminatrice”<sup>125</sup>, in “contrasto con i canoni dell’offensività e della ragionevolezza”<sup>126</sup> ma soprattutto, e ancor prima, dalla lettera dell’art.353 c.p. che, interpretata alla luce dall’art.12 delle preleggi, non può assumere altro

---

<sup>120</sup> *Ibidem*

<sup>121</sup> *Ibidem*

<sup>122</sup> *Ibidem*

<sup>123</sup> *Cass. pen., Sez. VI, (ud. 24 febbraio 2022) 28 giugno 2022, n. 24772, in One legale*

<sup>124</sup> *Ibidem*

<sup>125</sup> *Ibidem*

<sup>126</sup> *Ibidem*

significato se non “quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”<sup>127</sup>.

### **3. Il “negazionismo” della tortura e la proposta di abrogazione del reato**

La rivitalizzazione del principio di legalità, correlata al progressivo ridimensionamento del ruolo della giurisprudenza, ha condotto, negli ultimi anni, all’inevitabile intensificazione del dibattito sull’art.613 bis c.p. reputato, nonostante le sue prime applicazioni, irrimediabilmente farraginoso.

Senonché, in questo contesto, la rinnovata attenzione per il delitto di tortura ha finito per costituire, contrariamente a quanto sarebbe stato lecito attendersi, l’occasione per riportare alla luce antiche proposte di “*qualified immunity*” che, celate dall’obbiettivo di scongiurare l’indebita estensione dell’art.613 bis c.p., avevano lo scopo di prevenire, sulla scorta del principio teorizzato nel 1967 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, “ogni forma di riluttanza degli agenti nell’esercizio delle funzioni di repressione”<sup>128</sup>.

Emblematico, sotto questo profilo, appare il Disegno di legge n. 341, presentato in Senato il 16 novembre del 2022 su iniziativa del Senatore Iannone (FdI).

Quest’ultimo, nel ripercorrere le ragioni che avevano condotto nel 2017 all’introduzione della legge n. 110, sottolinea come l’art.613 bis c.p. risulti, nella sua attuale formulazione,

---

<sup>127</sup> *Ibidem*

<sup>128</sup> CORNELLI R., *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2023, p. 748; DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano (art.613 bis c.p.)*, in *Sistema penale (Web)*, 23 luglio 2024, p. 8

“contraddittorio rispetto allo scopo che si era prefissato”<sup>129</sup> e, al contempo, inadempiente rispetto agli obblighi internazionali.

I profili di maggiore criticità dovevano, in particolare, essere ravvisati, da un lato, nella scelta di configurare il delitto di cui all’art.613 bis c.p. come *reato comune*, disciplinando solo al secondo comma l’ipotesi in cui le condotte fossero poste in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, senza, tuttavia, “stabilire con chiarezza se la figura tipizzata al secondo comma avesse natura circostanziale o costituisse una fattispecie autonoma di reato”<sup>130</sup> e, da altro lato, nella previsione di un reato a condotta vincolata e a dolo generico che, a parere dei proponenti, avrebbe determinato l’incongrua commistione tra le condotte “maltrattanti” e quelle tipiche di tortura<sup>131</sup>.

Sotto questo profilo, la relazione accompagnatoria al progetto evidenzia come il legislatore, nell’optare per l’introduzione di “una figura criminosa contrassegnata dal dolo generico, abbia praticamente eliminato il tratto distintivo della tortura rispetto agli altri maltrattamenti rendendo concreto il rischio, paventato anche dai rappresentanti delle Forze di polizia, di veder la disposizione applicata nei casi di sofferenze provocate durante operazioni lecite di ordine pubblico e di polizia”<sup>132</sup>.

Tale eventualità appare, peraltro, a parere dei proponenti, accresciuta dalla circostanza che il legislatore, nel tipizzare i presupposti della condotta, si sia avvalso dell’elemento della “minorata difesa”, rendendo, in tal modo, “tangibile il rischio di eccessiva penalizzazione del legittimo operato delle Forze di polizia”<sup>133</sup>, “soprattutto in presenza di operazioni di ordine

---

<sup>129</sup> Fascicolo Iter DDL S. 341, in *Senato della Repubblica, XIX Legislatura*, 16 novembre 2022, p. 5

<sup>130</sup> Fascicolo Iter DDL S. 341, cit., p. 5

<sup>131</sup> Fascicolo Iter DDL S. 341, cit., p. 6

<sup>132</sup> Fascicolo Iter DDL S. 341, cit., p. 7

<sup>133</sup> Fascicolo Iter DDL S. 341, cit., p. 6

pubblico o di polizia giudiziaria”<sup>134</sup>, allorquando si realizzino “in un contesto di significativa vulnerabilità e impotenza della vittima”<sup>135</sup>.

L’evidente contrasto con i principi di tipicità, tassatività e determinatezza, che, ad avviso dei promotori, caratterizza la fattispecie di cui all’art.613 bis c.p., rende “estremamente difficile”<sup>136</sup>, non soltanto “la tipizzazione della condotta costituente tortura ma, altresì, la sua distinzione rispetto ad altri reati, ovvero rispetto a condotte che, benché costrittive, siano legittime”<sup>137</sup>.

Se, fino a questo punto, il “*free climbing* argomentativo”<sup>138</sup> appariva finalizzato all’introduzione di una disposizione che, correggendo le criticità dell’art.613 bis c.p., risultasse maggiormente in linea al dettato convenzionale, il proseguo della relazione introduttiva rivela, invece, un’intenzione diametralmente opposta.<sup>139</sup>

Partendo dal presupposto che “l’incertezza applicativa in cui è lasciato l’interprete”<sup>140</sup> porterebbe, ad avviso dei promotori, “alla pericolosa attrazione nell’art.613 bis c.p. di comportamenti chiaramente estranei al suo ambito d’applicazione classico”<sup>141</sup>, tra i quali potrebbero, ad esempio, figurare “un rigoroso uso della forza da parte della polizia durante un arresto o in un’operazione di ordine pubblico particolarmente delicate o la collocazione di un detenuto in una cella sovraffollata”<sup>142</sup> nonché, al “rischio di subire denunce e processi strumentali che potrebbero”<sup>143</sup>, non soltanto “disincentivare e demotivare l’azione delle Forze

---

<sup>134</sup> *Ibidem*

<sup>135</sup> *Ibidem*

<sup>136</sup> *Ibidem*

<sup>137</sup> *Ibidem*

<sup>138</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 734

<sup>139</sup> *Ibidem*

<sup>140</sup> *Fascicolo Iter DDL S. 341*, cit., p. 6

<sup>141</sup> *Fascicolo Iter DDL S. 341*, cit., p. 7

<sup>142</sup> *Ibidem*

<sup>143</sup> *Ibidem*

dell'ordine, privandole dello slancio necessario per portare avanti al meglio il lavoro”<sup>144</sup>, ma, altresì, determinare “un arretramento dell'attività di prevenzione e repressione dei reati e uno scoraggiamento generalizzato dell'iniziativa operativa da parte delle Forze dell'ordine”<sup>145</sup>, la relazione introduttiva giunge a sostenere, non soltanto l'inidoneità dell'art.613 bis c.p. ma, addirittura, la sua superfluità.

Sotto questo profilo, occorre, infatti, a parere dei proponenti, sottolineare come “le pene previste per tale reato risultino”<sup>146</sup>, da un lato, “chiaramente sproporzionate rispetto ai reati che puniscono nel codice tali condotte”<sup>147</sup> e, da altro lato, “non giustificate dall'andamento della situazione criminale in Italia”<sup>148</sup>, non risultando, allo stato, che vi “sia una recrudescenza di reati e di abusi in genere commessi da appartenenti alle Forze dell'ordine”<sup>149</sup>.

Alla luce di quanto esposto, l'esigenza di “tutelare adeguatamente l'onorabilità e l'immagine delle Forze di polizia... (da)le pericolose derivazioni che l'applicazione delle nuove ipotesi di reato potrebbe determinare”<sup>150</sup>, impone, ad avviso dei proponenti, di pervenire all'integrale abrogazione degli artt. 613 bis e 613 ter c.p. e all'introduzione, al solo fine di “dare attuazione agli obblighi internazionali discendenti dalla ratifica della CAT”<sup>151</sup>, di una nuova circostanza aggravante comune che, inserita all'interno dell'art.61, al comma 11 novies, c.p., soggiace, secondo quanto previsto dall'art.69 c.p., al cd. “giudizio di bilanciamento”<sup>152</sup>.

---

<sup>144</sup> *Ibidem*

<sup>145</sup> *Ibidem*

<sup>146</sup> *Ibidem*

<sup>147</sup> *Ibidem*

<sup>148</sup> *Ibidem*

<sup>149</sup> *Ibidem*

<sup>150</sup> *Ibidem*

<sup>151</sup> *Ibidem*

<sup>152</sup> DOLCINI E., *La proposta di legge Vietri e i tormentati destini delle incriminazioni della tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 730

Il Disegno in esame, ricalcato quasi alla lettera dalla successiva proposta di legge Vietri, ha, com'era prevedibile, sollevato l'indignazione di quanti, immuni al fascino del "più deprimente populismo penale"<sup>153</sup>, ne hanno evidenziato l'insostenibilità<sup>154</sup>.

Sotto questo profilo, occorre, in primo luogo, rilevare come la scelta, già più volte criticata, di qualificare il reato di tortura come reato comune, lungi dall'essere contrastata a livello internazionale, fosse al contrario consentita dalla facoltà, riconosciuta agli Stati membri, di introdurre disposizioni di più ampia portata (art.1, comma 2, CAT)<sup>155</sup>.

Pertanto, anche a voler sostenere che le ragioni del contrasto tra la normativa interna e quella sovranazionale siano da ravvisarsi all'interno di questa difformità, si dovrebbe, conseguentemente, ammettere che l'unica strada concretamente percorribile per sanare il contrasto, lungi dal risolversi nell'integrale abrogazione del delitto, vada, al contrario, ravvisata nell'introduzione di un delitto proprio del pubblico ufficiale<sup>156</sup>.

L'intollerabilità di tale conclusione traspare, tuttavia, con lampante chiarezza all'interno della relazione illustrativa, che, nel generale sconcerto della dottrina, si incespica nell'ossessiva ricerca di argomenti contrari<sup>157</sup>.

Emblematico, sotto questo profilo, appare l'irrazionale riferimento al rischio in cui incorrerebbero, ad avviso dei proponenti, i pubblici ufficiali che, nell'espletamento delle

---

<sup>153</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 735

<sup>154</sup> DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano*, cit., p. 8; GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 734; LARIZZA S., *La problematica configurazione del delitto di tortura: da delitto a circostanza aggravante?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2023, p.1377; MELONI C., *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 751; PAVARIN G. M., *Abolizione del reato di tortura: breve critica delle flebili ragioni di una discutibilissima proposta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2023, p. 760

<sup>155</sup> DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano*, cit., p. 8; GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 734

<sup>156</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 734; PAVARIN G. M., *Abolizione del reato di tortura*, cit., p. 762

<sup>157</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 735

funzioni del proprio ufficio, si trovassero, per ipotesi, a dover collocare un detenuto in una cella sovraffollata<sup>158</sup>.

L'inconsistenza e l'illogicità di tale argomento, testimoniata non soltanto dalle incompatibili modalità di realizzazione del fatto tipico, risulta, inconfutabilmente, attestata dal tenore del terzo comma dell'art.613 bis c.p. che, nell'introdurre una causa di esclusione della tipicità, sancisce l'inapplicabilità del secondo comma ai casi in cui le sofferenze, descritte dalla disposizione, costituiscano unicamente il risultato "dell'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti"<sup>159</sup>.

Merita, peraltro, di essere evidenziato che, com'è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, la proposta in esame finisce per tradire le sue stesse intenzioni: infatti, mentre, da un lato, l'abrogazione del delitto avrebbe l'effetto di gettare un alone di discredito nei confronti di tutti coloro che, pur agendo in contesti spesso insidiosi e mortificanti, svolgano responsabilmente la propria funzione, da altro lato, finirebbe per legittimare l'operato di chi, insofferente alle regole, verrebbe sollevato anche dagli effetti della "grave riprovazione penale e sociale".<sup>160</sup>

Non può, peraltro, trascurarsi che, contrariamente a quanto sostenuto nella relazione introduttiva al Disegno n. 341, l'importanza dell'art.613 bis c.p., lungi dall'essere contrastata dall'attuale realtà sociale, trovi proprio in quest'ultima la sua *ratio*: basti, sotto questo profilo, pensare agli episodi di Torino, Santa Maria Capua Vetere, Melfi, Viterbo, Reggio Emilia e Foggia<sup>161</sup>.

Se, da un lato, tali eventi rappresentano la testimonianza di una realtà tutt'altro che scevra da episodi di abuso e maltrattamento, da altro lato, com'è stato autorevolmente sottolineato in

---

<sup>158</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 734

<sup>159</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 735; PAVARIN G. M., *Abolizione del reato di tortura*, cit., p. 762

<sup>160</sup> GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, cit., p. 735

<sup>161</sup> PAOLETTI E., COSTANTINI M. S., *Ventunesimo rapporto sulle condizioni di detenzione. Indagine sui procedimenti penali per tortura*, in *Rapporto Antigone (Web)*, 19 aprile 2024, p. 1 ss.; PAVARIN G. M., *Abolizione del reato di tortura*, cit., p. 763

dottrina, non possono non sollevare dubbi sulla gestione dell'Amministrazione penitenziaria<sup>162</sup>, spesso distante dalle reali condizioni carcerarie<sup>163</sup>.

Se, sotto il primo profilo, appare parzialmente rassicurante l'intervento con il quale il Ministro della Giustizia, On. Carlo Nordio, chiamato ad esprimersi in sede di interrogazione parlamentare, il 23 marzo del 2023, pur non escludendo la necessità di intervenire sull'art.613 bis c.p. attraverso interventi di natura correttiva, ha, tuttavia, escluso che sia intenzione del Governo procedere alla sua abrogazione<sup>164</sup>, sotto il secondo profilo, il problema appare, invece, più complesso.

In una ricerca condotta nel marzo del 2021 su 845 agenti di polizia penitenziaria è, infatti, emerso come gli agenti si sentano, perlopiù, "ignorati, lasciati soli ad affrontare le numerose criticità che emergono nell'espletamento dei loro compiti"<sup>165</sup>, senza alcun riconoscimento per "l'impegno profuso, con ovvie conseguenze nei termini di un crescente avvilitamento e di una profonda insoddisfazione"<sup>166</sup>.

Nello specifico, "quasi 9 agenti su 10 ritengono che l'Amministrazione non comprenda le difficoltà dei poliziotti penitenziari e quasi la metà riferisce di non essere ascoltato dai superiori quando si presenta un problema sul lavoro"<sup>167</sup>.

Il "senso di isolamento che deriva da questa condizione incide negativamente anche sulla percezione del proprio ruolo"<sup>168</sup>: mentre "il 70% dichiara che se anche dovesse fare un buon lavoro nessuno se ne accorgerebbe"<sup>169</sup>, una buona parte di questi, il 39% circa, riferisce che

---

<sup>162</sup> COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura negli stati di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 738; CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo della Polizia Penitenziaria (PolPenXXI)*, in *Sistema Penale (Web)*, 6 dicembre 2022

<sup>163</sup> COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura*, cit., p. 738; CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo*, cit.

<sup>164</sup> DOLCINI E., *La proposta di legge Vietri*, cit., p. 731

<sup>165</sup> CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo*, cit.

<sup>166</sup> *Ibidem*

<sup>167</sup> *Ibidem*

<sup>168</sup> *Ibidem*

<sup>169</sup> *Ibidem*

quando si verifica un problema, la parola del detenuto ha un peso superiore a quella dell'operatore.

La distanza tra gli agenti e l'Amministrazione si riflette altresì sull'attribuzione dei compiti, “comportando l'insorgere di un'ambiguità di ruolo: il 61% riferisce”<sup>170</sup>, infatti, “che spesso non si sa quale regola o procedura seguire per non sbagliare e per il 41,6%”<sup>171</sup> non sa a chi rivolgersi in presenza di un problema.

Tale condizione appare, peraltro, aggravata “dalla percezione di un giudizio distorto e fondamentalmente negativo della società”<sup>172</sup>, ritenuta, da quasi 8 agenti su 10, incapace di comprendere “le difficoltà correlate allo svolgimento del lavoro di polizia penitenziaria”<sup>173</sup>.

All'interno di questo contesto, l'eccessivo uso della forza rappresenta, non tanto il frutto dell'incapacità di gestire l'emotività in presenza di un evento ritenuto critico, quanto, piuttosto, lo strumento attraverso il quale si tenta di “ristabilire, simbolicamente, un ordine che si è percepito violato”<sup>174</sup>: “ordine che può essere anche molto lontano da ciò che l'ordinamento giuridico indica e che lo è tanto più quanto più il sapere professionale si costruisce in modo isolato dalle indicazioni ordinamentali, ma anche quanto più chi deve orientare in senso democratico-costituzionale il governo delle carceri (o di uno specifico carcere) cede alla logica della sottomissione violenta come unica modalità di relazione con le persone ristrette”<sup>175</sup>.

Il problema sull'uso della forza, evidenziato anche nel *Report* pubblicato il 24 marzo 2023, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, che, in occasione della periodica visita in Italia, eseguita presso le case circondariali di Milano San Vittore, Lo Russo-Cotugno di Torino,

---

<sup>170</sup> *Ibidem*

<sup>171</sup> *Ibidem*

<sup>172</sup> *Ibidem*

<sup>173</sup> *Ibidem*

<sup>174</sup> COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura*, cit., p. 738; CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo*, cit.; ZIMBARDO P. G., *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2007, p. 132

<sup>175</sup> CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo*, cit.

Regina Coeli di Roma e Monza<sup>176</sup>, aveva segnalato la necessità di provvedere all'adeguata formazione degli agenti di polizia, nonché alla predisposizione di una strumentazione idonea ad eseguire le operazioni di arresto e fermo, appare, in tal modo, svincolato dalle logiche della cd. "mela marcia" e finisce per investire, oltrepassando la materia penale, l'organizzazione della giustizia, richiedendo, non soltanto la prioritaria ridefinizione dell'organizzazione carceraria ma anche dell'intero sapere professionale<sup>177</sup>.

In questo contesto, il delitto di cui all'art.613 bis c.p., benché indispensabile, non soltanto per il corretto adempimento degli obblighi internazionali ma anche per l'insostituibile funzione general preventiva che assolve, appare, infatti, inidoneo ad eradicare il problema della tortura<sup>178</sup> che, alla luce di quanto espresso dall'Enciclopedia di Stanford, potrà trovare risoluzione soltanto nell'ipotesi in cui "la comunità e la leadership politica e organizzativa siano fortemente contrarie alla tortura, gli agenti di polizia e gli altri attori istituzionali pertinenti siano adeguatamente istruiti e formati e siano messi in atto severi meccanismi di responsabilità, ad esempio, la videoregistrazione dei colloqui, l'inserimento di telecamere a circuito chiuso nelle celle, la predisposizione di organi di controllo esterni"<sup>179</sup>, nonché, secondo quanto proposto da una parte della dottrina e dal CPT, l'assegnazione di un numero identificativo<sup>180</sup> agli agenti e l'introduzione delle cd. "body cam"<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> *European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, Report to the Italian Government on the periodic visit to Italy carried out by the European Committee for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). From 28 March to 8 April 2022*, in *Sistema penale*, 28 marzo 2023; TACCONI C., *Abrogare il delitto di tortura? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, nota a *Corte EDU, Sez. V*, 16 febbraio 2023, *Ochigava c. Georgia*, in *Sistema Penale*, 14 aprile 2023, p. 3

<sup>177</sup> ANTONUCCI C., BRIOSCHI F., PATERNITI MARTELLO C., *La tortura nell'Italia di oggi*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 15 luglio 2020, p. 54 ss.; COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura*, cit., p. 738; CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo*, cit.

<sup>178</sup> CORNELLI R., *Sostenere l'insostenibile*, cit., p. 749

<sup>179</sup> COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura*, cit., p. 742

<sup>180</sup> PAVARIN G.M., *A proposito di carcere, uso della forza e tortura*, in *Sistema Penale (Web)*, 6 luglio 2023, p. 8

<sup>181</sup> COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura*, cit., p. 742; *European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, Report to the Italian Government*, cit.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 348

#### 4. Prospettive di riforma

In prospettiva riformistica si muove, invece, il Disegno di legge n. 661 che, presentato in Senato il 13 aprile del 2023, su iniziativa della Senatrice Bilotti, aveva l'obiettivo di correggere, attraverso l'introduzione di "specifiche modifiche al testo dell'art. 613 bis c.p."<sup>182</sup>, "le storture"<sup>183</sup> della disposizione, recependo, al contempo, "l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario"<sup>184</sup>.

Sotto il primo profilo, il Disegno di legge mirava, in particolare, all'espunzione, dal primo comma dell'art.613 bis c.p., dell'aggettivo "gravi" che, riferito tanto violenze quanto alle minacce, appariva "ultroneo"<sup>185</sup> a causa della tendenziale inidoneità delle condotte cd. lievi a produrre l'evento richiesto dalla disposizione. Sotto il secondo profilo, il progetto si proponeva, invece, l'obiettivo di recepire, da un lato, l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 47079 del 2019 che, nell'esprimersi in ordine al requisito della verificabilità del trauma psichico aveva ritenuto potersi prescindere dall'accertamento peritale in presenza di elementi sintomatici del trauma, "ricavabili dalle dichiarazioni della vittima, dal suo comportamento successivo alla condotta e dalle concrete modalità di quest'ultima"<sup>186</sup> e, da altro lato, l'indirizzo espresso con sentenza n. 50208 del 2019, prevedendo, accanto al requisito della "pluralità della condotta", l'elemento della "contestualità" spazio-temporale ("se il fatto è commesso mediante più condotte, anche se tenute nel medesimo contesto cronologico"<sup>187</sup>).

Le modifiche più rilevanti avrebbero, tuttavia, dovuto interessare, nelle intenzioni dei proponenti, il secondo comma dell'art.613 bis c.p., che, nel tipizzare la cd. "tortura di Stato",

---

<sup>182</sup> Fascicolo Iter. DDL S. 661, in *Senato della Repubblica, XIX Legislatura*, 11 agosto 2024, p. 4

<sup>183</sup> *Ibidem*

<sup>184</sup> *Ibidem*

<sup>185</sup> Fascicolo Iter. DDL S. 661, in *Senato della Repubblica, XIX Legislatura*, 11 agosto 2024, p. 5

<sup>186</sup> *Ibidem*

<sup>187</sup> Fascicolo Iter. DDL S. 661, in *Senato della Repubblica, XIX Legislatura*, 11 agosto 2024, p. 6

non consentiva di chiarire se quest'ultima configurasse un'autonoma ipotesi di reato, ovvero una circostanza aggravante, suscettibile, in quanto tale, di essere elisa per effetto dell'operatività dell'art.69 c.p..

Il progetto in esame, nel propendere a favore della prima alternativa, interveniva anche sul testo della disposizione prevedendo, da un lato, l'esclusione della locuzione "con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio"<sup>188</sup>, ritenuta superflua a causa dell'elevato grado di offensività della condotta e, da altro lato, l'abrogazione del terzo comma dell'art.613 bis c.p. che, nel prevedere una causa di esclusione della tipicità, appariva, in accordo alla prevalente dottrina, "distonico rispetto a quanto già previsto dal codice"<sup>189</sup> e, in particolare, dagli artt.51, 52, 53 e 54 c.p..

La proposta in esame, benché meritevole nelle intenzioni, finiva, tuttavia, per appesantire ulteriormente il testo di una disposizione di già difficile comprensione.

In questo contesto, la necessità di recuperare la funzione propriamente orientativa del diritto penale impone di pervenire all'elaborazione di una fattispecie che, conformemente a quanto previsto dall'art.25 Cost., sia rispettosa dei principi di determinatezza e precisione.

In questa prospettiva, com'è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, merita, in primo luogo, di essere rimarcato come "l'enorme potenza evocativa della parola tortura"<sup>190</sup> se, da un lato, osta alla creazione di norme meramente simboliche, da altro lato, impone l'adozione di una disposizione che non sia soltanto incisiva ma, soprattutto, selettiva<sup>191</sup>, così, prevenendo l'inclusione di condotte che, benché odiose, non corrispondano al significato proprio del termine.

---

<sup>188</sup> *Ibidem*

<sup>189</sup> *Ibidem*

<sup>190</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 351

<sup>191</sup> SACCARDI I., *Profili comparatistici del delitto di tortura: uno sguardo all'Europa*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 14/2022, p. 236; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 351

Infatti, se si considera che l'effettività di un divieto dipende non tanto, e non soltanto, dalla certezza della pena, quanto, piuttosto, dalla sua capacità stigmatizzante, appare evidente come qualunque costrutto giuridico non possa prescindere dallo studio “della dimensione empirico-sociale del crimine”<sup>192</sup>.

In questo contesto, mentre una parte della dottrina ha evidenziato come la storia della tortura non possa non coincidere con la storia del “pervertimento del rapporto tra l'autorità e l'individuo”<sup>193</sup>, un'altra parte della letteratura ha, al contrario, sottolineato come quest'ultima, bandita dal terreno della legalità, abbia trovato espressione anche all'interno dei rapporti privatistici<sup>194</sup>, ove l'offesa “al rapporto di affidamento, custodia, protezione o comunque di tutela”<sup>195</sup>, finisce per delineare un'ipotesi qualificata di maltrattamenti<sup>196</sup>.

Tuttavia, mentre nel primo caso, l'essenza della tortura risiede non tanto, e non soltanto, nella lesione della dignità dell'individuo quanto, piuttosto, nel tradimento della funzione pubblica, che diviene lo strumento attraverso il quale perseguire finalità ulteriori<sup>197</sup>, nel secondo caso, l'offesa si esaurisce nella lesione della dignità della vittima, essendo ininfluenti la finalità perseguite dal soggetto agente<sup>198</sup>.

Da quanto esposto deriva, com'è stato autorevolmente evidenziato in dottrina, una duplice conseguenza: da un lato, il pubblico ufficiale che agisca per finalità diverse da quelle individuate dalla CAT non potrà essere perseguito per il reato “proprio” di tortura<sup>199</sup>, essendo

---

<sup>192</sup> FORTI G., *L'immane concretezza*, cit., p. 88

<sup>193</sup> DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano*, cit., p. 5; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 354; SERGES G., *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela “fisica e morale” della persona umana “sottoposta a restrizione di libertà”*, in *Costituzionalismo (Web)*, 2/2015, p. 22

<sup>194</sup> VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 settembre 2014, p. 7

<sup>195</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 4

<sup>196</sup> *Ibidem*

<sup>197</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 5

<sup>198</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 4

<sup>199</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 5

assente il requisito del pervertimento della funzione, e, da altro lato, la tortura cd. “comune”, lungi dal costituire un’ipotesi meno grave della cd. tortura “propria”, assume, in realtà, un significato diverso nel quale muta, non soltanto la qualifica soggettiva dell’agente ma anche l’elemento del dolo e il bene giuridico offeso<sup>200</sup>.

Tale diversità, già illustremente evidenziata durante l’indagine conoscitiva svoltasi il 22 ottobre del 2014, in relazione alle proposte di legge C.189, C.276, C.588, C.979, C.1499 e C.2168, impone, secondo la prevalente dottrina, l’elaborazione di due diverse fattispecie che, benché inevitabilmente dotate di elementi comuni, siano chiaramente distinguibili nelle modalità<sup>201</sup>.

In altre parole, mentre l’evento del reato non potrà che consistere nell’inflizione di “gravi sofferenze fisiche o mentali”, secondo la definizione offerta dalla CAT, la condotta richiederà, al contrario, di essere attentamente calibrata in relazione alla diversa qualifica del soggetto agente.

Sotto questo profilo, occorre, in primo luogo, rilevare come, se da un lato, le nozioni di violenza e minaccia, appaiano agevolmente riferibili alla condotta del soggetto privato, in quanto connotanti comportamenti già di per sé illeciti, da altro lato, sollevino non poche difficoltà se riferite al soggetto pubblico, il quale, entro i limiti previsti dalla legge, risulta, per converso, legittimato all’uso della forza<sup>202</sup>.

In questo contesto, al fine di scongiurare l’inserimento di incongrue clausole di esclusione della tipicità, appare, pertanto, preferibile, com’è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, procedere alla configurazione della condotta tipica attraverso il riferimento all’“abuso dei poteri ovvero alla violazione dei doveri”, nozioni che, lette nell’ambito dell’attuale panorama normativo, consentono di identificare le condotte concretamente punibili, tra le quali non

---

<sup>200</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 5; DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano*, cit., p. 6; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 354

<sup>201</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 6

<sup>202</sup> *Ibidem*

possono che rientrare, in virtù di quanto previsto dall'art.53 c.p., anche tutti i casi di illegittimo uso della forza<sup>203</sup>.

Inoltre, a differenza della tortura “comune”, il reato proprio impone l'individuazione di un ulteriore meccanismo di selezione che, conformemente a quanto previsto a livello sovranazionale, merita di essere individuato nella previsione del dolo specifico.

Il disvalore della tortura “di Stato” risiede, infatti, com'è già stato anticipato, non tanto nella lesione della dignità dell'individuo quanto, piuttosto, nella compromissione del rapporto tra lo Stato e il cittadino, determinato dal pervertimento della funzione che diviene lo strumento per raggiungere finalità punitive, giudiziarie ovvero discriminatorie<sup>204</sup>.

In questa prospettiva, risulta, peraltro, meritevole la formulazione dell'art.1 CAT che, nel riferirsi alla finalità “*di ottenere (dalla vittima) o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione*”, appare inglobare, a discapito del suo carattere meramente esemplificativo, tutti casi di tortura cd. “pubblica”, fatta eccezione per l'ipotesi in cui quest'ultima sia commessa per mero sadismo<sup>205</sup>.

Sotto questo profilo, al di là delle difficoltà insite nell'immaginare che, in sede giudiziaria, un pubblico ufficiale, accusato di tortura, possa difendersi dicendo “Guardi che io l'ho fatto per istinto sadico sa? Non l'ho fatto mica per punire”<sup>206</sup>, la marginalità dell'ipotesi, appare,

---

<sup>203</sup> Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani, cit., p. 7

<sup>204</sup> DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano*, cit., p. 5; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 15

<sup>205</sup> Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani, cit., p. 12

<sup>206</sup> Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani, cit., p. 14

agevolmente perseguibile attraverso altri reati (quali, ad esempio, artt.581, 582, 610, 612 c.p.), eventualmente aggravati ex art. 61, n.4 e n.9 c.p.<sup>207</sup>.

La tortura “propria” diverrebbe, in tal modo, un reato di evento a forma libera in cui la carente tassatività dell’evento, imposta dalla necessità di attribuire rilievo a qualunque sofferenza che, oltre a caratterizzarsi sotto il profilo dell’intensità, costituisca la diretta conseguenza della condotta dell’agente, sembra poter essere “simmetricamente compensata”<sup>208</sup> sotto il profilo soggettivo, ove l’inserimento, da un lato, del dolo specifico e, da altro lato, del dolo intenzionale concorre all’individuazione delle condotte tipiche e all’esclusione di tutti quei comportamenti che, benché eventualmente rilevanti alla stregua di altre disposizioni di parte speciale, non siano idonei ad integrare il reato di tortura<sup>209</sup>.

Sotto il profilo sanzionatorio, la prevalente dottrina propone, invece, al fine di prevenire il ricorso ai cd. “meccanismi di fuga dalla sanzione” che esporrebbero il nostro ordinamento a censure di inadeguatezza rispetto agli obblighi sovranazionali<sup>210</sup>, la pena della reclusione da cinque a dodici anni<sup>211</sup>.

La disposizione apparirebbe, pertanto, così formulata:

*“Il PU o l’incaricato di pubblico servizio che, abusando dei poteri o violando i doveri, intenzionalmente cagiona a taluno gravi sofferenze fisiche o psichiche, al fine di al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per*

---

<sup>207</sup> VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 24

<sup>208</sup> Commissione II Giustizia, *Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 5; PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male*, cit., p. 15

<sup>209</sup> MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 11; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 354; VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 24

<sup>210</sup> SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 352

<sup>211</sup> VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 25

*qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, è punito con la pena della reclusione da cinque a dodici anni*<sup>212</sup>.

Peraltro, allo scopo di stimolare un'attività di effettivo controllo e di contrastare l'insorgere di comportamenti di tacita connivenza, una parte della dottrina propone l'inserimento di un autonomo reato "di agevolazione colposa per omesso controllo" che, analogamente a quanto previsto dall'art.57 c.p., punisca, ancorché in diversa misura, il superiore gerarchico che (all'infuori dei casi di concorso nel reato) colposamente, ovvero in violazione dei doveri di vigilanza o controllo, favorisca, o non ostacoli, la realizzazione del reato di tortura<sup>213</sup>.

Mentre in relazione all'introduzione del reato "proprio" di tortura si riscontra la quasi unanimità dei consensi in dottrina, non analogamente avviene in relazione all'introduzione del reato "comune" che, secondo una parte della letteratura, potrebbe essere pacificamente ricompreso sotto l'ombrello dell'art.572 c.p..

L'impostazione in esame, avvalorata dalla circostanza che un numero considerevole di casi di tortura tra privati trova realizzazione in contesti a carattere pseudo-familiare, omette, tuttavia, di considerare come il fenomeno, lungi dall'esaurirsi in questi ultimi, trovi, in realtà, concretizzazione anche in contesti in cui non soltanto manca l'elemento dell'abitudine ma anche qualsivoglia rapporto tra i soggetti<sup>214</sup> che, non infrequentemente, sono giovanissimi<sup>215</sup>.

Quanto esposto consente, pertanto, di comprendere le ragioni per le quali una parte della dottrina sostiene la necessità di prevedere, accanto alla fattispecie propria del pubblico ufficiale,

---

<sup>212</sup> Commissione II Giustizia, *Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 1 ss.; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 352; VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 25

<sup>213</sup> COLELLA A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 14; SCAROINA E., *Il delitto di tortura*, cit., p. 356

<sup>214</sup> Polizia di Stato, *Varese, spaccio di droga e torture, 26 misure cautelari*, in *Archivio comunicati stampa (Web)*, 27 giugno 2023

<sup>215</sup> Polizia di Stato, *Taranto: la Polizia di Stato ha eseguito numerosi provvedimenti di fermo ad un gruppo di adolescenti per tortura e sequestro di persona*, in *Archivio comunicati stampa (Web)*, 30 aprile 2019; Polizia di Stato, *Sequestro di persona, tortura e sevizie, 4 arresti a Catanzaro*, in *Archivio comunicati stampa (Web)*, 21 dicembre 2022; Polizia di Stato, *Verona, denuncia una gang di giovani: ragazzo di 20 anni viene rapito e poi torturato per una notte*, in *Archivio comunicati stampa (Web)*, 11 settembre 2023

anche una fattispecie comune che, diversamente dalla prima, punisca la condotta di tortura indipendentemente dalla finalità perseguita dall'agente, che nella tortura comune non solo non ha ma non può neanche avere, alcun valore selettivo<sup>216</sup>.

In questo contesto, com'è stato autorevolmente sottolineato in letteratura, la connotazione della condotta mediante le nozioni di violenza o minaccia non pone particolari problemi, costituendo, queste ultime, non soltanto le più tipiche modalità di realizzazione del fatto ma anche figure già ampiamente note al diritto penale<sup>217</sup>.

Sotto questo profilo, al fine di scongiurare incongrui dubbi sull'uso del plurale di cui si avvale l'attuale formulazione dell'art.613 bis c.p., sembra, tuttavia, preferibile declinare le condotte al singolare con la precisazione che, onde prevenire la bagatellizzazione del reato, ovvero la creazione di ingiuste forme di responsabilità oggettiva, la minaccia dovrà essere connotata da "gravità"<sup>218</sup>, ossia caratterizzata dalla particolare intensità del male minacciato, avendo riguardo a tutte le circostanze oggettive e soggettive che connotano il fatto concreto.

L'esistenza delle torture cd. "no-touch" ha, peraltro, condotto una parte della dottrina ad estendere il novero delle condotte tipiche fino a ricomprendervi non soltanto la violenza cd. "impropria" che, com'è stato illustremente sottolineato durante i lavori preparatori della legge n.110 del 2017, per le sue peculiarità richiederebbe, ex art.25 Cost., espressa menzione<sup>219</sup>, ma anche qualsiasi altro atto che si realizzi "comunque"<sup>220</sup> in violazione degli obblighi di protezione e tutela, così, ricomprendendovi anche tutti i casi di maltrattamento cd. "qualificato"<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> BONDÌ G., *L'art. 613 bis c.p. e gli obblighi positivi di tutela nella CEDU. Sull'identità autonoma o circostanziale della tortura pubblica*, in *Giurisprudenza penale (Web)*, 7-8, 5 agosto 2024, p. 24; *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico*, p. 5; DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario*, cit., p. 21

<sup>217</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani*, cit., p. 5

<sup>218</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani* cit., p. 14

<sup>219</sup> *Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani* cit., p. 6

<sup>220</sup> *Ibidem*

<sup>221</sup> *Ibidem*

La tortura comune punirebbe, pertanto, con la pena della reclusione da quattro a dieci anni<sup>222</sup>, “*chiunque con violenza, anche impropria, minaccia grave, ovvero comunque in violazione degli obblighi di protezione e di tutela, cagiona a taluno gravi sofferenze fisiche o psichiche*”<sup>223</sup>. Appare evidente come, in questo contesto, la fattispecie, scevra da elementi di natura prettamente valutativa, finisca per prescindere anche dall’incongrua elencazione dei soggetti passivi che, conformemente a quanto previsto a livello internazionale, non possono determinare la diversa configurazione giuridica del fatto<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura*, cit., p. 25

<sup>223</sup> Commissione II Giustizia, *Resoconto stenografico*, p. 1 ss.

<sup>224</sup> COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura*, cit., p. 10; LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., p. 698; MARCHI I., *Il delitto di tortura*, cit., p. 158; RAMPONE J. M., *Reato di tortura*, cit., p. 15; SCIALLA C., *L’inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, cit., p. 111

## Conclusioni

L'analisi svolta ha consentito di evidenziare i limiti dell'art.613 bis c.p. che, a quasi quarant'anni dalla ratifica della CAT, continua ad animare il dibattito politico.

La disposizione, sintomo della colpevole deresponsabilizzazione del potere legislativo, appare, infatti, un groviglio di elementi valutativi ed indeterminati, nel quale le esigenze di conoscibilità del precetto, da un lato, e di prevedibilità della pena, da altro lato, appaiono istanze di problematica realizzazione.

In un contesto in cui la determinatezza viene valutata non più *ex post*, per effetto dell'opera interpretativa del giudice, ma *ex ante*, sulla base della lettera della legge, il tentativo, pur apprezzabile, di preservare l'operatività della fattispecie, sottraendola al vaglio di legittimità costituzionale, rischia, infatti, di tradursi in uno strumento di arbitrio che, contravvenendo al divieto di analogia in *malam partem*, finisce per determinare l'indebita compressione della libertà dei singoli.

In questa prospettiva, la non percorribilità delle impostazioni di "nuova" legalità che, nell'attribuire un ruolo di supplenza all'attività interpretativa del giudice, implicano un ripensamento del principio di separazione dei poteri, impone di pervenire, com'è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, all'elaborazione di una nuova fattispecie che, conformemente a quanto previsto dalla Carta costituzionale, appaia idonea, non soltanto a circoscrivere l'operato del giudice ma anche a dispiegare efficacia concretamente orientativa.

Sotto questo profilo, se, da un lato, occorre salutare con favore l'intervento con il quale il Ministro della Giustizia, On. Carlo Nordio, ha dichiarato di voler intervenire sul testo della disposizione nell'obbiettivo di conformarla, non soltanto al quadro costituzionale ma anche a quello internazionale, da altro lato, suscita qualche riserva la scelta di procedere alla

congiunzione dei disegni di legge n. 661 e n. 341 che, realizzata il 2 agosto del 2023, rischia di tradursi nella definitiva abrogazione del reato.

Se è “sul reato di tortura che si misura la credibilità”<sup>1</sup> dello Stato, non resta, pertanto, che auspicarsi che le parole di Beccaria possano costituire il “faro” dell’attesa riforma.

*“Fate che le leggi sian chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di essa sia impiegata a distruggerle. Fate che gli uomini le temano, e temano esse sole”<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> BULTRINI A., DE SENA P., DI ROBILANT F., LATTANZI F., NESI G., PADOVANI T., ZAGREBELSKY V., *Sul reato di tortura si misura la nostra credibilità*, cit.

<sup>2</sup> BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, Livorno, cap. XXXVIII, p. 101



## **Bibliografia**

AIMI A., *La mancata punizione dei torturatori di Bolzaneto: una nuova macchia sulla “fedina convenzionale” dello Stato italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2018, p. 351 ss.

ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale II*, 2<sup>a</sup> edizione, Milano, 2021, p. 285 ss.

AMATO S., *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 *Diritto penale e uomo*, 6/2021, p.1 ss.

AMATO S., PASSIONE M., *La legge italiana: un profilo giuridico*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2018, p. 51 ss.

ANDOLFATTO E., *Le Sezioni Unite su crudeltà e dolo d’impeto (e assieme, una robusta “tirata d’orecchie” ai giudici di merito sullo stile della motivazione)*, nota a *Cass. Sez. Un.*, 23 giugno 2016, n. 40516, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 24 ottobre 2016

ANTONUCCI C., BRIOSCHI F., PATERNITI MARTELLO C., *La tortura nell’Italia di oggi*, in *www.antigone.it*, 15 luglio 2020, p. 4 ss.

BALLERINI A., *Tortura: una legge tutta da rifare*, in *Osservatorio diritti (Web)*, 11 luglio 2017

BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema Penale*, 3/2020, p. 143 ss.

BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2020, p. 157 ss.

BATTARINO G., *Il reato di tortura: concretezza dei fatti, necessità della fattispecie*, nota a *Trib. Siena, n. 211/2023 del 9 marzo-5 settembre 2023*, in *Questione giustizia (Web)*, 12 dicembre 2023

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, Livorno, p. 1 ss.

BELFIORE E. R., *L'introduzione del delitto di tortura*, in *Archivio penale*, 2018, p. 295 ss.

BERNARDI S., *Carcere e tortura: la Cassazione si esprime (in sede cautelare) sui fatti di Santa Maria Capua Vetere*, nota a *Cass. pen., Sez. V*, 9 novembre 2021, n. 8973, in *Sistema Penale (Web)*, 5 aprile 2022

BOBBIO N., *Analogia*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. I, Torino, 1974

BONDI G., *L'art.613 bis c.p. e gli obblighi positivi di tutela nella CEDU. Sull'identità autonoma o circostanziale della tortura cd. pubblica*, in *Giurisprudenza penale (Web)*, 5 agosto 2024, p. 1 ss.

BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia in materia penale*, Bari, 2023, p.1 ss.

BONOMI A., *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in *Rivista AIC*, 4/2020, p.140 ss.

BONOMI A., *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC (Web)*, 1/2018, p. 1 ss.

BOTTO M., *Malum in se. L'intrinseca incompatibilità tra stato di diritto e tortura legale*, in *Diritto penale e uomo*, 2/2020, p. 58 ss.

BOTTO M., *Rape as torture: il contrasto alla violenza di genere che passa attraverso la proibizione della tortura*, in *Criminalia*, 2023, p. 259 ss.

BULTRINI A., DE SENA P., DI ROBILANT F., LATTANZI F., NESI G., PADOVANI T., ZAGREBELSKY V., *Sul reato di tortura si misura la nostra credibilità*, in *La Repubblica*, 22 giugno 2017

BUZZI F., *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento e alla quantificazione della "sofferenza morale"?*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2010, p. 1 ss.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Volume II. I reati contro la persona. Tomo II. Reati contro i soggetti deboli*, 3<sup>a</sup> edizione, Padova, 2023, p. 271 ss.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2<sup>a</sup> edizione, Bologna, 2017, p. 97 ss.

CANTARELLA E., *La chiamavano Basanos la tortura nell'antica Grecia*, in *Criminalia*, 2012, p. 19 ss.

CANTISANI C., *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in *La legislazione penale (Web)*, 28 aprile 2022, p.1 ss.

CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofiliachia*, in *Sistema penale (Web)*, 29 giugno 2022, p. 1 ss.

CAPUTO A., FIDELBO G., *Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e “nuova” legalità*, in *Sistema Penale*, 3/2020, p. 91 ss.

CARNEVALE S., *Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali*, in *Criminalia*, 2019, p. 325 ss.

CASALE P. P., *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Archivio penale*, 2017, p. 620 ss.

CINGARI F., PAPA M., VALLINI A., *Lezioni di diritto penale. Parte sociale. Delitti contro la persona, delitti contro la pubblica amministrazione, delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 2<sup>a</sup> edizione, Torino, 2021, p. 88 ss.

COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale parte speciale I. I reati contro le persone*, Padova, 2014, p. 418 ss.

COCCO G., *La questione del delitto e del bando della tortura negli stati di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 738 ss.

COLELLA A., *I fatti della Diaz davanti ai giudici nazionali (mentre si profila l'eventualità di un ricorso alla corte di Strasburgo)*, in *Il Corriere del Merito*, 6/2009, p. 665 ss.

COLELLA A., *Il nuovo delitto di tortura. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018"*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 26 aprile 2018

COLELLA A., *Il nuovo delitto di tortura. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018"*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 26 aprile 2018, p. 1 ss.

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

COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019, p. 811 ss.

COLELLA A., *La sentenza di condanna del Tribunale di Siena sui fatti di tortura nel carcere di San Gimignano*, nota a *Trib. Siena, Sez. Penale*, 9 marzo 2023, n. 211, in *Sistema Penale (Web)*, 25 settembre 2023

COLELLA A., *Pronunciandosi per la prima volta nel merito sull'art.613 bis c.p., la Cassazione aderisce alla tesi della tortura c.d. Stato come fattispecie autonoma di reato*, nota a *Cass. Pen., Sez. III*, 25 maggio 2021, n.32380, in *Sistema Penale (Web)*, 12 aprile 2022

*Commissione II Giustizia, Resoconto stenografico. Audizione di Tullio Padovani, ordinario di diritto penale presso la Scuola superiore S. Anna di Pisa, e di rappresentanti dell'Associazione nazionale magistrati*, in *Camera dei Deputati*, 22 ottobre 2014, p. 4

CONTINIELLO A., CHIARINI G., *Anatomia del reato di Tortura. Riflessi attuali e conseguenze processuali*, in *Giurisprudenza Penale (Web)*, 1/2019, p. 1 ss.

*Convenzione ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti inumani o degradanti*, New York, 10 dicembre 1984, in *Gazzetta Ufficiale*, 1989, n.93

CORBETTA S., *Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 6/2022, p. 736 ss.

CORNELLI R., *Prima indagine sul personale lombardo della Polizia Penitenziaria (PolPenXXI)*, in *Sistema Penale (Web)*, 6 dicembre 2022

CORNELLI R., *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2023, p. 745 ss.

COSTANTINI A., *Il nuovo delitto di tortura (art. 613-bis c.p.)*, in *Studium iuris*, 1/2018, p. 1 ss.

DAMAŠKA M. R., *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in *Criminalia*, 2012, p. 27 ss.

DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2019, p. 105 ss.

DE MAGLIE C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *Criminalia*, 2022, p. 43 ss.

DE SALVATORE G., *L'incidenza degli "atti atipici di tortura" sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'assise di Lecce*, in *Cassazione penale*, 12/2017, Vol. 57, p. 4526 ss.

DI MUZIO F., *L'inderogabilità del divieto di tortura. La Corte Edu torna sui fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Il penalista (Web)*, 6 ottobre 2017

DI TERLIZZI V., *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, in *Archivio penale (Web)*, 2/2023, p. 1 ss.

DOLCINI E., *La proposta di legge Vietri e i tormentati destini delle incriminazioni della tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 729 ss.

DOLCINI E., *Brevi note sulla tortura nel codice penale italiano (art.613 bis c.p.)*, in *Sistema penale (Web)*, 23 luglio 2024, p. 1 ss.

DONINI M., *Lettura critica di Corte Costituzionale n.115/2018*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 11 luglio 2018, p. 1 ss.

*European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, Report to the Italian Government on the periodic visit to Italy carried out by the European Committee for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). From 28 March to 8 April 2022*, in *Sistema penale*, 28 marzo 2023

FALCINELLI D., *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, in *Archivio penale (Web)*, 3/2017, p. 1 ss.

FANOLI F., *Gli elementi costitutivi del reato di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista penale*, 2020, p. 927 ss.

*Fascicolo Iter DDL S. 341*, in *Senato della Repubblica, XIX Legislatura*, 16 novembre 2022, p.1 ss.

*Fascicolo Iter. DDL S. 661*, in *Senato della Repubblica, XIX Legislatura*, 11 agosto 2024, p. 1 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Vol.II, 5<sup>a</sup> edizione, Bologna, 2020, p. 260 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> edizione, Bologna, 2019, p. 49 ss.

FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup> edizione, Milano, 2023, p. 75 ss.

FIORELLA A., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale. Estratto 2023 ad uso degli studenti Università degli Studi "Tor Vergata"*, Torino, 2023, p. 50 ss.

FIORIO C., URBINATI F., *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Archivio penale*, 1/2018, p. 95 ss.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 152 ss.

GARISTO F. R., *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*, nota a *Cass. pen., Sez. III*, 25 maggio 2021, n. 32380, in *Sistema penale (Web)*, 28 ottobre 2021.

GATTA G.L., *Usura: modificata la definizione legale del limite oltre il quale gli interessi si presumono usurari (D.L. n. 70/2011, conv. in L. 12 luglio 2011 n.106). Modificata dal 'decreto viluppo' la definizione legale di cui all'art.2, co.4 l. n. 108/1996, richiamata dll'art.644, co.3 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 15 luglio 2011

GIOSTRA G., *Rigurgito normativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2023, p. 733 ss.

GIUNTA F., *Sussidiario di diritto penale. Parte speciale*, in *Discrimen (Web) - testi ed ipertesti*, p.37 ss.

GIUNTA F., *Un diritto penale necessariamente e strettamente giurisprudenziale*, in *Discrimen (Web)*, 18 novembre 2022, p. 1 ss.

GIUNTA F., *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in *Discrimen (Web)*, 12 novembre 2020, p. 1 ss.

GONNELLA P., *Tortura, riformare la legge ora vuol dire affossare i processi*, in *www.antigone.it*, 13 ottobre 2023

GRAZIANI F., *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, ovvero del funambolismo e altri equilibrismi*, in *La Comunità Internazionale*, 3/2017, Vol. 72, p. 421 ss.

GRILLO P., *Nottambuli dalle mani lunghe: le Sezioni Unite si pronunciano sulla ricorrenza dell'aggravante della minorata difesa*, nota a *Cass. pen., Sez. Un.*, 15 luglio 2021, n. 40275, in *Diritto e Giustizia (Web)*, 9 novembre 2021

GRIMALDI N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura*, nota a *Cass. pen., Sez. V*, 20 novembre 2019, n. 47079, in *Cassazione penale*, 6/2020, p. 2340 ss.

GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4<sup>a</sup> edizione, Milano, 2023, p. 45 ss.

IEVOLELLA A., *Rapina ai danni di un anziano: l'età non è sufficiente per provare la minorata difesa*, nota a *Cass. pen. Sez. II*, 28 aprile 2023, n.31776, in *Diritto e Giustizia (Web)*, 24 luglio 2023

INGRAO C., *La cd. Tortura di Stato. Natura del reato ed elementi costitutivi*, nota a *Trib. Siena* 9 marzo 2023, n.211, in *Il penalista (Web)*, 8 novembre 2023

INGRAO C., *Tortura*, in *Il penalista (Web)*, 25 settembre 2017

INGRAO C., *Tortura. Reato abituale o permanente?*, in *Il penalista (Web)*, 25 ottobre 2017

INGRAO C., *Violazione del divieto di tortura: l'Italia condannata dalla Corte Edu per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Il penalista (Web)*, 30 settembre 2015

*Legge* 14 luglio 2017, n.110, in *Gazzetta Ufficiale*, 18 luglio 2017

LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. I delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Vol. V, Milano, 2022, p. 648 ss.

LA ROSA E., *È giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di tortura? Luci e ombre di un provvedimento da troppo tempo atteso (col rischio di un'ennesima occasione mancata)*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani (Web)*, 3/2017, p. 360 ss.

LANZA G., *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 *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 28 febbraio 2016

LARIZZA S., *La problematica configurazione del delitto di tortura: da delitto a circostanza aggravante?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2023, p.1377 ss.

LAURITO A., *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Archivio penale (Web)*, 2/2017, p.1 ss.

LEOTTA C. D., *Ammissibile il concorso materiale tra maltrattamenti in famiglia e tortura privata*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/2022, p.197 ss.

LO MONTE E., *Verso la riscoperta del principio di legalità? Le nuove tendenze della giurisprudenza di legittimità dopo i "dettami" della Consulta*, nota a *Cass. pen., Sez. IV*, 24 febbraio 2022, n. 24772, in *Diritto penale e processo*, 4/2023, p. 545 ss.

LOBBA P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 10/2017, p. 181 ss.

LOMBARDI F., *La Corte di cassazione ribadisce il significato della locuzione “mediante più condotte” nell’ambito del delitto di tortura ex art. 613-bis c.p.*, nota a *Cass. Pen., Sez. V*, 7 settembre 2023, n. 36970, in *Giurisprudenza penale (Web)*, 16 ottobre 2023

LUCIANI M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 25 ottobre 2018, p.1 ss.

LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12/2022, p. 105 ss.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990

MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sistema penale*, 12/2022, p. 121 ss.

MALTESE D., *L’aggravante delle sevizie o della crudeltà*, in *Il foro italiano*, 7-8/2009, p. 397 ss.

MANCONI L., ANASTASIA S., CALDERONE V., *Pratica degli abusi e diritto debole. Le polizie, le illegalità e le carenze normative*, in *Criminalia*, 2015 p. 180

MANNAIOLI G., *La vaghezza linguistica come strategia implicita persuasiva e fenomeno di interfaccia tra semantica, sintassi e pragmatica. Esempi dal discorso pubblico contemporaneo in diverse lingue*, in *Quaderni di italiano linguadue*, Vol.XV, 2, 2023, p. 207 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, p. 78 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, 7<sup>a</sup> edizione, Milano, 2019, p. 290 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, 8<sup>a</sup> edizione, Padova, 2022, p. 405 ss.

MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale*, Padova, 2023, p. 3 ss.

MARCHESI A., *La punizione della tortura in Italia a vent'anni dai fatti di Genova*, in *Critica del diritto*, 1/2021, p. 12 ss.

MARCHI I., *Luci e ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 26 maggio 2014

MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo articolo 613-bis c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2017, p. 155 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, Vol.X, Milano, 2015, p. 597 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12<sup>a</sup> edizione, Milano, 2023, p. 79 ss.

MARINUCCI G., *Voce consuetudine*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milano, 1962, p. 512

MARTIELLO G., *“Vincolo testuale” ed interpretazione nel diritto penale: la necessità di una riconciliazione*, in *Criminalia*, 2022, p. 417 ss.

MELONI C., *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 751 ss.

MENTASTI G., *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art.613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, nota a G.i.p. Messina, 28 maggio 2020, in *Sistema Penale (Web)*, 2 ottobre 2020

MERLO A., *Non solo bullismo e maltrattamenti efferati: l'art. 613 bis c.p. punisce anche le torture subite dai detenuti del carcere di Santa Maria Capua Vetere*, in *Il Foro italiano*, 2/2022, p. 548 ss.

MERLO A., *Primo intervento della Cassazione sul reato di tortura in un caso di bullismo*, in *Il Foro italiano*, 2/2020, p. 161 ss.

MIRAVALLE M., *In Italia la tortura esiste. Lo dichiara anche la Corte europea dei diritti dell'Uomo. Commento alle sentenze sui casi di Asti e Bolzaneto*, in SBRACCIA A., VERDOLINI V. (a cura di), *Antigone. Semestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, Napoli, 2/2017, p. 179 ss.

MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 97 ss.

NEGRI S., *“Violazioni strutturali” e ritardo nell’esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e l’incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Diritto penale e processo*, 12/2016, p. 1657 ss.

NISCO A., *La tutela dell'integrità psichica*, Torino, 2012, p. 153 ss.

PADOVANI T., *Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti*, in *Guida al diritto*, 27 gennaio 2007, p. 1 ss.

PADOVANI T., *Adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, p. 27 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1993, p. 1 ss.

PADOVANI T., *Audizione avanti alla Commissione della Camera dei deputati*, in *Camera dei Deputati*, 22 ottobre 2014, p. 1 ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 41 ss.

PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9<sup>a</sup> edizione, Torino, 2023, p. 88 ss.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979

PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 57 ss

PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in DOLCINI E., PALIERO C.E., (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Vol. I, Milano, 2006, p. 531

PALAZZO F., *Legalità penale; considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 36, 2007

PAOLETTI E., COSTANTINI M. S., *Ventunesimo rapporto sulle condizioni di detenzione. Indagine sui procedimenti penali per tortura*, in *Rapporto Antigone (Web)*, 19 aprile 2024, p. 1 ss.

PAVARIN G. M., *Abolizione del reato di tortura: breve critica delle flebili ragioni di una discutibilissima proposta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2023, p. 759 ss.

PAVARIN G.M., *A proposito di carcere, uso della forza e tortura*, in *Sistema Penale (Web)*, 6 luglio 2023

PAZIENZA V., *L'aggravante della crudeltà ed i delitti commessi con dolo d'impeto*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*, 2016, p. 248 ss.

PELISSERO M., *Diritto penale. Appunti di parte generale*, 2<sup>a</sup> edizione, Torino, 2023, p. 25 ss.

PELISSERO M., *Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa*, in *Questione giustizia (Web)*, 12 luglio 2021

PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Diritto penale e processo*, 2/2018, p. 152 ss.

PIFFERI M., *Le insanabili antinomie della tortura*, in *La legislazione penale (Web)*, 9 settembre 2019, p. 1 ss.

PLEUTERI L., *Carcere di San Gimignano: "tortura di Stato" contro detenuto indifeso*, in *Osservatorio diritti (Web)*, 16 ottobre 2023

PLEUTERI L., *Reato di tortura anche nelle relazioni di coppia: lo stabilisce la Cassazione*, in *Osservatorio diritti (Web)*, 14 settembre 2021

PLEUTERI L., *Violenze nel carcere di Modena: per la procura è tutto da archiviare*, in *Osservatorio diritti (Web)*, 30 giugno 2023

PREZIOSI S., *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cassazione penale*, 4/2019, p. 1766 ss.

PREZIOSI S., *Il reato di tortura. Dalla giurisprudenza europea alla legge 110/2017*, in *Il penalista*, 29 settembre 2017

PUGIOTTO A., *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 389 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, 9<sup>a</sup> edizione, Torino, 2021, p.77 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale. Volume I. Tutela penale della persona*, 3<sup>a</sup> edizione, Torino, 2019, p. 258 ss.

PULITANÒ D., *Legalità penale e nomofilachia*, in *Sistema Penale*, 12/2022, p. 65 ss.

RAMPONE J. M., *Reato di tortura: l'Italia ha realmente adempiuto agli obblighi internazionali e costituzionali?*, in *Osservatorio AIC (Web)*, 3/2017, p. 1 ss.

RISICATO L., *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n.98/2021*, in *Discrimen (Web)*, 16 luglio 2021

RISICATO L., *L'abuso di autorità come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 10/2022, p. 2217 ss.

RISICATO L., *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Criminalia*, 2018, p. 351 ss.

RONCO M., *Alle origini del diritto penale moderno: dalla (falsa) proposta di un diritto penale dolce alla realtà di un diritto penale di ferro*, in *Archivio penale (Web)*, 2/2021, p. 1 ss.

SACCARDI I., *Profili comparatistici del delitto di tortura: uno sguardo all'Europa*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 14/2022, p. 201 ss.

SCAROINA E., *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018

SCEVIP., *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *La legislazione penale (Web)*, 6 novembre 2020

SCIALLA C., *L'inafferrabile reato di tortura nello spazio della detenzione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 4/2022, p. 87 ss.

SEMINARA S., FORTI G., *Commentario breve al codice penale*, edizione per prove concorsuali ed esami, Milano, 2022, p. 20 ss.

SERGES. G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento di imperio*, in AA. VV. (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, 2011, p. 215 ss.

SERGES G., *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizione di libertà"*, in *Costituzionalismo (Web)*, 2/2015, p. 1 ss.

SERRANÒ G., *L'introduzione del reato di tortura in Italia: alcune riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2018, p. 332 ss.

SIMION G., *Tortura di stato. Riflessioni ai margini delle prime sentenze di condanna nei confronti dei Pubblici Ufficiali*, in *Il penalista*, 11 marzo 2021

SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2017, p. 1346 ss.

SOTTILE L., *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. N.140/2021*, in *Osservatorio AIC (Web)*, 6/2021, p. 411 ss.

SPANGHER G., *Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni*, in *Criminalia*, 1/2023, p. 241 ss.

TACCONI C., *Abrogare il delitto di tortura? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, nota a *Corte EDU, Sez. V*, 16 febbraio 2023, *Ochigava c. Georgia*, in *Sistema Penale*, 14 aprile 2023

TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 169

TIRIGNO A., *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *Archivio penale (Web)*, 3/2018, p. 1 ss.

VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Milano, 2006, p. 59

VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Vol. 1, Milano, 2002

VIGANÒ F., *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 *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 9 aprile 2015

VIGANÒ F., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 settembre 2014, p. 1 ss.

VIGANÒ F., *Reati contro la persona*, Torino, 2022, p. 356 ss.

VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, 2011, Torino, p. 1 ss.

ZACCARIA G., *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 1550

ZACCARIA G., *Una “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sistema penale (Web)*, 12/2022, p. 11 ss.

ZIMBARDO P. G., *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2007, p. 132 ss.

ZIRULIA S., *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine. Riflessioni a margine delle sent. 24 giugno 2014, Alberti c. Italia e 1 luglio 2014, Saba c. Italia (in attesa della sentenza sui fatti del G8 di Genova 2001)*, in *Diritto penale contemporaneo (Web)*, 13 luglio 2014

## **Giurisprudenza**

### **Giurisprudenza nazionale – Corte di Cassazione**

*Cass. civ., Sez. II, 6 ottobre 1962, n. 2835, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 1970, n. 1428, in CED Cassazione 116888*

*Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 1971, n. 556, Rv. 119609*

*Cass. pen., Sez. VI (ud. 18 dicembre 1970), 20 febbraio 1971, n. 1587, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 1981, n. 5819, in CED Cassazione 149334*

*Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 1983, Presotto, in La giustizia penale, 1984, II, 387*

*Cass. pen. Sez. III, 24 novembre 1986, in Il foro italiano, Vol. 110, 1987, p. 289 ss.*

*Cass. pen., Sez. I, 6 ottobre 1987, n.747, Rv. 177452*

*Cass. pen., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 1894, Rv. 203808*

*Cass. pen., Sez. III, (ud. 3 luglio 1997), 3 ottobre 1997, n. 8953, in One legale*

*Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 1998, n. 6651, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 1998, n.4678, Rv. 213019*

*Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, Rv. 222519*

*Cass. pen., Sez. III, (ud. 22 aprile 2004), 8 giugno 2004, n. 534, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, 6 luglio 2006, n. 32006, Rv. 234785*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 11 dicembre 2007) 11 gennaio 2008, n.1476, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 7 febbraio 2008), 28 febbraio 2008, n.9075, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 18 giugno 2008), 14 ottobre 2008, n. 38711, in One legale*

*Cass. pen., Sez. Un., (ud. 18 dicembre 2008), 21 gennaio 2009, n. 2437, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 8819, Rv. 246160*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 21 gennaio 2010), 17 febbraio 2010, n.6417, in One legale*

*Cass. pen., Sez. Un., (ud. 21 gennaio 2010), 13 maggio 2010, n. 18288, in One legale*

*Cass. pen., Sez. IV, (ud. 20 aprile 2010), 8 giugno 2010, n.21799, in Diritto penale contemporaneo (Web), 15 dicembre 2010*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 17 marzo 2010), 30 giugno 2010, n. 24688, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 2 marzo 2010), 5 luglio 2010, n.25527, in One legale*

*Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, Rv. 248864*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 11 gennaio 2011), 28 febbraio 2011, n.7601, in One legale*

*Cass. pen., Sez. III, (ud. 18 ottobre 2011), 30 novembre 2011, n. 44408, in One legale*

*Cass. pen., 25 maggio 2011, n.20895, in Foro italiano, 2012, 3, 2, p. 158*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 9 maggio 2012), 18 giugno 2012, n. 24135, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 27 maggio 2011), 29 luglio 2011, n.30285, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 27 settembre 2011), 12 ottobre 2011, n.36779, in One legale*

*Cass. pen. Sez. VI, (ud. 21 maggio 2012), 27 luglio 2012, n. 30780, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud.16 maggio 2012), 22 agosto 2012, n. 33021, in One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, (ud. 23 ottobre 2012), 12 novembre 2012, n. 43800, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 19966, Rv. 256254*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 28 maggio 2013), 20 giugno 2013, n. 27163, in One legale*

*Cass. pen., Sez. III, (ud. 16 aprile 2013) 30 luglio 2013, n. 32928, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 24 ottobre 2013), 10 gennaio 2014, n.725, in One legale*

*Cass. pen. Sez., VI, (18 marzo 2014), 15 luglio 2014, n. 31121, in One legale*

*Cass pen., Sez. I, (ud. 5 giugno 2014), 2 ottobre 2014, n.40829, in One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 19 gennaio 2015) 7 maggio 2015, n. 18788, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 11 marzo 2015), 30 giugno 2015, n. 27235, in One legale*

*Cass. pen., Sez. Un., (ud. 23/06/2016), 29 settembre 2016, n. 40516, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 2 maggio 2016), 6 ottobre 2016, n.42309, in One legale*

*Cass. pen., Sez. IV*, 30 novembre 2016, n. 53343, *Rv.* 268697

*Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 16 febbraio 2017), 20 marzo 2017, n. 13431, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (ud. 2 marzo 2017), 7 aprile 2017, n. 17795, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (ud. 6 dicembre 2016), 8 maggio 2017, n.22194, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 20 aprile 2017), 22 maggio 2017, n. 25498, in *One legale*

*Cass. pen. Sez. V*, (ud. 3 aprile 2017), 19 luglio 2017, n. 33842, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. IV*, 5 ottobre 2017, n. 53570, *Rv.* 271259

*Cass. pen., Sez. I*, (ud. 18 maggio 2017), 7 novembre 2017, n. 50699 in *One legale*

*Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 28 settembre 2017), 20 novembre 2017, n. 52723, in *One legale*

*Cass. pen. Sez. IV*, (ud. 5 ottobre 2017), 27 novembre 2017, n. 53570, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 13 dicembre 2017), 24 gennaio 2018, n. 3356, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (ud. 26 febbraio 2018), 9 maggio 2018, n. 20480, in *One legale*

*Cass. pen. Sez. I*, (ud. 15 maggio 2018), 1 agosto 2018, n. 37317, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. II*, (ud. 23 gennaio 2019), 8 marzo 2019, n. 10222, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (ud. 21 febbraio 2019), 22 marzo 2019, n. 12796, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. II*, (ud. 7 marzo 2019), 29 marzo 2019, n.13795, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (ud. 30 gennaio 2019) 9 maggio 2019, n. 19962, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. VI*, (ud. 7 febbraio 2019), 9 maggio 2019, n. 19922, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (ud. 24 giugno 2019), 3 ottobre 2019, n. 40476, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. III*, (ud. 12 giugno 2019), 28 ottobre 2019, n. 43701, in *One legale*

*Cass. pen. Sez. V*, (ud. 8 luglio 2019), 20 novembre 2019, n. 47079, in *One legale*

*Cass. pen. Sez. V*, (ud. 11 ottobre 2019), 11 dicembre 2019, n. 50208, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. V*, (15 ottobre 2019), 16 gennaio 2020, n. 1555, in *One legale*

*Cass. pen. Sez. V*, (ud. 15 ottobre 2019), 4 febbraio 2020, n. 4755, in *One legale*

*Cass. pen., Sez. II, (7 novembre 2019), 10 aprile 2020, n.11959, in One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, (ud. 4 dicembre 2019), 15 aprile 2020, n. 12200, in One legale*

*Cass. pen., Sez. I, (ud. 23 gennaio, 2020), 11 maggio 2020, n. 14258, One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, (ud. 3 novembre 2020), 22 dicembre 2020, n. 37077, in One legale*

*Cass. pen., Sez. II, (ud. 23 settembre 2020), 31 dicembre 2020, n. 37865, in One legale*

*Cass. pen., Sez. III, (ud. 23 novembre 2020), 25 gennaio 2021, n. 2911, in One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, (ud. 6 ottobre 2020) 4 febbraio 2021, n. 4424, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 13 gennaio 2021), 1 marzo 2021, n. 8004, in One legale*

*Cass. pen. Sez. Un., (ud. 26 novembre 2020), 16 marzo 2021, n.10831, in Giurisprudenza penale (Web), 17 marzo 2021*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 14 gennaio 2021), 30 marzo 2021, n. 12051, in One legale*

*Cass. pen. Sez. VI, (ud. 16 marzo 2021) 21 giugno 2021, n. 24255, in One legale*

*Cass. pen. Sez. Un., (ud. 15 luglio 2021) 8 novembre 2021, n. 40275, in One legale*

*Cass. pen. Sez. II, (ud.1 dicembre 2021) 17 gennaio 2022 n. 1729, in One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, (ud. 28 ottobre 2021), 16 febbraio 2022, n. 5536, in One legale*

*Cass. pen. Sez. V, (ud. 9 novembre 2021) 16 marzo 2022, n. 8970, in One legale*

*Cass. pen. Sez. V, (ud. 9 novembre 2021) 16 marzo 2022 n. 8973, in One legale*

*Cass. pen., Sez. VI, (ud. 24 febbraio 2022) 28 giugno 2022, n. 24772, in One legale*

*Cass. pen. Sez. III, (ud. 16 marzo 2022) 5 luglio 2022, n. 25617, in One legale*

*Cass. pen. Sez. III, (ud. 25 maggio 2021) 5 luglio 2022, n. 32380, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 23 marzo 2023) 2 maggio 2023, n. 18075, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V (ud. 6 aprile 2023) 8 maggio 2023, n. 19374, in One legale*

*Cass. pen., Sez. V, (ud. 7 luglio 2023) 7 settembre 2023, n. 36970, in One legale*

### **Giurisprudenza sovranazionale – Corte di giustizia dell’Unione europea**

*Corte di giustizia, 16 marzo 2006, C-234/04, Kapferer, in One legale*

*Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento Olimpiclub s.r.l., in One legale*

*Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, C-507/08, Commissione contro Repubblica slovacca, in One legale*

*Corte di giustizia, Grande Sez., 8 settembre 2015, C-105/14, in One legale*

*Corte di giustizia, Grande Sez., 5 dicembre 2017, C-42/17, M.A.S. e M.B., in One legale*

### **Giurisprudenza nazionale – Corte Costituzionale**

*Corte Cost., (ud. 23 maggio 1961), 27 maggio 1961, n. 27, in One legale*

*Corte Cost., (ud. 28 giugno 1963), 9 luglio 1963, n.120, in One legale*

*Corte Cost., (ud. 17 marzo 1966) 23 marzo 1966, n.26, in One legale*

*Corte Cost., (ud. 10 dicembre 1970) 16 dicembre 1970, n. 191, in One legale*

*Corte Cost., (ud. 5 luglio 1971) 8 luglio 1971, n.168, in One legale*

*Corte Cost., (ud. 24 febbraio 1972) 3 marzo 1972, n. 42, in One legale*

*Corte Cost., (ud. 9 aprile 1981) 8 giugno 1981, n. 96, in One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 16 aprile 1982), 29 aprile 1982, n.79, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 2 giugno 1983), 13 giugno 1983, n. 170, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 27 giugno 1986), 7 luglio 1986, n. 171, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 23 marzo 1988), 24 marzo 1988, n.364, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 19 luglio 1989), 31 luglio 1989, n. 484, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 23 ottobre 1989), 25 ottobre 1989, n.487, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 11 giugno 1990), 14 giugno 1990 n.282, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 12 gennaio 1995), 27 gennaio 1995 n.31, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 6 febbraio 1995), 13 febbraio 1995, n. 34, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 11 luglio 2000), 17 luglio 2000, n.295, in *One legale*

*Corte Cost.*, 13 gennaio 2004, n. 5, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 8 marzo 2004), 12 marzo 2004, n. 91, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 8 novembre 2006), 23 novembre 2006, n.394, in *One legale*

*Corte Cost.* (ud. 19 giugno 2007), 24 luglio 2007, n.322, in *One legale*

*Corte Cost.*, 1 agosto 2008, n. 327, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 23 maggio 2012), 12 ottobre 2012, n.230, in *One legale*

*Corte Cost.*, 11 giugno 2014, n.172, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 13 gennaio 2016), 19 febbraio 2016, n.36, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 10 aprile 2018), 31 maggio 2018, n. 115, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 21 novembre 2018), 27 febbraio 2019, n. 24, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 18 novembre 2020), 23 dicembre 2020, n.278, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 14 aprile 2021), 14 maggio 2021, n.98, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 1 dicembre 2021), 24 gennaio 2022, n.17, in *One legale*

*Corte Cost.*, (ud. 20 settembre 2023), 27 settembre 2023, n. 192, in *One legale*

## **Giurisprudenza sovranazionale – Corte Europea dei diritti dell’uomo**

*Corte EDU, Sez. II, 18 ottobre 2001, n.31143/96, causa Indelicato c. Italia, in One legale*

*Corte EDU, Sez. II, 4 febbraio 2003, n.50901/99, causa Van der Ven c. Paesi bassi, in Ministero della Giustizia*

*Corte EDU, Sez.III, 15 settembre 2015, n.11353/06, causa Shishanov c. Repubblica di Moldavia, in Ministero della Giustizia*

*Corte EDU, Sez. II, 19 marzo 2013, n.43579/09, causa Riina c. Italia, in Ministero della Giustizia*

*Corte EDU, Sez. I, (ud.3 ottobre 2017) 26 ottobre 2017, n.1442/14, causa Blair e altri c. Italia, in One legale*

*Corte EDU, Sez. I, 26 ottobre 2017, nn. 28923/09 e 67599/10, causa Azzolina e altri c. Italia, in Ministero della giustizia*

*Corte EDU, Sez. I, 26 ottobre 2017, nn. 2539/13 e 4705/13, causa Cirino e Renne c. Italia, in Ministero della giustizia*

*Corte EDU, Sez. I, 22 giugno 2017, nn. 12131/13 e 43390/13, causa Bertesaghi Gallo e altri c. Italia, in Il penalista*

*Corte EDU, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/11, causa Cestaro c. Italia, in Ministero della giustizia*

### **Giurisprudenza nazionale – giurisprudenza di merito**

*Corte d' appello di Genova, (ud. 5 marzo 2010), 15 aprile 2011, in Diritto penale contemporaneo, 5 marzo 2010, p. 1 ss.*

*Corte d'appello di Genova, 18 maggio 2010, n. 1530, in Diritto penale contemporaneo, 18 maggio 2010, p. 298 ss.*

*Trib. Como, 27 aprile 2017, in Diritto penale contemporaneo, 23 febbraio 2018*

*Trib. Ferrara, 14 gennaio 2021, n. 11, in Questione giustizia (Web), 17 luglio 2021*

*Trib. Messina, 28 maggio 2020, n.149, in Sistema Penale, 2 ottobre 2020*

*Trib. Siena, (ud. 17 febbraio 2021), 7 maggio 2021, n. 58, in Questione giustizia (Web), 17 luglio 2021*

*Trib. Torino, 24 maggio 2023, in Sistema Penale, 20 giugno 2023*





## Ringraziamenti

Quando il 24 settembre del 2018, ho attraversato, per la prima volta, i corridoi del San Tommaso, non mi sarei mai immaginata quanto questo viaggio avrebbe potuto cambiarmi.

Ho imparato che è normale non sentirsi sempre adeguati, all'altezza, compresi ma ho anche imparato che le fragilità vanno accettate, che non tutti gli ostacoli sono insormontabili e che, nonostante tutto, vale sempre la pena lottare per ciò in cui si crede.

Al termine di questo percorso non posso non dedicare un pensiero a tutte le persone che, in un modo o nell'altro, mi sono sempre state accanto, trasformando questo sogno in realtà.

Desidero, in primo luogo, ringraziare *la mia relatrice*, la Prof.ssa Cristina De Maglie, che mi ha supportata e guidata, con inesauribile pazienza, in ogni fase di questo progetto.

Grazie per aver creduto in me fin dal primo giorno, per avermi spronata a ricercare sempre il senso più profondo delle cose e per tutti i preziosi consigli di cui farò, sicuramente, tesoro.

Un ringraziamento speciale dev'essere poi dedicato *ai miei genitori* che sono stati la forza e il cuore di questo viaggio. Grazie per avermi insegnato che niente è davvero impossibile, per aver creduto in me anche quando io non sapevo più come fare. Grazie per avermi sempre amata, sopportando i miei (numerosissimi) pianti e i miei malumori. Grazie per aver letto e riletto tutte queste pagine all'infinito.

Senza di voi niente di tutto questo sarebbe stato possibile.

Un grazie di cuore dev'essere poi riservato *a Federico* per essere stato, non soltanto un fratello ma anche un amico e un confidente. Con te al mio fianco non mi sono mai sentita sola. Grazie per aver sempre appoggiato ogni mia scelta e per essere, da sempre, la mia metà.

Ringrazio *i miei nonni* che per me saranno sempre e semplicemente "casa". Grazie per essere sempre stati il mio coraggio. Grazie per aver sempre visto una porta dove io, invece, vedevo solamente un muro. Grazie per l'amore e il supporto incondizionato. Siete inestimabili.

Ringrazio *Simone* per non aver mai smesso di credere in me, per essere sempre riuscito a trovare le parole giuste al momento giusto, per avermi regalato leggerezza anche quando mi sentivo persa. Grazie per essere sempre stato al mio fianco.

Un ringraziamento a parte dev'essere poi dedicato alle mie compagne di viaggio, *Alessandra, Tina ed Eugenia*. Grazie per essere state il mio punto di riferimento, per essere state, non soltanto “colleghe” ma, prima di tutto, amiche. Grazie per essere state folli quanto me, per aver condiviso risate, pianti e attacchi di isteria. Grazie per essere sempre state voi stesse e per aver sempre trovato il modo di trasformare ogni momento in un indimenticabile ricordo.

Grazie perché, senza le “Superchicche”, oggi niente sarebbe lo stesso.

Ringrazio *Gloria e Menny* che sono entrati nella mia vita quasi per caso e che l'hanno stravolta, rendendola unica. Grazie per ogni parola, per ogni gesto, per ogni abbraccio. Grazie per aver sempre avuto fiducia in me. Grazie per essere, semplicemente, famiglia.

Un immenso grazie dev'essere dedicato anche ai miei amici di sempre, *Caterina, Riccardo e Taysire*. Grazie per esserci stati in ogni piccola e grande tappa e per avermi insegnato che il tempo e la distanza non hanno alcun valore.

Desidero, infine, ringraziare di cuore tutta la mia *famiglia* e tutte le persone che, anche con un solo gesto, hanno fatto parte di questo piccolo, grande viaggio.

Questo traguardo è anche vostro.

