

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE (SCUOLA DI
GIURISPRUDENZA)



DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE (XV CICLO)

Curriculum in

ETICA E FILOSOFIA POLITICO-GIURIDICA

*L'inganno utilitaristico delle "ragioni" del
tormento: reificazione dell'umano e deriva
nichilistica del potere*

Coordinatore
Ch.mo Prof.
Geminello Preterossi

Tutor
Ch.mo Prof.
Francesco Mancuso

Dottoranda
Dott.ssa Lucia Iapichino

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

Indice

Introduzione

Capitolo I

Il concetto

1.1 Una questione preliminare: nozione legale e communicative conception

1.2 I profili della tortura: argomentazioni pro e contro

1.3 Il “ritorno” della tortura: premesse

1.4 La proposta di legittimazione dei tormenti tra equivoci concettuali e disincanto

1.5 Tortura, dolore e potere. Una lettura orwelliana del fenomeno

Capitolo II

Critica al fondamento utilitaristico della legittimazione dei tormenti

2.1 Sicurezza e libertà personali: una falsa alternativa

2.2 L'utilità del bene: l'etica utilitaristica di Jeremy Bentham

2.3 Ignatieff ed il dilemma etico del “male minore”

2.4 Fondamento utilitaristico della legittimazione della tortura: errori e criticità

2.5 Nascita e diffusione del terrorismo internazionale: il punto di vista di Alan Dershowitz

Capitolo III

Il reato di tortura

3.1 Premessa

3.2 Emergenza penale, ragion di stato e stato di diritto

3.3 Verso l'introduzione del reato di tortura: una fatica di Sisifo

3.4 Conclusioni

Conclusione

Riferimenti bibliografici

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca si propone l'obiettivo di indagare le ricadute dell'esercizio della pratica del tormento sull'ordine giuridico-politico attuale.

La tortura è una pratica che non ha mai abbandonato la storia dell'uomo: fin dall'antichità in diverse culture e continenti la mano del carnefice al "servizio della legge" ha compiuto gesti di crudeltà. Per secoli di tale pratica, giustificata e legittimata da codici e giurisdizioni, si sono serviti anche forze dell'ordine, militari, forze paramilitari o gruppi di guerriglia per infliggere sofferenze fisiche e psichiche, al fine di strappare confessioni o punire colpevoli.

A partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo il sistema giuridico internazionale ne ha proibito in più protocolli e norme l'utilizzo in qualsiasi circostanza. Ciò nonostante la tortura persiste e si è, anzi, perfezionata fino ad avvalersi di tecniche sempre più sofisticate. Nel nome della cosiddetta "guerra al terrorismo", la tortura viene oggi praticata anche in molte democrazie occidentali. La sua eliminazione, pertanto, attraverso il divieto esplicito sancito da specifiche legge, costituisce una delle maggiori sfide della comunità internazionale.

Invero un'escalation di episodi di tortura è stata alimentata dall'avvio della guerra globale al terrorismo. Dopo l'11 settembre si sono assottigliati gli standard di tutela dei diritti dei detenuti e dei sospetti di terrorismo, soprattutto nei riguardi degli immigrati. Il sistema di protezione dei diritti umani ha conosciuto una seria offensiva a causa di abusi legittimati dall'emergenza internazionale. Negli Stati Uniti la mobilitazione contro il terrorismo ha portato all'adozione di leggi speciali (Patriot Act) ed all'autorizzazione alla tortura brutale dei sospetti di affiliazione a organizzazioni terroristiche. Questo approccio ha trovato riflesso in molti altri Stati

in prassi come arresti arbitrari, detenzioni a tempo indeterminato senza accusa né processo.

Sulla scorta dell'argomentazione utilitaristica e della nota teoria del "male minore"¹, secondo la quale la tortura possa essere giustificata per impedire la morte di innocenti (è il c.d. "caso della bomba ad orologeria"), molti autori hanno sostenuto la necessità di regolamentarne l'esercizio, cercando di ridurre l'applicazione a casi specifici. Dershowitz, in particolare, ne ha proposto un uso positivo e non letale, suggerendo l'esigenza del mandato giudiziario formale².

Attesa l'incondizionata e diffusa affermazione del valore personalistico, si pone il problema di garantire il rispetto delle normali regole democratiche e mantenere saldo l'equilibrio tra le ragioni a difesa dell'ordine pubblico e quelle a tutela della libertà.

Pur volendo addurre una qualche giustificazione della tortura in presenza di una situazione di pericolo, si potrebbe obiettare che nel contesto attuale tale sospensione dell'ordinamento ha perso i caratteri della temporaneità e della necessità. Nel riportare il pensiero di Agamben, lo stato di eccezione³ è divenuto la regola, configurandosi una zona di indistinzione tra il politico ed il giuridico.

Il problema che si pone, pertanto, non è quello della "normalizzazione" della prassi, ma quello di comprendere quali strumenti giuridici e/o dispositivi politici abbiamo permesso al tormento di divenire "normalità".

¹ Cfr. IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2006

² Cfr. DERSHOWITZ A., *Perché aumenta il terrorismo. Capire la minaccia e rispondere alla sfida*, Carocci, Roma, 2003

³ Cfr. AGAMBEN G., *Lo stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003

Il progetto di iscrizione della “nuda vita” nell’ordine giuridico-politico, realizzatosi nel concetto di Stato-nazione e che ha fatto della natività il fondamento della moderna sovranità, è palesemente risultato fallimentare.

Le regole giuridico-democratiche hanno smarrito la loro natura e la loro funzione. Che si commettano delle atrocità dipende non più dal diritto, ma dalla civiltà e dal senso etico della polizia. Assistiamo all’esposizione sistematica della vita ad una violenza senza precedenti, nelle forme più profane e banali. Diviene centrale il concetto di “sacertà”⁴ della vita, che oggi si vorrebbe far valere contro il potere sovrano come un diritto umano fondamentale, ma cui fa riscontro l’individuazione di una soglia al di là della quale la vita cessa di avere valore giuridico e può essere uccisa senza commettere omicidio, esprimendone così la soggezione ad un potere di morte. La biopolitica, insomma, si rovescia in tanatopolitica⁵.

La più importante opposizione alla pratica del tormento è storicamente ascritta all’illuminista italiano Cesare Beccaria ed al suo breve saggio dal titolo “Dei delitti e delle pene”, pubblicato nel 1764, il cui merito principale va ricercato nell’aver fatto emergere l’inadeguatezza del tormento nella lotta contro il crimine. La tortura viene considerata uno strumento disumano, in quanto ad esso si ricorre ad esso ancor prima di dimostrare la colpevolezza dell'imputato. La sua inefficacia è data dal fatto che la vittima si autocondanna con prove false da essa stessa fornite, poiché le è impossibile dimostrare la propria innocenza⁶.

⁴ Cfr. AGAMBEN G., *Homo Sacer*, Einaudi, Torino, 2005

⁵ Cfr. FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975); trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1975

⁶ Cfr. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, XII ed., Feltrinelli, Milano, 2007

La tortura, in sintesi, corrompe la dialettica processuale tra accusato ed accusatore e viola uno dei presupposti della legalità, ossia la diversificazione tra il reo e l'innocente, muovendo al contrario da una loro sostanziale equiparazione. E' strumento concettualizzato come pena particolare, in quanto non segue un giudizio ma lo precede, e sconvolge le nozioni di responsabilità e di colpa, scavalcando il principio della presunzione di innocenza⁷.

Nella maggior parte dei paesi civilizzati la pena persegue due finalità: la prevenzione del crimine e la rieducazione del criminale⁸. Gli antichi raggiungevano questi scopi attraverso la legalizzazione di pene pubbliche severe, che esaurivano la domanda di giustizia. Oggi, invece, tale metodo risulta obsoleto, essendo mutato il contesto sociale.

Si vuole condurre una lotta alla criminalità mediante l'accentuazione del carattere repressivo del sistema penale e la legalizzazione di pene severe per rispondere alla domanda di sicurezza sociale. Se è vero che la pena è divenuta più severa, è pur vero che essa ha perduto il carattere della pubblicità, foriero della sua efficacia. Una maggiore severità della pena, d'altro canto, non assicura la soppressione della criminalità; ne determina, al contrario, un'estensione, poiché non garantisce né la rieducazione del criminale né il recupero della sua rispettabilità sociale⁹.

⁷ Cfr. LA TORRE M. e LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, op. cit.

⁸ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2009

⁹ Cfr. FIORAVANTI C., *Persona, stato d'eccezione, divieto della tortura*, in *Per una consapevole cultura costituzionale*, a cura di Pugiotto A., Jovene, Napoli, 2013

L'opinione prevalente inquadra la tortura tra i crimini internazionali di *ius cogens*, imprescrittibili e soggetti alla giurisdizione universale¹⁰. Su tutti gli Stati, pertanto, non solo su quelli firmatari di uno strumento pertinente, grava il dovere di persecuzione penale, senza possibilità di addurre "giustificazioni" di diritto interno (es. l'applicabilità di esimenti).

La necessità della repressione penale della tortura discende da obblighi internazionali e costituzionali.

In ambito comunitario la Convenzione del 1984 ne propone una definizione rigida, prevedendo la configurazione della fattispecie criminosa alla presenza di tre elementi:

- La causazione, anche nella forma dell'omissione e del tentativo e nelle ipotesi di partecipazione e complicità, di forti dolori o sofferenze alla vittima;
- L'intenzionalità dell'inflizione;
- La finalizzazione allo scopo di ottenere informazioni o confessioni, punire o intimidire.

E' prevista in ogni caso la possibilità che gli Stati firmatari adottino standard di tutela più elevata e la procedibilità d'ufficio¹¹.

Nell'analisi del quadro delle fonti sovranazionali, da cui discendono gli obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale della tortura, non si può prescindere dalla giurisprudenza della Corte EDU che, partendo dall'interpretazione dell'art. 3 CEDU, ha elaborato una serie di obblighi negativi di

¹⁰ COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 22 luglio 2014, pagg. 1-49

¹¹ PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 2/2014, pag. 129 e ss.

incriminazione di tale prassi, la cui effettività richiede un adeguamento delle normative nazionali. Tra questi primeggiano la procedibilità d'ufficio, la celerità e la trasparenza processuale e la proporzionalità della pena. Secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte di Strasburgo, in definitiva, solo l'irrogazione della sanzione penale sarebbe in grado di garantire una prevenzione generale ed una funzione soddisfattoria *lato sensu* nei confronti della vittima.

In ambito "domestico" sono le Costituzioni ed i codici penali a prevedere obblighi di criminalizzazione della pratica del tormento.

Nell'ordinamento italiano numerosi sono stati i disegni di legge volti all'introduzione di una fattispecie *ad hoc* e molte le ragioni dell'inerzia, che hanno impedito che si colmasse il vuoto di tutela. *In primis* la frammentazione del quadro politico, con conseguente difficoltà nella conduzione dei lavori nei rami del Parlamento, la scarsa sensibilità dei rappresentanti politici sul tema, il timore che il reato colpisca i vertici delle forze dell'ordine, la cui nomina è appannaggio delle cariche politiche ed, infine, la convinzione che le fattispecie codicistiche già presenti siano di per sé idonee ad adempiere agli obblighi internazionali di criminalizzazione: si pensi ai reati di percosse, lesioni, violenza privata, abuso di autorità contro arrestati e detenuti, sequestro di persona ed abuso d'ufficio¹².

Da un primo esame del sistema normativo attuale, balza immediatamente agli occhi il deficit di tutela a fronte delle forme di tortura a carattere psicologico, la cui repressione è affidata ai delitti di violenza privata e minaccia (artt. 610-612 c.p.).

Le norme del codice penale non appaiono idonee neppure a sanzionare le forme di tortura fisica, se non nel caso di lesioni gravi o gravissime (percosse,

¹² BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 3/2013, pag. 58 e ss

lesioni lievi, abuso d'ufficio, atti persecutori). La previsione per tali reati di cornici edittali inadeguate, di un termine di prescrizione fin troppo breve (6 anni) per la definizione di un giudizio di accertamento nel merito della responsabilità dell'imputato, della procedibilità a querela e del frequente ricorso ai cosiddetti "meccanismi di fuga" dall'applicazione della pena (sospensione condizionale, affidamento in prova al servizio sociale), rendono alta la probabilità che questa non venga eseguita e che il criminale resti impunito¹³.

E' auspicabile, pertanto, che l'intervento del legislatore sia rivolto all'introduzione di una fattispecie dotata di effettività.

Molteplici sono le questioni attinenti alla configurazione di siffatto reato.

L'ultimo disegno di legge licenziato dal Senato il 5 marzo 2014 e per il cui esame la II Commissione permanente di giustizia ha ritenuto opportuno un ciclo di audizioni, prevede all'art. 613 bis una fattispecie che punisce con la reclusione da tre a dieci anni *"chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagioni acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa"*.

Si tratta, a ben vedere, di una definizione insoddisfacente¹⁴. Se appare pacifica la collocazione all'interno del codice penale, in quanto previsione di una violazione dell'incolumità psico-fisica, della dignità e della libertà morale della vittima, la configurazione quale fattispecie plurioffensiva apre un'accesa polemica

¹³ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

¹⁴ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 28 febbraio 2016

sull'individuazione del bene giuridico tutelato. I disegni di legge presentati oscillano in tal senso tra la protezione dell'integrità fisica e quella della libertà di autodeterminazione.

Con riferimento all'elemento della condotta, appare poco condivisibile il tentativo di imbrigliare il tipo legale di tortura nella struttura dei reati a forma vincolata, richiedendo in alternativa che siano poste in essere violenze e minacce gravi ovvero trattamenti inumani o degradanti, trattandosi evidentemente di concetti assai generici, che non hanno alcuna capacità selettiva e contrari al canone di tassatività delle norme penali (art. 25 Cost.). Consolidato è l'orientamento della giurisprudenza sovranazionale che definisce la tortura come reato istantaneo, al più ad effetti permanenti¹⁵.

L'ultima previsione in ordine cronologico dell'*introducenda* norma ne riduce l'ambito applicativo attraverso la delimitazione dei soggetti passivi e l'individuazione di presupposti della condotta, ossia la restrizione della libertà personale, la relazione qualificata tra autore del reato e vittima e la condizione di minorata difesa.

Ai fini dell'integrazione della fattispecie la sofferenza fisica o morale cagionata alla vittima deve essere intensa. Ciò consente di distinguere la tortura *strictu sensu* intesa dalle altre forme di *mistreatments*. Il riferimento al concetto di "sofferenza" e non a quello di "malattia" appare preferibile, poiché non sempre gli atti di tortura determinano l'insorgere di patologie medicalmente accettabili¹⁶: si

¹⁵ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

¹⁶ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

pensi alle tecniche che non lasciano segni sul corpo e alla difficoltà di mettere in relazione i disturbi psicologici con l'episodio di violenza.

Tutti i disegni di legge presentati configurano il reato di tortura come reato a dolo specifico¹⁷, richiedendo che l'agente persegua un risultato ulteriore: ottenere confessioni o informazioni, punire, intimorire, far pressione e discriminare. Siffatta previsione, tuttavia, espunge dall'ambito di applicazione della fattispecie le ipotesi di inflizione intenzionale di sofferenze fisiche o morali senza alcun apparente scopo, ma generate da desiderio di vendetta, spirito di rivalsa e puro sadismo.

Notevoli perplessità ruotano sull'introduzione di circostanze aggravanti, quali la qualifica di funzionario pubblico del soggetto attivo, lesioni gravi o gravissime o la morte della vittima, che non possono non rientrare nel giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., con il rischio quindi di una riduzione della pena, salvo previsione espressa¹⁸.

Ebbene dalla riflessione fin qui svolta appare evidente che la pervasività del nuovo reato sarebbe capace di erodere gli spazi di impunità di cui hanno finora goduto gli apparati statali della sicurezza e obbligherebbe gli Stati a porre fine alle politiche securitarie realizzate negli ultimi anni, prima fra tutte la strategia attuata nei confronti degli immigrati e dei clandestini.

Solo l'adozione di norme incriminatrici effettive, proporzionate e dissuasive, tuttavia, può garantire il diritto all'intangibilità di ogni uomo.

Recentemente, con 195 voti a favore, 8 contrari e 34 astenuti, l'aula del Senato ha approvato la legge che introduce nel codice penale il reato di tortura, la quale

¹⁷ Cfr. BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, op. cit.

¹⁸ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 44

attende di essere definitivamente approvata entro la fine della legislatura. La nuova legge prevede per chi commette tortura una pena più severa - si può giungere fino all'ergastolo per morte dolosa del torturato - e stabilisce, inoltre, l'applicazione di circostanze aggravanti se a commettere od istigare la tortura è un pubblico ufficiale. Sancisce, infine, la totale inutilizzabilità di informazioni e dichiarazioni rese sotto tortura, se non ai fini della prova della responsabilità del torturatore.

Capitolo I

Il concetto

<<Ma oggi un altro e più importante gradino è stato disceso sulla scala della civiltà giuridica: i torturatori sono sbarcati sul territorio metropolitano e hanno chiesto per la loro turpe opera la sanzione legale del sistema giudiziario americano; hanno proposto che le confessioni scaturite dalle bocche di uomini terrorizzati assumano valore di prova in un legittimo processo. Se questo accadesse, [...] se nessuna autorità [...] avrà niente da dire [...], dovremo cancellare dai libri la memoria di Beccaria e di Verri; e dovremo prepararci a chiedere perdono agli antichi giudici della Santa Inquisizione se per un paio di secoli abbiamo dubitato di loro>>.

(PROSPERI A., *Cause perse. Un diario civile*, Einaudi, Torino, 2010)

1.1 Una questione preliminare: nozione legale e *communicative conception* di tortura

V'è da chiarire preliminarmente cosa s'intenda con il termine tortura.

La parola viene dal verbo latino *torqueo*, con il quale si indica "l'atto del torcere", vale a dire dell'attorcigliare, strizzando. Il termine veniva usato per indicare la torsione di "filati, rami, tralci, olive, membra umane"; aveva, poi, applicazioni anche in ambito terapeutico: si "torcevano", ad esempio, le ossa per rimediare alle slogature. L'addetto alle "torsioni", la cui attività è stata definita enfaticamente da Cordero come un "mestiere infame", veniva indicato con il termine *tortor*¹⁹.

Nei vocabolari contemporanei la tortura viene rappresentata come una grave sofferenza fisica o morale, un "tormento" appunto. Il termine "trattamento" esprime bene l'idea di cosa si intenda: essa deve essere finalizzata al compimento di qualcosa, al raggiungimento di uno scopo; può essere diretta, in particolare, al mero compimento di un atto di violenza, alla punizione di qualcuno ovvero all'estorsione di un'informazione o di un comportamento. Si può dunque distinguere tra una tortura-fine (o tortura finale), laddove la pratica è fine a se stessa, ed una tortura-mezzo (o tortura strumentale), nel caso in cui sia volta al raggiungimento di un risultato diverso dalla mera sottomissione coatta, come avviene quando la si usa per estorcere qualcosa da qualcuno. Quando la tortura strumentale presenta il carattere della legalità, vale a dire della previsione della sua liceità da parte di una valida ed efficace norma giuridica, essa può anche essere definita secondo una tradizionale impostazione dottrinale come tortura intesa in senso tecnico-giuridico.

¹⁹ CORDERO F., *Quando viene profanato il corpo*, in <<Repubblica>>, 19 maggio 2004, p. 35

Quanto all'attributo "giudiziaria" esso sta ad indicare che la tortura così definita si svolge allo scopo di ottenere un giudizio, tecnicamente inteso nel senso di decisione giudiziaria, ovvero all'interno di un processo, al cui compimento è finalizzata. La tortura giudiziaria, quindi, può essere a pieno titolo collocata nell'ambito della tortura-mezzo, all'interno del quale si distingue per essere di tipo legale, cioè consentita dall'ordinamento in quanto ritenuta necessaria per giungere ad un giudizio, ed istituzionale-autoritativa, cioè praticata dai rappresentanti di quelle istituzioni che in un dato ordinamento dispongono del relativo indispensabile potere autoritativo.

Un altro tipo di tortura che presenta i caratteri della legalità e dell'istituzionalità è la c.d. tortura-pena, la quale non deve essere confusa con la tortura giudiziaria per tre distinti ordini di ragioni: mentre nella seconda la "giudiziarità" è una qualificazione dello strumento, nella prima rappresenta una specificazione della "pena"; la tortura-pena, a differenza di quella giudiziaria, rientra tra i tipi della tortura-fine e non si svolge all'interno di un processo, bensì successivamente, anzi proprio a cagione di questo.

Accanto a siffatta definizione, intesa in senso ampio, deve affiancarsene un'altra, con la quale identificare la tortura giudiziaria intesa in senso stretto. Con quest'ultima espressione si vuole fare riferimento ad una precisa manifestazione storica dell'istituto, individualizzata col termine *quaestio* e distinta dalla tortura intesa genericamente come atto di violenza materiale, per la quale invece erano adoperati i termini *tormenta* e *cruciatu*s, sviluppatasi all'interno della procedura giudiziaria inquisitoria del processo romano-canonico di diritto comune, praticato

tra la seconda metà del medioevo e la prima parte dell'età moderna al fine di costringere i testimoni o i sospettati a fornire informazioni e confessioni²⁰.

Oltre alla distinzione tradizionale tra tortura–giudiziaria e tortura–pena, ve ne sono altre elaborate nel tempo dai vari autori che si sono interessati all'argomento.

Mario Ascheri, ad esempio, richiama la distinzione tra tortura–giudiziaria *lato sensu* e “tortura poliziesca”, laddove con quest'ultima espressione s'intende la tortura–mezzo (non sempre legale) praticata dalle forze addette al mantenimento dell'ordine pubblico (polizia, esercito), estorcendo informazioni utili ad indagini non finalizzate al compimento di un giudizio²¹.

Giovanni Tarello definisce, in modo assai opportuno, la tortura giudiziaria *stricto sensu* come tortura inquisitoriale²². Altri Autori hanno parlato di “tortura di Stato”²³, espressione con la quale si fa riferimento a tutte quelle pratiche torturatorie la cui messa in atto è riconducibile, seppure in differente maniera, all'azione dell'apparato istituzionale dell'ordinamento nel quale vengono praticate.

Più articolata è la classificazione operata da Alec Mellor, il quale individua la categoria della “tortura strumentale”, in cui distingue diversi tipi di tormento in base al tempo ed al luogo della pratica: si trovano così la *torture politique* e la *torture judiciaire* nel mondo greco, la *torture del'esclave* e la *torture del'homme libre* nel mondo romano, la *torture dans la moyen age* e la *torture dans les États d'Europe aux XVIe et XVIIe siècles* nell'età del diritto comune, la *torture*

²⁰ FIORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 5 e 17

²¹ ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto medievale*, Giappichelli Torino, 2007, p. 202; Id., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Ed. II riv., Giappichelli, Torino, 2008, p. 28

²² TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 125

²³ Cfr. GIANNELLI A., PATERNO' M. P., (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit.

contemporaine e la *torture policière*, riunite nella macrocategoria delle torture moderne, per quanto riguarda le esperienze russe, italiane, tedesche, algerine, statunitensi, argentine e francesi a partire dal XIX secolo²⁴. Su un piano più generale, poi, Mellor distingue tra vari tipi di tortura, a partire dalla già richiamata distinzione tra tortura-pena e tortura intesa in senso tecnico-giuridico (*torture-investigation*): si ha l'*investigation judiciaire*, qualora sia finalizzata all'ottenimento di una prova giudiziaria, ovvero l'*investigation militaire*, se diretta all'ottenimento di una informazione politico-militare altrimenti segreta (*Renseignement*). Nel primo caso rientrano la *torture détective* (la tortura giudiziaria in senso ampio), la *torture policière*, praticata dalle forze di polizia, e la *torture autoaccusative*, praticata in epoca comunista da alcuni Paesi dell'Est, nei quali veniva simulato un processo, vertente in genere su fatti mai realmente avvenuti, al solo fine di fare abiurare pubblicamente gli oppositori del regime; nel secondo rientrano la tortura dei servizi di controspionaggio e quella delle polizie politiche.

Paolo Barile distingue tra “tortura morale” (la c.d. tortura psicologica) e “tortura fisica”, ricalcando la tradizionale classificazione tra tortura come mezzo istruttorio (tortura giudiziaria *lato sensu*) e tortura come pena accessoria (tortura-pena), e discernendo infine tra “antica tortura” e “moderna” tortura praticata dai totalitarismi novecenteschi²⁵.

Nel corso del XX secolo la rappresentazione della tortura ha subito forti cambiamenti.

²⁴ MELLOR A., *La tortura*, Ed. Estela, Barcellona, 1964, pp. 12 e ss.

²⁵ Cfr. BARILE P., *Il ritorno della tortura*, in <<il Ponte>>, giugno 1945

All'indomani della Seconda Guerra Mondiale la pratica, intesa alla stregua di un metodo di repressione politica, non riguardava che la detenzione di prigionieri da parte di uno Stato. Di recente, invece, a seguito delle frizioni intervenute nel panorama politico internazionale, catalogate sotto la formula generica della "lotta al terrorismo", si è posto il problema della compatibilità di prassi, per così dire, *ad eruendam veritatem* con i sistemi democratici occidentali, tutti in larga parte riconducibili ad una comune matrice liberale e garantista e tutti aderenti alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

Il dibattito ha avuto il suo principale impulso negli Stati Uniti, per lo più in seguito alle misure anti-terroristiche adottate successivamente all'attentato alle *Twin Towers* dell'11 settembre 2001. Tra i principali esponenti della corrente di pensiero favorevole all'uso della tortura come strumento di difesa dal terrorismo (e dunque, implicitamente, di lotta a quest'ultimo) sono senz'altro da annoverare Michael Walzer, Alan Dershowitz, John Choon Yoo e, per quanto riguarda l'Europa, Winfried Brügger. In Italia, che a suo tempo è stata la fucina delle più fortunate tesi abolizionistiche sulla tortura giudiziaria, la dottrina favorevole all'uso dei tormenti *ad eruendam veritatem* non ha incontrato particolare favore. Si postula in tale contesto che, configurandosi l'attentato ai cittadini come attentato all'ordinamento democratico, in quanto compiuto da nemici della democrazia, lo Stato, pur se democratico ed anzi proprio perché democratico, per difendersi da tale minaccia, debba rinunciare temporaneamente ed eccezionalmente al rispetto di alcuni di quegli stessi principi il cui esercizio consente ad esso di configurarsi come democratico. Il ritrovato dibattito sulla pratica della tortura, in breve tempo, ha finito così per refluire in quello ben più ampio circa la <<possibile deroga-

sospensione delle norme costituzionali poste a presidio dei diritti costituzionalmente garantiti>>²⁶.

Da un punto di vista formale e procedurale si è evinto che, pur dovendo consentirsi alla democrazia di <<armarsi con l'arma della sua propria (temporanea) rinneazione>>, specie dinnanzi ad attacchi terroristici, <<la cui azione armata, ponendo in pericolo la sussistenza stessa dell'ordinamento costituzionale, si configuri mediatamente come attentato alla democrazia>>²⁷, bisogna che essa si svolga e venga tollerata unicamente in quanto *praeter Constitutionem*.

Ebbene affidare al legislatore ordinario la possibilità di disporre anche in deroga alle norme costituzionali, può significare la possibilità di ammettere un uso, pur se limitato e circoscritto, di istituti come la tortura ad *eruedam veritatem*? Può essere corretto, in altri termini, affermare che all'interno della deroga-sospensione dei diritti, benché adottata con le procedure prescritte e con la giustificazione della salvaguardia dell'ordinamento, sia consentito allo Stato l'uso di qualunque strumento e di qualunque rimedio, senza che siano posti limiti?

Vero è che in campo sostanziale è ben più difficile stabilire quale sia il limite oltre il quale la sospensione avvenga *contra Constitutionem*, configurandosi cioè essa stessa come auto-attentato alla democrazia, e quale sia quello entro il quale, invece, la deroga possa considerarsi *praeter Constitutionem*, in quanto giustificata dall'esigenza di tutela della democraticità dell'ordinamento. É possibile, peraltro, ritenere che almeno una regola di fondo possa enunciarsi: nelle odierne democrazie

²⁶ CARNEVALE P., *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, Anno XLVII, Fasc. 6 – 2002, p. 4509

²⁷ ZAGREBELSKY G., *Democrazia in crisi, società civile anche*, in <<Repubblica>>, anno 34, n. 264, 7 novembre 2009, p. 35

di tradizione occidentale non si possono sospendere diritti costituzionalmente garantiti, se ciò avvenga per consentire l'opera di strumenti che per loro struttura ontologica non possono non operare *contra Constitutionem*. È qui che si colloca il cuore del problema: verificare se l'uso eccezionale della tortura *ad eruendam veritatem* possa svolgersi *praeter Constitutionem*, ovvero se esso non possa che svolgersi *contra Constitutionem*, in quanto ontologicamente incompatibile con la pratica democratica.

Il riferimento all'antica "tortura giudiziaria" sembra oggi apparire come superato ed, in ultima analisi, inadeguato a confrontarsi con le problematiche sollevate dal dibattito attuale, in quanto quelli a suo tempo individuati come elementi caratteristici (legalità, giudiziarietà ed istituzionalità) non sono determinati per essere confrontati con il "prisma democratico" ed appaiono insufficienti a descrivere un fenomeno che, proprio nella sua matrice concettuale, va ben al di là del procedimento giudiziario e si intreccia a doppio filo con la concezione di un regime politico e con la salvaguardia della democrazia. Può dirsi, insomma, che emerge una concezione diversa della tortura, non più, o non solo, come strumento giudiziario, non più *quaestio* nel suo significato storico, ma riconducibile ad una concezione del potere che mal si concilia con gli ordinamenti democratici²⁸.

Negli anni la tortura è apparsa come un fenomeno sempre più esteso e complesso, bisognoso di una definizione che ne consentisse la determinazione e la delimitazione d'uso. Se il divieto di tortura è oggi generale ed inderogabile, tanto che al fine di prevenire e reprimere il fenomeno s'impongono agli Stati numerosi obblighi specifici, resta da stabilire a quale prassi quel divieto sia riferito.

²⁸ SERGES G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in *Momenti di storia della giustizia*, L. Pace, S. Santucci, G. Serges (a cura di), luglio 2011, p. 232

Secondo l'art. 1 della Convenzione contro la tortura delle Nazioni Unite, questa consiste in <<ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenze gravi, sia fisici che mentali, allo scopo di ottenere da essa o da un'altra persona informazioni o una confessione, di punirla per un atto che essa o un'altra persona ha commesso, per intimidirla o sottoporla a coercizione o intimidire o sottoporre a coercizione un'altra persona o per qualunque ragione che sia basata su una discriminazione di qualsiasi tipo, a condizione che il dolore o la sofferenza siano inflitti da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o altra persona che svolga una funzione ufficiale. Non comprende il dolore o la sofferenza che risultino esclusivamente da o siano inerenti o incidentali rispetto a sanzioni lecite>>.

Orbene alla luce della nozione anzidetta la tortura costituisce un illecito complesso, composto da una serie di azioni od omissioni, il cui insieme comporta una violazione gravissima dell'integrità psico-fisica della vittima e ciascuno delle quali a sua volta è illecita, in quanto viola un diritto umano specifico.

Da un'analisi della definizione si rappresenta che l'elemento materiale della fattispecie, costituito dall'inflizione intenzionale di dolore e di sofferenze gravi, si presta ad un'assai imprecisa individuazione, stante la circostanza per cui è necessario ricorrere ad un criterio di natura non oggettiva, dovendo tener conto delle condizioni psico-fisiche della vittima. Per quanto riguarda il tipo di dolore o di sofferenze inflitti l'enunciazione tiene conto della contingenza, nota ed ampiamente documentata, per cui la tortura contemporanea si propone di colpire, sia che utilizzi modalità "avanzate" sia che si avvalga di metodi più arcaici, l'integrità psichica e morale della vittima. Risulterebbe una valutazione distorta e riduttiva della condotta

rilevante ai fini della qualificazione di un atto come tortura una definizione che facesse riferimento, quale unico parametro valutativo, all'inflizione di dolore fisico. L'elemento della gravità del dolore o della sofferenza comminati pone problemi ancor più difficili: mentre è inevitabile che sia fissata una soglia di gravità perché si riscontrino gli estremi della tortura, così che la si possa distinguere dai trattamenti inumani e degradanti, il compito di misurare la sofferenza umana presenta difficoltà quasi insormontabili. Tale compito è svolto in sede di applicazione delle norme interne al caso concreto ed eventualmente, in seconda battuta, in sede di valutazione della conformità di tali norme a quelle internazionali.

Non costituiscono forme di tortura atti di crudeltà gratuita ovvero senza uno scopo ulteriore.

Altro elemento fondamentale è dato dal coinvolgimento dell'apparato dello Stato, anche soltanto nella modalità dell'acquiescenza, oltre che nelle forme più intense del consenso, dell'istigazione e dell'esecuzione materiale: si tratta di distinguere tra condotte private e condotte riconducibili ad un interesse politico, operazione di non facile attuazione.

Non possono essere ricompresi nella definizione di tortura, ad ogni modo, il dolore o la sofferenza prodotti dall'inflizione di "sanzioni lecite", per tali intendendosi quelle previste dal diritto penale interno. Sarebbe sufficiente, dunque, che un ordinamento non prescriva il divieto di una qualsivoglia prassi sanzionatoria, perché questa sia formalmente esclusa dalla nozione in esame. Poiché l'esclusione dall'ambito di applicazione della definizione di pratiche sanzionatorie previste in ambito statale è da intendersi riferita al solo Stato il cui ordinamento consenta tali

trattamenti, la nozione internazionalmente accolta di tortura finisce con l'assumere un contenuto non unitario, bensì variabile da Stato parte a Stato parte²⁹.

Da quanto esposto appare chiaramente che i maggiori ostacoli all'istituzione di un sistema internazionale coerente, in grado di porre effettivamente fine alla pratica del tormento, derivino dalla stessa definizione di tortura. Non v'è dubbio che gli Stati, trovandosi nell'impossibilità di mettere in discussione l'esistenza di un divieto assoluto ed inderogabile, che si traduce in una serie di obblighi assai puntuali, si adoperino nel delimitarne la portata attraverso un meccanismo di ridefinizione della fattispecie, sicché quella che per alcuni è una forma di tortura, per altri è soltanto una tecnica di interrogatorio rinforzato (*enhanced interrogation*) ovvero di restringimento del suo oggetto, giungendo ad escludere le pratiche di c.d. tortura moderna, che avvalendosi dei progressi di certe discipline scientifiche è indirizzata a colpire soprattutto l'integrità psichica e morale della vittima. L'innalzamento della soglia di dolore richiesto perché si sia in presenza di tortura è tra le modalità più ovvie per attuare un siffatto restringimento. Dato il caso dell'eccessiva genericità della definizione operata dalle Nazioni Unite, vieppiù, al momento della ratifica della Convenzione dell'84 gli Stati Uniti d'America hanno potuto apporre una riserva, secondo la quale <<si darebbe tortura soltanto là dove l'inflizione di una grave sofferenza risultasse essere il fine immediato e diretto della condotta in questione. Se la sofferenza non fosse oggetto di un'intenzione specifica e si presentasse come effetto collaterale dell'effetto principale perseguito non saremmo più in presenza della fattispecie di tortura>>³⁰. Si è giunti al risultato

²⁹ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., op. cit., pp. 12-15

³⁰ LA TORRE M., "Giuristi cattivi cristiani". *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, 2007, n. 36, tomo II, p. 1339

paradossale che la pratica della tortura giudiziaria, così come di qualunque altra tortura strumentale, alla luce di un'interpretazione estensiva potrebbe risultare al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione, la quale invece si propone di estendere, non di circoscrivere, la definizione della pratica. La Corte europea dei diritti dell'uomo, a tal proposito, nella sentenza relativa al caso *Selmouni* contro Francia (1999)³¹, ha accolto un'interpretazione evolutiva della nozione di tortura: facendo riferimento alla soglia di gravità necessaria perché una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea sia qualificata come tale, la Corte ha precisato come la natura inevitabilmente relativa della valutazione si traduca nel carattere dinamico della nozione, fermo restando che alle esigenze crescenti in materia di protezione debba tuttavia corrispondere una maggiore severità nella valutazione degli attentati ai valori espressi dai diritti umani³².

In riferimento alla questione della differenziazione tra tortura e trattamenti inumani, crudeli e degradanti, la Convenzione del 1984 non ne stabilisce una netta distinzione. La tortura è più esattamente considerata <<una forma aggravata o deliberata di pena o di trattamento crudele, inumano e degradante>>³³. Il problema che si pone è come definire ciò che le Nazioni Unite chiamano “forme aggravate o deliberate” di trattamento inumano e crudele.

Nel tentativo di tracciare una linea di demarcazione la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato la nozione di “soglia di gravità”: ai fini della configurazione di una condotta alla stregua di un maltrattamento occorre

³¹ Cfr. CEDU, caso *Selmouni contro Francia*, sent. del 28 luglio 1999, www.echr.coe.int

³² *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, (a cura di) Giannelli A. e Paternò M. P., Carocci editore S. p. A., op. cit., pp. 146-150

³³ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Combattere la tortura. Manuel pour l'action*, EFAI, Paris, 2014

considerare <<la durata del trattamento, gli effetti psichici e fisici, così come talvolta anche il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima>>. Non potendo determinare chiaramente tale indice per mezzo dell'intensità del dolore, impossibile da quantificare, si esaminano lo scopo della condotta, l'intenzione del torturatore e l'impotenza della persona che subisce l'atto di tortura³⁴.

Un terreno particolarmente scivoloso rimane quello spazio in cui lo scarto tra tortura e trattamento crudele resta minimo ed incerto.

L'immaginario collettivo sembra costruito in maniera tale da concepire la tortura sotto forma di una minaccia corporale e sanguinosa. Nel corso dei decenni, tuttavia, essa ha conosciuto nella sua concretizzazione forme ben distinte, tra cui la pratica della c.d. "tortura bianca", che non lascia tracce fisiche (si parla di *no-touch torture*) e dà la fallace impressione di una tortura "più umana". La tortura bianca (o "tortura pulita") include le tecniche di privazione sensoriale, situazioni di stress, esecuzioni simulate, umiliazioni sessuali e culturali, isolamento prolungato, ecc. Nella più recente storia dei tormenti si assiste così all'introduzione di pratiche nuove, inimmaginabili fino a non molto tempo fa. Il riferimento è alle ricerche ed agli esperimenti svolti da Ewen Cameron negli anni '50 e finanziati dalla C.I.A., volti ad ottenere attraverso un uso sapiente dell'elettroshock una *tabula rasa* nelle menti dei pazienti-torturati, grazie alla quale si sarebbe potuto <<disfare e cancellare le menti difettose, e poi ricostruire nuove personalità>>³⁵. Viene spontaneo pensare che queste ricerche fossero uno dei primi, malriusciti tentativi di architettare l'eliminazione del dissenso, essendosi resa ormai palese l'inefficacia a

³⁴ MONTAGUT M., *Che cos'è la tortura?*, in <<Rivista di filosofia del diritto>>, anno IV, 2/2015, Il Mulino, Bologna, p. 326

³⁵ Cfr. LEVINSON S., *Torture: a collection*, Oxford University Press, USA, 2006

lungo termine della mera repressione. Non è un caso che per il raggiungimento di siffatto scopo si sia ritenuto indispensabile il ricorso a forme di tortura. Le tecniche studiate da Cameron, come risulta chiaramente dal *Kubark*³⁶, sono state fatte proprie dalla C.I.A., che le ha adottate per condurre i propri interrogatori sia durante la Guerra Fredda sia, da ultimo, nell'ambito della lotta al terrorismo post 11 settembre 2001 nella prigione militare di Guantanamo.

Il processo di invisibilizzazione³⁷ della tortura è divenuto, quindi, un fenomeno ben ancorato nella pratica. Nel momento in cui è in gioco la sicurezza di uno Stato, la "tortura bianca" non sarebbe altro che la versione addolcita e legalmente accettabile dei tormenti, il cui ricorso presenta due enormi vantaggi per gli Stati democratici: essa permette loro, per un verso, di premunirsi da eventuali azioni giudiziarie, in quanto non lascia segni tangibili sul corpo, per un altro verso permette loro di strumentalizzare il sentimento di paura dell'opinione pubblica nei confronti di nemici ben determinati, facendo prevalere l'obbligo di difendersi attraverso il ricorso alla sevizie.

Nell'ambito delle scienze sociali prevale una considerazione disgiunta della tortura sotto il profilo delle manifestazioni psicologiche e della dimensione socio-politica. Luban D. ritiene al contrario di poter definire "comunicativa" la definizione di tortura, la cui essenza connotativa è rappresentata dall'inflizione di pene e di sofferenze <<*to announce, or communicate, the total subordination of the victim to the torturer*>>. Luban, qualificando il tormento quale strumento di dominio del torturatore sul torturato, rileva pure la sostanziale differenza tra quella

³⁶ Cfr. CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (C.I.A.), *Kubark counter intelligence interrogation. Manuale della tortura: il testo top secret uscito dagli archivi U.S.A. Central intelligence agency*, trad. it. Tagliazucchi N., Roma, 1999

³⁷ MONTAGUT M., *Che cos'è la tortura?*, cit., p. 327

che egli chiama “*communicative definition*” dalla nozione legale di tortura. Ed invero l’idea di un “sistema di tortura” è sorto dalla volontà di mostrare che essa non si riduce ad un atto specifico, ma ingloba al suo interno tre elementi costitutivi ed interdipendenti: gli atti concreti, il contesto che li ha resi possibili e l’intenzione con cui sono prodotti. Partendo dalle logiche che li attraversano, si potrebbe addirittura parlare di una molteplicità di sistemi torturanti: si ha la logica giudiziaria, che tende ad utilizzare la tortura come mezzo per ottenere informazioni; la logica rieducativa, finalizzata a trasformare i comportamenti; la logica punitiva, in cui l’atto di tortura è associato ad un desiderio di vendetta. La *communicative definition* di tortura, in definitiva, ponendosi quale via residuale rispetto a quella legale, offre la possibilità di inquadrare una differente fattispecie di tormento, in cui sia evidente una connessione tra le sofferenze inflitte e la subordinazione cui è sottoposta la vittima: <<*The pain of torture is not only an experience in itself, it is a medium of communication (...) what the pain of torture communicates is the absolute subordination of the victim to the enemy’s sovereign cruelty*>>³⁸. La tortura, che negli ultimi decenni è stata associata alla lotta contro il terrorismo, non è in definitiva un rimedio contro il terrore, essendone piuttosto lo strumento.

Si auspica che una migliore conoscenza del fenomeno possa permettere di premunirsi efficacemente da nuovi atti di tortura e da ogni tentazione di derogare alle leggi che la vietano in maniera assoluta: <<*We might say that just as the prohibition of torture is a legal archetype, the abolition of torture is a moral archetype, with significance beyond its immediate normative content*>>³⁹.

³⁸ LUBAN D., *A Communicative Conception of Torture*, in <<*Rivista di filosofia del diritto*>>, anno IV, 2/2015, Il Mulino, Bologna, p. 262

³⁹ Cfr. WALDRON J., *Torture, terror and trade offs: philosophy for the white house*, Oxford, Oxford University press, 2010

1.2 Il “ritorno” della tortura: premesse

La spettacolarizzazione di un presunto “ritorno della tortura”, cui si assiste negli ultimi anni, lungi dal voler aprire uno spazio di riflessione concreta sull’eventualità che si possa addivenire ad una legittimazione di tale pratica e sulle ripercussioni cui sarebbero soggetti i moderni regimi democratico-costituzionali, appare ampiamente strumentalizzata al fine di distogliere l’attenzione dal fatto che il tormento non abbia mai smesso di essere praticato.

La modernità è segnata dall’ingresso del principio personalistico nei sistemi giuridici e politici e dalla conseguente affermazione dei diritti fondamentali, la cui titolarità spetta all’uomo in quanto tale ed il cui bilanciamento procede dall’idea della dignità umana come valore indiscutibile. Con la nascita dei moderni Stati di diritto costituzionale compito dell’ordinamento giuridico e della comunità politica diventa, quanto meno a livello formale, non solo quello di garantire la sicura e pacifica convivenza, ma soprattutto quello di consentire il pieno sviluppo della personalità attraverso la creazione di istituzioni del benessere comune. Si giunge alla realizzazione di un connubio tra i principi di libertà e di giustizia sociale.

Stanti così le cose, in uno Stato di diritto il ripudio della tortura, che lo stesso Bobbio qualifica come diritto assoluto, non può che costituire norma di *ius cogens* e trovare piena cittadinanza. Nell’ambito del diritto sovranazionale il divieto è contenuto in tutte le pertinenti Carte dei diritti, in particolare la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), approvata dall’Assemblea dell’ONU a New York il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987, stabilisce a carico degli Stati firmatari

obblighi positivi e di astensione. L'esistenza di un divieto generale del tormento trova una conferma anche nella prassi degli organi legislativi, giurisdizionali ed esecutivi statali⁴⁰. Secondo la Corte di Strasburgo l'art. 3 CEDU "consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche", per cui "anche in circostanze molto difficili, quali la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, la CEDU proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti"⁴¹.

Riguardo agli obblighi scaturenti dall'attuazione della su citata Convenzione, si considera in primo luogo l'obbligo di "criminalizzare" gli atti di tortura, più precisamente l'obbligo di ogni Stato parte di assicurare che <<*all acts of torture are offences under its criminal law*>> (cfr. art. 4). È necessario, a tal fine, che sia previsto nell'ordinamento interno un reato di tortura specifico ed autonomo. A siffatta interpretazione si oppone un orientamento "minimalista", secondo cui sarebbe sufficiente che i fatti rientranti nella definizione di tortura siano "coperti" dall'insieme delle fattispecie di reato previste dall'ordinamento. Le due interpretazioni esprimono la tensione fra "accelerazioni" internazionali e "frenate" statali, rispetto alla quale il caso italiano presenta un certo interesse, poiché non si è ancora ivi provveduto all'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

Nella problematica dell'attuazione statale degli obblighi di punizione della tortura rientra, peraltro, la questione dell'applicabilità o meno delle scriminanti previste dagli ordinamenti interni. La Convenzione del 1984 stabilisce, a tal proposito, che non possa farsi valere quale scriminante la circostanza di avere

⁴⁰ Cfr. *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., CEDAM, Milano, 2010

⁴¹ Cfr. Corte Edu, *Aksoy c. Turchia*, sentenza del 18 dicembre 1996

obbedito agli ordini di un superiore, ma nulla prevede in ordine ad altre eventuali cause di giustificazione. L'esimente della necessità può trovare applicazione, precisa in sede interpretativa la Corte Suprema, ma solo *a posteriori* ed in casi individuali, quale <<*the result of an improvisation given the unpredictable character of the events*>>, non potendo costituire il fondamento di un “*general administrative power*”⁴². La Corte esclude, in ogni caso, che l'esimente possa applicarsi all'ipotesi di tortura, la cui pratica è vietata in modo assoluto: <<*There is no room for balancing*”⁴³>>.

Si consideri, vieppiù, l'obbligo di non respingere, espellere o estradare una persona verso un altro Stato nel quale vi siano fondati timori che questa possa essere sottoposta a tortura (principio di *non refoulement*), obbligo che è oggetto di tentativi reiterati di ridimensionamento da parte degli Stati i quali, nel formulare le proprie scelte in materia di immigrazione e di lotta al terrorismo, vorrebbero incontrare minori limiti alla libertà di allontanare gli stranieri dal proprio territorio. Si realizza quella che è stata descritta come una protezione “indiretta” dei diritti umani, in quanto finalizzata ad evitare che questi siano violati non nello Stato cui tale obbligo s'indirizza, bensì in uno Stato terzo.

La violazione delle norme internazionali che vietano la tortura costituisce un'ipotesi non ordinaria di illecito⁴⁴, tenuto conto del suo carattere imperativo ed assoluto e dell'applicazione di regimi di responsabilità specifici. Ed invero alla “straordinarietà” del divieto di tortura deve corrispondere una reazione altrettanto eccezionale del diritto con riguardo alle condizioni delle vittime e dei bisogni di

⁴² *HCJ 5100/94*, par. 36

⁴³ *Ibidem*, par. 23

⁴⁴ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, op. cit., p. 95

riparazione di cui sono portatrici. La Corte Edu ha allora riconosciuto l'obbligo di risarcire i danni morali e biologici subiti dai familiari delle persone offese, provocati dai sentimenti di paura, di angoscia e di incertezza circa le sorti dei loro congiunti. Nella nozione di vittima si fa rientrare, peraltro, anche l'ipotesi in cui un diritto contemplato dalla CEDU non sia stato ancora violato, ma il rischio di violazione sia imminente. I casi riconducibili a siffatta ipotesi riguardano essenzialmente i provvedimenti di allontanamento forzato di persone per estradizione o per espulsione.

Più dettagliata è la nozione di "rimedio" contenuta nei Principi ONU, in quanto comprensiva dei diritti delle vittime a: <<1) *Equal and effective access to justice*; 2) *Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered*; 3) *Access to relevant information concerning violations and reparation mechanism*>>⁴⁵. I medesimi Principi precisano la misura della riparazione, indicando che la stessa debba essere proporzionata alla gravità della violazione ed alla lesione subita, fermo restando che una simile quantificazione si riveli assai difficile nel caso specifico di atti di tortura⁴⁶. Spetta allo Stato provare che le lesioni lamentate ovvero presenti sul corpo della persona non siano da ricondursi alla responsabilità dei propri agenti.

La questione della liceità della pratica del tormento è, dunque, risolta dal diritto positivo in modo definitivo, posto che è assunto il principio di legalità come regola e limite del potere. Mentre la legalità è violenza regolamentata e misura strumentale al rispetto della dignità della persona, la tortura è al contrario violenza illimitata ed imprevedibile, giacché l'intensità e la durata dell'inflizione delle sofferenze è lasciata alla volontà del carnefice, e manifestazione di puro arbitrio,

⁴⁵ Cfr. *Principio VII*, par. 11

⁴⁶ Cfr. *Principio IX*, par. 15

che distrugge la resistenza nervosa e la volontà, sino a provocare un crollo della coscienza della vittima. Il suo carattere abusivo, quindi, mal si adatta alla normalità ed alla prevedibilità della disposizione normativa.

In *L'età dei diritti* Bobbio qualifica il diritto a non essere torturati, assieme a quello di non essere ridotti in schiavitù, come “diritti assoluti”, valevole in tutte le situazioni e per tutti gli uomini senza distinzione, giacché <<*l'azione che viene considerata illecita in conseguenza della loro istituzione e protezione è universalmente condannata*⁴⁷>>.

A partire dai primi anni '90, tuttavia, a causa dell'affermarsi di un clima culturale che ha affrontato prioritariamente il problema della sicurezza piuttosto che quello della tutela dei diritti umani, il tabù della tortura è parso dissiparsi e si è posta la questione della possibilità della sua riacquisita liceità al presentarsi di casi estremi, cui il diritto, data la sua natura di generalizzazione, non può fornire risposta.

L'emergenza globale della lotta al terrorismo da un lato e la comprovata crisi dello Stato di diritto e della democrazia come forma di governo dall'altro nonché l'emersione dei c.c.d.d. poteri forti inducono a conferire legittimità ad un numero sempre maggiore di sospensioni del diritto e delle libertà. Con riferimento ai territori del Medio Oriente, in particolare, teatro di numerosi scontri, ci si chiede se le norme di diritto internazionale generale, e dunque quelle che contengono il divieto di tortura, vadano osservate anche da gruppi armati stabilmente organizzati, che nel corso di un conflitto interno abbiano acquisito il controllo effettivo su una determinata porzione di territorio, sostituendo la propria autorità a quella del

⁴⁷ BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi Editore, Torino, 2014, pagg. 11 e 39

governo precedente. Svolgendo di fatto funzioni tipiche del potere pubblico (che gli americani sintetizzano nella nozione di *inherently governmental functions*⁴⁸), quali l'adozione di provvedimenti normativi, il mantenimento dell'ordine pubblico e l'esercizio della funzione giudiziaria, tali gruppi armati instaurano con la popolazione locale un rapporto in tutto assimilabile a quello normalmente esistente all'interno di uno Stato sovrano fra governanti e governati. Da ciò che la giurisprudenza e la prassi internazionale avallano l'applicazione estensiva della normativa sulla tutela dei diritti umani ai casi in cui enti reali esercitino poteri di governo su una determinata comunità territoriale, purché siano strutturati ed esercitino prerogative pubbliche su una porzione di territorio sottratta alla giurisdizione piena dello Stato che in precedenza la amministrava⁴⁹.

Si sviluppa un dibattito sull'eccezionalità della situazione, che richiederebbe la riduzione delle garanzie ed anche la legittimazione di forme di pressione fisica sulle persone private della libertà o sottoposte ad interrogatorio, quale misura di prevenzione rispetto alla commissione di ulteriori crimini. È crescente la spendibilità elettorale di una richiesta mai soddisfatta di sicurezza, quale declinazione in termini individuali di un'insicurezza sociale non individuata come tale, bensì vissuta come ansia di fronte a sempre nuovi potenziali aggressori. Il 13 novembre 2001 il Presidente degli Stati Uniti ha emanato un ordine militare dal titolo *Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, con cui sono stati istituiti tribunali militari incaricati di processare, senza le usuali garanzie procedurali, i "non-cittadini" americani. In Europa il Regno Unito ha approvato la detenzione a tempo indeterminato e senza alcuna formale

⁴⁸ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, op. cit., p. 56

⁴⁹ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, *ibid.*, pp. 85-89

imputazione di persone sospettate di attività terroristiche o del loro fiancheggiamento.

Tali sospensioni dei diritti e delle libertà rimandano ad articolate strategie di “stigmatizzazione” ed “esclusione”, chiamando in causa ideologie fondate su logiche binarie (dentro/fuori; amico/nemico; inclusione/esclusione)⁵⁰.

La logica del “capro espiatorio”, legittimata dagli imprenditori e dai politici, contrastata da organizzazioni non governative ed associazioni impegnate nella tutela dei diritti umani, ha assalito le istituzioni, conducendo a provvedimenti e scelte sia a livello micro sia a livello macro che fanno regredire la politica democratica ed inclusiva: dalle ordinanze comunali allo “Stato di emergenza” si attuano scelte che configurano un “diritto speciale”, riservato ai migranti ed alle minoranze⁵¹. L’essere “altro” implica un processo di de-umanizzazione: è la personalità stessa delle persone torturate e soggiogate ad essere negata. Alle forme istituzionali della libertà si sono accompagnate, dunque, quelle istituzionali e non della tortura, espressione del fallimento del progetto sicurezza e della riduzione della politica a polizia.

La riflessione si sposta, pertanto, sulle condizioni in cui la tortura debba praticarsi, ossia se debba essere attuata segretamente, *contra legem*, oppure secondo una procedura legale che ne stabilisca preliminarmente i criteri di applicazione.

Si rende necessario, in tale contesto, addurre una prima precisazione.

Non è corretto disquisire di “tabù” ovvero di un “ritorno” della tortura. L’abolizione della pratica del tormento, decretata progressivamente dai vari Paesi

50 CASADEI T., *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016, pag. 7

51 ID., *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, pag. 9

solo dopo il 1750, sulla scia dei mutamenti storico-sociali successivi alle rivoluzioni liberali, e stigmatizzata nelle Carte dei diritti fondamentali e nei Trattati internazionali, non ha affatto impedito la prosecuzione del suo utilizzo. Eloquenti sono i fatti notori accaduti nella caserma di Bolzaneto, nel campo di prigionia di Guantanamo ovvero i casi riguardanti Stefano Cucchi, Federico Androvaldi, Giuseppe Uva, Giulio Regeni e molti altri.

Invero, lo spostamento verso l'alto dei rilevanti centri decisionali, in forza del quale le decisioni politiche scivolano dalle sedi partecipate in luoghi meno accessibili, esito dell'incapacità degli ordinamenti di rispondere alla domanda di protezione e di giustizia sociale per cui sono stati creati, ha portato verso la costituzione di uno Stato sovranazionale di polizia, in cui le agenzie di *intelligence* rappresentano il modello dell'organizzazione e dell'azione politica. Si pensi al "terzo grado", metodo d'indagine usato dagli americani per estorcere confessioni o per ottenere prove, non legalizzato e rispetto a cui non sussistono né regolamentazioni delle tecniche né forme di controllo. La tutela della sicurezza viene affidata alle polizie locali, riconoscendo ad esse la possibilità di privare i soggetti della libertà personale, seppure per un tempo limitato. Le agenzie locali di sicurezza, tuttavia, non possiedono un assetto consolidato di procedure ed una formazione che, pur con limiti e distorsioni, caratterizzano invece l'operato della Polizia di Stato. L'estensione di tali articolazioni riguarda tutte le istituzioni che si collocano sul confine mobile fra luoghi di accoglienza ed assistenza e luoghi di controllo e di contenimento, istituzioni di un *welfare* che si declina sempre più come *control system*. I numeri crescenti di persone ristrette nelle istituzioni segreganti e la tensione che ne deriva di fatto vanificano le ipotesi di riformismo che pure,

almeno sul piano teorico, hanno coinvolto molti paesi dell'Europa Occidentale attorno agli anni Ottanta e che si concretano nelle tesi dell'abbandono di residui "retributivi" nel disegno delle punizioni e della centralità della funzione utilitaristica della pena anche attraverso misure alternative alla detenzione.

Negli ultimi anni nuovi termini, spesso conservati nel loro originale inglese, sono entrati a far parte del lessico comune. Tra questi si menzionano i "*black sites*", per tali intendendosi i luoghi illegali ed oscuri di detenzione, ove alcune persone sono detenute nell'ambito di operazioni in cui si mescolano le responsabilità dei servizi segreti ufficiali e quelle di corpi paramilitari illegali. Ancora la locuzione "*extraordinary renditions*" indica un insieme di azioni caratterizzate dal trasferimento di persone da una giurisdizione ad un'altra, non tenendo in considerazione il rischio che siano sottoposte a tortura ovvero a trattamenti o pene disumani e degradanti, al di fuori delle normali procedure giudiziarie e senza le garanzie ed i controlli che queste comportano⁵².

Il rapporto tra "dopo 11 settembre" ed il ricorso alla deroga per stato d'eccezione getta, peraltro, una luce nuova sul ruolo dell'emergenza nello sviluppo del sistema internazionale di tutela dei diritti umani, divenendo anch'esso oggetto di fraintendimenti. Lo stato d'eccezione, disciplinato dagli artt. 15 della CEDU, 4 del Patto internazionale del 1966 e 27 della Convenzione americana, costituisce una misura differente non solo dalle clausole di salvaguardia economica presenti negli accordi del commercio internazionale ma, in quanto generale, anche da quelle di deroga, che pongono dei limiti allo specifico ambito di applicazione di determinate disposizioni. Trattasi di misure che consentono allo Stato di agire libero da vincoli

⁵² *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, op. cit., pp. 197-205

in situazioni di forza maggiore e/o di estremo pericolo. La CEDU, in particolare, richiede quali presupposti d'applicazione "la guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione". Deve sussistere un pericolo attuale, quantomeno imminente, tale da minacciare non solo la popolazione ma l'esistenza dello Stato nel suo insieme. Le misure adottate devono rispondere ad una necessità assoluta, nel senso che deve risultare impossibile affrontare la situazione d'emergenza in altro modo nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale, in special modo dal diritto umanitario. Il divieto di tortura è tuttavia annoverato, in tale ambito, tra gli obblighi inderogabili: non a caso, a sensi dell'art. 2 della Convenzione contro la tortura "nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di emergenza pubblica, può essere invocata per giustificare la tortura". Le situazioni d'emergenza devono, infine, essere caratterizzate dalla provvisorietà, ciò che le pone d'altro canto in contrasto con le *national security measures* adottate dopo l'11 settembre. Senonché l'eliminazione del requisito della temporaneità per le misure eccezionali in deroga alla Convenzione e, dunque, la creazione giurisprudenziale delle nozioni di emergenza potenziale, assimilata al pericolo pubblico manifesto, e di applicazione precauzionale dello stato d'eccezione⁵³ hanno fornito agli Stati europei i pilastri per un vero e proprio diritto dell'emergenza, in grado per ciò stesso di inserire stabilmente previsioni in contrasto con il sistema convenzionale dei diritti umani.

Il punto d'approdo dell'analisi del fenomeno fin qui condotta sembra dover necessariamente coincidere con il convincimento per cui l'istituto della tortura, che

⁵³ Cfr. Corte Edu, *Brogan e altri c. Regno Unito*, sentenza 29 novembre 1988

rimanda ad una serie di pratiche ed accadimenti, molti dei quali riconducibili all'esistenza di "vuoti", e di diritto e di potere, possa essere più opportunamente utilizzato per riflettere su una serie di innumerevoli fraintendimenti di carattere storico-filosofico e sul capovolgimento di alcune delle tradizionali categorie politico-giuridiche delle teorie generali del diritto del Novecento.

La tortura, sia essa configurata come pena, come strumento di prova o come pratica di polizia, è definitoria dell'identità di una società e del potere costituito, riflettendo la concezione che essa ha degli uomini come esseri sacrificabili⁵⁴. E ciò perché da un lato essa è espressione dell'innato desiderio di vendetta dell'individuo che ha subito un crimine o un'offesa e, pertanto, dell'odio nella lotta per l'autoconservazione che la società civile con le sue leggi ha cercato di sommergere, dall'altro è forma di esercizio delle prerogative sovrane, utile alla conservazione del potere e al raggiungimento di obiettivi politici ed economici. Lo Stato che se ne avvale commette un reato e mostra la sua prossimità al criminale, divenendo complice di atti di crudeltà. Tutto questo è comprensibilmente inconciliabile con un sistema costituzionale di diritti, fondato sulla certezza della pena e sul principio personalistico e il cui linguaggio assoluto non consente alcun compromesso. Occorre, dunque, abolire forme punitive brutali e garantire la libertà intellettuale dell'individuo, inducendo a sviluppare una *forma mentis* capace di neutralizzare il primitivo desiderio di dominio, talvolta incoraggiato e tollerato da politiche plutocratiche.

Il problema etico che la pratica del tormento pone, in particolare, non è l'assenza o la perdita di valori chiari, ma il rispetto degli obblighi che discendono

⁵⁴ Cfr. AGAMBEN G., *Homo Sacer*, Einaudi, Torino, 2005

da valori assoluti e che rappresentano condizioni minime di esistenza. Le ambiguità della tradizione intellettuale dell'Illuminismo sembrano tornare oggi più prepotentemente alla ribalta. Appare *ictu oculi* evidente che la relazione da esso stabilita tra tortura e barbarie non può essere accolta nei termini semplicistici in cui è stata formulata, immaginando di poter relegare entrambe in un passato di superstizione e oscurantismo, permeato da quella sorta di osmosi fra Chiesa e Stato che ha reso possibile l'Inquisizione. Occorre invece riconoscere che la laicizzazione delle società occidentali non ha costituito un baluardo sufficientemente solido per contenere l'irrazionalità del fanatismo e della violenza che gli illuministi avevano attribuito troppo esclusivamente ad un passato di intransigenza religiosa⁵⁵.

⁵⁵ GIANNELLI, PATERNÒ, (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, p. 32

1.3 I profili della tortura: argomentazioni pro e contro

Per secoli la tortura è stata parte integrante della legislazione e della prassi giudiziaria europea. In ambito giuridico era uno strumento utilizzato al fine di estorcere la confessione al presunto reo ovvero di comminare una pena esemplare, qualora il crimine commesso fosse di estrema gravità. Ciò che avveniva segnatamente allorché fosse stato realizzato un crimine contro l'autorità. Si trattava, in special modo riguardo al primo aspetto, di un vero e proprio mezzo di prova, interamente proceduralizzato, mediante cui estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale una confessione oppure altra dichiarazione utile all'accertamento dei fatti, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà.

A queste ragioni di diretta attinenza giudiziaria si legano quelle politiche. Montesquieu nel *Lo Spirito delle leggi* comprende per primo il significato politico del tormento, seppur circoscritto alla paura quale strumento di conservazione di un potere dispotico e di alienazione dell'avversario ideologicamente insidioso⁵⁶. “Il dominio per mezzo della pura violenza” - insegna Arendt – “entra in gioco quando si sta perdendo il potere. (...) Il terrore non è la stessa cosa che la violenza; è piuttosto la forma di governo che viene in essere quando la violenza, avendo distrutto tutto il potere, non abdica, ma al contrario rimane in una posizione di controllo assoluto”⁵⁷.

Voci contro la tortura sono state levate sin da tempi remoti, di molto antecedenti al Medioevo, e con argomentazioni molto simili a quelle apportate dagli illuministi. La novità del dibattito settecentesco non sta nell'aver riportato

⁵⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748); trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli, Milano, 1989, p. 241

⁵⁷ ARENDT H., *On violence* (1970); trad. it. *Sulla violenza*, Guanda, Parma, 1996, pp. 58-60

all'attenzione tesi abolizionistiche note fin dalla antichità, quanto alla capacità di impatto sull'opinione pubblica di un "arsenale" argomentativo dotato di una indubbia profondità teorica⁵⁸ e del quale «le finalità pedagogiche, l'intento divulgativo e la tecnica argomentativa» erano «componenti essenziali»⁵⁹. Il «nocciolo» della questione, è stato ben rilevato, «non sta infatti tanto nella [...] originalità delle tesi sviluppate dagli intellettuali settecenteschi contro la tortura, ma nella loro capacità di aprire un dialogo con il pubblico di lettori e di trovare una rispondenza sul piano della sensibilità collettiva di un'epoca e della sua volontà di autorappresentarsi come aperta al progresso e all'innovazione scientifica e culturale.[...] Le trattazioni illuministiche contro la tortura sono appunto caratterizzate dal rincorrersi di logiche argomentative diverse, dalla sovrapposizione di considerazioni legate al criterio dell'utilità e di riflessioni attorno al concetto di giustizia, dall'alternarsi di riferimenti alla teologia e alla razionalità della natura umana, dalla combinazione di argomentazioni etiche, politiche, religiose. Ne emerge una complessità di insieme e una varietà di spunti che costituisce un valore aggiunto rispetto a quello iscritto in ognuna delle sue riflessioni singolarmente individuate»⁶⁰. È con l'Illuminismo che la tortura diventa da semplice mezzo *ad eruendam veritatem* ad istituto emblematico del grado di garantismo, di umanità e di razionalità del sistema penale e dell'ordinamento tutto. L'opera *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria «diede il segnale della guerra generale contro codesta assurda barbarie»⁶¹.

⁵⁸ Cfr. GIANNELLI, PATERNÒ, (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit.

⁵⁹ ID., *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, *ibid.*, p. 20

⁶⁰ GIANNELLI, PATERNÒ, (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit., p. 21

⁶¹ Cfr. FIORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1953-1954

Il Settecento registra la vittoria del diritto sulla tortura, vantando in rapida successione provvedimenti legislativi che ne prevedono il divieto sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primis rileva l'inutilità del tormento.

Già nella tarda antichità Agostino ne *La città di Dio* così ha motivato la propria avversione al tormento: <<Se il malcapitato avrà scelto di fuggire da questa vita invece che continuare a subire supplizi, confesserà di aver commesso quello che non ha commesso. Dopo che quindi costui è stato condannato e messo a morte, il giudice non sa ancora se ha ucciso un uomo colpevole o innocente, avendo deciso di torturarlo proprio per non uccidere, per ignoranza, un innocente. Perciò egli ha torturato un innocente per sapere, e lo ha ucciso senza sapere>>⁶². Ed ancora per Friedrich von Spee la tortura è senz'altro inutile per l'accertamento della verità, giacché è concreto <<il rischio che, per sfuggire alla sofferenza delle torture, molti imputati confessino delitti che non hanno commesso o si attribuiscono la responsabilità di un crimine qualunque, magari suggerito dai torturatori>>⁶³. L'esercizio del tormento, pertanto, non solo è ingiusto come mezzo per estorcere la confessione, perché si è innocenti fino a prova contraria, ma anche nel caso in cui il sospettato sia reo tale strumento svia le indagini, essendo la confessione ottenuta condizionata dal mezzo e dalla natura estrema e non dalla maggiore o dalla minore corrispondenza ai fatti realmente accaduti. Sul punto insiste Beccaria: <<o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilità delle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, non

⁶² AGOSTINO D'IPPONA, *De civitate dei* (426); trad. it. *La città di Dio*, Rusconi, Milano. 1984, p. 953

⁶³ VON SPEE F., *Cautio criminalis* (1631); trad. it. *I processi contro le streghe*, Salerno editrice, Roma, 2004, pp. 123-124

devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati. (...) Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti>>⁶⁴. La tortura, dunque, incrina la certezza della pena, favorendo il colpevole se dal corpo resistente, sfavorendo l'innocente de dal corpo debole.

Altra motivazione inerisce all'irrazionalità della prassi, che muove da un'equiparazione tra il reo e l'innocente, in quanto soggetti ad un medesimo trattamento. Un mezzo che si fonda sull'eliminazione di tale distinzione è costitutivamente estraneo ad un discorso di giustizia, è contrario ad ogni valorizzazione della responsabilità morale delle proprie azioni, è da espungere perciò stesso dalla sfera della legalità, giacché ne viola il più elementare presupposto.

La tortura infrange ed annulla il contratto sociale tra sovrano e suddito. Un semplice calcolo prudenziale non permette alla comunità politica di esporre i suoi membri al rischio dei tormenti. Nessuno spazio è più sicuro per il cittadino: i pericoli che la tortura ripropone per la vita individuale sono più gravi di quelli dai quali il contratto sociale vorrebbe assicurare poiché, alimentando l'insicurezza pubblica ed un senso di precarietà ed incertezza del vivere in società, <<addensa sopra alla testa dei cittadini pericoli molto maggiori di quelli che ci si è assunti stringendo il contratto sociale e per la propria sicurezza sono stati consegnati alle braccia di governanti e leggi>>⁶⁵.

⁶⁴ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) Burgio A., XII ed., Feltrinelli, Milano, 2007, p. 60

⁶⁵ VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 81-82

La tortura è per definizione la somministrazione di sofferenze eccessive. Verri definisce ingiusto ogni atto che compie il male in modo superfluo e sovrabbondante: nella comminazione della tortura si insinuano risvolti sadici, raggiungendo quello che Montaigne definisce <<l'estremo limite che la crudeltà possa toccare>>.

Tali argomentazioni, pur tuttavia, sembrano oggi essere ricusate. La tortura torna ad essere una realtà cogente, in quanto strumento politico e giudiziario impiegato sotto varie spoglie e senza sconti di genere. Essa travalica i limiti di concentrazione della violenza che uno Stato di diritto è in grado di tollerare senza snaturarsi. I diritti soggettivi sembrano avere un prezzo, ossia quello della sicurezza pubblica.

Nel dibattito degli ultimi anni, in cui si discute della riammissione del tormento come pratica lecita e legale, si rappresentano cinque strategie argomentative di carattere moralizzante.

La prima è quella adottata da due consulenti del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, J. Yoo e J. Bybee, ed è incentrata sull'evocazione dello stato di emergenza e sull'affermazione di poteri eccezionali del Presidente degli Stati Uniti il quale, in quanto comandante supremo delle operazioni militari, non sarebbe soggetto ad alcun vincolo normativo né di diritto internazionale né di diritto statale. La tortura, in tale contesto, in quanto uso anticipato e sproporzionato della forza, riproduce la struttura fenomenologica della guerra preventiva difesa dalla nuova dottrina di sicurezza nazionale di G. W. Bush. Entrambe rompono qualunque criterio di prevedibilità e di proporzionalità nell'uso della violenza legale e si giustificano col ricorso all'idea del pericolo imminente sulla base del valore della

sicurezza nazionale. Alla luce delle ragioni esposte si darebbe luogo a tortura soltanto in presenza di una concreta minaccia imminente di morte e di danno psichico prolungato per il soggetto sottoposto al “trattamento” in questione⁶⁶. Yoo sembra richiamare la dottrina del “doppio effetto”, per cui ciò che conta nella condotta del torturatore sarebbe l’intenzione specifica di torturare. Indi si darebbe tortura solo là dove l’inflizione di una grave sofferenza risultasse essere il fine immediato e diretto della condotta e non un effetto collaterale della medesima. Tutte le torture dirette principalmente ad ottenere una qualche informazione dalla vittima, dunque, non potrebbero qualificarsi come tali⁶⁷.

Questa posizione, tuttavia, entra in conflitto con la dottrina dello *ius cogens* nel diritto internazionale e con i principi di un ordine democratico, per il quale i vincoli costituzionali hanno come principale destinatario il potere esecutivo. Un potere esecutivo che non sia soggetto ad alcun controllo, sia pure in situazioni eccezionali, non ha diritto di cittadinanza in uno Stato di diritto ed ancor meno in uno Stato costituzionale, in cui i diritti fondamentali delimitano il terreno del gioco politico e delle sue capacità di intervento⁶⁸.

La seconda strategia di moralizzazione è quella di assumere un atteggiamento descrittivo. Si dà l’alternativa tra l’ipocrisia di rifiutare formalmente la tortura, permettendola nondimeno nelle sedi oscure e segrete del potere esecutivo, ed il riconoscere la sua pratica nella società come male minore, legalizzandola e sottoponendola a controlli. Dershowitz, a tal proposito, suggerisce di farne

⁶⁶ Cfr. *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, 01.08.2002

⁶⁷ DANNER. M., *Torture and Truth. America, Abu Ghraib and the War on Terror*, in <<New York Review Books>>, 2004, p. 115

⁶⁸ Cfr. LA TORRE M., LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura. Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013

dipendere l'esercizio da un'autorizzazione giudiziale⁶⁹. Lo stesso Luhmann precedentemente profilava uno scenario in cui la tortura fosse autorizzata da giudici internazionali ed eseguita sotto la supervisione di questi mediante camere televisive⁷⁰. Siffatta strategia giustificativa assume che il tormento si pratichi già di fatto ed in misura abbastanza ampia, oltre che il giudizio di valore per cui il fenomeno non sia così moralmente ripugnante da dover escluderne la legalizzazione.

La strategia più comune a favore della reintroduzione della tortura in ambito legale rimane la via utilitaristica, che si serve del caso ipotetico della *ticking bomb*. L'ipotesi è che sia arrestato un terrorista, che si sospetti abbia collocato in qualche luogo pubblico un artefatto esplosivo che possa causare la morte di innocenti. In una situazione di tale drammaticità l'unica maniera per impedire l'esplosione della bomba e salvare la vita a molti sembra essere quella di costringere con la forza il terrorista a rivelare il nascondiglio della bomba. È il caso di cui si è servito W. Brügger per difendere la legalizzazione di ciò che egli chiama la *Rettungsfolter*, "la tortura di salvezza": se non fosse praticato il trattamento della tortura, verrebbe meno il contratto fondamentale tra cittadino e Stato, per cui esso si assume il compito della protezione della vita e della dignità dei cittadini, i quali in caso contrario sarebbero esonerati dal dovere di obbedienza nei confronti dello Stato⁷¹. Brügger propone di ammettere la possibilità dell'applicazione delle misure violente di interrogatorio solo a precise condizioni. Deve trattarsi di un chiaro, immediato e

⁶⁹ DERSHOWITZ A.M., *The Torture Warrant*, in <<New York Law School Review>>, 48, 2004, p. 277

⁷⁰ LUHMANN N., *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, p. 27

⁷¹ Cfr. BRUGGER W., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in <<Der Staat>>, 35, 1996

grave pericolo per la vita di un innocente, provocato da un aggressore identificato, il quale risulti l'unica persona in grado di disattivare o di evitare il pericolo. L'applicazione della violenza fisica, in altri termini, deve essere l'unico mezzo per ottenere un'informazione tale da offrire qualche prospettiva di successo alla disattivazione del pericolo. Uno Stato di diritto, afferma sempre Brügger, deve continuare ad essere uno Stato per risultare efficace e rimanere dotato di effettività, senza la quale la dimensione normativa sarebbe solo uno spazio vuoto. Lo Stato ha diritto ad esercitare coazione, ad applicare sanzioni, ad usare violenza dunque, là dove i cittadini siano posti in pericolo o siano violati i loro diritti. Perché allora non dovrebbe poter essere usata la tortura?⁷²

L'argomento di Brügger, tuttavia, non tiene. I tormenti non coincidono con il contenuto della coazione di cui è questione in un ordinamento giuridico, non sono ricompresi nella violenza di cui lo Stato si arroga il monopolio. La violenza legittima del diritto è una forza meccanica, che si dirige al comportamento esteriore senza violare l'intimità del soggetto; può ferire l'integrità fisica del cittadino e ridurne la libertà di movimento, ma non lo considera un mero oggetto dell'azione statale⁷³. Il soggetto sottoposto a tortura invece, più che obbedire ad un comando, lo deve subire e soffrire⁷⁴. Ne scaturisce una forma di violenza infinitamente superiore, più invasiva e qualitativamente differente rispetto alla forza che si manifesta nell'esercizio della coazione legittima che accompagna l'esecuzione

⁷² Cfr. ID., *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in <<Juristenzeitung>>, 55, 2000

⁷³ LA TORRE M. E LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, op.cit., p. 126

⁷⁴ Cfr. KAFKA F., *Nella colonia penale*, Leone, Monza, 2010

della norma giuridica, in quanto la sanzione statale non implica né necessita della crudeltà.

V'è da considerare poi un ulteriore aspetto. Deposito il divieto assoluto di fare ciò che è considerato un male intollerabile ed attivato il meccanismo di bilanciamento tra mali distinti, la caduta dell'inibizione iniziale fa sì che non ci siano più barriere insuperabili alla sua ripetizione. Lo stesso Brügger, mentre in un primo momento parla di una possibile causa eccezionale di giustificazione della tortura per salvare vite innocenti, converte poi la causa eccezionale in fondamento del "diritto di torturare", che lo Stato deterrebbe al fine di adempiere ai suoi obblighi di protezione⁷⁵. La tortura diviene così misura di prevenzione generale della commissione di reati contro la vita e l'integrità delle persone fisiche.

Si rappresenta, altresì, una presunta analogia con l'istituto giuridico della legittima difesa. Ai sensi dell'art. 52 c.p. <<non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa>>. A fondamento della scriminante vi è una situazione di pericolo certo ed immediato e la necessità di difendersi, sempre che la reazione posta in essere non sia sostituibile con altra meno dannosa ed ugualmente efficace.

Evidente è la capziosità della suddetta argomentazione. Mentre nell'autodifesa tradizionale la persona contro la quale si usa violenza difensiva è pericolosa, il torturato è per definizione un inerme: il suo corpo è nella piena disposizione di colui che lo tortura.

⁷⁵ BRUGGER W., *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, cit., pp. 165 e ss.

Tra la legittima difesa ed il pericolo da prevenire deve darsi, inoltre, una relazione causale diretta tale che l'azione di difesa possa probabilmente evitare l'offesa. Questo non è il caso della tortura, là dove non si è certi di ottenere un'indicazione rilevante né che l'informazione estorta con la forza possa decisamente contribuire ad evitare l'offesa. La legittima difesa, peraltro, deve essere proporzionata, mentre il tormento per definizione è una condotta sproporzionata ed abusiva: è una prassi sempre offensiva, mai difensiva.

L'ultima strategia giustificativa si appella all'etica della responsabilità. Weber, com'è noto, distingue tra due tipi di etica: l'una della "convinzione", per cui ci si orienta alla conformità a valori ritenuti dalla propria coscienza supremi ed inappellabili; l'altra della "responsabilità", per la quale la bussola morale dovrebbe essere costituita dalle conseguenze della propria condotta. Affinché ci si possa orientare in base alle conseguenze, occorre che queste siano valutate e qualificate, ciò richiedendo un insieme di criteri previ alle conseguenze o concettualmente distinti da queste. È il "politico" che secondo Weber prende la decisione e ne assume su di sé la responsabilità. La ragion di Stato ha la meglio sulla ragione morale.

La responsabilità weberiana del politico, tuttavia, non rimane esente da un'operazionalizzazione normativa ed istituzionale, che consiste nella responsabilità dinanzi alla norma ordinaria, nella sua sottomissione cioè alla legalità. La ragion di Stato, che giustificerebbe il ricorso alla violenza ed alla forza, è pur sempre dettata dal contenuto dei diritti e dei principi costituzionali. Non vi è nello Stato costituzionale uno "stato d'eccezione", un grumo irrisolto di violenza radicale pronta a manifestarsi in qualche situazione di pericolo. In uno Stato di

diritto, insomma, lungi dall'essere una sorta di *arcanum constitutionis*, la tortura sarebbe il sintomo della crisi esistenziale di una comunità politica disposta a rinunciare ai propri principi⁷⁶. Ignatieff, a tal proposito, argomenta che <<La tortura, quando commessa da uno Stato, riflette la suprema visione che lo Stato ha degli essere umani in quanto esseri sacrificabili. Una simile visione è antitetica allo spirito di qualsiasi società costituzionale, la cui ragion d'essere è il controllo della violenza e della coercizione nel nome della dignità e della libertà umane>>⁷⁷.

Proseguendo dalla trattazione delle argomentazioni moralizzanti impiegate per riammettere l'uso della tortura nell'ambito della legalità, occorre qui ricordare le principali strategie di natura giuridica a sostegno di tale prassi e le relative confutazioni.

a) Strategia della *ridefinizione*

Ciò a cui si tende è la restrizione dell'ambito delle condotte e degli effetti riconducibili alla nozione di tortura. La definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione del 1984 viene applicata solo ad atti diretti contro persone in custodia o sotto controllo fisico. Ed ancora un atto di tortura è condannabile e perseguibile dal Tribunale penale internazionale se compiuto ai danni di civili, non più se si tratta di non meglio precisati "nemici combattenti", per i quali non è neppure prevista l'applicabilità dei vincoli delle Convenzioni di Ginevra.

É possibile obiettare a siffatto argomentare che la tortura venga così equiparata alla nozione di "trattamento disumano e degradante" senza alcuna soluzione di continuità. É il carattere della crudeltà e della disumanità la soglia,

⁷⁶ LA TORRE M. E LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, op. cit., pp. 145-148

⁷⁷ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 207

il livello minimo, difficilmente individuabile, che fa scattare l'applicazione del divieto senza eccezioni. Il legislatore, pertanto, riconnettendo la tortura al trattamento disumano e crudele nella sua previsione normativa, ha anticipato la strategia giustificativa della ridefinizione, assicurandone l'inoperatività.

b) Strategia dell'*analogia*

Si assume come parametro l'omicidio mirato di criminali aggressori al fine di salvare vite innocenti. Se è permesso uccidere per salvare e riscattare una vita umana – si è detto – non si vede perché nella stessa situazione non si potrebbe impiegare lo strumento della tortura, considerato che essa rappresenta un'offesa assai meno grave della soppressione fisica mediante un omicidio⁷⁸.

Il ragionamento per analogia, tuttavia, presuppone un giudizio di valore, considerando la tortura come un'azione di pari (se non minore) gravità morale e giuridica rispetto all'omicidio mirato. Tenuto preliminarmente conto che nel diritto penale l'analogia è vietata, per quanto concerne l'equiparazione della gravità del danno inflitto dall'omicidio mirato e dalla tortura, si potrebbe affermare utilizzando le parole di Dworkin che, se il primo riduce l'essere umano ad una cosa inanimata, la seconda lo degrada ad un mero animale: <<la tortura è concepita [...] per ridurre la sua vittima a un animale la cui decisione non è più possibile>>⁷⁹.

c) Strategia della *lacuna*

Di lacuna nella regolamentazione giuridica della tortura parla Brügger. In casi determinati, là dove si trovino in pericolo migliaia di vite innocenti, la

⁷⁸ POSNER E.A., VERMEULE A., *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Courts*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007, pp. 183 e ss.

⁷⁹ DWORKIN R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press, 2011, p. 337

proibizione del tormento risulta immorale e persino “mostruosa”. Sebbene dal punto di vista giuridico nel diritto internazionale non sembra possibile rinvenire alcuna lacuna tecnica (o di formulazione), nondimeno dovrà affermarsi che si dà una lacuna morale (o di valutazione).

L’argomento funziona, però, solo se si semplifica in modo radicale il nostro panorama morale, che ricomprende le istituzioni giuridiche ed il complesso tessuto delle relazioni politiche e sociali, il quale non potrebbe non risultare alterato dall’adozione della prassi in esame. Ciò induce a pensare che esista una soglia del pensiero morale, la quale non può mai essere oltrepassata, pena la perdita della sua forza normativa, della propria plausibilità e della funzione di orientamento della condotta.

d) Strategia della *ponderazione*

Per giustificare l’uso della tortura si fa ricorso all’idea della ponderazione tra i diritti fondamentali, in particolar modo tra diritti individuali e beni collettivi. Da ciò che i diritti fondamentali, che non sono mai assoluti, devono cedere dinanzi alla realizzazione di beni collettivi di rilevanza generale. Si potrà bilanciare “dignità contro dignità”, *Würde gegen Würden* – come ripete Brügger – la dignità del criminale torturato contro la dignità dell’innocente sequestrato⁸⁰.

Si può obiettare, tuttavia, che non tutti i diritti fondamentali sono principi e che i principi non sono necessariamente suscettibili di bilanciamento e di deroga. La dignità umana, intesa come principio dell’eguale rispetto come uguale dignità di ogni essere umano, non è passibile di bilanciamento. Il tormento finisce inevitabilmente per causarne la negazione tanto nella vittima

⁸⁰ Cfr. BRUGGER W., *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, op. cit.

quanto nel carnefice, <<perché si è liberi davvero soltanto quando non si pesa su nessuno, quando non ci si umilia con nessuno, neppure con se stessi. La condizione umana è tale per cui basta umiliare, rinnegare o far soffrire un uomo – se stessi o qualcun altro - perché ogni uomo ne soffra. In ogni uomo ci sono tutti gli uomini>>⁸¹.

⁸¹ ZAMBRANO M., *Persona e democrazia*, Bruno Mondadori, Milano, 2000, pp. 319-320

1.4 La proposta di legittimazione dei tormenti tra equivoci concettuali e disincanto

Nel corso dei secoli il tormento, usato esclusivamente in ambito giudiziario come mezzo di prova per estorcere confessioni oppure come pena per la punizione dei reati ritenuti più gravi, finisce per diventare secondo autorevole dottrina una sorta di *principe accessoire du droit de la preuve*. E ciò all'interno della concezione di un diritto penale, che è manifestamente forza assoluta, in cui la violenza non ha bisogno di essere attenuata, ma soltanto centralizzata ed istituzionalizzata. Ecco che, in tale contesto, la tortura assume la dignità di un istituto tipicamente giuridico⁸².

Ove si volesse argomentare in tal senso, si finirebbe per generare un grosso malinteso circa la maniera di atteggiarsi del tormento nell'ordinamento giuridico quale prassi normativamente regolamentata ai fini di tutelare interessi meritevoli ovvero quale principio ispiratore di pratiche che s'impongono *ubi silent leges*. La tortura verrebbe praticata al presentarsi di situazioni emergenziali e non tipizzate, cui porre rimedio mediante un artificio giuridico, cioè ponendo una regola di chiusura del sistema, dalle caratteristiche analoghe alla "norma giuridica esclusiva" bobbiana⁸³, che rappresenti un confine tra ciò che è giuridico e ciò che è non giuridico. Si tratta di una sorta di norma senza fattispecie, di un concetto-limite, dotata di una particolare capacità di estensione del suo ambito applicativo, che consente di incorporare nel proprio raggio d'azione tutti quei casi esclusi da una regolamentazione normativa, in quanto imprevedibili, senza con ciò travalicare il

⁸² Cfr. LA TORRE M., *Concepts juridiques et torture. Usages et abus théoriques*, in <<Cahiers de méthodologie juridique>>, settembre 2015

⁸³ Cfr. BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993

confine dello spazio giuridico di legittimità dell'intervento autoritativo. Una maggiore capacità espansiva della norma giuridica, difatti, offre la più rassicurante apparenza di un'efficace disciplinamento dei conflitti sociali, consentendo il ricorso all'armamentario del giurista di evitare una riespansione della sfera della moralità a tutto danno di quella della giuridicità.

L'alternativa consiste nel considerare il tormento alla stregua di un principio, quale standard giuridico ammesso accanto a quelli più specificatamente giuspositivistici (le norme), espressione di una determinata concezione politico-morale. Mercé la capacità espansiva del loro contenuto i principi giuridici rendono possibile l'individuazione della giusta soluzione per ogni caso concreto. Essi possono essere considerati come un substrato "preinterpretativo", che il sistema giustifica come parte dell'ambiente con cui interagisce. La difficoltà, in tale ambito, è data dalla presenza nel diritto di valori e, quindi, di principi confliggenti che è necessario comporre.

L'operazione appena descritta comporta un'indifferente qualificazione del tormento, alternativamente in termini di concetto o di principio giuridico, a seconda della fenomenologia di riferimento. Lungi dal volerne sostenere la natura di principio naturale o morale, presentandosi impraticabile l'affidamento spontaneo ad un'etica predominante in una società estremamente plurale come quella attuale, e dovendosi altresì tenere in debito conto la contrarietà di tale prassi rispetto ai presupposti del diritto naturale, in quanto il rischio ad essa connesso è superiore a quello presente nello stato di natura, si pone la necessità di chiarire i connotati che ne rimandino la configurabilità come istituto ovvero come principio giuridico, al fine di evitare la legittimazione di pratiche avverse al senso di dignità umana sotto

le mentite spoglie di una manovra obbligata, resa indispensabile dagli accadimenti concreti.

Occorre a tal uopo soffermarsi sull'analisi del concetto giuridico generalmente inteso, affinché si possa stabilire la correttezza dell'opportunità di attribuire al tormento questa accezione.

Al fine di esaminare i concetti giuridici ed i problemi della loro applicazione, è necessario innanzitutto procedere dalla loro formazione.

Nel sistema contemporaneo i concetti giuridici nascono per finalità pratiche attraverso generalizzazioni successive. Da situazioni concrete ripetute e dalla loro valutazione emerge un modello, uno schema. Tali modelli o schemi sintetizzati si traducono in concetti, che sono per l'appunto riassuntivi di comportamenti reiterati. Un insieme di questi concetti forma la regola giuridica che è oggi qualificata come norma. La relazione tra concetto giuridico e norma costituisce, pertanto, un rapporto tra il contenente ed il suo contenuto: l'ingresso dei concetti in ambito normativo è dato dal fatto che questi sono contenuti nelle norme giuridiche.

Vi possono essere, peraltro, dei concetti in via di formazione, che non sono ancora previsti ed inseriti nelle norme. Essi costituiscono la base di futuri concetti giuridici, ma sino a quando non avranno raggiunto la cittadinanza di norme non potranno essere considerati tali. I concetti giuridici, in altri termini, vivono in quanto sono inseriti, incapsulati nelle norme.

Un ulteriore punto rilevante, su cui si deve soffermare l'attenzione, riguarda i concetti giuridici "indeterminati"⁸⁴. Stante la circostanza già richiamata per cui i concetti costituiscono uno schema logico, che si forma attraverso generalizzazioni

⁸⁴ ITALIA V., *I concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 9

successive, si deduce che più questi sono generali e più sono per natura necessariamente indeterminati.

A questa primo aspetto di indeterminazione se ne aggiunge un altro, che viene espresso dalla formula della relatività dei concetti, i quali non sono stabili, fissi ed immutabili, ma tendono ad evolversi in relazione agli accadimenti storici concreti.

Interessante appare, all'uopo, la polemica diffusasi nella prima metà del Novecento relativa alla natura dei concetti giuridici. Ai fini esemplificativi si riportano sinteticamente i termini della disputa intercorsa fra due giuristi italiani, quali Arturo Carlo Jemolo e Salvatore Pugliatti.

Orbene secondo Jemolo il modo di formazione dei concetti giuridici è caratterizzato innanzitutto dalla fissazione di un corpus di regole provenienti dalla volontà legislativa. Questa derivazione, per quanto soggetta ad una logica più o meno stringente, non può escludere, come ogni processo di astrazione, che il dato reale possa superare quello meramente "fittizio" previsto dalla volontà legislativa. Ciò che, in altri termini, caratterizza la scienza giuridica è la possibilità che sia il dato positivo (la realtà) sia l'elaborazione dottrinale possano modificare il concetto legislativo, ossia l'istituto giuridico. Quando il concetto giuridico si radica nei secoli come istituto, si può ben avere una concordanza fra il dato legislativo ed il concetto. Quando invece ciò non avviene, può verificarsi una sorta di "disgiunzione" fra l'istituto e l'elaborazione concettuale. A compensare questa disgiunzione, sovente, si pone la scienza pratica della giurisprudenza, che interviene con la fissazione di dati che specificano il concetto, divenuto inadeguato

all'esigenza in discussione, perdendo ogni qualifica di concetto e manifestando la sua riduzione a dato⁸⁵.

Pugliatti, al contrario, sostiene che l'accennata fissità si registri nell'esigenza sistematica immanente che è propria di ogni ordinamento giuridico. Egli ritiene che i concetti giuridici siano considerabili quali "pseudoconcetti", cioè schemi necessariamente astratti, costruiti mediante un processo di generalizzazione⁸⁶. Per quanto, dunque, si possa ritenere che il concetto giuridico presenti un certo grado di relativismo e che non sempre gli istituti giuridici corrispondano a quanto effettivamente si esplica e si applica nella concreta realtà fenomenica del mondo giuridico, nondimeno, non può non essere rilevata la tendenza costante dell'ordinamento alla generalizzazione, attraverso la quale si giunge al concetto medesimo⁸⁷.

Si è detto che i concetti, in quanto inseriti nelle norme, sono espressioni sintetiche di materiale giuridico⁸⁸ dalla natura indeterminata. La determinazione del concetto si presenta, a questo punto, come uno dei punti più rilevanti del diritto, perché è attraverso l'indeterminatezza di essi che le regole giuridiche vengono distorte ed in molti casi pervertite. La loro determinazione può avvenire in sede applicativa mediante un grado di approssimazione successiva con le altre norme ovvero tramite il bilanciamento con altri concetti. Poiché le norme costituiscono una rete, un sistema, è da questa concatenazione che, in altri termini, i concetti giuridici derivano i limiti della loro indeterminatezza: vi è una connessione di

⁸⁵ Cfr. JEMOLO C.A., *I concetti giuridici*, in "Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino", vol. LXXV, t. II, 1940

⁸⁶ Cfr. PUGLIATTI S., *La logica e i concetti giuridici*, in Riv. dir. comm., 1941

⁸⁷ Cfr. IRTI N. (a cura di), CALOGERO-CESARINI SFORZA- JEMOLO-PUGLIATTI, *La Polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004

⁸⁸ ID., *I concetti giuridici*, *ibid.*, p. 9

norme e, poiché esse contengono concetti, vi è una connessione di concetti, mediante la quale si verifica la loro perimetrazione.

Il concetto, in definitiva, usando una nota espressione di Vittorio Italia, «non ha i termini giuridici degli elementi che lo compongono, ma è condizionato da altri concetti della stessa natura»⁸⁹. Non esaurisce, cioè, la totalità della materia o della fattispecie considerata, dovendo essere necessariamente integrato da altri concetti identici o simili contenuti nella rete delle norme. Ne consegue che il concetto assolutamente indeterminato non ha cittadinanza nel mondo giuridico, giacché è l'inserimento nel sistema a consentire l'acquisizione di quel grado di determinatezza per cui il concetto possa essere interpretato e, quindi, applicato.

Vi sono talora dei concetti giuridici, espressione di una particolare impostazione politica, che sia nella formulazione sia nel contenuto si presentano nuovi. La loro formazione, legata all'accadimento di fenomeni storici rivoluzionari o controrivoluzionari, avviene dall'alto verso il basso mediante forme inusuali di legislazione scaturenti da nuovi rapporti sociali ed economici⁹⁰. Quand'anche si voglia fare riferimento all'esistenza di concetti giuridici nuovi, intendendosi per tali gli innesti innovativi provenienti da discipline o da lingue straniere, stante la già affermata circostanza per cui il sistema giuridico costituisce una rete, ogni elemento di innovazione che in essa si inserisce non può che amalgamarsi con le maglie preesistenti: vi è, in sostanza, un insieme di precedenti istituti e concetti con cui ci si deve necessariamente misurare. Ciò che può essere determinato non è, in ultima stanza, il concetto bensì la sua concreta applicazione.

⁸⁹ ID., *I concetti giuridici*, *ibid.*, p. 14

⁹⁰ ITALIA V., *I concetti giuridici*, *op. cit.*, p. 16

Il problema che deve essere considerato è, allora, se l'applicazione di un concetto costituisca qualcosa di diverso dall'attuazione della legge.

Partendo dall'assunto che i concetti sono racchiusi nelle norme, sarebbe inesatto affermare che i criteri di applicazione degli uni e delle altre siano identici. Vi sono evidentemente aspetti comuni, ma anche delle diversità che è opportuno mettere in evidenza. Il concetto da solo non può essere applicato, essendo necessario che sia inserito in una disposizione, in una norma appunto. L'applicazione dei concetti giuridici nell'attuale sistema normativo non è, tuttavia, un'attività automatica e meccanica, per la quale una regola si sovrappone ad una fattispecie. Essa costituisce piuttosto un'operazione complessa, giacché nel momento dell'applicazione il concetto giuridico subisce una variazione, intervenendo la discrezionalità dell'operatore. Indi il concetto, indeterminato ed elastico, proprio per la sua imprecisione, può diventare uno strumento di arbitrio. Da ciò che diventa di fondamentale importanza il condizionamento che esso subisce da concetti simili contenuti in altre norme del sistema.

A questo punto della trattazione, al fine di meglio comprendere quando sia possibile attribuire ad un concetto giuridico l'attributo della normatività e, dunque, quando sia legittimo l'ingresso del concetto di tortura in ambito giuridico-normativo, potrebbe fornire un apporto significativo alla presente ricerca la messa a confronto di due teorie del concetto giuridico, elaborate rispettivamente da Scarpelli e McCormick, dalle quali dedurre la falla interpretativa che ha condotto alla discussione sulla possibile liceità del tormento.

Orbene possiamo in primo luogo individuare nel diritto concetti che designano puri fatti e che, pertanto, appartengono al frastico delle prescrizioni

normative; in secondo luogo concetti che designano fatti (determinati o indeterminati) e contemporaneamente li qualificano secondo norme o valori; infine concetti che qualificano senza contemporaneamente designare alcunché: è il concetto di “dovere”. Scarpelli, a tal proposito, condividendo l’assunto prescrittivistico, si pone l’obiettivo di costruire un linguaggio giuridico “perfetto”, ossia perfettamente controllabile⁹¹. L’idea è quella di ottenere un linguaggio normativo artificiale, in cui le norme si manifestino, per così dire, con un frastico ed un neustico rigorosamente distinti od agevolmente distinguibili. Nel frastico convergono tutti i termini indicanti i concetti fattuali; nel neustico la parte normativa degli stessi, riducibile in ultima analisi al concetto di “dovere”. Perché si possa far ciò, deve essere possibile eliminare dal testo delle norme i concetti qualificatori, in cui si trovano combinati elementi designativi ed elementi prescrittivi di significato, i quali devono poter essere distribuiti opportunamente tra il frastico ed il neustico della prescrizione. Ad operazione compiuta si ottiene un complesso di norme di comportamento, condizionate (“se x, allora y deve, non deve, può”) o incondizionate (“x deve, non deve, può”⁹²), in cui x e y sono sempre concetti fattuali.

L’obiettivo di questa traduzione è, come si diceva poc’anzi, fare del diritto un fenomeno controllabile, ossia accertare a quali condizioni si possa dire se una norma sia stata adempiuta o violata⁹³. La strategia di Scarpelli ha, dunque, i seguenti presupposti: a) La riduzione del diritto a norma; b) la riduzione delle norme giuridiche a norme di condotta; c) il controllo delle norme tramite il controllo dei

⁹¹ SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 223

⁹² ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, *ibid.*, p. 221

⁹³ ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, *ibid.*, p. 108

comportamenti da esse prescritto. Quando parla di “qualificazione giuridica”, Scarpelli si riferisce all’operazione di qualificazione di una condotta umana in base ad una modalità giuridica. Giacché egli ritiene che tutte le norme giuridiche siano riducibili a norme di condotta che impongono doveri, conclude che tutte le qualificazioni giuridiche siano qualificazioni deontiche in termini di dovere. Dire che il diritto per Scarpelli qualifica, significa pertanto dire che esso prescrive comportamenti⁹⁴.

I concetti qualificatori comprendono un elemento semiotico ulteriore rispetto alla mera descrizione di fatti, consistente nel rinvio ad una norma o ad un sistema di norme e nell’affermazione della conformità o disformità di un fatto rispetto alla norma⁹⁵. Tutti i concetti giuridici che Scarpelli considera qualificatori sono concetti che qualificano direttamente la condotta (“obbligatorio”, “vietato”, ecc.) ovvero concetti che implicano qualificazioni della medesima (conseguenze normative in termini di dovere). La possibilità di ricavare da un concetto prescrizioni di condotta non dipende da una sua intrinseca normatività, bensì dalla circostanza che tra le sue condizioni d’uso v’è una norma che rimanda a tali conseguenze, ossia ad altre norme. Sono le conseguenze normative in termini di dovere di condotta, in definitiva, che rendono un concetto veramente normativo, qualificatore in senso scarpelliano⁹⁶. L’analisi di siffatta teoria evidenzia che la natura normativa di un concetto deriva dal dovere di condotta scaturente da una norma inserita nell’ordinamento e ad esso sistematicamente collegata.

⁹⁴ PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990, p. 103

⁹⁵ SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, op. cit., p. 141

⁹⁶ PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, op. cit., p. 104

Per risolvere il problema della qualificazione giuridica, intesa come senso attribuito dalle norme ai fatti, McCormick elabora una diversa strategia teorica, introducendo il concetto di regola costitutiva, idoneo a dare dignità semiotica alla convinzione che i concetti giuridici siano entità dotate di una propria esistenza, sia pure solo in un universo giuridico. Il teorico considera centrale, a tal fine, la nozione di istituzione giuridica, intesa come concetto normativo astratto, che serve da punto di confluenza e di collegamento reciproco tra un complesso di norme giuridiche.

Ed invero esigenze conoscitive e pratiche possono condurre a sistemare la materia giuridica in base a criteri diversi rispetto a quello che fa perno sul tipo di condotta umana prescritta. Così le istituzioni giuridiche di cui parla McCormick sono microsistemi normativi, la cui unità dipende dalla circostanza che tutte le norme che li compongono fanno riferimento ad un medesimo concetto, di cui fissano dialetticamente le condizioni istitutive, derivative e terminative. Il teorico distingue, a tal proposito, tre livelli di esistenza delle istituzioni giuridiche. Il primo è quello del contenuto delle norme, che sono costitutive del concetto: si dice che il concetto o istituto “contratto” esiste in un certo diritto positivo, quando sono ivi incluse norme giuridiche sui contratti. Il secondo livello è rappresentato dalle singole istanze di istituzioni. Si tratta di fatti che possono venire ad esistenza, allorquando siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) Devono esistere in un certo diritto le norme che creano il concetto in questione; b) si devono verificare nella realtà gli atti o i fatti ai quali le norme ricollegano la nascita dell’istituzione. Indi, se le norme costituiscono il concetto come entità astratta, esse sono definibili costitutive: ciò significa che, qualora si verificano nella realtà accadimenti non conformi a quelli previsti astrattamente dalla norma, questa non è per definizione

in grado di dar vita ad un'istanza del concetto. Il terzo livello è quello sociologico, delle istituzioni sociali, concettualmente distinte ma sociologicamente connesse alle istituzioni giuridiche. Ad avviso di McCormick non è sufficiente far uso dei concetti creati dalle norme giuridiche per individuare e descrivere le istituzioni, occorrendo altresì prendere in considerazione elementi fenomenologici.

Le istituzioni, intese come concetti astratti, dipendono dunque dall'esistenza di norme che le creano. Queste norme sono raggruppabili in tre categorie: a) Norme istitutive, che fissano le condizioni alle quali le varie istanze dei concetti possono venire ad esistenza; b) norme derivative, che disciplinano le conseguenze normative della venuta ad esistenza di un'istanza del concetto; c) norme terminative, che disciplinano le condizioni alle quali ogni istanza di istituzione giuridica cessa di esistere⁹⁷. Questi tre tipi di norme nel loro insieme formano un ordinamento autosufficiente, la cui considerazione unitaria dipende dal fatto che essa facciano tutte riferimento al medesimo concetto-istituzione.

Questi tre gruppi di norme fissano le condizioni di validità di un'istituzione giuridica, non avendo perciò i concetti, creati dalle norme stesse, condizioni né sufficienti né necessarie di esistenza. In questa prospettiva l'ordito del diritto è rappresentato dagli scopi e dai valori soggiacenti alle norme. I principi diventano per McCormick <<il punto d'incontro di norme e valori>>⁹⁸: essi esprimono gli scopi soggiacenti alle norme giuridiche, fini che sono espressi ed elaborati dal diritto in quanto istituzione sociale. Ciò mostra che il diritto non può essere ridotto

⁹⁷ MCCORMICK N., *Law as Institutional Fact*, University of Edinburgh, 1973 pp. 63 e ss.

⁹⁸ ID., *Law as Institutional Fact*, *ibid.*, p. 73

ad un fatto istituzionale in senso filosofico ma, utilizzando un'espressione dello stesso autore, <<trabocca dai confini delle norme valide>>⁹⁹.

McCormick presenta la propria concezione del diritto come una "terza via", che dovrebbe poter soddisfare le esigenze del teorico preoccupato di fissare confini certi al diritto e contemporaneamente quelle del teorico che rifugge da una visione "scheletrica" della giuridicità e propugna una lettura più ampia e aperta del diritto¹⁰⁰. Il suo problema è, in sintesi, quello di dare rilevanza ad atti che non ricadano sotto le regole giuridiche positive, dovendo necessariamente conciliare la concezione del diritto elaborata con l'accoglimento nel sistema di nuovi principi. I concetti giuridici di cui egli parla sono i concetti sistematici adoperati nella legge e dai giuristi teorici e pratici nell'esposizione e nell'applicazione del diritto: sono quelli che vengono denominati "istituti giuridici". Per il teorico scozzese essi sono irriducibili sia ai fatti, giacché per la determinazione del loro significato è necessario fare riferimento alle norme giuridiche, sia alle stesse norme giuridiche valide in un dato momento.

Senonché le norme costitutive anzidette non possono essere considerate "vere" norme giuridiche, cioè norme complete e compiute dal punto di vista semiotico, essendo necessario che il materiale normativo esprima almeno una prescrizione di condotta. Il principio di individuazione delle norme proposto dal prescrittivismo appare, in definitiva, meglio adeguato a sistemare la materia giuridica a fini pratici, ossia affinché si adoperi il diritto come criterio di valutazione delle azioni proprie o altrui. Il prescrittivismo appresta un più rassicurante principio pragmatico di controllabilità del diritto: solo se è possibile sapere quale condotta è

⁹⁹ ID., *Law as Institutional Fact*, *ibid.*, p. 74

¹⁰⁰ PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, op. cit., p. 183

richiesta giuridicamente, è possibile stabilire *a priori* quando il diritto possa essere osservato o violato ed è possibile formulare *a posteriori* un giudizio sull'effettiva osservanza o violazione. È sempre necessario, infatti, ricollegare la singola regola di condotta giuridica ad altre regole, che disciplinano gli antefatti della condotta o le sue conseguenze.

La semiotica prescrittivistica conduce a trattare i concetti come il prodotto di norme giuridiche e di particolari organizzazioni e sistemazioni di norme di diritto, interpretando i discorsi che ne fanno uso come discorsi sempre traducibili in prescrizioni di condotta¹⁰¹. Ne consegue che questi vadano trattati come meri strumenti espositivi di contenuti normativi già presenti nel diritto, essendo questi convogliati per il loro tramite circoscritti o circoscrivibili¹⁰². La semiotica dei concetti giuridici che emerge, invece, dall'impostazione di McCormick è assai sistemica, chiusa ed astratta: i concetti sono interamente costituiti e definiti dalle norme che li prevedono. Essi, tuttavia, possono modificarsi per così dire “dal basso” ed in modo induttivo attraverso l'azione delle istituzioni sociologiche, che introducono mutamenti nelle condizioni di validità delle singole istanze delle istituzioni. Si tratta di stabilire quale rilevanza possa avere un comportamento difforme rispetto a quello previsto dalle regole istitutive di un concetto e se esso possa modificare “dal basso” il relativo concetto giuridico. Questa possibilità di mutamento per McCormick sussiste, perché esistono delle regole che prescrivono i modi di corretta realizzazione delle singole istanze dell'istituzione e perché il sistema non si esaurisce nelle regole costitutive delle istituzioni, ma include anche “metaregole” generalissime che reperiscono principi, veicoli principali dei

¹⁰¹ ID., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *ibid.*, pp. 291-294

¹⁰² ID., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *ibid.*, p. 318

mutamenti delle regole giuridiche. Il principio che sta dietro il concetto e che informa di sé le varie concezioni “fenomeniche” è per il teorico la “funzione normativa”. I concetti, pertanto, non hanno un contenuto interamente riconducibile alle norme di un dato diritto positivo, pur essendo in ogni caso rispondente ad una statuizione normativa, fermo restando un necessario aggancio di contenuto con le regole del sistema, che nel suo complesso si ispira ad un insieme univoco di valori o di fini¹⁰³.

Tornando alla questione principale, per la cui risoluzione si è fatto ricorso ad una digressione teorica di tale ampiezza, si deve concludere col sostenere che l’inserimento del concetto di tortura in ambito giuridico o, meglio, la reintroduzione del tormento nell’armamentario del giurista¹⁰⁴ sia un’operazione illegittima, in quanto fondata su un fraintendimento concettuale: quand’anche alla presenza di certe condizioni si introducessero norme con la finalità di regolamentare l’esercizio della tortura, fermo restando il nodo problematico della loro necessaria connessione in un sistema costituzionale e, dunque, il rischio di attuazioni arbitrarie delle medesime, si tratterebbe in ogni caso di regole non dotate del carattere della giuridicità, giacché prive del neustico, ossia di quella parte del precetto da cui scaturisce la doverosità della prescrizione. Ed invero tali norme indicherebbero in che modo agire in determinate situazioni ovvero quale condotta tenere precipuamente per la realizzazione di un interesse di non precisata natura. Di conseguenza, dipendendo la realizzazione del comportamento prescritto da valutazioni di mera convenienza, l’effetto della condotta non sarà prevedibile

¹⁰³ ID., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *ibid.*, p. 226

¹⁰⁴ Cfr. LA TORRE M. e LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, op. cit., 2013

ovvero non sarà ugualmente prevedibile in tutte le circostanze od ancora non si potrà essere certi dell'intensità con cui si manifesterà. Nel caso di specie il perseguimento dell'interesse della pubblica sicurezza induce il legislatore ad emanare norme, contenenti il disciplinamento della pratica del tormento, le cui conseguenze appaiono *a priori* non meglio circoscrivibili, mentre com'è noto la regolamentazione giuridica necessita della prevedibilità delle conseguenze della condotta prescritta, di modo che sia possibile formulare *a posteriori* un giudizio sulla sua effettiva osservanza o violazione.

Laddove, peraltro, si volesse includere il tormento nei concetti c.c.d.d. indeterminati, data la già richiamata importanza della loro perimetrazione ai fini pratici, nel bilanciare il concetto di tortura con altri pur presenti nella rete normativa, se ne rileva la totale soccombenza, dovendosi attribuire la qualifica di categoria giuridica solo a quei concetti che il diritto orienta secondo i propri valori complessivi. Non si può non ammettere che l'esercizio della tortura in un ordinamento personalistico sia sempre *contra Constitutionem*, indipendentemente da qualunque circostanza concreta si presenti.

Quanto alla concezione di tortura alla stregua di un principio giuridico, ispiratore di pratiche da legalizzare, se è vero che il concetto non esaurisce definitivamente il contenuto del principio e se, come scrive Dworkin, non è rilevante ciò che le norme effettivamente dicono, ma quello che si può far dire loro alla luce del sistema di principi di riferimento¹⁰⁵, indipendentemente da come i principi giuridici siano intesi, nel senso di “substrato morale trascendente” preesistente alle norme ed in seguito positivizzato ovvero in termini di valori etici

¹⁰⁵ Cfr. DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010

immanenti che assumono il rango di norme “rafforzate”, si corre il rischio che rivoluzioni dall’alto di tale sistema finiscano per legittimare forme di abuso di categorie giuridiche esistenti oppure forme di eccesso nell’esercizio di poteri svincolati da qualsivoglia modalità di controllo. A voler assumere, pertanto, la tesi della tortura quale principio giuridico idoneo ad orientare l’esercizio di prassi violente, al sopraggiungere di ciò che viene rappresentato come un pericolo imminente e moralmente connotato, si finisce con l’occultare operazioni di politica del diritto, tese a sostenere malsane ideologie criminali, stante la circostanza per cui ogni principio incorpora uno specifico valore, soggetto per definizione ad applicazione differita a seguito del bilanciamento con altri valori di pari importanza.

1.5 Tortura, dolore e potere. Una lettura orwelliana del fenomeno¹⁰⁶

Il dibattito sulla tortura si concentra sulla questione se si diano situazioni che rendano tale prassi legittima ovvero se essa sia un crimine da rifuggire incondizionatamente: ci si chiede in sostanza se qualsiasi mezzo possa essere giustificato oppure se vi siano dei limiti invalicabili. Muovendosi in una logica “machiavellica”, quella per cui il fine (buono) giustifica i mezzi (cattivi), si dovrebbe fornire la risposta per cui la tortura è da considerarsi un mezzo, cioè uno strumento che assume o meno valore in relazione alla sua efficacia rispetto al fine che lo giustifica. Il fenomeno viene così ridimensionato da un disorientamento che riguarda gli scopi ad un più modesto smarrimento che riguarderebbe soltanto i mezzi¹⁰⁷.

Presupposti ineliminabili della tortura, tuttavia, sono: Una concezione dell’individuo non egualitaria; una concezione non garantista della giustizia; una concezione autoritaria del potere, soggetto a tendenze totalitarie¹⁰⁸. Viene messa in evidenza la correlazione intercorrente tra tortura ed “assolutizzazione del potere”: il tormento conferisce una “patente di legittimità” all’eliminazione fisica degli avversari ed alla repressione di ogni forma di opposizione, pur non essendo affatto idoneo a garantire l’ordine sociale, che anzi contribuisce a destabilizzare. La rivendicazione del diritto alla sicurezza come un valore incondizionato richiede il controllo della realtà e, nella misura in cui tale controllo esige il potere, statale e non, ecco che segue necessariamente, quale sgradita conseguenza, l’affermazione

¹⁰⁶ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., op. cit., p. XIX

¹⁰⁷ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., *ibid.*, p. 156

¹⁰⁸ SERGES G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d’impero*, cit., p. 272

della tortura alla stregua di un bene fondante per la società: nella misura in cui lo scopo del potere è la repressione dei suoi oppositori, si comprende che la tortura ne diventa un tratto essenziale, un momento indispensabile, poiché l'unico modo per renderne evidente la presenza è che questo infligga sofferenza a chi lo subisce. Quando poi si scorge che il potere è fine a se stesso, allora si giunge a comprendere come la tortura, essendo ad esso consustanziale, sia pure necessariamente un fine¹⁰⁹.

Il potere non si basa solo sulla capacità di infliggere dolore, ma anche su quella di salvare dal dolore: l'immane presa del potere si fonda, più che sulla repressione e sull'esercizio diretto ed effettivo della violenza, sulla minaccia e sulla capacità di liberare dalle sofferenze, seppur a condizione di un completo assoggettamento alla sua logica. L'interrogatorio, in costanza del quale viene frequentemente praticata la tortura, esprime per l'appunto il rapporto di dominio che si instaura tra vittima e carnefice. L'atto verbale della confessione porta a compimento il processo iniziato con la coercizione fisica, trasformando la sofferenza in senso di colpa, convertendo il dolore in dominio riconosciuto: il corpo della vittima è un veicolo che riflette la relazione di potere e di controllo che, a livello sistemico, intercorre tra il regime politico al potere ed il gruppo di appartenenza della vittima. L'associazione tra tortura e confessione è solo una finzione politica, atta a giustificare le violenze inflitte in nome di certe ideologie. È la confessione in sé, il fatto di cedere alle pressioni del carnefice, e non il suo contenuto, a consentire al persecutore di realizzare il proprio desiderio di dominio.

¹⁰⁹ Cfr. *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., op. cit.

La tortura, dunque, è qualcosa di più di una tecnica, di un mezzo di prova, essendo in verità un modo di esercitare potere¹¹⁰.

Ed invero l'arbitrio dell'autorità, la vitalità e l'operatività del sospetto, trova il suo presupposto in un atto di "fede", il quale è <<principio totalizzante ed assoluto; [...] nesso purificatore; [...] carisma tranquillante che senza dubbio porterà (in un avvenire mai precisato) alla soluzione di qualunque problema; [...] certezza beatificante; [...] speranza futura, ma certa, in un domani migliore>>. La fede è rappresentata storicamente da una istituzione, è gestita da una classe dominante, che si proclama "rappresentante e custode per mandato ricevuto", ed è affiancata dall'ortodossia, vale a dire <<l'espressione ideologica vincente della classe che detiene il potere, oggettivata in dogmi assolutamente indiscutibili; ne consegue una liturgica obbedienza totale ed assoluta verso l'autorità comandante da parte dei "fedeli": chi si suppone essersi allontanato dall'insegnamento retto e giusto è un deviato al quale, essendo egli estraneo, dunque diverso, dunque nemico, si dovrà applicare un diritto penale "speciale" ed "alternativo", con il quale l'individuo è ridotto ad una cosa, oggetto solo d'indagini e di torture>>. In siffatto apparato teorico la tortura ricopre un ruolo ben preciso e determinante: <<Ogni processo di suspicio [...] prevede sempre la tortura, poiché questa consiste in una violenza legale istituzionalizzata nella quale l'uomo [...] è trasformato in un *quid* che deve solo confessare quella verità che con pervicacia nega o vuol nascondere, e che l'inquisitore suppone di conoscere, e si sforza di far venire alla luce con questa nuova maieutica>>¹¹¹.

¹¹⁰ MAZZA C., *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, Bonanno Editore, Roma, 2010, pp. 83-88

¹¹¹ RILEY SCOTT G., *Storia della tortura*, Mondadori, Milano, 1999, pp. 28-29

Ben presto il potere mostra la sua natura incontrastabile, giacché chi ad esso si oppone non soltanto è destinato alle sofferenze più atroci, ma è anche condannato a trasformarsi egli stesso in un servo del potere, in un suo strumento attivo: il contro-potere è una forma di potere ed ogni tentativo di resistenza si presenta come una nuova configurazione dello stesso e, dunque, come una sua conferma.

Ne consegue il capovolgimento della formula weberiana del “monopolio legittimo della forza” in “legittimazione del monopolio della violenza”. Ciò che rende irresistibile ed irreversibile questo processo è la legittimazione che ad esso viene conferita dalle “ragionevoli” modificazioni dei principi. È sufficiente, infatti, un’eccezione ai principi universalmente positivi, l’ammissione di una loro sia pur minima trasgressione, perché questi finiscano per corrompersi completamente e per rovesciarsi nel proprio opposto. Dal momento che non vi è alcuna verità oggettiva ed innegabile, ossia tale da non poter essere smentita e revocata, viene assunto come vero solo ciò che di volta in volta qualcuno ha la forza di far valere universalmente, imponendolo a tutti. Il ragionamento che conduce al rovesciamento del massimo dei beni, la dignità umana, nel maggiore dei mali, la violenza ed il conflitto, è in altri termini quello che legittima una sia pur ridotta forma di prepotenza e di violenza.

Viene in mente *1984* di George Orwell. L’uso che l’autore assegna all’istituto della tortura è peculiare. Mentre nel corso della storia (con particolare riferimento alle esperienze dell’Inquisizione e dei totalitarismi novecenteschi) la tortura è sempre stata usata per estorcere la confessione del colpevole al fine di condannarlo e di scovare e i suoi complici, nell’Oceania del Grande Fratello (tale era il nome del leggendario fondatore del regime oceanico) la tortura serve a rendere ortodossi gli

eretici, in modo da eliminare qualunque forma di eterodossia e di procedere alla successiva condanna, con la pena di morte, degli ormai *ex* dissidenti: prima di essere condannato ed eliminato, l'eretico deve arrivare attraverso la tortura ad amare il Grande Fratello ed a dividerne i principi e le ideologie. In breve Orwell considera la tortura come il solo strumento veramente in grado di garantire la conservazione dell'ortodossia di Stato e, dunque, del potere autoritario che tale ortodossia vuol imporre. Scrive l'autore: <<Noi non distruggiamo l'eretico per il fatto che ci resiste. Anzi, finché ci resiste non lo distruggiamo. Noi lo convertiamo, penetriamo nei suoi recessi mentali più nascosti, lo modelliamo da cima a fondo. [...] Prima di ucciderlo ne facciamo uno di noi. Non possiamo tollerare che un pensiero sbagliato esista in una parte qualsiasi del mondo, per quanto innocuo e recondito possa essere. Non possiamo permettere alcuna deviazione, nemmeno in punto di morte. In passato l'eretico si avviava con gioia al rogo, conservando tutta la sua eresia [...]. Noi, invece, prima di farlo saltare rendiamo questo cervello perfetto. Il comandamento dei dispotismi di una volta era: 'tu non devi! Il comandamento dei totalitari era: 'Tu devi! Il nostro è: 'Tu sei!>>¹¹².

Se si dimostrasse la natura intrinsecamente "totalitaria" dei tormenti, se ne dimostrerebbe contestualmente la natura *contra Constitutionem*, ossia la totale incompatibilità della tortura con un ordinamento democratico, anche in regime di sospensione eccezionale dei diritti costituzionalmente garantiti, in quanto sarebbe inammissibile tollerare un istituto che per sua stessa natura "totalitaria" non potrebbe mai essere usato *praeter Consitutionem*.

¹¹² ORWELL G., 1984, Mondadori, Milano, 2002, p. 260

Perché, allora, pur essendoci un metodo alternativo, si ritiene necessaria la tortura? Perché dovrebbe essere il solo strumento in grado di garantire la stabile ed incontrastata esistenza di una ortodossia? Ebbene ciò avviene tramite l'*actus trium personarum*, in quanto solo con la tortura le tre originali persone partecipanti al processo (accusato, accusatore e giudice) possono trovare una perfetta identità. <<Con l'uso della forza, l'imputato verrà chiamato a farsi accusatore di se stesso e ad identificarsi con i fini dell'inquisitore/giudice. Quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore>>¹¹³. L'ultimo scarto, grazie al quale il reo si converte e l'eresia viene eliminata, è attribuito alla tortura e solo ad essa. E francamente non si riesce ad immaginare un altro strumento con il quale raggiungere un simile risultato.

Nel richiamare la soluzione adottata da Orwell¹¹⁴, stante la circostanza per cui il potere è manifestazione del "negativo", si rappresenta che una possibile alternativa alla logica del potere è concepibile solo nella misura in cui si dia un'alternativa alla logica del negativo, che distingua chiaramente ciò che è giusto, e quindi legittimo, da ciò che è ingiusto, in quanto costituisce una qualunque forma di violenza. Una prospettiva del genere è realizzabile solo sulla base di un concetto "positivo" pensato come qualcosa di diverso dalla sua negazione, una sorta di "puro positivo", occorrendo l'assunzione di un atteggiamento altro da quello che legittima

¹¹³ SBRICCOLI M., «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 27, Milano, 1998, pp. 231 e ss.

¹¹⁴ Cfr. ORWELL G., *Nineteen Eighty-Four*, Penguin Books, London, 1949, trad. it. di Baldini G., 1984, Mondadori Editore, Milano, 2003

la violenza nei confronti degli altri al fine di evitare il proprio dolore. Così argomentando, si giunge al seguente dilemma: o si delegittima ogni istituzione basata su un qualsivoglia tipo di coercizione oppure, se si ammette che una forma di istituzione coercitiva possa e debba essere legittima, si finisce per non disporre più di alcun criterio per distinguere le forme “sane” di coercizione da quelle inaccettabili come la tortura.

Tale conclusione, tuttavia, è scorretta, giacché il motivo per cui si dichiarano illegittime tutte le coercizioni, anche quelle istituzionali, è quello per cui esse non rispettano il criterio della giustizia, intesa in guisa di un valido riconoscimento della legittimità da parte di tutti i consociati. Così che, quand’anche la tortura sia autorizzata dal potere, anch’essa deve essere riconosciuta come una pratica giusta¹¹⁵. In uno Stato di diritto l’applicazione ordinata della legge è la forma più forte di reazione verso chi con propri atti vuole sovvertire lo spazio di democrazia che essa delimita. Il problema risiede semmai nella sua inadeguata applicazione ovvero nell’incapacità culturale di leggere la dimensione e la fisionomia del fenomeno che si vuole contrastare. Entrambi gli approcci hanno in comune la lacuna di non riconoscere la dimensione politica del fenomeno stesso e delle organizzazioni che lo caratterizzano.

Lo Stato-nazione appare come il principale legittimatore ed esecutore delle prassi di tortura, che costituisce una sorta di “violenza fredda”¹¹⁶: una violenza dall’alto, che appare particolarmente odiosa in quanto comminata con una programmazione organizzata, scandita in tutti i dettagli, ed esercitata su una parte

¹¹⁵ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., op. cit., p. XL

¹¹⁶ TRAVERSO E, *A ferro e fuoco. La guerra civile europea 1914-1945*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 77-84

della popolazione particolarmente inerme¹¹⁷. Il fenomeno si ricollega alla violenza di Stato o, in genere, alla violenza politica (ad es. dei gruppi armati strutturati) tanto nei regimi totalitari e dittatoriali, quanto in quelli democratici. Il rischio principale è costituito dalla possibilità di interpretare prassi come la tortura sullo sfondo di una malvagità storica, in quanto originaria, divenendo la democrazia ed i diritti dell'uomo delle "coperture" retoriche di ostacolo alla giustizia, piuttosto che premessa per la sua realizzazione.

Un siffatto argomento porta ad evidenziare il carattere distintivo della tortura ad *erudendam veritatem*, vale a dire il fatto che essa si configuri come uno strumento di diritto pubblico, in quanto l'unico risultato che il suo utilizzo può comportare è la configurazione in senso tendenzialmente totalitario dell'ordinamento all'interno del quale ne viene autorizzata la pratica, poiché essa è per caratterizzazione ontologica un mezzo con il quale si persegue la conservazione di un potere autoritario. Si potrebbe così parlare di "tortura di diritto pubblico", individuando nel tentativo di controllo dell'ordine pubblico da parte di un potere soggetto a tentazioni autoritarie il fine ultimo ed intrinseco di qualunque trattamento presentato come ad *erudendam veritatem*¹¹⁸. Vengono in aiuto, a tal proposito, gli studi di Mario Sbriccoli. L'autore ha affrontato il rapporto intercorrente tra tortura e sovranità, mediante l'approfondimento delle caratteristiche fondamentali di tale interconnessione, fra cui l'avanzato grado di confusione tra i diversi poteri dell'ordinamento, l'assunzione della salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva come funzione prioritaria e giustificativa dell'azione del pubblico potere, l'elevazione dell'emergenza (o della straordinarietà) come

¹¹⁷ ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, p. 594, 606, pp. 621-627

¹¹⁸ SERGES G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, cit., p. 233

strumento ordinario di governo e di amministrazione della giustizia, l'esclusione del tormento morale dal concetto di terrore, l'introduzione della violenza legale come strumento necessario ed ineliminabile per il raggiungimento della pace, l'architettura della percezione del deviante come pericolo imminente, dal quale è necessario difendersi, l'individuazione di una categoria di "eretici" elevata a "nemico della società" da combattere, l'elezione delle ideologie portanti dell'ordinamento a verità assoluta, l'adozione di una pubblica ortodossia, la repressione del dissenso, l'indistinzione artificiosa tra verità e "verità processuale", l'ascensione dell'opera del *tortor* a mestiere socialmente indispensabile, l'uso della normativa rinnegante e del finto garantismo, la pratica del tartufismo giuridico e della dissimulazione onesta, l'espansione incontrollata del potere arbitrario a livello istituzionale, ecc¹¹⁹.

Un aspetto poco considerato dello scandalo delle torture è dato, peraltro, dal coinvolgimento di personale reclutato da imprese private. La natura dei compiti svolti dai cosiddetti *contractors* non si limita al sostegno logistico delle forze armate regolari. Essi sono impegnati in funzioni di protezione e di difesa, offrono servizi di *intelligence* nonché di mantenimento ed azionamento di sistemi d'arma; ad essi sono affidati l'addestramento delle truppe e degli agenti di polizia, coordinano ed eseguono operazioni di salvataggio e di recupero delle truppe. Il settore più noto all'opinione pubblica in cui operano è, dunque, quello della sicurezza. È interessante evidenziare che i compiti di *intelligence* affidati ai *contractors* sono di varia natura: Raccolta di informazioni, attraverso gli interrogatori oppure mediante intercettazioni telefoniche ed elettroniche,

¹¹⁹ Cfr. SBRICCOLI M., «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, cit.

partecipazione al programma di *extraordinary renditions*, attività di consulenza nell'analisi. Il ricorso a società private ha rappresentato un'imperdibile opportunità per i governi delle moderne società democratiche, giacché consente loro di sottrarsi ai meccanismi di *accountability* e di controllo per azioni comportanti un uso illegittimo della forza¹²⁰.

Ci si chiede se sul piano del diritto internazionale siano già ricavabili alcuni limiti alla privatizzazione dei servizi militari e di sicurezza, stante la circostanza per cui la definizione internazionalmente accettata di tortura richiederebbe la partecipazione alla condotta esclusivamente di un organo dello Stato. Si ritiene che il diritto internazionale dei conflitti armati possa fornire un ausilio. Ed invero l'art. 39 della Convenzione di Ginevra stabilisce che ogni campo di prigionieri di guerra sia sottoposto <<all'autorità diretta di un ufficiale responsabile appartenente alle forze armate regolari>>. Riguardo alla legittimità dell'operato di tali figure v'è da aggiungere che, con riferimento al contesto statunitense, la sezione 832 del *National Defense Authorization Act* del 2008 precisa che <<*private security contractors are not authorized to perform inherently governmental functions in an area of combat operations*>>.

La tortura si rappresenta in questo contesto come strumento di una politica meccanica, cristallizzata in pratiche d'ingiustizia¹²¹. Una folla di zelanti carnefici si affaccendano intorno all'oggettivizzazione dell'umano, alla sua reificazione. La follia non pare accidentale, dovendosi ricollegare a quelle componenti di paranoia che sono presenti con incisività nella politica novecentesca, ad una razionalità in

¹²⁰ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., op. cit., pp. 49-53

¹²¹ *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, (a cura di) Zagato L., Pinton S., op. cit., p. 163

via di deragliamento, ad un'imponente congerie di "mezzi senza fine", secondo l'icastica sintesi di Agamben¹²². Il trionfo della tortura sembra coincidere, in definitiva, con il nichilismo del potere¹²³, cui potrebbe porsi rimedio mediante l'impostazione di una politica rinnovata, alla costante ricerca di un approfondimento non retorico dei diritti umani.

Ciò che fino ad oggi si è scarsamente compreso è che la degenerazione autoritaria dell'ordinamento a seguito dell'utilizzo della tortura è una conseguenza inevitabile. Già qualche effetto può attualmente ravvisarsi negli ordinamenti democratici che l'hanno voluta sperimentare in nome di una supremazia della sicurezza rispetto alla libertà. Non basta rivendicare l'estraneità della tortura "democratica" rispetto a quella inquisitoria, affidando la prima ad organi diversi da quello giudiziario. La tortura, una volta introdotta in un ordinamento, sia pure circondata da limitazioni e dal carattere temporaneo, derogatorio ed eccezionale, reca in sé un germe che la rende ontologicamente incompatibile con qualunque ordinamento garantista. Il tormento, che con una qualche approssimazione si è ritenuto di poter definire "di diritto pubblico", si configura come strumento che realizza un modo di condizionamento della persona e che, dunque, si traduce in un modo di esercizio del potere e di condizionamento delle coscienze. Non può, allora, pensarsi ad una tortura *praeter Constitutionem*. In quanto ontologicamente dotata di una carica contrapposta ai principi del costituzionalismo democratico, essa non può che tradursi in un istituto *contra Constitutionem*, destinato a travolgere, una volta introdotto, gli stessi ordinamenti che intendessero accoglierla in vista della

¹²² Cfr. AGAMBEN G., *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996

¹²³ FORTI S., *Il totalitarismo*, Laterza, Roma/Bari, 2001, pp. 67-81

loro “salvezza”¹²⁴. Secondo l’opinione di Stefano Rodotà, apparsa su *Repubblica* in un articolo del 2004 in occasione degli scontri sul territorio irakeno, <<la constatazione, per qualcuno rassegnata o cinica, di una pratica della tortura ancora diffusa nel mondo dovrebbe indurre a considerare la vicenda irakena non come una parentesi da chiudere frettolosamente, ma come l’impietosa rivelazione d’una verità che i democratici di tutto il mondo dovrebbero porre a base d’una azione quotidiana contro questa violenza estrema. Ora che abbiamo scoperto che la tortura non è solo cosa degli “altri”, dobbiamo guardare più profondamente all’interno dei nostri paesi. L’exasperazione delle esigenze di sicurezza genera trasformazioni autoritarie del sistema di governo (come negli Stati Uniti) o crescita delle violenze poliziesche (com’è stato appena documentato in Francia). Non chiudiamo gli occhi di fronte a queste forme di violenza “minori”, a queste meno palpabili mortificazioni di diritti individuali e collettivi. Le perversioni dei sistemi democratici cominciano sempre da lontano>>¹²⁵.

¹²⁴ SERGES G., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d’impero*, cit., p. 319

¹²⁵ RODOTÀ S., *Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in <<Repubblica>>, 19 maggio 2004, p. 36

Capitolo II

Critica al fondamento utilitaristico della legittimazione dei tormenti

<<L'urgente considerazione della sicurezza pubblica può senza dubbio autorizzare la violazione di ogni legge positiva; ma fino a che punto questa o altra simile considerazione possa valere a sciogliere dagli obblighi naturali di umanità e giustizia, è una dottrina che desidero sempre ignorare>>

(GIBBON E., Storia della decadenza e caduta dell'Impero Romano,

Einaudi, 1997)

2.1 Sicurezza e libertà personali: una falsa alternativa

Le emergenze terroristiche sollevano domande fondamentali sulla natura dello Stato di diritto. Ci si chiede quali effetti producano le circostanze d'emergenza sul normale funzionamento di un ordinamento giuridico così inteso e, soprattutto, sulla legittimità dell'ingranaggio principale del sistema, ossia della legge.

Una prima risposta pragmatica ricollega la legittimità della legge non tanto alla sua invariabilità, quanto alla sua efficacia.

Una seconda visione, al contrario, prevede che la legittimità e l'efficacia delle leggi siano collegate alla loro invariabilità, sulla base dell'idea che queste non dovrebbero piegarsi alla necessità, alle emergenze ovvero alle esigenze politiche.

Un terzo punto di vista, condiviso da quanti si riconoscono nel criterio del "male minore", non accetta di separare gli aspetti di efficacia, invariabilità e legittimità delle leggi. Secondo questo orientamento, infatti, se è vero che l'autorevolezza delle leggi discende dalla loro difficile modificabilità, allo stesso tempo è pur vero che la loro inidoneità ad adattarsi a situazioni di emergenza le renderebbe inefficaci.

Non è impossibile che si verifichino casi eccezionali in cui le normali garanzie di legge debbano essere derogate, ma occorre rendersi conto che esiste un prezzo da pagare all'attuazione di tali misure, potendo una garanzia di libertà essenziale considerarsi revocabile e soggetta alle pressioni politiche¹²⁶.

Le emergenze terroristiche non colpiscono solo la legittimità delle leggi, ma anche l'efficacia dei parametri morali insiti nell'idea stessa dei diritti umani.

¹²⁶ Cfr. ACKERMAN B., *The Emergency Constitution* (2004); trad. it. *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, a cura di A. Ferrara, Roma, Meltemi, 2005

Scegliere di interpretare i diritti come impegni preventivi significa focalizzare l'attenzione sulla necessità di tutelare la dignità di ciascun individuo ed, in particolare, quelle garanzie che possono essere messe a rischio dagli interessi della maggioranza. Occorre, pertanto, mantenere un equilibrio tra esigenze diverse, dando ascolto non soltanto agli interessi dei più¹²⁷.

In questo quadro le circostanze d'emergenza evocano lo spettro di un "buco nero costituzionale", una frattura nella coerenza delle leggi, che contraddice l'idea della Costituzione come arbitro stabile delle dispute sociali e politiche¹²⁸. Si impone, infatti, l'utilizzo di prerogative straordinarie da parte del potere esecutivo, definite da Locke come il <<*potere discrezionale da esercitare in vista del bene pubblico senza prescrizioni della legge, e talvolta anche contro di essa*>>¹²⁹.

Nelle teorie liberali del governo costituzionale siffatta sospensione di leggi e garanzie suscita il timore che l'esecutivo possa servirsi del pretesto dell'emergenza per abusare del proprio potere ed abolire le libertà costituzionali.

Esiste, a tal proposito, un conflitto tra la teoria repubblicana e quella liberale sulla natura del potere governativo in casi di necessità.

Mentre la visione repubblicana accetta la logica democratica della sospensione dei diritti in fasi di emergenza sulla base dell'esigenza di assumere decisioni rapide per proteggere gli interessi della maggioranza, nell'ottica liberale

¹²⁷ Cfr. AZZARITI G., DELLA VALLE S., *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Esi, Napoli, 2014

¹²⁸ Cfr. SULLIVAN K., *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah Press, Salt Lake City, 2002

¹²⁹ LOCKE J., *Second Treatise on Government*, Hackett, Indianapolis, 1980, trad. it. (a cura di Casalini B.) *Due trattati sul governo* (2007), cap. 14, par. 160

tali giustificazioni rappresentano un rischio di danno permanente sia ai diritti in quanto tali sia al sistema di pesi e contrappesi che li custodisce¹³⁰.

Una delle prese di posizione più significative a difesa delle prerogative eccezionali dell'esecutivo e del diritto di sospensione delle libertà in fasi di emergenza è esposta da Abraham Lincoln in una lettera scritta nel 1863 a giustificazione della sua decisione di sospendere l'*habeas corpus* e di trattenere in carcere a tempo indefinito gli oppositori durante la guerra civile americana. È utile, a tal proposito, riportarne una più ampia citazione:

*<<Nella sua applicazione, la Costituzione non può considerarsi uguale in tutti i casi, tanto che si viva in un tempo di profonda pace e sicurezza, quanto che vi sia una ribellione o un'invasione che pregiudica l'incolumità del pubblico. È la Costituzione stessa a formulare la distinzione; e non mi si può persuadere che il Governo non possa assumere misure energiche in tempi di ribellione sulla base del fatto che quelle stesse misure non sarebbero legali in tempi di pace, più di quanto mi si possa persuadere che una particolare medicina non è buona per un malato solo perché essa non gli recherebbe benefici se somministrata quand'è in salute. Né posso credere che, per via delle misure straordinarie in atto durante la Ribellione, il popolo americano corra il pericolo di perdere il diritto di discussione pubblica, la libertà di parola e di stampa, la presunzione di innocenza, il giudizio di fronte a giuria e l'*habeas corpus* anche per i pacifici tempi futuri che sono convinto siano dinanzi a noi, più di quanto io possa credere che un uomo affetto da temporanea infermità possa contrarre un appetito così vorace per le medicine da continuare ad assumerle anche dopo la guarigione>>¹³¹.*

¹³⁰ Cfr. BENAZZO A., *L'emergenza del conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004

¹³¹ Cfr. LINCOLN A., *Lettera a Erastus Corning e altri*, 12 giugno 1863

In primo luogo, a voler assumere la logica fattuale del *problem solving*, si evidenzia l'inadeguatezza di un approccio puramente pragmatico, fondato sul calcolo utilitaristico dell'equilibrio tra ordine e libertà, indifferente alle prevedibili complicazioni di più lungo corso in campo giuridico.

È probabile, infatti, che in un'ottica di breve periodo siffatto modo di ragionare tenda a privilegiare l'esigenza di sicurezza piuttosto che le libertà individuali, in quanto noncurante dei danni patiti dalle minoranze. Interpretare la guerra contro il terrorismo sulla base del criterio morale del "male minore" significherebbe, quindi, accettare una tensione tragica tra ciò che è necessario e ciò che è giusto. Vantaggi per l'ordine pubblico nel breve periodo comporteranno, di conseguenza, restrizioni a diritti e libertà in fasi successive.

In secondo luogo, qualora le misure d'emergenza siano revocate, rileva che il fatto stesso dell'avvenuta deroga delle leggi logori il rispetto che ad esse deriva dall'essere parametri duraturi nel tempo¹³².

Il terrorismo rappresenta un banco di prova per misurare la capacità di una società di rispettare gli impegni assunti nei confronti dei cittadini. Riprendendo un'espressione di Ronald Dworkin, in tempi di minaccia terroristica lo scambio non è tra la *nostra* libertà e la *nostra* sicurezza, ma tra la *nostra* sicurezza e la *loro* libertà, con ciò volendo intendere che a subire restrizioni sono le libertà di piccoli gruppi di sospetti, quali gli immigrati illegali¹³³.

¹³² Cfr. FERRARO F., *Libertà e sicurezza nell'Unione Europea. Tra età moderna e globalizzazione*, Pisa University Press, 2012

¹³³ Cfr. DWORKIN R., *Terror and the Attack on Civil Liberties*, <<New York Review of Books>>, 6 novembre 2003

Le limitazioni dei diritti di pochi, in definitiva, sono facilmente giustificabili in termini politici quando la minaccia del terrorismo sembra mettere in pericolo la maggioranza dei cittadini.

Occorre addurre una precisazione.

Gli specifici diritti civili e politici contenuti nelle costituzioni democratiche liberali non sono privilegi concessi alla cittadinanza, che vincolano lo Stato al rispetto della condizione di uguaglianza morale di tutti gli esseri umani. Altra cosa è, invece, dichiarare che a fondamento dei diritti civili e politici si trovi l'idea dei diritti umani. In questo caso si propone un'affermazione di carattere morale più che giuridico. Lo Stato di diritto è, in tal senso, più che una procedura: è al servizio dell'idea morale secondo cui ogni essere umano ha titolo ad una fondamentale uguaglianza di trattamento. E se questo è ciò che un sistema democratico deve garantire ai criminali in situazioni normali, non vi è ragione convincente per cui lo stesso non dovrebbe valere per i sospetti di terrorismo in tempi di emergenza.

L'idea è controversa.

Se tutti gli estimatori del modello di vita democratica riconoscono che il rispetto per la dignità umana può essere la conseguenza di un regime legale di successo, non tutti ritengono che esso costituisca il fine essenziale delle leggi e la controprova della loro legittimità¹³⁴.

Si tratta, per usare una locuzione di Dworkin, di una <<lettura morale>> dei diritti costituzionali, che contraddice visioni più pragmatiche, in cui viene fatta valere invece l'efficacia procedurale dei diritti, intesi come funzionali alla doverosa

¹³⁴ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 68

conclusione di procedimenti giudiziari e non portatori di impegni morali¹³⁵. Per i pragmatici i diritti costituiscono solo limiti di importanza marginale rispetto alle scelte di politica pubblica compiute da parlamenti e governi. Il proposito per cui i diritti vengono codificati è, in tal senso, quello di proteggere gli interessi pubblici e non di porli come impegni che vincolano lo Stato alla protezione della dignità umana. In tempi di emergenza, quindi, i diritti possono essere sospesi senza conseguenze negative, in quanto strumenti di una collettività e nulla più.

Le posizioni fin qui analizzate cercano di equilibrare le esigenze di libertà e di sicurezza, negando che uno dei due valori debba prevalere sull'altro.

La posizione del male minore già richiamata, al contrario, presta molta più attenzione alle sofferenze causate dalla sospensione dei diritti più di quanto non faccia l'approccio pragmatico.

La ragione di questa enfasi è legata all'idea che il rispetto per gli impegni presi a tutela della dignità individuale è inseparabile dalla definizione di democrazia.

È evidente che stabilire che cosa costituisca un'emergenza sia una decisione politica. Ciò, tuttavia, non significa che si tratti di scelte del tutto arbitrarie. L'utilizzo del potere di dichiarare le circostanze d'emergenza deve essere sottoposto alle normali regole democratiche. Usando le parole di Ignatieff, <<*Deve esserci sufficiente accordo tra l'opinione pubblica e i suoi rappresentanti elettivi sul fatto che l'esecutivo abbia ragione di dichiarare un'emergenza*>>¹³⁶. Quando

¹³⁵ Cfr. DWORKIN R., *Terror and the Attack on Civil Liberties*, <<New York Review of Books>>, 6 novembre 2003

¹³⁶ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 70

non esiste consenso, la proclamazione dello stato d'emergenza non può che essere considerata un abuso di prerogative esecutive.

Le prerogative di emergenza diventano, dunque, una sfida alla democrazia ed alla legge solo quando sono proclamate in mala fede, mediante la manipolazione delle prove e l'esagerazione del rischio ovvero per ragioni di opportunismo politico. Pesi e contrappesi costituzionali non possono impedire all'esecutivo di dichiarare un'emergenza, ma dopo tale dichiarazione il parlamento e le corti di giustizia hanno il diritto ed il dovere di supervisionare l'esercizio dei relativi poteri¹³⁷.

Il problema principale, allora, diventa stabilire quali misure possono essere giustificate in una situazione di necessità.

Una visione pragmatica dei diritti, come quella espressa da Richard Posner, ritiene irrealistico il concetto di impegno preventivo, perché lega le mani allo Stato che, invece, dovrebbe affrontare liberamente il pericolo¹³⁸. La revisione giudiziaria, in tal senso, viene considerata un impedimento alla capacità dello Stato di adottare azioni rapide ed energiche quando siano necessarie.

I pensatori moderni, al contrario, tendono a vedere la democrazia come una struttura che si autosostiene, capace di conciliare l'autorità presidenziale con lo Stato di diritto in tutte le circostanze. Eppure la necessità di conferire poteri straordinari in casi eccezionali dimostra come le democrazie non siano sempre autosufficienti.

Le situazioni di emergenza portano alla luce, in altri termini, una dialettica costante all'interno delle democrazie: il dibattito tra l'opportunità di giustificare in

¹³⁷ Cfr. FEDERICI M. C., *La sicurezza umana: un paradigma sociologico*, Franco Angeli, 2013

¹³⁸ Cfr. POSNER E.A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2005

pubblico gli atti di governo (procedimento che può creare indecisione) e la necessità di esprimere un'autorità forte, che può decadere in abuso dittatoriale¹³⁹.

Le esperienze di guerra contemporanee dimostrano che le democrazie possono sopravvivere a episodi di dittatura, purché rimangano inseriti nella cornice costituzionale e restino temporanei. Ciò significa che le prerogative dell'esecutivo devono essere sempre limitate dalla Costituzione: in nessun caso si deve impedire od alterare la competizione politica.

Date queste premesse, non si può negare che una guerra contro il terrorismo condotta per un periodo di tempo indefinito contro Stati falliti e cellule terroristiche pone pericoli nuovi, attesa l'indeterminatezza del suo protrarsi¹⁴⁰.

Stabilire clausole temporali, in questi casi, è un modo per conciliare il diritto alla sicurezza ed alla libertà.

Rebus sic stantibus, il problema principale che oggi ostacola il controllo e la revisione degli atti compiuti dall'esecutivo da parte degli organi costituzionali competenti è una forma di deferenza eccessiva, tributata sia dal parlamento sia dagli organi giudiziari all'esecutivo. Negli Stati Uniti, in particolare, tale deferenza si è evoluta fino a diventare una convenzione legale. Ne è un chiaro esempio il rifiuto opposto da una corte federale alla richiesta di riconoscimento del diritto di *habeas corpus* avanzata dal cittadino statunitense Yasser Esab Handi, detenuto in isolamento in un cella della marina statunitense come combattente nemico. La stessa corte ha di poi espresso preoccupazioni per le implicazioni della sua decisione: <<È possibile che questa sentenza costituisca l'accettazione di

¹³⁹ Cfr. FRESA C., *Provvisoria con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, CEDAM, Padova, 1981

¹⁴⁰ Cfr. JELLOUN T. B., *E' questo l'Islam che fa paura*, Bompiani, Milano, 2015

un'affermazione radicale, per cui anche senza convalida giudiziaria qualsiasi cittadino americano sospettato di essere un combattente nemico può essere detenuto per un periodo indefinito senza incriminazioni o consulenza legale, sulla sola base della parola di governo>>¹⁴¹.

Si giunge ad una triste conclusione: quando una democrazia è minacciata, è difficile prestare fedeltà agli impegni preventivi assunti a tutela dei diritti. I diritti stessi esprimono questa consapevolezza¹⁴².

La domanda cruciale, a questo punto, è se il ricorso alle eccezioni salvi o distrugga le regole.

Secondo una prima interpretazione la legge ed i diritti derivano la propria legittimità dall'essere regole, come tali non condizionabili dalle circostanze.

Nella visione opposta, invece, la Costituzione non può diventare un patto tra suicidi: quando un'eccessiva lentezza deliberativa da parte di una democrazia ne minaccia la sopravvivenza ovvero quando le garanzie di diritto concesse alla maggioranza possono impedire il perseguimento di politiche abiette, i governanti hanno il diritto di agire con determinazione, anche al di fuori della legge.

Nella lettura schmittiana la risposta alla su posta domanda risulta essere una soltanto: senza il potere di dichiarare eccezioni la legge non può sopravvivere a lungo. Schmitt definisce <<sovrano colui che decide l'eccezione>>¹⁴³. Uno Stato, dunque, non può rimanere sovrano né può gestire il monopolio domestico della violenza legittima a tutela dello Stato di diritto, se il suo esecutivo non può ricorrere

¹⁴¹ YASSER E.H. v. RUMSFELD D., U.S. Court of Appeal for the Fourth Circuit (4th Cir. 12 luglio 2002), <http://faculty.maxwell.syr.edu/tmkeck/Cases/HamdivRumsfeld2002.htm>

¹⁴² Cfr. CILIBERTO M., *La democrazia dispotica*, Laterza, Roma-Bari, 2011

¹⁴³ Cfr. SCHMITT C., *Le categorie del <<politico>>*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972

a poteri eccezionali, liberandosi, quando necessario, di quelle costrizioni costituzionali che gli impedirebbero di prevalere in una competizione di forza contro i nemici dello Stato.

I regimi costituzionali, in altri termini, non possono salvarsi dagli attacchi nemici a meno che quanti sono fedeli alla costituzione non escludano i nemici dalle garanzie contenute nella costituzione stessa.

Nell'ottica di Schmitt la creazione della legge avviene proprio nel reame della politica. Poiché siffatto processo creativo non è mai la codificazione di un insieme astratto di norme, ma al contrario è un modo per stilare accordi politici tra interessi e forze contrastanti, coloro che applicano la legge non possono che ammettere eccezioni in deroga ad essa, in quanto le medesime forze e gli stessi interessi influenzano anche i legislatori.

Ne discende che i diritti possono perdurare in caso di emergenza solo se si concede allo specifico regime politico, che difende l'ordine costituzionale, la medesima possibilità di sopravvivere. I diritti che ostacolano la sopravvivenza dello Stato in tempo di crisi devono, cioè, essere sospesi¹⁴⁴. La metafora di Ulisse non avrebbe avuto alcun senso per Schmitt: *<<nessun regime può permettersi di legare le proprie mani all'albero maestro e di tappare le orecchie se la nave dello Stato sta per essere attaccata dai pirati. Ulisse deve sciogliersi dai lacci, riunire l'equipaggio e contrattaccare>>*¹⁴⁵.

Una prevedibile quanto indesiderata evoluzione del giudizio schmittiano cela, tuttavia, un rischio: la legge è sì di matrice politica, ossia una codificazione di

¹⁴⁴ Cfr. VERVAELE J., *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Oxford, 2005

¹⁴⁵ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 78

compromessi, spesso meschini, tra gruppi in competizione nell'arena politica, ma non è solo politica.

È importante che la legge inglobi i diritti nello stesso modo in cui comprende il potere. L'impegno della legge a tutela della dignità e dell'uguaglianza degli individui è essenziale, perché il diritto prevalga sul potere. Il contenuto morale della legge, considerato pericoloso da alcuni giuristi pragmatisti, in quanto pretesto per la moralizzazione del diritto e per un'indebita intrusione nell'attività legislativa, è in realtà e soprattutto un elemento essenziale per ottenere sostegno morale e politico a favore dell'ordine costituzionale. Proprio questi fattori etici impongono vincoli preziosi, nel momento in cui l'utilizzo energico delle prerogative esecutive eccezionali potrebbe comportare il rischio di cadere in una dittatura "extra-costituzionale"¹⁴⁶.

Se è vero che gli impegni formali a tutela dell'eguale protezione degli individui e della loro dignità non possono salvare una società dal rischio della tirannia durante le fasi di emergenza, è pur vero che questi stessi valori operano come una sorta di pegno morale che ricorda a cittadini, giudici e uomini politici quali siano i limiti che dovrebbero guidare una democrazia anche in tempi di crisi.

Nella versione di Locke, in netto contrasto con quella schmittiana, la necessità di usare poteri eccezionali da parte dell'esecutivo è bilanciata dal diritto della popolazione di riprendere nelle proprie mani il governo dello Stato nel caso in cui la libertà venga usurpata. Nella tradizione del costituzionalismo liberale, in sostanza, la tutela della legge deriva in ultima istanza dalla moralità, ossia consiste

¹⁴⁶ ID., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, *ibid.*, pag. 78

nella capacità dei cittadini di ribellarsi quando la moralità indica che un determinato modo di gestire la legge è ingiusto¹⁴⁷.

La dottrina dei diritti umani è sorta dalle ceneri dell'Olocausto, configurando un tentativo di dotare il positivismo legale di una serie di parametri morali indipendenti, tali da consentire di distinguere ciò che è legale da ciò che è giusto, nel caso in cui la legge subisca un corto circuito.

È proprio la fiducia nell'esistenza di una "legge più alta", di un insieme di parametri che proteggano i fondamentali impegni a protezione della dignità di ogni persona, che mancava ai ferventi apologeti di coloro che, come Schmitt, hanno teorizzato poteri d'emergenza sganciati dalla legge e dall'etica¹⁴⁸.

Il sistema europeo dei diritti tenta di mettere in equilibrio i due principi della necessità politica e della revisione dibattimentale pubblica.

Nel caso in cui un governo si trovi costretto a sospendere le libertà civili, è necessario che giustifichi le proprie azioni non solo davanti alla magistratura interna, ma anche ad una corte collocata al di fuori dei suoi confini nazionali.

Si può continuare, in definitiva, a sostenere l'indivisibilità dei diritti senza perciò negare che in tempi di pericolo alcuni di essi siano più fondamentali di altri. Occorre, però, non fare a meno della pubblica giustificazione degli atti. Una simile politica tenta di salvare il salvabile dell'idea di impegno preventivo¹⁴⁹, custodendo i sospetti di terrorismo al riparo dalla tortura ed insistendo sulla responsabilità e sullo scrutinio pubblico delle misure adottate.

¹⁴⁷ LOCKE, *Second Treatise on Government*, trad. it. (a cura di Casalini B.) *Due trattati sul governo* (2007), cap. 14, par. 168

¹⁴⁸ Cfr. REJALI D., *Torture and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007

¹⁴⁹ Cfr. WALDRON J., *Torture, terror and trade offs: philosophy for the white house*, Oxford, Oxford University press, 2010

L'impegno preventivo non è un vincolo a non modificare mai una legge, qualsiasi siano le circostanze, quanto piuttosto un impegno a favore della necessità di una giustificazione dibattimentale pubblica all'interno di una cornice che protegge l'uguaglianza e la dignità umane in periodi tanto di sicurezza quanto di pericolo.

Impostare la difesa di una società liberale senza voler rispettare questi impegni di base significa tradire lo stesso ordine che si intende difendere, così come gli stessi cittadini, la cui sicurezza dipende da quell'ordine.

2.2 L'utilità del bene: l'etica utilitaristica di Jeremy Bentham

L'attacco terroristico al *World Trade Center*, che ha colpito non solo i simboli ma anche l'emotività dell'Occidente, rappresenta un momento storico in cui sia la prassi politica sia la riflessione filosofico-giuridica hanno dovuto fare i conti con un inaspettato "imponderabile"¹⁵⁰.

Unitamente alla pubblica dichiarazione di guerra allo Stato del terrore è sorto un dibattito, che ha coinvolto numerosi intellettuali ed ha stimolato l'opinione pubblica, circa la liceità morale e la possibile regolamentazione giuridica del tormento, pratica considerata utilizzabile in momenti eccezionali come quelli avvenuti a seguito dell'11 settembre 2001.

Vari sono gli argomenti messi in campo per sostenere o rifiutare l'utilizzo della tortura. Si discute sul caso della c.d. "*ticking bomb*"¹⁵¹.

Portato alla ribalta nel 2002 da Alan Dershowitz, noto avvocato penalista statunitense, questo argomento ha trovato una sua precedente formulazione con Michael Walzer¹⁵².

La "bomba ad orologeria" si caratterizzerebbe come una sorta di dilemma morale e sfrutterebbe la logica dell'utilitarismo dell'atto, ossia una struttura logica consequenzialistica, per ammettere il tormento in casi estremi, quale l'imminente esplosione di un ordigno nucleare, posto in un luogo sconosciuto di una città popolosa e che può essere disinnescato torturando un terrorista a conoscenza di informazioni strategiche.

¹⁵⁰ Cfr. ACKERMAN B., *The Emergency Constitution* (2004); trad. it. *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, op. cit.

¹⁵¹ Cfr. DERSHOWITZ A., *Perché aumenta il terrorismo. Capire la minaccia e rispondere alla sfida*, Carocci, Roma, 2003

¹⁵² WALZER M., *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, in <<Philosophy & Public Affairs>>, Vol. 2, No. 2, 1973, pagg. 160-180

Tale argomentazione pone il “calcolo tra costi e benefici” alla base della propria coerenza logica. Il concetto, connesso con quello ulteriore di “massimizzazione”, tipico dell’economia, è una delle caratteristiche principali dell’utilitarismo, teoria che nel dibattito degli ultimi decenni si caratterizza per due sfumature principali. Da un lato una “moderata”, che ammette la tortura dal punto di vista morale come il minore dei mali. Si tratta di una posizione che, tuttavia, non considera plausibile né auspicabile una sua legittimazione giuridica. Dall’altro lato si è diffusa una sfumatura più “radicale”, che sfrutta l’ammissibilità morale della tortura per proporre un’aperta regolamentazione giuridica attraverso la stesura di leggi redatte *ad hoc*, prevedendo così un vero e proprio “mandato di tortura”¹⁵³.

La legittimazione utilitaristica del tormento in ambito giuridico fonda la sua argomentazione principale sul consequenzialismo morale: poiché il male perpetrato mediante la tortura di un singolo individuo porta con sé un bene maggiore, ossia la salvezza di vite innocenti, ne deriva, applicando la logica del calcolo tra costi e benefici, la sua accettabilità morale, che altro non è se non la necessaria premessa della sua legittimazione giuridica¹⁵⁴.

Appare opportuno a questo punto della trattazione premettere alcuni cenni sull’utilitarismo in generale, quale teoria filosofico-giuridica, e sulle discrepanze emerse nell’applicazione di siffatta dottrina al fine di una possibile giustificazione della prassi del tormento.

¹⁵³ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, Carocci, Milano, 2003

¹⁵⁴ CHIESSI A., SCARDOVI G., *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell’utilitarismo*, in <<Rivista di filosofia del diritto>>, anno IV, 2/2015, Il Mulino, Bologna, 2015, pag. 318

L'utilitarismo è un programma di riforma della società, che ha avuto notevole influenza nelle scienze sociali. A fondamento di tale programma sta l'idea che lo scopo ultimo dell'azione sociale sia la produzione della massima felicità: un atto è giusto se produce una quantità di benessere, per tutti gli individui che ne risentono, almeno pari a quella di ogni altro atto possibile in quelle circostanze¹⁵⁵.

Invero nei primi utilitaristi, in particolare Jeremy Bentham (1749-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), la valutazione morale di un atto è ricondotta alla sua capacità di produrre felicità o piacere, senza alcun riferimento a leggi divine o a presupposti metafisici cui esso avrebbe dovuto conformarsi. Entrambi gli autori, seppure in modi diversi, sostengono che la ricerca dell'azione più utile possa essere oggetto di un vero e proprio calcolo matematico, poiché l'utilità è una grandezza oggettiva e misurabile.

Si possono individuare cinque elementi che concorrono a definire siffatta prospettiva morale.

In primo luogo il welfarismo: la sola realtà che ha valore di fine e non di mezzo è il benessere. Esso si identifica con lo stato mentale semplice del piacere ovvero con la felicità, intesa come prevalenza di piaceri su dolori. L'utilitarismo classico propugna, dunque, una concezione edonistica del valore.

La seconda caratteristica essenziale dell'utilitarismo è il consequenzialismo. L'espressione qualifica teorie che considerano le conseguenze di un atto come il solo criterio per una sua valutazione morale; un atto è giusto se produce un saldo netto di conseguenze almeno altrettanto buono di ogni altro atto possibile, ossia se, detratta dalla somma delle conseguenze positive la somma di quelle negative, il

¹⁵⁵ Cfr. BYKVIST K., *Utilitarianism: A Guide for the Perplexed*, Continuum, London, 2010

risultato è almeno pari a quello di ogni altro atto possibile. Il consequenzialismo è, in altri termini, una teoria dell'obbligo morale, che guarda agli stati di cose prodotti, presupponendo la confrontabilità di stati di cose diversi: un atto è giusto se produce uno stato di cose migliore delle alternative disponibili.

Ogni atto può essere considerato giusto o sbagliato sulla base delle sue conseguenze; non può essere presupposto alcun criterio di giustizia degli atti indipendentemente dal loro determinare uno stato di cose buono e, perciò, si considera il giusto alla stregua di una funzione del buono.

La terza caratteristica centrale dell'utilitarismo è l'aggregazionismo. Per tale deve intendersi il fatto che la valutazione morale di ciascun atto dipende dal saldo complessivo di conseguenze positive su conseguenze negative da questo generato, indipendentemente dal modo in cui sono distribuiti i piaceri goduti ed i dolori afflitti. L'utilitarismo promette, quindi, di ridurre le questioni morali ad un calcolo matematico; l'atto che produce il maggior benessere complessivo, sommando aritmeticamente il benessere di tutti gli individui coinvolti, è in ogni caso quello che un agente coscienzioso deve compiere. A parità di benessere complessivo, quand'anche sia una distribuzione diseguale a realizzare un'utilità maggiore, l'utilitarista ritiene senza alcun dubbio che sia doveroso attuarla¹⁵⁶.

La quarta caratteristica della teoria utilitaristica consiste nell'enfasi attribuita all'operazione di "massimizzazione". L'utilitarismo non mira alla realizzazione di un livello sufficiente o ragionevole di benessere, né al soddisfacimento del minimo rispetto dei diritti altrui su cui sviluppare il proprio piano di vita e perseguire i propri progetti; propone al contrario una concezione molto più esigente dei doveri morali,

¹⁵⁶ Cfr. CREMASCHI S., *Utilitarianism and its Nineteenth-Century Critics*, in <<Notizie di Politeia>>, 24, n. 90

imponendo a ciascun agente in ogni situazione di realizzare il massimo bene possibile¹⁵⁷.

In ultima istanza la caratteristica che più merita di essere sottolineata è l'universalismo. L'utilitarismo prescrive di ricercare l'interesse generale. Secondo una formula tradizionale, tende a realizzare "la massima felicità per il massimo numero" (<<*the greatest happiness for the greatest number*>>¹⁵⁸).

Il sistema della più grande felicità incarna un modello molto naturale ed indiscutibile di razionalità, che domina tutta l'economia contemporanea. Tanto "l'analisi costi-vantaggi", quanto "la teoria della scelta pubblica" vedono nel tentativo di massimizzare meramente l'utilità un processo di razionalità derivante dalla massima per la quale "il fine giustifica i mezzi", risultante dall'operazione di sommare i benefici, sottraendo ad essi i costi.

L'utilitarismo evolverà lungo tutto il XIX secolo, per concludersi con l'elaborazione teorica di Henry Sidgwick¹⁵⁹, il quale si sforzerà di attribuire ad esso una dimensione totalmente razionale. Egli, difatti, sostiene che l'utilitarismo classico, sopra esaminato per grandi linee, non possa imporsi come il supremo principio morale, risultando evidente l'impossibilità di dimostrare che l'utilitarismo debba sempre sopravanzare l'egoismo. Quest'ultimo, se inteso come *self-love* (amore di sé), risulta un principio morale legittimo in gran parte dei casi: se l'egoista afferma che è per lui ragionevole promuovere il proprio bene, senza pretendere che tutti gli altri debbano fare la stessa cosa, egli sostiene una cosa legittima e difficilmente contestabile. L'utilitarismo, invece, ha una tendenza

¹⁵⁷Cfr. FAGIANI F, *Utilitarismo classico. Bentham, Mill, Sidgwick*, Liguori, Napoli, 2000

¹⁵⁸ Cfr. HUTCHESON F., *Ricerca sull'origine delle nostre idee di bellezza e di virtù*, Milano, Baldini & Castoldi, 2000

¹⁵⁹ SIDGWICK H., *The Methods of Ethics*. Macmillan, Londra, 1874

universalistica, in quanto intende stabilire che tutti dovrebbero cercare di promuovere la felicità generale. Risulta evidente come sia maggiormente difficoltoso dimostrare la fondatezza di un principio morale che si voglia fare valere per tutti (la felicità generale) piuttosto che di un principio (la felicità personale,) che valga per un solo individuo. D'altra parte, se permane tale contraddizione, tra egoismo ed utilitarismo, l'etica si mostrerà non pienamente razionale. Sidgwick, al contrario, vorrebbe costruire un sistema etico perfettamente coerente nei suoi principio di base: la razionalità di un sistema morale è sinonimo di coerenza piena tra i suoi principi di base.

Uno dei primi proponenti dell'utilitarismo classico è, come già ricordato, Jeremy Bentham (Londra, 15 febbraio 1748 – Londra, 6 giugno 1832), le cui teorie si ritiene di dover prendere in esame al fine di meglio comprendere la corrente filosofica invocata a supporto della necessità dei tormenti.

Le teorie illuministiche dell'interesse possono latamente definirsi dei sistemi utilitaristi, anche se non possono essere concepite come teorie unificate e della morale e della legislazione, né intraprendono quella sistematica individuazione dei piaceri e dei dolori che per Bentham è l'unico fondamento di una prospettiva scientifica sulla morale e sulla legislazione.

Quando pubblica l'*Introduction* (1789)¹⁶⁰, il filosofo è sinceramente convinto di aver creato un nuovo sistema morale.

Egli riprende tutti gli elementi del consequenzialismo, privandoli dell'ipotesi teologica che fungeva da architrave del sistema: in luogo di Dio, pone l'intervento di un saggio Legislatore che attraverso la riforma delle leggi indirizzi i

¹⁶⁰ Cfr. BENTHAM J., *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1996

comportamenti dei cittadini, mostrando loro la corrispondenza tra un ben inteso perseguimento dell'interesse personale e la felicità generale.

In questo quadro attribuisce un ruolo centrale al principio hutchesoniano della massima felicità, non per giustificare l'adesione alle regole morali ordinarie, ma per fornire al legislatore ed ai singoli individui uno strumento scientifico per prendere decisioni morali.

Bentham non era principalmente un filosofo, ma soprattutto un giurista, interessato ad ovviare alle ingiustizie ed alle assurdità che, in mancanza di una codificazione, affliggevano il sistema legislativo britannico. Egli decise di fondare una scienza della legislazione, ossia di formulare principi scientifici per costruire un sistema di norme che definissero con sistematicità e coerenza i reati e le relative pene, garantendo ai cittadini certezza e sicurezza.

A fondamento della scienza della legislazione pone una filosofia empirista, che riconosce realtà solo alle entità oggetto di percezione e sensazione.

Il saggio *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) contiene i lineamenti del suo sistema morale¹⁶¹.

Il filosofo considera la dottrina utilitaristica alla stregua di un'etica pubblica, ossia come il fondamento di una scienza della legislazione che mira a produrre la massima felicità generale. Il suo pensiero non può essere ascritto, quindi, alla tradizione liberale ottocentesca sia per la sua costante sovraordinazione della felicità e della sicurezza rispetto alla libertà e all'uguaglianza sia per la sua sfiducia nelle capacità dei singoli di sviluppare autonomamente progetti politici razionali.

¹⁶¹ Cfr. BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Utet, Torino, 1998

L'etica per Bentham è <<l'arte di dirigere le azioni degli uomini verso la produzione della maggiore quantità possibile di felicità per coloro il cui interesse si ha di mira>>¹⁶². Essa si articola in due rami: da un lato la legislazione, ossia l'arte di governare una moltitudine di uomini con misure amministrative o legislative, dall'altro l'etica privata, ossia <<l'arte di massimizzare il saldo positivo di felicità nella sfera di pensiero e di azione lasciata libera dal potere della legge e del governo>>¹⁶³. L'arte della legislazione e del governo si rivolge ad un decisore pubblico, dotato di un ruolo politico; la deontologia privata si rivolge ad ogni individuo. Bentham si dedica soprattutto alla prima, ma entrambe mirano a realizzare la più ampia felicità possibile nelle rispettive sfere e sono governate da un unico principio, quello di utilità.

È nel *Fragment on Government* che il teorico introduce il principio per cui <<è la più grande felicità per il maggior numero di persone quella che dà la misura del giusto e dell'ingiusto>>¹⁶⁴, concepito per essere il filo conduttore di una riforma del mondo morale che dovrà affiancarsi al progresso nelle scienze naturali.

Bentham riflette su “ciò che la legge è” alla luce di “ciò che dovrebbe essere”, valutando la tendenza o divergenza delle azioni rispetto al fine della felicità, ossia facendosi guidare dai criteri dell'utilità e del danno: <<con utilità noi possiamo indicare un principio, che può servire a presiedere ed a dirigere, per così dire, quella sistemazione di istituzioni, che compongono la natura di questa scienza; ed è questo principio ed esso solo che (...) può rendere soddisfacente e chiara ogni sistemazione che può essere fatta di esse>>¹⁶⁵. L'utilità è, pertanto, l'unico criterio

¹⁶²Cfr. ID., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, *ibidem*

¹⁶³ Cfr. ID., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, *ibidem*

¹⁶⁴ Cfr. ID., *Un frammento sul governo*, Giuffrè, Milano, 1990

¹⁶⁵ Cfr. ID., *Un frammento sul governo*, *ibidem*

empirico ed immediatamente chiaro per giudicare della bontà delle leggi: è cattiva una legge che proibisce ciò che non è dannoso, ossia che non ha effetti negativi sul rapporto tra piaceri e dolori.

Nell'*Article on Utilitarianism*¹⁶⁶ il filosofo-giurista opera una serie di precisazioni.

Ritiene che sia preferibile utilizzare, più che il termine di utilità, quello di “principio di massima felicità”, in quanto disquisire del benessere del “massimo numero” potrebbe portare a privilegiare la felicità della maggioranza a scapito della minoranza, con il risultato che, nei casi in cui le sofferenze di quest’ultima siano consistenti, la felicità totale non venga affatto massimizzata.

Occorre, dunque, tenere conto del benessere di tutti, mirando a produrre la massima felicità aggregata possibile di maggioranza e minoranza.

Va altresì osservato che l’enfaticizzazione dell’obiettivo della massima felicità non implichi per Bentham che un’azione vada approvata solo se produca una quantità di felicità almeno pari ad ogni altra disponibile; il principio di utilità, egli scrive, *<<approva o disapprova qualunque azione a seconda della tendenza che essa sembra avere ad aumentare o diminuire la felicità della parte il cui interesse è in questione>>* e un’azione è conforme ad esso quando *<<la sua tendenza ad aumentare la felicità della comunità è maggiore di ogni sua tendenza a diminuirla>>*¹⁶⁷.

Sembra di potere evincere in sostanza che, a differenza di quanto sostenuto nel dibattito contemporaneo, Bentham non ritenga sbagliato ogni atto che non

¹⁶⁶ Cfr. ID., *Deontologia*, La Nuova Italia, Firenze, 2000

¹⁶⁷ Cfr. ID., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, op. cit.

promuova la felicità complessiva al massimo grado, bensì che sia sbagliato solo un atto la cui tendenza complessiva è contraria alla felicità generale.

Il calcolo aritmetico della felicità complessiva realizzabile attraverso ogni singolo corso d'azione, e quindi la misurazione cardinale dell'utilità di ogni atto, è il modello di deliberazione razionale cui dovrebbe ispirarsi il legislatore, sebbene lo stesso Bentham ammetta l'impossibilità di operare in ogni caso tutti i calcoli.

Invero egli concepisce piacere e dolore come stati mentali semplici, non ulteriormente analizzabili, ed immediatamente conoscibili attraverso l'introspezione. Tutti i piaceri e tutti i dolori, in tal senso, sono dotati della medesima piacevolezza o dolorosità, giacché vi è un'unica unità di misura della loro intensità: piacere e dolore sono “nomi di entità reali omogenee”. È perciò impossibile stabilire una gerarchia *a priori* tra le attività umane ed ogni differenza qualitativa va ricondotta ad una differenza quantitativa.

La presentazione benthaminiana dell'utilitarismo si presta a varie considerazioni critiche.

Vari problemi affliggono, in particolare, l'idea del calcolo edonistico¹⁶⁸.

La tesi dell'omogeneità di piaceri e dolori sottovaluta radicalmente le preferenze soggettive. Sembra chiaro, infatti, che si possa preferire un'esperienza ad un'altra, in quanto si preferisca un tipo di piacere ad un altro ed indipendentemente dalla loro intensità. Sembrano esservi, in altri termini, diverse qualità di piacere, prive di quell'unità di misura comune presupposta dal calcolo edonistico.

¹⁶⁸ Cfr. FRONGIA G., *La nascita dell'utilitarismo contemporaneo*, Franco Angeli, Milano, 2000

Un ulteriore elemento problematico è l'enfasi unilaterale sulla massimizzazione dell'utilità aggregata a scapito dell'equità distributiva.

Come ricordato, Bentham sopprime la menzione del "massimo numero", al fine di evitare che il benessere della maggioranza possa essere acquistato al prezzo di grandi sofferenze della minoranza.

L'obiettivo della massima felicità, tuttavia, non implica ancora alcuna idea di equità distributiva: uno stato finale dotato di maggiore utilità aggregata andrebbe comunque preferito ad uno che contenga una quantità minore di utilità aggregata, sebbene nel primo vi siano enormi differenze nei livelli di felicità o benessere individuali. A parità di felicità totale non ci sarebbero ragioni per preferire una distribuzione equa ad una iniqua. Per tale ragione alcuni teorici sostengono che le nozioni di equità e di uguaglianza abbiano un ruolo del tutto secondario nella teoria benthaminiana, la quale avrebbe così implicazioni potenzialmente illiberali¹⁶⁹.

In realtà, quand'anche la formulazione dell'idea del calcolo edonistico giustifichi il sacrificio degli interessi di alcuni sull'altare dell'utilità aggregata, il giurista ritiene che la distribuzione debba essere il più possibile equa. Ed invero l'equità è espressamente citata, assieme alla sicurezza, alla sussistenza ed all'abbondanza, tra i fini secondari che il governo deve perseguire in vista della massima felicità¹⁷⁰. Ciò significa che la massima felicità aggregata tende ad identificarsi con il godimento di un'eguale quantità di felicità da parte di ogni membro della comunità: <<La massima felicità per il massimo numero di persone richiede che gli strumenti esterni di felicità, quali che siano, siano condivisi da tutti in una proporzione tanto vicina all'eguaglianza quanto è compatibile con la

¹⁶⁹ Cfr. SEN A., WILLIAMS B. (a cura di), *Utilitarismo e oltre*, Il Saggiatore, Milano, 1984

¹⁷⁰ Cfr. BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, op. cit.

sicurezza universale, e con quell'abbondanza in ogni momento che è di per sé necessaria come garanzia per la permanenza della sussistenza universale>>>¹⁷¹.

L'interesse prioritario di Bentham per l'etica pubblica, d'altro canto, porta il filosofo a sottolineare l'importanza di norme stabili, che definiscano le reciproche attese da parte dei cittadini e predispongano le condizioni di sicurezza e di fiducia che consentano a ciascuno di massimizzare il proprio benessere. L'utilitarismo, dunque, richiede l'assicurazione delle condizioni di base dell'interazione sociale come mezzo per il massimo benessere. Ciò significa attribuire un ruolo ai diritti individuali ed alla distribuzione egualitaria dei benefici¹⁷².

Nel sistema benthaminiano resta, altresì, uno spazio di non coincidenza tra virtù autocentrata ed eterocentrata, spazio nel quale l'impulso originario alla preferenza di sé sembra dover avere il sopravvento.

Si è già osservato che l'esigenza di massimizzazione può condurre a violare gli obblighi della probità. A questo implicito predominio della beneficenza si collega un importante problema ermeneutico.

Secondo l'interpretazione tradizionale Bentham intende applicare il principio di utilità a ciascun atto, così da valutarne la tendenza felicifica in ogni circostanza particolare. Il principio, in tal modo, non costituirebbe solo la giustificazione degli atti e dei provvedimenti legislativi, ma anche una procedura decisionale da adottare in ogni caso da parte del singolo agente.

Questo aspetto dell'utilitarismo benthaminiano è stato spesso ritenuto problematico non solo per il potenziale sacrificio degli interessi di alcuni sull'altare del benessere generale che ne può risultare, ma anche perché il singolo agente,

¹⁷¹ Cfr. BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, op. cit.

¹⁷² REICHLIN M., *L'utilitarismo*, op. cit., pag. 40

dotato di informazioni e di capacità previsionali limitate ed intralciato da passioni irrazionali ed interessi personali, difficilmente potrà operare i calcoli in maniera affidabile¹⁷³.

Ne consegue, in definitiva, la fallacia dell'applicazione della logica del calcolo edonistico, in quanto le scelte operate da ciascun attore potrebbero essere il risultato di scellerati compromessi nell'ambito di conflitti d'interessi. Il calcolo tra costi e benefici, in altri termini, perde il suo carattere razionale e finisce per essere fortemente influenzato dalle logiche di potere.

John Stuart Mill, a differenza di Bentham, ritiene che il principio di utilità, benché non bisogno di dimostrazione, necessiti di una fondazione, secondo lui garantita dal comune sentimento di giustizia, un sentimento in parte innato negli uomini e in parte rafforzabile attraverso l'educazione operata dagli altri individui e dalle istituzioni della società.

¹⁷³ ID., *L'utilitarismo*, *ibid.*, pag. 49

2.3 Ignatieff ed il dilemma etico del “male minore”

La vecchia massima latina *salus reipublicae suprema lex* – la sicurezza del popolo è la prima legge – poneva pochi limiti al diritto alla sicurezza sul diritto alla libertà.

Nel nome della salvezza del popolo la Roma repubblicana era pronta a sacrificare tutte le altre leggi. La sospensione delle libertà civili, la detenzione di individui, l’assassinio segreto dei nemici, pertanto, erano da considerarsi condonabili in caso di minaccia alla sopravvivenza dello Stato.

Esiste, tuttavia, un limite morale a ciò che una comunità politica può fare, quando la sua sicurezza è a rischio?¹⁷⁴

Se la società colpita l’11 settembre 2001 fosse retta da un regime autoritario, la questione sarebbe irrilevante.

Ad essere stata attaccata, invece, è una nazione democratica e liberale, fondata su un ordine costituzionale, che stabilisce limiti all’uso della forza.

Stante quanto sostenuto da un’autorevole filone della dottrina statunitense, quand’anche le costituzioni democratiche prevedano svariate forme di sospensione dei diritti in circostanze d’emergenza, le autorità politiche hanno il dovere di dimostrare che ogni riduzione dei diritti è giustificata¹⁷⁵.

Ciò comporta, in particolare, che i governi debbano sottoporre i provvedimenti assunti ad un procedimento di revisione dibattimentale in sede parlamentare, tenendo in debita considerazione non solo le massime della corti di giustizia ma anche il *dictum* dell’opinione pubblica.

¹⁷⁴ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l’etica nell’era del terrorismo globale*, op.cit., pag. 24

¹⁷⁵ Cfr. MOORE M.S., *Torture and the Balance of Evils*, in <<Israel Law Review>>, 23, 1989

La prima sfida posta da un'emergenza terroristica alle democrazie riguarda proprio il su richiamato procedimento di pubblica giustificazione dibattimentale¹⁷⁶.

Secondo l'opinione sostenuta dai fautori della teoria del "male minore", al presentarsi di situazioni d'emergenza implicanti un serio conflitto valoriale, occorre confidare nelle procedure di deliberazione democratica garantite dalle istituzioni, in quanto esse forniscono un preziosa via d'uscita dal problema della garanzia delle tutele fondamentali attraverso un sistema prestabilito di pesi e contrappesi, così che nessuna azione di governo possa condurre all'anarchia o, contingenza di gran lunga meno auspicabile, alla tirannia¹⁷⁷.

L'emergenza terroristica fa emergere nella sua concretezza il rischio per cui la garanzia di una libertà individuale potrebbe minacciare un vitale interesse della maggioranza.

Nessuna democrazia ha obiettivo più importante della protezione dei suoi membri; specifici diritti esistono proprio per tutelare quest'obiettivo. Le libertà civili non possono che dipendere, quindi, dalla sopravvivenza del governo e devono essere subordinate alla sua custodia. Ciò che impedisce ad un sistema di tal fatta di cadere in una forma di dittatura della maggioranza è l'impianto di pesi e contrappesi di cui si è precedentemente fatta menzione e, in particolare, dei processi di deliberazione democratica e di pubblico e critico dibattito.

Una democrazia è, in tal senso, anche un ordine di diritti, che pone limiti al potere della comunità sugli individui. Tali limiti esistono non solo per ragioni di

¹⁷⁶ Cfr. ACKERMAN B., *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism* (2006); trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, prefazione di R. Bin, Milano, V&P, 2008

¹⁷⁷ ID., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, *Ibid.*, pag. 25

prudenza, ossia per prevenire un'azione repressiva del governo nei confronti dei cittadini, ma anche in affermazione dell'idea che ciascun individuo ha un suo intrinseco valore in quanto essere umano.

I sistemi democratici non sono meramente esecutivi degli interessi della maggioranza, ma operano in accordo con un sostanziale rispetto per la persona¹⁷⁸. Questo rispetto è espresso sotto forma di diritti, che garantiscono specifiche libertà, le quali a loro volta rappresentano le precondizioni per vivere con dignità.

“Governo per il popolo”, pertanto, è una locuzione il cui significato eccede quello di “semplice governo per la felicità e la sicurezza della maggioranza dei cittadini”: il limite fondamentale di un governo democratico è costituito dal suo dover servire gli interessi della maggioranza senza sacrificare la libertà e la dignità di tutti gli individui che compongono la comunità politica.

Non è possibile, quindi, avere una democrazia senza diritti ed i diritti non sono al sicuro se non sono inseriti in una cornice democratica¹⁷⁹.

In fase di emergenza terroristica il rapporto tra queste due formule si spezza e l'idea che la libertà della maggioranza dipenda in modo essenziale dalla sua sicurezza porta a ritenere che le esigenze della sicurezza debbano prevalere su quelle della libertà.

Mentre una componente del dibattito si preoccupa che un'eccessiva attenzione per i diritti possa legare le mani al potere esecutivo, l'altra insiste sull'idea che la democrazia tradisca la sua stessa identità, qualora i diritti vengano compromessi. Tra la popolazione degli Stati Uniti, in particolare, si va diffondendo

¹⁷⁸ Cfr. CARINGELLA F., BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016, pagg. 81-82

¹⁷⁹ Cfr. PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002

la convinzione che l'interesse della maggioranza debba prevalere sulle libertà civili dei sospetti terroristi. Secondo questa visione i diritti sono limiti prudenziali all'azione di governo e revocabili in caso di pericolo, non invece un impegno per la tutela della dignità individuale nei confronti dell'azione di un governo valido sempre e comunque¹⁸⁰.

Una terza posizione si colloca fra le precedenti.

I sostenitori di quest'ultimo indirizzo ritengono che la forza delle circostanze possa richiedere che una democrazia intraprenda azioni in difesa di se stessa, talvolta venendo meno agli impegni presi a difesa della dignità umana. Poiché tali misure sono problematiche dal punto di vista morale, esse devono essere applicate al minor numero possibile di persone, utilizzate come interventi di ultima istanza, e sempre sottoposte al pubblico e critico dibattito di un sistema democratico aperto¹⁸¹.

L'approccio teorico fondato sull'applicazione del criterio del "male minore", in definitiva, prevede che nel caso di un'emergenza terroristica né i diritti né la necessità prevalgano in modo assoluto. La democrazia deve impegnarsi tanto a proteggere la sicurezza della maggioranza, quanto a tutelare i diritti dell'individuo. Né una moralità incentrata sulle conseguenze né una moralità basata solo sulla dignità individuale possono essere accettate come esclusive in vista dell'assunzione di importanti decisioni di politica pubblica.

¹⁸⁰ Cfr. ROSSITER C. L., *Constitutional Dictatorshipcrisis Government in the Modern Democracies*, Primary Source Edition, Nabu Press, 2014

¹⁸¹ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 32

Atteso che nel corso degli anni la teoria del “male minore” abbia subito attacchi mediatici e numerose interpolazioni, che ne hanno stravolto la formulazione originaria, il quadro che emerge è a dir poco complesso.

Non vi sono giustificazioni valide una volta per tutte: le scelte efficaci non sono sempre giuste, così come le scelte secondo giustizia non sempre funzionano.

In estrema sintesi è comprensibile che in determinate circostanze i diritti debbano piegarsi alle esigenze della sicurezza, ma è necessario che ciò avvenga per buone ragioni, così come è importante che siano posti limiti precisi al tale operazione.

La costituzione non è un patto tra suicidi¹⁸²: i diritti non possono limitare l’esercizio dell’autorità pubblica in modo tale da rendere impossibili azioni energiche, quando risultino necessarie.

La moralità del “male minore” non è disegnata, tuttavia, per gli scettici, per coloro cioè che comprendono che le autorità si trovano spesso ad assumere decisioni radicali sulla base di informazioni men che accurate. Ignatieff, il principale sostenitore di tale teoria, si esprime non a caso in termini di un’etica, che è un atto di equilibrio¹⁸³: *<<un tentativo di giudicare tra le argomentazioni del rischio, della dignità e della sicurezza in modo da affrontare nel concreto casi specifici di minaccia. Un’etica dell’equilibrio non può privilegiare i diritti al di sopra di tutto, così come non può considerare la dignità o la sicurezza pubblica come valori in assoluto. È proprio questa scelta – privilegiare l’uno escludendo l’altro – che conduce, infatti, all’errore morale. Si tratta in entrambi i casi di*

¹⁸² ID., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l’etica nell’era del terrorismo globale*, *ibid.*, pag. 33

¹⁸³ ID., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l’etica nell’era del terrorismo globale*, *ibid.*, pag. 33

principi importanti: a ciascuno va attribuito il giusto peso in questo equilibrio e a nessuno deve essere consentito di prevalere sugli altri. Quella qui discussa è, dunque, un'etica della prudenza piuttosto che di mero principio, un'etica che in caso di emergenza esamina il da farsi attraverso un'ottica conservatrice contraria alla deroga – anche parziale- dai sistemi costituiti da giusto processo, protezione equanime e tutela della dignità fondamentale>>>¹⁸⁴.

L'intuitiva quanto imprescindibile trattazione del problema relativo alla concreta possibilità che la scelta di “mali minori” possa implicare il verificarsi di conseguenze nefaste, intese alla stregua di “mali maggiori”, è condotta a risoluzione dallo stesso Ignatieff, il quale propone quale unico rimedio la garanzia del funzionamento degli ingranaggi democratici.

Ed invero la democrazia liberale si è dimostrata duratura proprio perché le sue istituzioni sono congegnate in modo da consentire una gestione equilibrata del potere moralmente rischioso dell'esercizio della violenza. La presenza di pesi e contrappesi istituzionali e la divisione dei poteri hanno il fine di affrontare i rischi della corruttibilità e dell'incapacità delle istituzioni. In democrazia la sicurezza maggiore deriva dal lungo processo di filtraggio cui sono sottoposte le decisioni lungo la catena procedurale, riducendo così la probabilità che esse siano errate rispetto a decisioni prese dai vertici una volta per tutte.

La guerra contro il terrorismo lanciata dopo l'11 settembre sottopone la democrazia a pressioni tanto più intense, in quanto essa viene condotta soprattutto in segreto con l'uso di strumenti al limite della legalità e della moralità¹⁸⁵.

¹⁸⁴ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pagg. 33-34

¹⁸⁵ Cfr. IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit.

Se è importante che i parlamentari abbiano il potere di visionare il materiale di *intelligence* a porte chiuse e che i giudici possano obbligare le procure a giustificare la richiesta di udienze segrete ovvero negare l'accesso agli atti a chi si occupa della difesa degli imputati, occorre, allo stesso tempo, che siano chiari i limiti estremi di tali deroghe¹⁸⁶. Qualsiasi processo in cui sia in gioco la libertà umana deve svolgersi pubblicamente, perché è la pubblicità il principio che definisce una democrazia.

Il vero problema, a questo punto, non è indicare i limiti alle deroghe, quanto piuttosto farli rispettare.

Una democrazia in cui la maggior parte della popolazione non prende parte al voto, in cui i giudici si comportano con ingiustificata deferenza verso le decisioni dell'esecutivo ed in cui il governo rifiuta di sottoporre le proprie misure a revisione dibattimentale fallirà nel mantenere il giusto equilibrio tra sicurezza e libertà.

Una guerra contro il terrorismo non è soltanto una sfida allo Stato del terrore, ma è anche e soprattutto una sollecitazione per le stesse democrazie a dimostrare la loro validità e la capacità di accettare il contraddittorio politico, quando è in gioco la garanzia del vaglio di proposte d'intervento da parte del pubblico dibattitoto¹⁸⁷.

Particolari circostanze, quand'anche di estrema gravità, non possono e non devono annullare i procedimenti democratici e ridurre l'obbligo di accompagnare misure vigorose ad una piena giustificazione dibattimentale pubblica.

Analizzati gli aspetti basilari della moralità del "male minore", nella sua formulazione originaria, ai fini di completezza della trattazione è utile affrontare

¹⁸⁶ Cfr. ACKERMAN B., *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism* (2006); trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, op. cit.

¹⁸⁷ Cfr. VERVAELE J., *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, op. cit.

alcune considerazioni sul rapporto tra le odierne democrazie ed il concetto di “male minore”, così come è stato scorrettamente interpretato alla luce degli avvenimenti che si sono verificati dal 2001 sino ad oggi.

Occorre ammettere che il tentativo di giustificare un atto come il minore fra due mali sia in sé un esercizio di azzardo morale. Circostanze di necessità non rendono meno dubbia la moralità di un atto negativo: uccidere ovvero torturare una persona innocente per salvare la vita di centinaia di altre può essere un male minore, ma l’atto in sé non cessa per ciò stesso di essere sbagliato¹⁸⁸.

La legge può accettare una richiesta di attenuanti, ma non scusare la natura criminale dell’atto in sé. La Corte Suprema israeliana, a tal proposito, ha stabilito che un agente dello Stato può invocare la legittima difesa per ragioni di necessità, se accusato di aver torturato qualcuno. Questa attenuante può mitigare la pena legata alla violazione della legge, ma non scusa la tortura in sé, che rimane un comportamento criminale. Il Consesso si è così espresso: <<*La difesa fondata sulla necessità ha l’effetto di permettere a chiunque operi in condizioni di necessità di sfuggire a eventuali responsabilità criminali. La difesa sulla base della necessità non possiede alcun valore normativo addizionale. Inoltre, non autorizza l’uso di strumenti di violenza fisica con l’obiettivo di consentire agli investigatori di svolgere il proprio lavoro in circostanze di necessità. Il fatto stesso che uno specifico atto non costituisca un reato (per via della difesa fondata sulla necessità) non autorizza l’amministrazione a compiere atti simili, violando i diritti umani*>>¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Cfr. BERMAN P., *Terror and Liberalism*, op. cit.

¹⁸⁹ Sentenza della Corte Suprema di Israele, 6 settembre 1999, http://www.us-israel.org/jsource/Society_&_Culture/GSS.html

Scegliere un male minore per scongiurare uno maggiore non sempre è una strategia efficace.

Le conseguenze di un atto, di qualsivoglia natura esso sia, non sono sempre prevedibili ed utilizzare il criterio del “male minore” può rivelarsi un salto nel buio, tanto più che le buone intenzioni non valgono ad attutire le responsabilità nel caso in cui si verificano imprevisti nefasti.

Una ragione ulteriore, per cui il ricorso ad un male minore non può che ritenersi moralmente pericoloso, è legata al fatto che gli esseri umani sono da sempre abili nell’accreditare dinanzi all’opinione pubblica buone intenzioni, adducendo scuse plausibili a giustificazione di azioni in realtà atroci.

Orbene, è vero che il male può apparire in forma razionale, in guisa di una scelta calcolata e deliberata di arrecare dolore, che abbia come obiettivo il raggiungimento di un bene futuro, ma è pur vero che un freddo calcolo tra opzioni di convenienza non potrà mai impedire il verificarsi di crimini e tragedie.

La guerra contro il terrorismo pone le autorità politiche proprio davanti a dilemmi di questa natura: colpire alcuni per salvare altri, uccidere alcuni per preservare le libertà di altri¹⁹⁰.

L’inganno interpretativo di siffatto argomento è rivelato, tuttavia, dalla via d’uscita proposta da Ignatieff: la democrazia è strutturata per affrontare scelte tragiche, la cui giustificazione non può trovare legittimazione in sedi pubbliche, se non mediante un sano bilanciamento tra diverse esigenze¹⁹¹.

¹⁹⁰ Cfr. COLE D., JAMES X. D., *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New Press, 2006

¹⁹¹ Cfr. IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l’etica nell’era del terrorismo globale*, op. cit.

Ciò non significa che i difensori delle democrazie non commettano errori in alcune occasioni.

Nessun sistema politico è in grado di salvarci dall'azzardo morale. Come Machiavelli ha intuito, dover assumere decisioni equivoche non è un incidente, ma un intervento intrinseco all'azione politica. Nonostante riconosca che un uomo politico, che nella vita privata condannerebbe qualsiasi atto d'omicidio, se necessario per la sopravvivenza dello Stato, non esiterebbe a ordinare alle sue forze armate di uccidere in massa i nemici, lo stesso politologo non si domanda se un paese democratico sia tenuto a rispettare limiti particolari riguardo alle tipologie di male che i suoi difensori possono compiere¹⁹².

Gli Stati liberali esistono sia per creare e difendere uno spazio di libertà nella deliberazione democratica sia per vincolare i poteri di utilizzo della forza da parte del governo. È questo il doppio senso in cui le democrazie si oppongono alla violenza: in positivo, esse cercano di creare istituzioni libere, in cui le politiche pubbliche siano decise apertamente e non sulla base della paura o della coercizione; in negativo, esse cercano di ridurre al minimo l'uso della coercizione e della violenza per la tutela dell'ordine tra popoli liberi¹⁹³.

Mediante la tutela di principi che esse stesse garantiscono, quali le procedure di giusto processo, la separazione dei poteri, la continua ricerca del consenso democratico, le democrazie liberali sono guidate dall'impegno costituzionale alla massima riduzione dell'uso di strumenti moralmente discutibili – violenza, forza,

¹⁹² Cfr. MACHIAVELLI, *Il Principe*, Einaudi, Torino, 2005

¹⁹³ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 42

coercizione, inganno - nel governo dei cittadini. Se abbandonassero tali procedure, sarebbero costrette a rinunciare alla propria identità.

Quando i cittadini accettano di sottomettersi ad un governo, essi compiono una scelta a condizione che la limitazione delle loro libertà, pur necessaria per mantenere la società libera e sicura, sia ridotta al minimo. La coercizione è necessaria per conservare l'ordine sociale, ma all'interno di una teoria democratica di governo è pur sempre un male e deve essere il più possibile limitata¹⁹⁴.

Per quale altro motivo una società liberale dovrebbe tutelare e garantire i diritti, se non per proteggere gli individui dall'abuso di potere da parte dello Stato? Anche in tempi di sicurezza le democrazie liberali tentano di limitare l'uso della forza necessario alla propria sopravvivenza. Questi limiti hanno il compito di equilibrare la dialettica costante tra l'impegno per la tutela delle dignità, incarnato nel riconoscimento dei diritti, e la custodia degli interessi della maggioranza, espressi dalla sovranità popolare.

In tempi di pericolo questo conflitto di valori si fa più intenso. Necessità come quelle di sospendere alcune libertà civili, sottoporre individui a regimi di sorveglianza, procedere ad omicidi mirati, torturare ed avviare guerre preventive sottopongono gli impegni liberali per la protezione della dignità a tensioni colossali, al punto che i danni prodotti possono essere descritti solo con il concetto di "male", per quanto inevitabile per la realizzazione degli interessi della maggioranza¹⁹⁵.

Si pone, dunque, la necessità di evitare che "mali minori" comportino il verificarsi di "mali maggiori".

¹⁹⁴ Cfr. FEDERICI M. C., *La sicurezza umana: un paradigma sociologico*, op. cit.

¹⁹⁵ Cfr. MOORE M.S., *Torture and the Balance of Evils*, op. cit.

Ignatieff, optando per il male minore, sostiene tuttavia l'esigenza di perseguire alcuni irrinunciabili obiettivi, quali mantenere libere le istituzioni e tutelare gli individui da danni irreparabili, per poi ragionare sulle conseguenze delle diverse strategie d'azione, prevedendo per quanto possibile i danni e giungendo a formulare un giudizio razionale capace di produrre danni minori.

Solo allorquando mediante la pubblica discussione si giunga alla conclusione che una determinata misura coercitiva rappresenti l'*extrema ratio* e sia giustificata dagli eventi, si può avere piena contezza di aver scelto il male minore. Scrive, a tal proposito, il commentatore politico statunitense: *<<È allettante pensare che sia possibile scegliere una vita di assoluta coerenza morale evitando il rischio di scivoloni astenendosi dal ricorso a strumenti malvagi. Questa opzione paradisiaca, però, non può sussistere: o accettiamo di combattere il male con altro male o siamo destinati a soccombere. Di conseguenza, se decidiamo di ricorrere al male minore, è giusto che lo facciamo, in primo luogo, avendo chiara la percezione del male che stiamo commettendo. In secondo luogo, occorre utilizzare questo strumento solo in un dimostrabile stato di necessità. Terzo, dovremmo adoperarlo solo come ultima risorsa, dopo aver provato ogni altra strada. Infine, è necessario che giustifichiamo le nostre azioni di fronte alla cittadinanza, sottoponendo al suo giudizio le scelte politiche compiute>>¹⁹⁶.*

La sfida nel valutare quali misure siano accettabili sta nel trovare una posizione intermedia soddisfacente tra il cinismo ed il perfezionismo.

I cinici sostengono che le riflessioni etiche siano irrilevanti: gli agenti dello Stato devono fare ciò che è necessario e la decisione sull'esito del conflitto non può

¹⁹⁶ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 46

che essere la forza. La domanda che consente di verificare la bontà degli strumenti adoperati è se questi siano o meno efficaci.

In realtà la logica del “male minore”, nella sua riformulazione, opera un capovolgimento dei termini teorici, facendo in modo che il pubblico dibattito diventi da “strumento” a “fine” di legittimazione di scelte politiche.

Invero le battaglie tra i terroristi islamici e gli Stati occidentali sono condotte dai vari governanti solo al fine di accrescere il favore dell’opinione pubblica in vista della stipulazione e conservazione di occulti accordi di potere¹⁹⁷.

Non esiste modo, in pratica, di separare la questione tecnica dell’efficacia delle misure adottate dalla problematica politica dell’impatto che le scelte sottese hanno sull’opinione pubblica, essenza in sintesi di qualsiasi campagna contro il terrorismo¹⁹⁸.

Misure estreme come la tortura, la detenzione preventiva o l’arresto arbitrario rappresentano il riconoscimento dell’inutilità delle vittorie di Pirro.

La dottrina del perfezionismo morale, invece, afferma che uno Stato liberale non dovrebbe mai fare uso di strumenti di dubbia moralità, scongiurando l’azzardo morale di dover decidere tra mali minori e maggiori mediante la semplice adesione ai parametri morali universali codificati nelle convenzioni internazionali.

Due sono, allora, le problematiche da affrontare nel merito.

In primo luogo emerge la difficoltà di applicare parametri morali irrevocabili ed inderogabili a casi specifici. Qual è nella realtà la linea di demarcazione tra un interrogatorio intensivo e la tortura, tra omicidi mirati e assassini illegali, tra

¹⁹⁷ Cfr. DANNER M., *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review of Books, 2004

¹⁹⁸ Cfr. NUSSBAUM M. C., *La nuova intolleranza: superare la paura dell’Islam e vivere in una società più libera*, Il Saggiatore, 2012

prevenzione e aggressione? Anche quando le distinzioni legali e morali tra queste opzioni appaiono chiare in astratto, esse rivelano la propria inutilità allorquando le autorità politiche si trovino a dover scegliere tra diversi corsi d'azione pratica.

In secondo luogo rileva la contraddittorietà che spesso caratterizza l'applicazione pratica di tali parametri. Una moralità fondata sul fatto che il male minore sia preferibile è, infatti, per sua natura antiperfezionistica. Essa accetta come inevitabile che, in determinate circostanze, non si possano salvare vite umane senza uccidere altri individui; come sia impossibile preservare sempre la totale pubblicità degli atti di governo in democrazia e la completa trasparenza delle operazioni anti-terroristiche; come non sia auspicabile impedire a tutti gli agenti delle democrazie di usare l'inganno nelle loro attività; come non si possa preservare la libertà della maggioranza senza sospendere alcune delle libertà delle minoranze; come non sia possibile anticipare conseguenze di atti terribili compiuti con buone intenzioni.

Questi dilemmi, tuttavia, non rendono le riflessioni etiche irrilevanti, bensì al contrario accrescono l'importanza del realismo etico nella formulazione di sane politiche pubbliche. Il fatto che i governi delle democrazie liberali possano commissionare omicidi sotto copertura di terroristi o che abbiano il potere di segretare informazioni e, persino, di sospendere alcune libertà civili, non significa che qualsiasi atto sia permesso. Anche quando occorre sospendere determinate libertà, la loro sospensione può essere solo temporanea.

Tracciare queste linee di demarcazione significa porsi una domanda essenziale: i mezzi che vengono utilizzati per combattere il nemico terrorista rafforzano o tradiscono l'identità democratica che siamo chiamati a difendere?

Evitare che mali minori diventino maggiori non è una semplice questione di responsabilità democratica. È anche un discorso di coscienza individuale¹⁹⁹.

Nessuna società può evitare che gli apparati pubblici commettano crimini e brutalità, a meno che un simile senso di responsabilità non sia ampiamente distribuito tra i pubblici ufficiali.

Regole e procedure non sono sufficienti: ciò che è decisivo è il carattere delle persone e vi è motivo di credere, sostiene Ignatieff, che le democrazie incoraggino la formazione del giusto tipo di carattere²⁰⁰. Coloro che crescono in società fondate su chiari diritti costituzionali acquisiscono consapevolezza dei diritti di cui sono titolari e comprendono di avere delle responsabilità nei confronti dei diritti altrui. Non è sempre possibile sottoporre gli agenti dell'*intelligence* e delle forze speciali alla valutazione ed al controllo democratico tradizionale. Eppure questi stessi agenti rimangono cittadini del nostro Paese e proprio la loro responsabilità verso l'ordine costituzionale, che essi difendono, è il tribunale di ultima istanza che può evitare di scivolare nella barbarie.

I rimedi atti ad evitare la formazione di zone di impunità in seno agli apparati governativi risiedono nella supervisione parlamentare sulla tutela dei diritti, nel libero accesso alle informazioni da parte dei media e nell'impegno concreto di garantire tutela legale nei confronti di coloro che si ribellano ad abusi di potere o a procedure sbagliate²⁰¹.

¹⁹⁹ Cfr. EDMONDS D., *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Cortina Raffaello, 2014

²⁰⁰ Cfr. IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit.

²⁰¹ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pagg. 48-50

Strumenti giuridici internazionali a difesa dei diritti umani, quali la Carta delle Nazioni Unite e le Convenzioni di Ginevra, rendono necessario legittimare le misure intraprese dai governi sotto attacco anche a livello sovranazionale, esponendone le giustificazioni ad una rete più ampia di Stati ed organizzazioni internazionali. Le democrazie liberali, difatti, costituiscono comunità di valori oltre che comunità di interesse ed una guerra di successo contro il terrorismo sarebbe impossibile, se gli Stati scegliessero di mostrare indifferenza verso i propri alleati, ignorando le critiche alle proprie politiche nazionali e cercando vantaggi unilaterali ovvero l'esenzione da impegni internazionali già assunti²⁰².

Rebus sic stantibus, per quanto i parametri stabiliti a livello internazionale siano importanti, occorre considerare che non sempre le nazioni concordino sul loro effettivo significato. Le convenzioni internazionali, a tal proposito, proibiscono la tortura, ma il punto esatto in cui un interrogatorio intensivo oltrepassa il confine della tortura è un aspetto contestato.

In riferimento a questo processo di formazione dei parametri d'azione, Ignatieff fornisce un contributo, costituito da un elenco di controversie irrinunciabili. Scrive così: *<<In primo luogo, una guerra democratica contro il terrore deve sottoporre tutte le misure coercitive all'esame della dignità: le misure adottate violano la dignità individuale? Un impegno fondamentale contro la violazione dei diritti umani dovrebbe sempre impedire punizioni crudeli o ingiuste, tortura, asservimento, esecuzioni extragiudiziarie e trasferimento dei sospetti in Paesi dove questi diritti non vengono rispettati. In secondo luogo, le azioni coercitive devono passare l'esame della tradizione: le deroghe all'abituale natura*

²⁰² Cfr. DWORKIN R., *Terror and the Attack on Civil Liberties*, op. cit.

delle procedure giudiziarie sono veramente necessarie? (...) Il rispetto per le nostre consolidate tradizioni giuridiche vieta la sospensione a tempo indefinito dei diritti di habeas corpus e richiede che tutte le forme di arresto compiute da forze civili o militari siano convalidate dalle autorità giudiziarie. (...) Una terza controprova cui occorre sottoporre le misure anti-terrorismo è l'esame delle conseguenze: fino a che punto le misure intraprese sapranno rendere più sicura la vita dei cittadini nel lungo periodo? Quest'esame di efficacia non deve semplicemente focalizzarsi sul breve periodo, ma anche sulle implicazioni di più lungo corso che le azioni intraprese possono avere. (...) Un'ulteriore considerazione è l'esame dell'ultima istanza: prima di procedere con le misure più estreme, sono state battute senza successo tutte le altre vie? Vi è poi l'importante questione dell'esame della pubblicità, legato al fatto che le politiche intraprese abbiano passato una revisione dibattimentale pubblica presso le assemblee legislative o a cura delle autorità giudiziarie (...). Infine un conveniente rispetto per le opinioni dell'umanità, insieme alla necessità più pragmatica di assicurarsi l'appoggio delle altre nazioni nella guerra contro il terrorismo globale, richiede che tutti gli Stati che combattono il terrorismo passino l'esame degli obblighi internazionali>>²⁰³.

Il dibattito internazionale sull'alternativa posta dagli attacchi terroristici tra tutela della sicurezza globale e garanzie delle libertà individuali si rivela, in definitiva, fallace, frutto di una falsa rappresentazione di una teoria politico-giuridica, la cui formulazione originaria riflette in realtà non su una scelta

²⁰³ IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, op. cit., pag. 52

alternativa avente ad oggetto il riconoscimento della tutela di due diritti, bensì sulle modalità di bilanciamento tra differenti esigenze di garanzia degli stessi.

Sostenere che l'utilizzo della tortura, intesa alla stregua di un "male minore", per salvare vite innocenti nella lotta al terrorismo globale è, pertanto, un argomento ingannevole atto a giustificare strategie politiche occulte e scellerate.

2.4 Fondamento utilitaristico della legittimazione della tortura: errori e criticità

L'uso della violenza sul corpo e sulla psiche, quale strumento per la tutela di altri corpi e della psiche collettiva, diventa una sorta di paradigma della crisi delle democrazie contemporanee, una beffa della postmodernità.

La difesa della sicurezza collettiva è tornata a svolgere il ruolo che tradizionalmente le hanno assegnato i regimi autoritari, ossia quello di giustificazione della sempre più pervasiva ingerenza dei pubblici poteri nella sfera individuale di libertà dei singoli, sovente in forme note, talvolta in modi nuovi e più insidiosi²⁰⁴. Sulla base dello scopo dichiarato della tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, interno e/o internazionale, si rende proponibile all'opinione pubblica ciò che altrimenti non sarebbe accettabile.

Sul piano delle libertà individuali, come su quello dei diritti, il risultato è una compressione sempre maggiore delle sfere di azione dei singoli. La paura prodotta dalla minaccia del terrorismo planetario si innesta nella "società del rischio"²⁰⁵, di cui parla Beck, e con essa si pone in forma endemica nella nuova dimensione del postcapitalismo globalizzato.

Il clima di paura, che resta il vero scopo di ogni terrorismo, finisce con il favorire ogni tipo di involuzione autoritaria, rafforzando gli integralismi, ove già esistano, e creandone di nuovi ove al contrario la tolleranza sembrava essersi diffusa.

²⁰⁴ Cfr. AINIS M., *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, Rizzoli, Milano, 2004

²⁰⁵ Cfr. BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000

In questo quadro l'idea dell'uso legalizzato della tortura non è anacronistico, non ha più quel tratto di oscenità²⁰⁶.

Il supplizio ritorna sulla scena, non è più oggetto di un'obbligata rimozione anche per i popoli occidentali, sebbene tramite la pena capitale e la detenzione non sia stato mai reciso nel corso dei secoli un legame diretto con la corporalità della pena e con la coercizione perpetrata per il "bene collettivo" mediante l'uso della violenza legittimato dal diritto. Mentre per la pena di morte, tuttavia, in una prospettiva etica non cognitivista ed influenzata dal modello utilitaristico, l'obiezione è semplice, trattandosi di una scelta non reversibile e di un'opzione non praticabile entro un contesto realmente pluralistico, l'antica *indagatio veritatis per tormentum*, in quanto improduttiva di effetti irreversibili, si pone come scelta possibile e, come tale, valutabile secondo un criterio di ponderazione plurima tra beni contrapposti: sicurezza e libertà collettive da un lato, libertà e dignità individuali nonché rispetto dell'integrità psicofisica del singolo dall'altro.

La tecnica del bilanciamento, ossia della ponderazione tra valori contrapposti, è uno degli strumenti più conformi ad una razionalizzazione dei processi decisori.

Dietro il bilanciamento dei valori c'è quello degli interessi, poiché si traduce in valore ciò che è il fine del soggetto agente, ossia ciò che rispecchia il perseguimento di un suo interesse. Il nesso tra valore, interesse e scopo è, dunque, evidente.

Ne consegue l'inutilizzabilità dell'argomento di un'assolutizzazione dei valori nel ragionamento di un'etica non cognitivista: l'assunzione di certi valori al posto di altri può variare enormemente da una società all'altra e da un pericolo

²⁰⁶ Cfr. ALTER J., *E' tempo di considerare la tortura*, in <<Newsweek>>, 5 novembre 2001

all'altro. L'evolversi della logica del terrorismo ne è prova: lo spirito di autoconservazione, di tutela della propria vita, che è da sempre criterio indiscutibile di azione nella cultura occidentale, è totalmente rinnegato alla luce del valore mistico del *jihad* nella sua lettura più integralista. La capacità di concepire e, dunque, di accettare la morte e la tortura è la vera arma strategica che in questa fase storica delinea la superiorità aggressiva del mondo islamico integralista sulla civiltà occidentale²⁰⁷.

Di fronte al pericolo per la sopravvivenza collettiva può, allora, cedere il rispetto per l'individuo e per le regole della convivenza ordinaria: è la triste esperienza della legislazione di emergenza o dei periodi bellici.

È proprio nell'emergenza (vera o presunta, spontanea o generata) che si palesa drammaticamente il limite oggettivo delle opzioni di valore contenute nelle carte costituzionali. Si rende evidente che non esiste alcun valore sottratto al bilanciamento, poiché la stessa sopravvivenza, altrui e persino propria, può cedere in date condizioni di fronte alla tutela di altri beni²⁰⁸.

Non ci sono valori assoluti in sé, se non quelli che di volta in volta siano resi tali dalla capacità coercitiva dei singoli soggetti politicamente agenti, che li impongono non tanto inserendoli in norme giuridiche, quanto nel renderli effettivi nel comportamento sociale²⁰⁹.

Ferma la previsione di un divieto assoluto contenuto nelle Carte e nei Trattati internazionali, in riferimento alla pratica della tortura si dovrebbe concludere che il

²⁰⁷ GIANNELLI A., PATERNÒ M.P., (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit., pag. 125

²⁰⁸ Cfr. BENAZZO A., *L'emergenza del conflitto fra libertà e sicurezza*, op. cit.

²⁰⁹ Cfr. FERRARO F., *Libertà e sicurezza nell'Unione Europea. Tra età moderna e globalizzazione*, op. cit.

bilanciamento tra esigenze di sicurezza e garanzia della dignità individuale si trovi già risolto a priori a tutto favore del secondo termine: l'orientamento comune sembra sostanzialmente univoco, tendendo a rimuovere ogni assalto alla corporalità dell'esercizio del potere.

Alan Dershowitz sostiene, come già *latu sensu* ricordato, che gli Stati democratici dovrebbero prendere in seria considerazione la legittimazione della tortura non letale su prigionieri “non collaborativi” collusi col terrorismo²¹⁰.

L'interesse generale della società, a suo parere, entra in conflitto col riconoscimento, anche ad un terrorista nemico della società, di un diritto assoluto all'incolumità fisica. Poiché il terrorista mette concretamente a repentaglio l'incolumità e la vita di un numero potenzialmente alto di persone e nega, pertanto, il bene comune della sicurezza, occorre valutare se il suo diritto non debba “affievolire” rispetto all'interesse generale.

Da un punto di vista fenomenologico l'argomento usato dall'avvocato statunitense riesce di difficile superamento: c'è in fondo il cupo presagio che l'onda di morte che devasta da tempo gran parte del mondo dei diseredati possa abbattersi sulla nostra parte, infrangere la cupola del benessere, svelarci come tale l'immensa finzione dell'assenza di dolore e di follia. Ed allora la sofferenza inflitta, purché invisibile, può essere ancora oggi tollerata.

Il problema non è risolvibile ritenendo la tortura inutilizzabile *tout court*, in quanto contraria al senso di dignità e di umanità della persona. L'assolutizzazione di questi valori non è sostenibile in linea teorica né, a ben vedere, in linea pratica, giacché l'ipotesi formulata da Dershowitz contrappone tra loro beni

²¹⁰ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit.

qualitativamente omogenei (l'integrità psicofisica e la dignità di esseri umani), ma quantitativamente diversi (la sofferenza non letale di uno o di pochi contro la sofferenza e la morte di molti).

La domanda allora non è più "si può fare?", quanto piuttosto "conviene farlo?"²¹¹: se la tortura è una prassi in sé non eliminabile nella realtà, appare più opportuno disciplinarla, ossia consentirne l'utilizzo, regolamentarne i limiti, piuttosto che affidarla di fatto ad una clandestinità incontrollata.

Può essere mossa, preliminarmente, una prima obiezione: ci si chiede in che modo una regolamentazione dei tormenti possa sortire effetti migliori, e non piuttosto aprire ulteriormente la strada ad abusi, se il divieto assoluto di tale pratica, imposto dalle norme vigenti, non ha sortito alcun seguito.

Dalla ponderazione tra costi e benefici al bilanciamento tra fini e valori di volta in volta contrapposti, in secondo luogo, non può escludersi in alcun modo la lesione di beni connessa all'uso della *quaestio*, in quanto verrebbe usata non per giungere a confessioni che permettano di pronunciare una condanna e di punire così un delitto commesso, ma al fine di evitare la commissione di delitti imminenti, rivelando fatti, progetti e complici, e per salvare l'incolumità delle potenziali vittime.

Sol che si ragioni sulle prospettive proposte da Dershowitz, pertanto, possono essere evidenziate le seguenti criticità:

- a) Il presupposto di fondo della tesi, in base a cui il soggetto da sottoporre a tortura sia in possesso di dati e informazioni, la cui disponibilità

²¹¹ GIANNELLI A., PATERNÒ M.P., (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit., pag. 125

permetterebbe all'autorità procedente di evitare futuri incombenti delitti, risulta fallace in quanto non se ne può avere ragionevole certezza;

b) Resta la consueta obiezione sull'attendibilità delle dichiarazioni rese dal malcapitato a seguito dalla *quaestio*: usando l'icastica formula del Beccaria, con la tortura <<di due uomini ugualmente innocenti, o ugualmente rei, il robusto e il coraggioso sarà assolto, il fiacco e il timido condannato>>²¹²;

c) Ammesso che l'interrogato sia in possesso di informazioni utili e le sveli in seguito alla tortura, l'intervento dell'autorità può non essere abbastanza tempestivo ed efficace da impedire i delitti;

d) La legittimazione dell'uso della tortura, seppur disciplinato e circoscritto a specifici casi e modalità, rende difficile prevedere le sempre possibili degenerazioni dell'abuso del suo esercizio²¹³.

Ed ancora, quanto fin qui detto induce a presupporre che il pericolo incombente provenga da un nemico esterno, nella specie il terrorista islamico e/o l'immigrato clandestino.

Siffatto presupposto, tuttavia, può venir meno in casi particolari.

Cosa accade se il nemico sia interno? In che termini si capovolge il predetto ragionamento, qualora il nemico sia non più lo straniero ma una forma di potere che, democraticamente eletto, si impadronisca della libertà e del corpo dei cittadini?

²¹² BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, XII ed., op. cit., pag. 97

²¹³ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit.

Il rischio di una degenerazione autoritaria della democrazia pluralista, che si riveli incapace di integrazione, non è affatto inferiore a quello che si cela nell'attacco terroristico.

L'esito sarebbe quello di una sostanziale duplicazione dei fattori di rischio, il che costituirebbe un risultato inaccettabile per un sistema democratico e liberale.

Il principio essenziale del costituzionalismo liberale sta proprio nella difesa da un'autorità che, seppur legittimata dall'istituto della rappresentanza, resta comunque esterna rispetto all'individuo, la cui sfera di libertà si pone essa stessa come bene primario ed oggetto di tutela.

Il pericolo concreto è che il cittadino si trovi dinnanzi ad un duplice nemico: il primo, esterno, indebolito dalle tecniche in questione; il secondo, interno, reso assai più temibile dall'involuzione autoritaria della democrazia in crisi²¹⁴.

L'impostazione utilitaristica, in conclusione, deve essere correttamente intesa: se circoscritta al rapporto tra il bene inerente il corpo violato del singolo terrorista e la potenziale salvezza di molti innocenti, sarà difficile confutare la tesi offerta da Dershowitz. Se, invece, si procede ad una valutazione sia dei pericoli concreti che il cittadino di un regime democratico corre dinnanzi ai processi evolutivi in atto sia di quelli scaturenti da un esercizio violento del potere interno, si palesa che la soluzione del problema possa rovesciarsi e ciò che "conviene" possa trovarsi addirittura al di fuori del mal posto dilemma tra sicurezza e libertà, ossia nel perseguimento di obiettivi di più lungo periodo.

In una società composita e multiculturale i ruoli di vittima e di carnefice non sono affatto nitidi e, in casi non rari, sono potenzialmente intercambiabili.

²¹⁴ Cfr. ID., *Perché aumenta il terrorismo. Capire la minaccia e rispondere alla sfida*, op. cit.

Il prezzo da pagare a seguito di una legittimazione dell'uso della tortura appare troppo alto in rapporto ai vantaggi presumibilmente conseguibili. Il bilancio sarebbe negativo ed il danno che ne deriverebbe per la delegittimazione del potere stesso sarebbe la prima fonte di insicurezza per l'intera comunità di riferimento²¹⁵.

Tornando ad esaminare l'argomento da un punto di vista teorico, Dershowitz afferma di sviluppare il proprio ragionamento in termini utilitaristici: le conclusioni alle quali conduce derivano da un raffronto tra i costi umani dell'atto di tortura e quelli dell'atto terroristico sventato per suo tramite.

Il giurista propone la legalizzazione della tortura non letale, reintroducendola nell'ordinamento solo in casi eccezionali e consentendone la pratica sotto il controllo della magistratura da parte di personale medico o paramedico.

Le considerazioni che seguiranno cercheranno di mettere in discussione la correttezza del fondamento utilitaristico del pensiero di Dershowitz e di dimostrare, quindi, l'insostenibilità dei suoi esiti.

Ebbene secondo la dottrina utilitaristica le azioni sono giuste se ed in quanto tendono a massimizzare l'utilità o la felicità generale. Il rapporto fra l'utilità complessiva e la felicità personale è pensato, a grandi linee, come segue.

La società è un corpo artificiale, che si compone di membri così come il corpo animale si compone di membra. Essa non è in grado di sperimentare sensazioni né di provare sentimenti.

Il concetto di felicità è applicabile alla società solo in senso "estensivo", cioè come derivato dalle condizioni degli individui che la compongono. La felicità

²¹⁵ Cfr. SEN A., WILLIAMS B. (a cura di), *Utilitarismo e oltre. Giustizia, benessere, diritti nell'età del mercato globale*, NET, Milano, 2002

sociale è, dunque, il risultato di una somma algebrica delle felicità e delle infelicità dei membri della società stessa²¹⁶.

Al fine di effettuare il calcolo che permetta una valutazione complessiva, ogni individuo deve contare per uno e nessuno per più di uno: le condizioni di uno qualunque dei membri della società non devono mai, per chi effettua una scelta etica o politica, avere un peso diverso da quello delle condizioni di qualunque altro di essi. Tale criterio, secondo gli utilitaristi, permette di armonizzare l'elemento "aggregativo" (che riguarda l'insieme) con quello "distributivo" (che riguarda ciascuno singolarmente) dell'utilità, scongiurando il rischio che nel promuovere la felicità collettiva si prescindano da quella dei singoli individui o si avvantaggi selettivamente ed iniquamente una parte, una classe ovvero un settore della società a discapito degli altri²¹⁷.

Perseguire l'utilità pubblica significa, pertanto, massimizzare la felicità complessiva della società. In tutti i casi in cui non sia possibile realizzare la massima felicità di tutti e ciascuno, gli utilitaristi considerano moralmente corrette le scelte individuali e politicamente giuste le scelte governative in grado di produrre la massima felicità possibile per il maggior numero possibile di persone. Ciò implica l'attribuzione di un ruolo attivo e importante allo Stato, in particolare al legislatore, tenuto ad intervenire con spirito riformatore e progressista per la rimozione delle sofferenze che risultano eliminabili per mezzo degli strumenti che il progresso materiale e culturale mette a disposizione della società.

Gli elementi fondamentali della dottrina sono costituiti, come si è visto, dall'edonismo e dal c.d. "conseguenzialismo". Se l'edonismo guida alla scelta più

²¹⁶ Cfr. REICHLIN M., *L'utilitarismo*, op. cit.

²¹⁷ Cfr. REICHLIN M., *L'utilitarismo*, op. cit.

favorevole al perseguimento della felicità, il consequenzialismo valuta le azioni solo sulla base delle loro conseguenze, quali che siano la situazione di partenza e la condizione in cui si trovi l'agente ed indipendentemente dal tipo di scelta da compiere²¹⁸.

La realtà sociale e politica è costellata di situazioni nelle quali ci si trova di fronte a scelte drammatiche. A volte è possibile effettuare una scelta solo fra mali diversi. In questi casi è giusta e corretta l'azione che produce il minimo di infelicità generale o di sofferenze complessive.

Coloro che hanno familiarità con l'argomento utilitaristico di cui *supra*, si imbattono nel seguente caso di scuola.

Jim è il protagonista di un gioco filosofico.

Si ipotizza la situazione in cui, in un ambiente ostile ed in una condizione drammatica in cui mancano alternative, a Jim tocchi decidere se sacrificare ingiustamente la vita di un innocente oppure rifiutare di compiere un'azione orrenda, esponendo però ad una tragica ed ingiusta fine un numero elevato di persone.

Se Jim decide di aderire ad un'etica deontologica, dovrà senza dubbio rifiutarsi di compiere una scelta che lo porti a sopprimere ingiustamente un innocente; se, invece, aderisce ad un'etica utilitaristica, non potendo procurare la salvezza di tutti, dovrà preferire l'ingiusta morte di un innocente al sacrificio di un numero maggiore di persone²¹⁹.

²¹⁸ Cfr. FRONGIA G., *La nascita dell'utilitarismo contemporaneo*, op. cit.

²¹⁹ GIANNELLI A., PATERNO M.P., (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit., pag. 39

Il caso di Jim intende dimostrare che per la filosofia consequenzialistica il criterio di giustizia si presenta come conseguenza dell'utilità o, in alternativa, come fattore esterno ed astratto. L'innocenza dell'ipotetico individuo sacrificato è del tutto irrilevante per la costruzione di un siffatto ragionamento. Ciò che bisogna prendere in considerazione è solo la conseguenza della scelta sul piano generale, ossia nel tener conto del numero complessivo degli individui coinvolti.

L'utilitarismo classico, in buona sostanza, intende elaborare una metodologia per le scelte etiche e politiche oggettivamente valida ed empiricamente verificabile, in aperto contrasto con ogni forma di autoritarismo, intuizionismo e scetticismo, negando la legittimità di ogni giudizio di valore non giustificato sulla base della comune esperienza umana del piacere e della sofferenza, invalidando in particolare quelli derivati da principi superiori validi *a priori*.

È questo il punto di vista dal quale occorre porsi per valutare le considerazioni di Bentham sulla tortura, il quale sollecita una fondazione oggettiva ed empirica del divieto dei tormenti²²⁰.

L'elemento centrale della riflessione è il rapporto fra le sofferenze di un individuo e la sicurezza della società nel suo complesso.

La domanda posta da tutti gli utilitaristi è la seguente: un individuo in possesso di informazioni, atte a sventare un atto criminale che potrebbe fare molte vittime, che si rifiuti di collaborare con le autorità, dovrebbe essere torturato?²²¹

²²⁰ Cfr. BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Utet, Torino, 1998

²²¹ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit.

Si tratta di confrontare le sofferenze di un individuo con la sicurezza della società, che include la protezione degli altri individui da sofferenze ingiuste ed evitabili.

In relazione al concetto di sicurezza, così come oggi viene inteso dalla dottrina maggioritaria, preme sottolineare che l'utilitarismo ne propugna un'idea completamente diversa. Essa costituisce il primo e principale scopo dell'attività di governo e va intesa come un insieme di garanzie: garanzia individuale delle aspettative; garanzia dei possessi; garanzia di non essere esposti per nessun motivo all'alea di una vita di miseria, indegna di un essere umano; garanzia dagli abusi del potere.

La sicurezza, che costituisce lo scopo fondamentale di una politica autenticamente utilitaristica, non è certo quella derivante dalla possibilità legale di torturare un individuo non collaborativo. Se è vero che un ragionamento rigorosamente consequenzialistico non è in grado di chiudere *a priori* la strada al ricorso alla tortura in casi eccezionali, è pur vero che l'utilitarismo non si esaurisce nel consequenzialismo: è pur sempre una dottrina edonistica, che ha come obiettivo la felicità e l'eliminazione della sofferenza, fine che richiede sicurezza delle aspettative individuali e protezione legale dagli abusi di potere²²². Sostenere che in un caso eccezionale un rappresentante dello Stato dovrebbe essere pronto ad usare la tortura, violando le garanzie costituzionali di un detenuto, per prevenire una tragedia immane, non è un'argomentazione valida a sostegno della legalizzazione del tormento, ossia di una sua istituzionalizzazione procedurale. Solo una caricatura

²²² Cfr. REICHLIN M., *L'utilitarismo*, op. cit.

dell'utilitarismo, che risolva il criterio della felicità nel grottesco, nella massima sofferenza del minor numero, potrebbe sorreggerla²²³.

Seri problemi riguardano, peraltro, la legittimità morale della tortura.

Nonostante i limiti dell'argomentazione utilitaristica, interni alla sua stessa concatenazione logica, ed i limiti empirici preliminarmente esaminati, rilevante appare la questione morale sollevata da tale pratica.

Esiste una discrepanza assiologica tra la dimensione morale e quella politica nella valutazione delle azioni, ma l'utilitarismo dell'atto conduce ad una sorta di "corto circuito"²²⁴.

Ebbene, se in ambito individuale le azioni sono solitamente giudicate sulla base delle intenzioni, ossia dei motivi per le quali sono compiute, in ambito politico il giudizio è applicato alle conseguenze. Intenzioni positive possono portare, così, anche a conseguenze negative.

Se si ammette che la tortura non possa essere un fine, la presunta positività delle conseguenze la legittimerebbe moralmente prima e politicamente poi come mezzo. L'ipotetica positività *a priori* diventa il parametro assiologico per valutare azioni che non conducono necessariamente agli effetti sperati.

La semplicità di tale argomentazione lascia il campo, tuttavia, ad almeno due tipi di errore, che non solo mettono in dubbio la liceità di una giustificazione morale della tortura, ma che ne mostrano anche i limiti dal punto di vista politico.

Il primo è un errore fattuale. Nel caso ipotizzato dall'argomento della "bomba ad orologeria" può essere torturato solo un sospettato, ossia una persona che non

²²³ GIANNELLI A., PATERNÒ M.P., (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit., pag. 49

²²⁴ Cfr. LODOVICI S., *L'utilità del bene. Jeremy Bentham, l'utilitarismo e il consequenzialismo*, Vita e Pensiero, Milano, 2004

solo non è stata sottoposta a giudizio, ma che in linea di fatto potrebbe essere innocente, la cui unica “colpa” è quella di trovarsi nel luogo sbagliato nel momento sbagliato.

Il secondo tipo di errore è ipotetico. La forza dell’argomento consequenzialistico della “bomba ad orologeria” è data dal fatto che la tortura abbia un esito positivo. Si presuppone come dato certo ed incontrovertibile che la violenza esercitata su un sospettato abbia come effetto il disinnescamento di quella bomba, che potenzialmente può causare la morte di un numero spropositato di vittime innocenti. Se così non fosse, tuttavia, verrebbe meno il presupposto logico della costruzione utilitaristica a giustificazione della prassi dei tormenti²²⁵.

Di fronte a questi possibili errori il ricorso alla tortura può solo segnare un drammatico ritardo da parte delle istituzioni nel loro compito di tutelare la sicurezza e prevenire azioni tragiche. Data la complessità delle situazioni, l’efferatezza di atti che hanno come obiettivo persone innocenti è il mezzo utilizzato da quegli individui o gruppi che vogliono sfruttare questo ritardo per destabilizzare e distruggere le medesime istituzioni sia con la violenza sia con la paura che la stessa violenza suscita²²⁶.

La negazione del diritto dell’*habeas corpus* comporta un profondo cambiamento dell’assetto giuridico ed istituzionale, tale da sgretolare il principio di uguaglianza e con esso le istituzioni dello Stato di diritto.

L’argomento della “bomba ad orologeria” dovrebbe rimanere tale, ossia un caso limite, un argomento ipotetico: può essere un “esercizio mentale”, cui però difficilmente ci si può riferire per ottenere parametri valutativi morali e politici

²²⁵ Cfr. REICHLIN M., *L'utilitarismo*, op. cit.

²²⁶ Cfr. CERI P., *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2003

dell'agire umano; di fatto non dovrebbe essere concepito come una realtà che ha la possibilità di verificarsi²²⁷.

<<Il terrorismo si nutre e cresce attraverso l'imponderabile e l'imprevisto, la democrazia deve tutelare invece il ponderabile ed il previsto nel tentativo di prevedere lo stesso imponderabile e lo stesso impreveduto. La tortura non è un mezzo di prevenzione del terrorismo e non può essere neanche un palliativo dell'ultimo minuto. All'interno di uno Stato di diritto si spera allora che un'eco richiami alla prudenza coloro che hanno l'onere di dover decidere in vista di una buona politica, seppur sia una politica dell'ultimo minuto>>²²⁸.

Un argomento di grande impatto intuitivo ed emotivo come quello esaminato, in definitiva, mostra limiti evidenti, indicando gli errori fattuale ed ipotetico come la logica consequenzialistica non possa né legittimare la tortura da un punto di vista morale né pretendere una sua regolamentazione giuridica, contribuendo così a definirne l'inammissibilità.

²²⁷ Cfr. LALATTA COSTERBOSA M., *Per una storia critica della tortura*, in <<Materiali per una storia della cultura giuridica>>, 2011, n. 1, 3 ss.

²²⁸ CHIESSI A., SCARDOVI G., *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, op. cit., pag. 320

2.5 Nascita e diffusione del terrorismo internazionale: il punto di vista di Alan Dershowitz

Gli attentati del 2001 negli Stati Uniti e quelli a Madrid e Londra del 2004 e 2005 hanno indotto alcuni studiosi ad occuparsi del problema della giustificazione, dei conflitti e dei limiti dei diritti²²⁹.

Il discorso sulla tortura, in particolare in territorio statunitense, prende le mosse dal tentativo dell'esecutivo di erodere tramite una lettura restrittiva la portata del divieto di tortura al fine di legittimare, usando l'espressione di David Luban, forme di "torture lite"²³⁰ o di interrogatorio coercitivo a carico dei sospetti terroristi.

La prima strategia giustificatrice della tortura ruota intorno al concetto di stato di emergenza. Ne sono maggiori sostenitori John Yoo e Jay Bybee, consulenti del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti.

Secondo i due statunitensi al capo del potere esecutivo, al Presidente degli Stati Uniti d'America, la Costituzione riconoscerebbe poteri eccezionali e, poiché egli ricopre anche l'incarico di comandante supremo delle operazioni militari in un contesto di stato di emergenza non sarebbe soggetto ad alcun vincolo normativo nel suo agire a tutela della sicurezza nazionale. Il ricorso alle pratiche dei tormenti è così invocato in relazione al pericolo imminente ed alla sicurezza nazionale. La mossa di apertura di Yoo e di Bybee è quella di riformulare il concetto di tortura, che si concretizzerebbe solo in presenza di "una minaccia imminente di morte e di un danno psichico prolungato per il soggetto sottoposto al trattamento in questione (...) La sofferenza connessa al trattamento qualificabile come "tortura" deve essere

²²⁹ Cfr. WALDRON J., *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993

²³⁰ Cfr. LUBAN D., *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, Georgetown University, 2005

equivalente al dolore che si accompagna a una grave lesione fisica, (...) la sofferenza psichica per raggiungere il grado di tortura deve essere equivalente per intensità alla sofferenza che accompagna serie offese fisiche, come la lesione di organi, o l'alterazione di funzioni corporee, e persino la morte"²³¹. Tutto ciò che rimane al di sotto di questa soglia (si pensi per esempio a una violenza carnale, anche reiterata) non può, secondo Yoo e Bybee, ritenersi costituire la fattispecie della tortura.

I due giuristi sembrano riscoprire la teoria del "doppio effetto", secondo cui rilevanza assumerebbe la mera intenzione specifica di torturare: si avrebbe tortura solo nelle ipotesi in cui "il torturare" consisterebbe nel fine ultimo del torturatore. Poiché in genere il fine specifico della tortura è una qualche informazione, applicando rigorosamente la dottrina del "doppio effetto" così come questa è proposta da Yoo, tutte le torture dirette principalmente ad ottenere una qualche informazione dal torturato non potrebbero qualificarsi come tali.

La seconda strategia si pone nei confronti della pratica del tormento assumendo un punto di vista descrittivo. I sostenitori di tale teoria inquadrano la tortura quale mero fatto. L'alternativa sarebbe tra il suo esercizio "nelle sedi oscure del potere esecutivo" o nella sua riscoperta nella società quale male minore, legalizzata e sottoposta a limiti e controlli giudiziari. Alan Dershowitz, che per alcuni versi anticipa Niklas Luhmann, viene individuato come uno tra i maggiori sostenitori di siffatta strategia argomentativa²³². La morale assoluta, in tale prospettiva, verrebbe bandita in quanto ciò che è giusto si riduce ad una mera

²³¹ DANNER M., *Torture and Truth. America, Abu Ghraib, and the war on Terror*, in "New York Review Books", 2004, p. 115

²³² Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, Carocci, Milano, 2003

questione di grado. Le premesse da cui muoversi potrebbero ridursi alla considerazione secondo cui la tortura, di fatto, si pratici già e che tale fenomeno non sia così tanto moralmente ripugnante da escludersi l'ipotesi di una sua legalizzazione. Ciò, ovviamente, implicherebbe una qualche visione positiva dell'infliggere dei tormenti, che risulta essere alquanto difficile.

La terza strategia a sostegno della tortura viene individuata nella teoria utilitaristica. L'esempio classico proposto dai sostenitori di tale visione è quello della ticking bomb, della bomba ad orologeria che, nascosta, potrebbe esplodere da un momento all'altro. Nell'esempio il prigioniero è colui che ha certamente piazzato la bomba o, comunque, colui che certamente sa dove essa si trovi. Il terrorista non vuole spontaneamente riferire sulla posizione dell'ordigno e le autorità hanno già inutilmente speso tutte le proprie risorse nel tentativo di scoprire ove esso sia stato collocato. Gli autori mettono in rilievo che, se è pur vero che la tortura in questo caso potrebbe astrattamente salvare un numero consistente di persone, altrettanto vero è che mediante il dolore inflitto al torturato il torturatore sopprimerebbe la propria umanità, la propria sensibilità, la propria dignità. Così se lo Stato, se legittimasse il suo operare.

Nell'addentrarsi nelle argomentazioni utilitaristiche si illustra come Winfried Brugger, il maggiore esponente di quest'ultima strategia a sostegno della tortura, elabori la terrificante ed agghiacciante ipotesi appena descritta al mero scopo di fornire una giustificazione alla riesumazione della pratica del tormento. Secondo Brugger sarebbe necessario capovolgere l'intuizione morale del divieto di torturare, in quanto male assoluto, ottenendo così quale risultato che il non torturare (la conseguenza del non torturare) risulterebbe il male maggiore. Se lo Stato vietasse

la pratica dei tormenti, in questa visione diventerebbe quasi complice del criminale che ha nascosto la bomba e si rifiuta di confessare²³³. Relativizzando il divieto della tortura, pertanto, questa diventerebbe compatibile con lo Stato di diritto, il quale soffrirebbe di una “antinomia interna” data dal fatto che allo Stato spetta il monopolio dell’uso della forza. Brugger giunge, così, alla conclusione che la tortura e la coazione statale non solo coincidono ma diventano sovrapponibili.

La quarta strategia argomentativa è quella della legittima difesa, considerata quale sorta di reazione contro un individuo che è in grado di costituire un pericolo immediato ed è in procinto di attaccare un altro soggetto. Tale argomentazione è ricondotta agli scritti di Brugger e Bybee.

L’ultima strategia argomentativa a favore delle pratiche dei tormenti, infine, viene individuata nell’appello all’etica della responsabilità. L’agente pone il essere il proprio comportamento in ossequio alle ragioni di Stato.

Ai fini della presente trattazione giova soffermarsi sulla seconda delle vocate argomentazioni, diffusasi maggiormente in ambito statunitense.

Il presupposto da cui Alan Dershowitz muove è che <<*la tortura talvolta funziona, anche se molte persone desiderano il contrario*>>²³⁴. Invero esistono, secondo il penalista statunitense, numerosi esempi in cui le informazioni ottenute mediante tortura si siano rivelate necessarie ad impedire che fosse commesso del male a civili innocenti. Ricorda, a tal proposito, un articolo pubblicato sul *Washington Post*, riferente di un caso avvenuto nel 1995. All’epoca dei fatti le autorità filippine sono riuscite a sventare un complotto terroristico, avente ad

²³³ Cfr. BRUGGER W., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in <<Der Staat>>, 35, 1996

²³⁴ DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit., pag. 130

obiettivo quello di far schiantare nell'Oceano Pacifico undici aerei di linea con a bordo circa quattromila passeggeri, costringendo un terrorista sottoposto a tortura a rivelare informazioni utili.

È difficile sottrarsi al difficile dilemma morale della scelta tra due mali inevitabili, negando la realtà del fatto che la tortura talvolta funzioni.

Dershowitz dichiara di aver appreso nel corso della sue ricerche che i servizi israeliani impiegavano quella che essi eufemisticamente chiamavano “pressione fisica moderata” nei confronti dei sospettati di terrorismo, al fine di ottenere informazioni ritenute necessarie ad impedire attentati futuri. Il metodo impiegato era una sorta di via di mezzo tra quello che molti considererebbero un interrogatorio duro (come quello praticato dai britannici in Irlanda del Nord) e la tortura vera e propria. Le dichiarazioni rilasciate sotto questo tipo di pressione non letale non potevano essere usate in nessuna aula di tribunale sia perché erano estorte contro la volontà del soggetto sia perché erano ritenute potenzialmente inaffidabili o quantomeno prive del necessario avvaloramento. Non vi sono dubbi che in tal modo sono stati sventati molti atti di terrorismo²³⁵.

Una situazione estremamente rara, come quella presentata dal caso ipotetico del terrorista a conoscenza di un attentato imminente, ha così la funzione di giustificare moralmente, intellettualmente e legalmente un sistema diffuso di interrogatori coercitivi con vari punti di contatto con la prassi del tormento.

Dershowitz, conscio di tale situazione, propone di circoscrivere l'uso della tortura a situazioni altrettanto rare ed impellenti e di condizionarne la pratica all'approvazione di un giudice, che egli chiama “mandato di tortura”.

²³⁵ Cfr. ALTER J., *E' tempo di considerare la tortura*, op. cit.

Nonostante la reazione dei media, nel saggio *Terrorismo* il giurista chiarisce che lo scopo di tale proposta è quello di ridurre l'uso della tortura alla minima quantità ed al minimo grado possibili, prevedendo al tempo stesso una responsabilità pubblica nei rari casi in cui ricorrere ad essa.

Preme sottolineare che Dershowitz non considera affatto la propria proposta una sorta di compromesso tra le esigenze di sicurezza e le libertà civili, come emerge *ictun oculi* dalle sue pubblicazioni, bensì un tentativo di massimizzare le libertà civili di fronte alla realistica probabilità che la tortura abbia già luogo al di là del controllo politico e delle responsabilità ufficiali²³⁶.

Quand'anche dichiararsi di rifarsi alla dottrina utilitaristica benthaminiana, egli definisce gli argomenti a favore dell'uso della tortura semplici ed ingenui.

Invero sulla scorta dell'utilitarismo del caso per caso, fondato su ragioni puramente quantitative, qualsiasi atto potrebbe essere giustificato nella misura in cui il numero delle persone torturate o uccise non ecceda il numero delle persone che potrebbero essere salvate. Si tratta, in altri termini, di una moralità affidata ai numeri.

A meno che non si impongano alcuni limiti all'uso della tortura o di altre pratiche barbariche, che potrebbero essere utili nella prevenzione degli attacchi terroristici, si rischia di precipitare per una china capace di trascinare nell'abisso dell'amoralità e della tirannia. Dershowitz, a tal proposito, riporta in *Terrorismo* un passo de *I Fratelli Karamazov* di Dostoevskij, in cui Ivan pone ad Alëša la seguente domanda: <<*Supponi che fossi tu stesso a innalzare l'edificio del destino umano, con la meta suprema di render felici gli uomini, di dar loro, alla fine, la pace e la*

²³⁶ DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit., pag. 134

tranquillità; ma, per conseguire questo, si presentasse come necessario e inevitabile far soffrire per lo meno una sola minuscola creatura, per esempio proprio quella bambinetta che si batteva il piccolo pugno sul petto, e sulle sue invendicate povere lacrime fondare codesto edificio: consentiresti tu a esserne l'architetto a queste condizioni? Parla senza mentire>>²³⁷. L'essere disposti ad uccidere un bambino innocente indica la disponibilità di fare qualunque cosa pur di ottenere il risultato necessario.

Dal comprensibile timore di precipitare per questa china non consegue necessariamente che non si possa prendere in considerazione l'uso dell'inflizione di un dolore non letale, qualora se ne faccia un uso limitato da principi morali accettabili. Imprigionare un testimone che si rifiuti di deporre, dopo che gli sia stata concessa l'immunità, del resto, intende essere una misura punitiva non poco dolorosa. In alcuni casi tali misure di carcerazione possono produrre dolori superiori ed un rischio di morte ben maggiore rispetto alla tortura non letale²³⁸.

La tesi utilitaristica basata sul caso specifico a favore dell'uso della tortura su un terrorista implicato in un attentato imminente è sostenuta, quindi, anche da un'argomentazione per analogia. Si pensi alle rappresaglie militari, che producono inevitabilmente quanto prevedibilmente l'uccisione collaterale di alcuni civili innocenti, ovvero all'impiego della forza contro quei sospetti che sfuggono all'arresto per gravi delitti, per i quali non siano stati ancora condannati. Non si vede come per chi giustifichi in questi casi l'uccisione di una persona risulti difficile sostenere una posizione contraria all'uso della tortura non letale come mezzo per salvare molte vite umane. Scrive Dershowitz: <<La differenza è che noi non

²³⁷ DOSTOEVSKIJ F., *I fratelli Karamazov*, Einaudi, Torino, 1993, pagg. 328-329

²³⁸ Cfr. BRUGGER W., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in <<Der Staat>>, 35, 1996

vediamo – e non vogliamo vedere – che cosa accade dietro le sbarre, all'interno delle carceri. Né vogliamo pensarci. Sollevare la questione della tortura fa sì che gli americani debbano pensare ad un fenomeno brutale e sgradevole che per molti è stato rimosso dalle coscienze>>²³⁹.

Il vero problema, pertanto, non sta nel chiedersi se una qualche tortura venga usata nel caso dell'attentato imminente. La vera questione è se la si debba usare apertamente, in conformità ad una procedura legale stabilita in precedenza, o se la si debba praticare in segreto, violando la legislazione esistente²⁴⁰.

Diversi sono i valori importanti che entrano in contrapposizione l'uno con l'altro.

Il primo è l'incolumità e la sicurezza dei cittadini. Nello scenario del terrorista a conoscenza di un prossimo attentato il rispetto di questo valore può implicare l'imposizione della tortura, in quanto unico modo per impedire che la bomba esploda uccidendo un gran numero di civili.

Il secondo è la garanzia delle libertà civili e dei diritti umani, che impone di non accettare che la tortura diventi una prassi giuridica legittima.

Dershowitz mette in evidenza come tale ultima posizione, certamente comprensibile, sia in conflitto con un terzo valore importante, vale a dire la responsabilità pubblica e la trasparenza che sono proprie di una democrazia. <<Nessun sistema giuridico operante secondo il principio di legalità>>, scrive l'autore, <<dovrebbe mai tollerare una strategia "nascosta" nei confronti della necessità. Anche la difesa della necessità deve essere giustificata in conformità alla

²³⁹ DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit., pag. 142

²⁴⁰ Cfr. DERSHOWITZ A., *Perché aumenta il terrorismo. Capire la minaccia e rispondere alla sfida*, op. cit.

legge. La strada della dittatura è sempre stata lastricata dei motivi di necessità adottati dai responsabili della sicurezza di una nazione. Un sistema come quello degli Stati Uniti, basato sulle verifiche reciproche e gli equilibri tra i diversi poteri, richiede che tutte le azioni del presidente, così come tutte le iniziative legislative e militari, siano coerenti con le leggi vigenti. Se è necessario torturare nel caso del terrorista coinvolto in un attentato imminente, allora le leggi che ci governano debbono prevedere questa pratica. Se noi rifiutiamo di cambiare la legge per conformarla ad una determinata azione, allora il governo non dovrebbe intraprendere quest'azione>>²⁴¹.

Nel bilanciamento tra valori uno di questi risulta inevitabilmente compreso nella tragica scelta presentata dal caso dell'attentato imminente: se non si usa la tortura, si compromette la sicurezza e la salvezza dei cittadini; se si tollera la tortura, ma si mantiene nascosta e lontana dai controlli, si compromettono i principi della responsabilità democratica; se si crea una struttura legale per la limitazione ed il controllo della tortura, si compromette l'opposizione di principio ai tormenti in ogni circostanza, dando vita ad una situazione potenzialmente pericolosa e soggetta a derive indesiderabili²⁴².

Questa è la scelta drammatica che i sistemi democratici si trovano a dover compiere. All'affermazione di Bentham, secondo il quale <<Il governo altro non è se non una scelta tra mali diversi>>²⁴³, sulla scorta della teoria di Ignatieff, Dershowitz aggiunge dunque che in democrazia tali decisioni devono essere prese con trasparenza, responsabilità ed in conformità al principio di legalità, giacché le

²⁴¹ DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit., pagg. 145-146

²⁴² Cfr. DWORKIN R., *Terror and the Attack on Civil Liberties*, op. cit.

²⁴³ Cfr. BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, op. cit.

azioni di un sistema ufficiale, trasparente, responsabile e centralizzato sono più facilmente sottoponibili a controllo rispetto a quelle di un sistema in cui sono messe in atto in maniera occulta²⁴⁴.

Il giurista ritiene che l'obbligo formale di un mandato giudiziario, come requisito indispensabile all'impiego di forme di tortura non letale, causerebbe una diminuzione della quantità di violenza fisica diretta contro gli individui sospettati. Crede, inoltre, che la maggioranza dei giudici richiederebbe prove stringenti prima di autorizzare una deviazione tanto eccezionale dalle norme costituzionali e che i funzionari delle forze dell'ordine sarebbero restii a chiedere un mandato, a meno di non disporre di prove convincenti sul fatto che la persona sospettata possieda informazioni necessarie a scongiurare un attentato terroristico imminente. Diversamente la tortura continuerebbe ad essere praticata, con la sola differenza che l'opinione pubblica sarebbe meno consapevole della sua esistenza. Ritiene, infine, che anche i diritti della persona sospettata sarebbero meglio salvaguardati tramite l'introduzione di un mandato obbligatorio. La procedura garantirebbe al sospettato l'offerta dell'immunità, gli verrebbe comunicato di essere costretto a testimoniare e, nel caso in cui rifiutasse, verrebbe minacciato di finire in carcere. Solo se si rifiutasse nuovamente, verrebbe minacciato con la tortura, che gli causerebbe ad ogni modo dolori lancinanti ma non danni durevoli.

Occorre indicare, tuttavia, alcune carenze eclatanti negli argomenti con cui Dershowitz cerca di rafforzare le sue congetture. Nel rifarsi alla dottrina benthaminiana, egli commette alcune disattenzioni.

²⁴⁴ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit.

In primo luogo la definizione di tortura adottata da Bentham è distante dalle pratiche che il penalista statunitense vorrebbe legalizzare.

Ed invero la tortura cui Bentham fa riferimento dovrebbe consistere in pratiche atte a causare una sofferenza che, operati i debiti raffronti fra intensità e durata, non dovrebbe mai risultare superiore a quella che deriverebbe al reo da una pena detentiva per la mancata collaborazione con la giustizia²⁴⁵.

Consapevole delle possibilità degenerative implicite in un ricorso legale alla pratica, inoltre, Bentham esclude nel modo più deciso la legittimazione della tortura per qualunque atto commesso ed al fine della salvaguardia della c.d. sicurezza dello Stato. Quest'ultima è una "dimenticanza" di Dershowitz assai singolare, che sarebbe di per sé sufficiente a mettere in crisi il ricorso all'autorità del filosofo utilitarista²⁴⁶.

Uno degli argomenti a favore della legalizzazione della tortura consiste, poi, nel rilevare che essa è parte del "bagaglio professionale" delle agenzie che si occupano di sicurezza nazionale. Se la tortura fosse legalizzata, il suo utilizzo potrebbe essere controllato ed eventualmente censurato dalla magistratura e dall'opinione pubblica.

In realtà la territorialità, l'ostilità dell'opinione pubblica e l'illegalità non hanno mai rappresentato un problema per la pratica dei tormenti. Non si comprende, perciò, la ragione per cui dovrebbero costituire la base di un suo controllo e di una sua limitazione²⁴⁷.

²⁴⁵ Cfr. BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, op. cit.

²⁴⁶ Cfr. CHIESSI A., SCARDOVI G., *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, op. cit.

²⁴⁷ GIANNELLI A., PATERNÒ M.P., (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, op. cit., pagg. 42-43

Attenta e perspicace è, invece, l'analisi condotta in riferimento alle origini ed alle cause del terrorismo internazionale.

La ragione per cui le operazioni terroristiche raggiungono i risultati attesi, egli sostiene, risiede nel fatto che gli esecutori degli attentati, mediante l'assassinio di civili innocenti, riescono ad attirare l'attenzione sui torti che subiscono e sulle richieste avanzate, affinché il mondo le comprenda ed elimini le cause prime delle problematiche che affliggono le popolazioni d'appartenenza.

Cedere a questa richiesta equivale ad inviare a tutti coloro che ritengono di essere vittime delle strategie di governo dei Paesi Occidentali un messaggio controproducente. Dershowitz riporta, a tal proposito, quanto affermato dall'osservatore capo dell'Organizzazione per la liberazione della Palestina presso le Nazioni Unite, Zehdi Labib Terzi, in occasione dell'ennesimo attentato: *<<I primi dirottamenti aerei destarono la coscienza del mondo e risvegliarono l'attenzione dei media e dell'opinione pubblica internazionale molto più – e in modo più efficace – che vent'anni di perorazioni presso le Nazioni Unite>>*. Se è vero che storicamente i terroristi sono stati ricompensati da un risveglio dell'attenzione internazionale sulle problematiche delle popolazioni del Medio Oriente a seguito degli attentati pubblicamente rivendicati, non dovrebbe meravigliare, suggerisce il giurista, il carattere inarrestabile assunto dal fenomeno negli ultimi anni.

Occorre allora adottare nei confronti del terrorismo la strategia opposta.

Del tutto inefficace appare la risoluzione di comprenderne le cause prime per cercare di eliminarle, dovendo escludere al contrario qualsiasi possibilità di dialogo e negoziato.

Una causa prima del terrorismo, infatti, non esiste. Non può instaurarsi una correlazione diretta tra il grado di ingiustizia subita da un determinato gruppo e la sua inclinazione a fare ricorso agli attentati suicidi²⁴⁸.

La vera “causa prima” del terrorismo che deve essere eliminata è il suo successo.

<<Non dovremmo prendere a considerare le cause profonde che possono avere motivato la violenza dei terroristi>>, scrive Dershowitz, <<Dobbiamo scovarli, punirli e inabilitarli a nuocere, senza considerazione alcuna per la possibile giustizia della loro causa. Questo è l'unico modo per trasmettere il messaggio che nessuna causa – e cioè nessun fine – giustifica il ricorso a mezzi inaccettabili come il terrorismo. Se deviamo da questo principio, diventiamo automaticamente complici nell'incoraggiare nuovi atti di terrorismo>>²⁴⁹.

Un atto di terrorismo dovrebbe essere occasione soltanto della punizione ed inabilitazione dei suoi responsabili, non di negoziati e considerazione per le sue cause originarie.

La comunità internazionale ha reagito, tuttavia, nella maniera esattamente opposta. La storia dei progressi delle cause promosse dai terroristi, gli onori resi ai loro leader e la cessione alle loro richieste – al posto della punizione, della repressione e della retrocessione della loro causa sul calendario dell'agenda internazionale – sono stati importanti fattori che hanno contribuito alla recente proliferazione del fenomeno.

²⁴⁸ Cfr. DANNER M., *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, op. cit.

²⁴⁹ DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit., pag. 31

Dershowitz auspica, pertanto, che questo paradosso diventi un importante principio alla base di ogni politica destinata a ridurre la frequenza e la gravità delle iniziative terroristiche in ambito internazionale²⁵⁰.

²⁵⁰ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, op. cit.

Capitolo III

Il reato di tortura

<<Ed in una repubblica non vorrebbe mai accadere cosa che con modi straordinari si avesse a governare. Perché, ancora che il modo straordinario per allora facesse bene, nondimeno lo esempio fa male; perché si mette una usanza di rompere gli ordini per bene, che poi, sotto quel colore, si rompono per male. Talché mai fia perfetta una repubblica, se con leggi sue non ha provisto a tutto, e ad ogni accidente posto il rimedio, e dato il modo a governarlo>>.

(MACHIAVELLI N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, BUR, Milano, 1984)

3.1 Premesse

Le dinamiche, la logica e le peculiarità proprie della tortura nell'età contemporanea evidenziano che il ricorso alla pratica violenta è difficilmente occasionale e legato a singoli casi specifici. Essa al contrario è uno strumento particolare che si inserisce in una realtà complessa e poggia su un'articolata struttura composta da fitte relazioni umane ed economiche e da rapporti di potere²⁵¹.

Nel corso del Novecento, fino ai giorni nostri, la tortura è diventata sempre più sofisticata e professionalizzata, trasformandosi da semplice tecnica in vera e propria strategia di violenza. Lo studio della letteratura sul tema e le testimonianze di vari professionisti, che hanno avuto modo di conoscere direttamente tale realtà, ha permesso di cogliere che l'utilizzo della violenza estrema avviene in presenza di una burocrazia composita e di una rete relazionale costituita da diverse figure professionali qualificate, come medici, psicologi, avvocati, industriali, trafficanti, militari ed istituzioni compiacenti. Ogni soggetto coinvolto svolge un ruolo preciso ed offre le proprie competenze ed abilità.

In tale prospettiva un aspetto rilevante riguarda la preparazione altamente qualificata di chi è incaricato di infliggere materialmente le violenze. Il personale militare, in generale appartenente alle forze speciali dell'esercito, e quello della sicurezza privata diventano competenti nel perpetrare brutalità estreme in seguito ad un preciso percorso formativo bene strutturato e finalizzato alla preparazione dei torturatori. La formazione è talvolta accompagnata da un processo ritualizzato di trasformazione dell'identità iniziale delle reclute e finalizzato alla creazione di

²⁵¹ Cfr. MAZZA C., *La tortura in età contemporanea*, op. cit.

uomini “nuovi”, coraggiosi, impavidi, leali, dei veri professionisti della violenza, tutti appartenenti ad un’*élite* coesa ed unita dal segreto²⁵².

La tortura, in altri termini, risulta essere pianificata da un apparato, che può essere coordinato da uno Stato o da un gruppo organizzato e prevedere una precisa suddivisione dei compiti che frammenta la responsabilità individuale²⁵³.

La realtà che sostiene ogni evento di tortura pone questioni di responsabilità sia propria dell’*establishment* politico e militare che dei singoli individui. Sono infatti i vertici delle forze armate a stabilire le regole d’ingaggio dell’esercito, a creare l’atmosfera in cui si svolgono le missioni, a rendere più o meno chiari ed accessibili i comandi impartiti ed è l’*élite* di governo ad approvare tali decisioni e a determinare il quadro politico in cui esse si inscrivono.

Tale consapevolezza rende difficilmente accettabile la spiegazione per cui gli unici e veri responsabili per azioni efferate e brutali siano i singoli individui, alcune “mele marce”. I comportamenti individuali, non dipendono da predisposizioni genetiche e non sono determinati esclusivamente dall’educazione personale, ma sono altamente influenzati da fattori diversi, legati alle condizioni ambientali e situazionali con cui i singoli interagiscono ed agli apparati di potere di riferimento²⁵⁴. Ciò, tuttavia, non elimina il libero arbitrio personale. Uno degli antidoti all’uso della violenza può risiedere, come affermato da H. Arendt, nella capacità di ognuno di pensare, di identificarsi con la sofferenza degli altri, di mantenere viva la consapevolezza della responsabilità delle proprie azioni e di

²⁵² Cfr. SIRONI F. *Persecutori e vittime. Strategie di violenza*, Feltrinelli, Milano, 2001

²⁵³ Cfr. SCHULZ W.E., *The Phenomenon of Torture*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007

²⁵⁴ Cfr. SEN A., *Identità e violenza*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006

opporre resistenza anche ai comandi dei propri superiori quando palesemente in contrasto con le leggi e la dignità umana²⁵⁵.

Il ricorso alla tortura può essere, infine, ostacolato se ci si pone in una prospettiva sistemica e globale, tentando di colpire sia gli esecutori materiali che il *network* internazionale relazionale ed economico alla base di ogni evento brutale²⁵⁶.

È evidente l'importanza dei meccanismi di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, imperniati sulla formazione degli agenti delle forze dell'ordine e del personale medico e sull'instaurazione di sistemi di sorveglianza sui luoghi a rischio.

Non pare, tuttavia, che un'efficace azione di contrasto possa prescindere dal ricorso agli strumenti della giustizia penale: l'impunità dei crimini di tortura è una delle cause principali – se non addirittura la principale – della loro persistente ricorrenza; non sembra possibile rinunciare alla funzione di prevenzione generale c.d. negativa (sotto forma di intimidazione o deterrenza) e c.d. positiva (sotto forma di orientamento culturale ovvero di convalida normativa) esercitata dalla sanzione penale.

Solo l'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc*, con una pena proporzionata al disvalore del fatto e destinata a trovare effettiva applicazione, potrebbe infatti esercitare un reale effetto deterrente e, al tempo stesso, sconfiggere la convinzione diffusa che, in situazioni emergenziali, la pratica della tortura rimanga pur sempre necessaria.

Nell'esaminare la situazione italiana l'impressione è che, di fronte a vicende come quelle poc'anzi menzionate, la giustizia penale possa fare ben poco, giacché

²⁵⁵ Cfr. ARENDT A., *Le origini del totalitarismo*, op. cit.

²⁵⁶ MAZZA C., *La tortura in età contemporanea*, op. cit., pag. 115

gli attuali strumenti di contrasto alla tortura si mostrano insufficienti e profondamente inadeguati.

Fare riferimento *in primis* all'obbligo costituzionale di criminalizzazione della tortura ed alle altre forme di *mistreatments*, quantomeno con riferimento alle condotte poste in essere in danno di soggetti in *vinculis*, non è certo un'enfaticizzazione: l'art. 13, co. 4, della Costituzione italiana afferma, infatti, che <<è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà>>, con ciò rivolgendo al legislatore ordinario una precisa richiesta di penalizzazione, l'unica nell'arco dell'intero panorama costituzionale. I lavori preparatori dimostrano come l'intento dei Padri costituenti sia stato quello di assicurare agli arrestati, ai fermati ed ai detenuti in seguito a condanna una speciale forma di protezione a fronte degli abusi e delle pressioni morali ai quali la loro condizione li rende particolarmente esposti, e che la scelta della formula <<è punita>> non è certo casuale: in essa devono ritenersi implicitamente ricompresi il concetto di divieto e quello di punizione, di modo che debba intendersi nel senso di <<è vietata ed è repressa con punizione>>²⁵⁷.

Anche la dottrina costituzionalistica è di recente giunta alle medesime conclusioni, denunciando con forza l'inottemperanza del legislatore all'obbligo di criminalizzazione sancito dall'art. 13, co. 4, della Costituzione²⁵⁸.

La necessità di una repressione penale effettiva della tortura e, in misura minore, delle condotte ad essa assimilabili, anche al di fuori dell'ipotesi in cui la

²⁵⁷ Cfr. COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alla sentenza sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione della tortura*, in <<Riv. It. Dir. Pen. Proc.>>, 2009, 1801 ss.

²⁵⁸ Cfr. FIORAVANTI C., *Persona, stato d'eccezione, divieto della tortura*, in *Per una consapevole cultura costituzionale*, a cura di Pugiotto A., Jovene, Napoli, 2013

vittima sia privata della libertà personale, discende altresì dall'obbligo di rispettare <<*i vincoli derivanti (...) dagli obblighi internazionali*>>, sancito dall'art. 117, co. 1, Cost.; norma, quest'ultima, che funge da “trasformatore permanente” degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione, per lo meno nei casi in cui essi non presentino frizioni evidenti con il nucleo duro delle garanzie penalistiche espresse dagli artt. 25 e 27 Cost., in altrettanti obblighi costituzionali di penalizzazione, con le evidenti ricadute che ciò comporta nelle ipotesi di indebita restrizione dell'area del penalmente rilevante secondo le coordinate tracciate dal giudice delle leggi nell'ormai nutrito gruppo di pronunce in tema di sindacato di legittimità costituzionale sulle “norme penali di favore”²⁵⁹.

È proprio alla luce di tale norma che bisogna guardare oggi agli obblighi di incriminazione della tortura di fonte sovranazionale.

Lo strumento di diritto internazionale pattizio probabilmente più noto, tra tutti quelli che prevedono obblighi di penalizzazione della tortura, è rappresentato dalla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984.

Fin dal 1979 l'Assemblea generale aveva incaricato la Commissione per i diritti umani di redigere una convenzione vincolante contro la tortura. Questa, a sua volta, affidava l'elaborazione del testo, che veniva redatto sulla base delle proposte della delegazione svedese e dell'Associazione internazionale di diritto penale, ad un gruppo di lavoro *ad hoc*. Al termine dei lavori preparatori e dopo un intenso

²⁵⁹ Cfr. LANDRICINA M. E., *Il crimine di tortura e le responsabilità internazionali dell'Italia*, Carocci, Roma, 2008

negoziato la versione definitiva della Convenzione veniva finalmente approvata con Risoluzione n. 39/46 del 10 dicembre 1984.

Unitamente alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (CAT), avvenuta nel 1989, in diverse sedi si è aperto il dibattito circa la necessità dell'inserimento del delitto di tortura all'interno del codice penale.

Negli ultimi anni l'attenzione si è concentrata sempre più sul *quomodo* di detta penalizzazione, residuando ormai pochi dubbi sull'*an* della stessa²⁶⁰.

Preso atto dell'indiscutibile sussistenza degli obblighi internazionali d'incriminazione della tortura²⁶¹, considerate le fattispecie criminose vigenti, è possibile sostenere che il sistema italiano appaia del tutto inadeguato²⁶² a dar risposta ad episodi che hanno arricchito le pagine della cronaca giudiziaria nazionale. Non occorre essere raffinati giuristi o "promotori della dignità umana" per rendersi conto che il nostro ordinamento è affetto da un profondo deficit di tutela. Basti pensare a quanto accaduto tra il 19 e il 22 luglio 2001 a Genova in occasione del G8 oppure alle circostanze che hanno causato la morte di Stefano Cucchi, Federico Aldovrandi, Aldo Bianzino e Giuseppe Uva. Si tratta di vicende oscure, che lasciano trapelare l'inadeguatezza e l'incompletezza del nostro sistema penale nel reagire a violazioni dei diritti fondamentali²⁶³.

²⁶⁰ COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 22 luglio 2014, pagg. 1-49

²⁶¹ PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 2/2014, pag. 129 e ss.

²⁶² COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 11 e ss.

²⁶³ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

Dalla ratifica della Convenzione del 1984 si sono susseguite svariate raccomandazioni del Comitato dei diritti umani, del Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite, del Comitato per la prevenzione e la repressione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT), ma anche la ratifica dello Statuto di Roma, le condanne dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 3 CEDU – da ultimo nel caso *Cestaro c. Italia*²⁶⁴ – e l'introduzione del divieto di tortura nel codice penale militare di guerra, nonché l'adozione di norme che prevedono il divieto del commercio di strumenti utilizzabili per torturare. Di una norma incriminatrice *ad hoc* nel codice penale, tuttavia, non vi è ancora traccia.

Il Governo, in occasione della sentenza europea sul caso *Cestaro c. Italia*, ha implicitamente replicato al ricorrente, sostenendo che l'ordinamento italiano risulta già di per sé idoneo a punire fatti di tortura. Non si può tacere che è stato lo stesso Governo a sottolineare contestualmente che diversi disegni di legge, aventi ad oggetto l'introduzione di detto delitto all'interno del nostro ordinamento, sono al vaglio del Parlamento, lasciando così trasparire una certa consapevolezza di una lacuna ormai divenuta ragione d'imbarazzo²⁶⁵.

L'atteggiamento del Governo, d'altro canto, non desta stupore, in quanto tali affermazioni sono rinvenibili anche nella risposta fornita alle raccomandazioni contenute nel report del CPT, presentato in seguito all'ultima visita effettuata in Italia dal 13 al 25 maggio 2012. La necessità di onorare gli impegni assunti nei confronti della Comunità internazionale ha condotto nel corso delle diverse Legislature alla proposta di numerosi progetti di legge concernenti l'introduzione

²⁶⁴ Sentenza della IV Sezione della Corte EDU sul caso *Cestaro c. Italia* (ricorso n. 6884/11) del 7 aprile 2015

²⁶⁵ Cfr. SETTEMBRE R., *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Einaudi, Torino, 2014

del delitto di tortura, presto destinati però ad essere abbandonati: una vera e propria fatica di Sisifo, dato che l'incriminazione della tortura non trova ancora formale cittadinanza nel nostro ordinamento²⁶⁶.

Questioni fondamentali si pongono in riferimento sia all'idoneità di una norma incriminatrice *ad hoc* ad onorare gli impegni di derivazione internazionale sia all'attitudine di siffatto delitto di rispondere alle esigenze del nostro ordinamento, rispettando i principi garantistici sui quali si fonda il diritto penale nazionale.

²⁶⁶ BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 3/2013, pag. 58 e ss.

3.2 Emergenza penale, ragion di stato e stato di diritto

La cultura dell'emergenza e la pratica dell'eccezione, ancor prima delle trasformazioni legislative, sono responsabili di un'involuzione del nostro ordinamento punitivo, che si è espressa nella riedizione di vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna nonché nella recezione nell'attività giudiziaria di tecniche inquisitorie e di metodi d'intervento tipici dell'attività di polizia.

L'alterazione della fonte di legittimazione della funzione penale consiste nell'assunzione dell'eccezione o dell'emergenza come giustificazione politica del cambiamento delle regole del gioco²⁶⁷.

Tale concezione dell'emergenza altro non è che l'idea del primato della "ragion di stato" sulla "ragione giuridica" come criterio informatore del diritto e del processo penale, sia pure in situazioni eccezionali come quelle create dal terrorismo politico o da altre forme di criminalità organizzata. Essa equivale ad un principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo non più giuridico, ma immediatamente politico, non più subordinato alla legge, quale sistema di vincoli e garanzie, ma ad essa sovraordinato.

L'insanabilità del contrasto tra la ragion di stato e la ragione giuridica propria dello Stato di diritto implica, pertanto, un'alterazione del modello classico di legalità penale²⁶⁸.

Tale mutazione si esprime, in primo luogo, in un'accentuata personalizzazione del diritto penale dell'emergenza, che è assai più un diritto penale

²⁶⁷ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2009

²⁶⁸ Cfr. FERRARO F., *Libertà e sicurezza nell'Unione Europea. Tra età moderna e globalizzazione*, op. cit.

del reo che del reato. Il fatto di reato sfuma nel percorso di vita ovvero nella collocazione politica o ambientale dell'imputato. Si configura tendenzialmente un reato di *status*, più che un reato di evento, identificabile con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o antiggiuridica del suo autore. Ne risulta un modello di antiggiuridicità sostanziale anziché formale, che sollecita indagini sui rei e non sui reati e che corrisponde ad una mai spenta tentazione totalitaria, per cui il reato è un male *quia peccatum* e non solo *quia prohibitum*²⁶⁹.

Intimamente connessa alla distorsione soggettivistica del reato è una concezione sostanzialistica della verità processuale, che si risolve nella predilezione nel processo di metodi forti di tipo inquisitorio.

Lo schema dell'amico/nemico proprio della ragion di stato opera in un duplice senso. In via preliminare nella connotazione partigiana dell'accusa e nella trasformazione del processo in momento di lotta alla criminalità terroristica o altrimenti organizzata: il processo non è più la ricerca indifferente del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto. In secondo luogo lo schema si manifesta nell'alterazione dell'oggetto processuale. Se il presupposto della pena è rappresentato, più che da fatti delittuosi determinati, dalla personalità terroristica del suo autore, il processo decade inevitabilmente da procedura di verifica empirica delle ipotesi d'accusa in tecnica di inquisizione sulla persona, cioè sulla sua soggettività sostanzialmente nemica o amica. Tutte le classiche garanzie processuali risultano, dunque, spogliate di senso²⁷⁰.

²⁶⁹ Cfr. FIORAVANTI C., *Persona, stato d'eccezione, divieto della tortura*, in *Per una consapevole cultura costituzionale*, op. cit.

²⁷⁰ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit.

Una trasformazione sostanzialistica investe anche l'esecuzione della pena, soggetta a differenziazione e personalizzazione.

Da un lato la pena è prevalentemente irrogata e scontata prima della condanna sotto forma di custodia preventiva. Il carcere è tornato ad essere come in epoca premoderna luogo di transito più che di espiazione, misura cautelare più che sanzione penale. Il processo e la pena sempre più si confondono e sovrappongono: il primo come momento direttamente afflittivo di penalizzazione preventiva, la seconda come strumento istruttorio diretto a forzare la volontà dell'imputato, affinché confessi o collabori in cambio di premi e favori²⁷¹.

Dall'altro lato sono venuti meno i caratteri di uguaglianza, astrattezza, certezza e predeterminazione legale propri della pena detentiva nel modello liberale. Carceri speciali e differenziati, trattamenti personalizzati, classificazioni per gradi di pericolosità, misure alternative ed altre forme di premi o punizioni hanno oggi modellato la pena sulla singola personalità del condannato e, più spesso, dell'imputato sia per la prevalenza che hanno assunto le funzioni correzionali della prevenzione speciale sia perché anche il trattamento penale è stato sottomesso alla logica dell'amico/nemico²⁷². È così che alla pena legale della privazione della libertà personale si aggiungono "pene nelle pene" ovvero "premi nelle pene", le une e gli altri atipici, extra legali ed extra giudiziali, non più connessi al reato ma al reo e dispensati discrezionalmente in via amministrativa.

²⁷¹ Cfr. FRESA C., *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, op. cit.

²⁷² Cfr. LACASTA J. I., *Amigo/enemigo: una lógica cruel e innecesaria*, in <<Diario de Noticias de Aleva>>, 23 marzo 2006

La contaminazione poliziesca è il secondo fondamentale connotato, in cui è possibile riassumere le deformazioni della giustizia penale prodotte dall'emergenza.

Ciò che distingue il costume poliziesco da quello giudiziario, giustificando la separazione tra le due funzioni, è un insieme di scriminanti che fanno della polizia una funzione politico-amministrativa, pragmaticamente informata alla priorità del risultato rispetto ai mezzi per raggiungerlo, i quali invece sono prioritari nell'attività giudiziaria.

La prima di queste scriminanti è la connaturata partigianeria della polizia rispetto all'imparzialità istituzionale del giudice: le forze di polizia concepiscono professionalmente la loro funzione come lotta alla delinquenza ed hanno, perciò, la tendenza a considerare tutti i sospettati come altrettanti nemici colpevoli²⁷³.

Una seconda scriminante è il carattere discrezionale, perché principalmente preventivo, delle mansioni di polizia: gli apparati polizieschi hanno come cura primaria la sicurezza collettiva dai delitti futuri più che la giustizia dei casi passati individuali; seguono strategie flessibili e mutevoli, non sottoposte ai rigidi vincoli legali e procedurali, che devono invece presiedere all'accertamento giudiziale dei reati²⁷⁴.

Un terzo carattere proprio del potere poliziesco è il rapporto di soggezione, e talora di prevaricazione, che esso tende a stabilire con l'inquisito, un rapporto che si consuma in segreto e che è possibile sede di minacce, lusinghe, ricatti e trattative sotto banco.

²⁷³ Cfr. MOSCA C., *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, CEDAM, 2012

²⁷⁴ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit.

Occorre chiedersi allora se il mutamento prodotto dall'emergenza nella fonte di legittimazione del diritto penale sia giustificabile.

Qualunque natura si voglia attribuire al terrorismo ed in generale ai fenomeni criminali di eccezionale gravità, la logica dello Stato di diritto esclude che si possa configurare la ragion di stato come ragione giuridica. Quest'ultima, infatti, non conosce amici e nemici, ma solo colpevoli e innocenti; non ammette eccezione alle regole se non come fatto extra o anti-giuridico. Nella giurisdizione il fine non giustifica mai i mezzi, dato che i mezzi, ossia le regole e le forme, sono garanzie di verità e di libertà. Il fine non è mai il successo sul nemico, ma la verità processuale raggiunta solo per loro mezzo.

L'argomento della difesa dello stato democratico è, in tal senso, più che un luogo retorico, oltre che contraddittorio, visto che la democrazia e lo Stato di diritto si preservano mediante il rispetto delle regole²⁷⁵.

La vera rottura prodotta dall'emergenze è diversa ed ulteriore.

I nuovi mezzi eccezionali, traendo alimento da una più generale regressione del senso del diritto, si sono radicati nella prassi e diffusi anche nei normali processi, generando centri di potere non disposti a smobilitare una cultura poliziesca informata prevalentemente ai valori pragmatici della sicurezza e dell'efficienza.

L'emergenza antiterroristica e contro la criminalità organizzata ha oscurato la prospettiva indicata dall'art. 3 della Costituzione, finendo per sostituire ad essa un fondamentale punto di vista: la difesa dello Stato contro l'attacco della criminalità e le conseguenti ragioni dell'efficienza repressiva.

²⁷⁵ Cfr. REJALI D., *Torture and Democracy*, op. cit.

Il primato assunto dal fine rispetto ai mezzi è il prodotto di questo ribaltamento. Esso ha capovolto le fonti di legittimazione della giurisdizione ed ha ridato alimento alle mai sopite vocazioni sostanzialistiche ed autoritarie della nostra cultura penalistica. Oggi la riapertura dei perduti orizzonti assiologici suppone la fine, più che dell'emergenza, dell'idea stessa dell'eccezione in materia penale ed insieme il recupero della dimensione valoriale che è propria del garantismo²⁷⁶.

In quanto esercizio di violenza con caratteristiche proprie, che lo distinguono da altri tipi di violenza pubblica o da forme di coercizione privata, la tortura è (e non potrebbe essere altrimenti) un atto invisibile, <<*in quanto non viene esercitato in trasparenza, bensì in luoghi chiusi e opachi. Esso rimane inafferrabile, in quanto chi lo esercita deve necessariamente essere anonimo e non riconoscibile, non agendo in nome proprio ma in nome e per conto del potere politico*>>²⁷⁷.

Si comprende bene che nei sistemi delle democrazie pluralistiche, eredi dello Stato di diritto, una simile violenza non potrebbe che provenire da parti deviate. In presenza di costruzioni politiche rispettose delle libertà civili tipiche di uno Stato costituzionale di diritto la pratica della tortura rappresenta il manifestarsi di una piena contraddizione rispetto all'orientamento garantistico alla base dell'ordinamento giuridico. Essa rappresenta un esercizio di potere che si esprime attraverso l'inflizione di sofferenze fisiche e mentali e, pertanto, risulta inconciliabile con ogni tipo di rispetto delle garanzie delle libertà individuali²⁷⁸.

²⁷⁶ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit.

²⁷⁷ MAZZA C., *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, Bonanno, Roma, 2010, pag. 78

²⁷⁸ Cfr. REJALI D., *Torture and Democracy*, Princeton, op. cit.

3.3 Verso l'introduzione del reato di tortura: una fatica di Sisifo²⁷⁹

La mancata introduzione di un reato autonomo di tortura nel nostro ordinamento è stata oggetto di valutazione da parte degli organi internazionali di controllo sul rispetto delle Convenzioni in materia di diritti umani, in particolare da parte del Comitato contro la tortura e del Comitato dei diritti umani.

Due sono le ragioni addotte a giustificazione di tale inadempienza.

In primo luogo si fa discendere l'introduzione del reato nell'ordinamento "per effetto dell'ordine di esecuzione", in quanto la tortura risulta essere definita in modo sufficientemente preciso nella Convenzione del 1984. Questa tesi si scontra, tuttavia, con la circostanza che il principio di legalità costituisca un ostacolo difficilmente superabile rispetto alla possibilità di un'imputazione per un reato non previsto e definito in una legge interna. L'argomento del carattere *self executing* della norma convenzionale, del resto, non è stato più riproposto.

In secondo luogo si ritiene che i reati già previsti dal codice penale siano sufficienti a punire ogni eventuale atto di tortura ai sensi dell'art. 1 della Convenzione. Questa interpretazione è, tuttavia, in contrasto con lo spirito e l'economia complessiva della Convenzione, che si propone di sottrarre il reato di tortura all'ordinaria amministrazione e di imporre un sistema di repressione del fenomeno che tenga conto della particolare gravità del reato. È alla luce di tali considerazioni che il Comitato contro la tortura ha insistito nelle sue raccomandazioni, affinché sia introdotta una fattispecie specifica.

²⁷⁹ Cfr. LANZA G., Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo, in <<Diritto penale contemporaneo>>, 28 febbraio 2016

Se le motivazioni dichiarate non giustificano – né razionalmente né giuridicamente – le resistenze all'introduzione del reato di tortura, è altrove che bisogna cercarne le autentiche ragioni ostative²⁸⁰.

Passando dal rapporto sinallagmatico tra torturatore e torturato alle dinamiche ambientali e di sistema, diventa più semplice capire perché il codice penale non annoveri ancora il reato di tortura. Occorre, in altri termini, abbandonare la prospettiva individuale, imperniata nella relazione vittima/carnefice, per spostarsi sul piano sistemico, in modo che lo spazio per la tortura si manifesti nella sua pienezza²⁸¹.

Invero con la criminalizzazione dei tormenti cesserebbe l'attuale stato di impunità concesso a beneficio degli agenti dello Stato.

Configurato come un reato proprio, l'ambito di applicazione della nuova fattispecie chiamerebbe in causa qualunque pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. L'ambito di applicazione della nuova fattispecie incriminatrice includerebbe anche la condotta omissiva, giacché non impedire un reato equivale a cagionarlo. Diventa così sufficiente, per consumare il delitto, che il pubblico ufficiale ne sia istigatore, complice consenziente o mero soggetto acquiescente: il delitto si configurerebbe quando un pubblico ufficiale tacitamente acconsenta alla commissione di atti di tortura compiuti da soggetti privati ovvero quando si sottragga volontariamente all'obbligo di impedirli. Coerentemente con quanto descritto dall'art. 1, CAT, il nuovo reato richiederebbe, quale elemento psicologico,

²⁸⁰ COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 29

²⁸¹ Cfr. MAZZA C., *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, op. cit.

il dolo specifico, ossia l'intenzione di porre in essere ovvero di non impedire un atto violento inteso a umiliare, offendere, degradare la vittima²⁸².

Tale elemento intenzionale prevale sul motivo della tortura, qualunque esso sia, precludendo così la causidica interpretazione che nega la qualifica di tortura all'interrogatorio violento, se diretto principalmente ad ottenere informazioni ritenute rilevanti per salvare vite umane. Il motivo, in altri termini, non altera la fattispecie e la tortura rimane in ogni caso un atto vietato se consiste nell'inflizione deliberata di sofferenze a scapito di un soggetto indifeso.

A ridurre gli spazi di impunità contribuirebbero anche l'imprescrittibilità del nuovo reato, la sua sottrazione a provvedimenti estintivi di clemenza ed il principio della c.d. giurisdizione universale, che consente di sottoporre il presunto autore di atti di tortura alle autorità competenti per lo svolgimento dell'azione penale, indipendentemente dal luogo in cui il reato sia stato commesso²⁸³.

La pervasività del nuovo crimine, qualora ricalcasse la fisionomia imposta dagli obblighi internazionali, sarebbe capace dunque di erodere gli spazi di impunità di cui hanno fino ad oggi beneficiato gli apparati statali della sicurezza, i relativi soggetti apicali ed i loro uomini. Sarebbe auspicabile allora, sostengono in molti, soprassedere, avendo cura di invocare ragioni ostative più spendibili sul mercato della comunicazione politica, della discussione pubblica e della suggestione mediatica²⁸⁴.

²⁸² Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

²⁸³ Cfr. ZACCHERONI G., *La tortura: profili di diritto internazionale*, op. cit.

²⁸⁴ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

La collocazione della norma

La storia parlamentare degli ultimi vent'anni ha visto un susseguirsi frenetico di disegni di legge finalizzati all'introduzione del delitto di tortura, quasi tutti naufragati prima che potesse iniziare un serio dibattito sul punto; a causa dell'interruzione anticipata della XV legislatura si è arrestato definitivamente in Senato anche l'iter legislativo del disegno di legge n. S 1216, già approvato con voto unanime alla Camera ed esaminato in Commissione Giustizia²⁸⁵.

Una prima questione attiene alla collocazione dell'*introducendo* reato di tortura.

Le principali alternative sono rappresentate dal codice penale militare, da un'ipotetica legge di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale e dal codice penale.

Quasi tutti i disegni di legge presentati nelle due ultime legislature hanno optato per l'inserimento della fattispecie di tortura all'interno del titolo XII del codice penale, nel capo I (all'art. 593 *bis*) o nella sezione III del capo III (all'art. 613 *bis*). Anche il d.d.l. approvato alla Camera ed in discussione al Senato, cui si è fatto riferimento, ha fatto propria questa scelta, configurando un nuovo art. 613 *bis* c.p. e, come si vedrà, un nuovo art. 613 *ter* c.p., che punisce il delitto di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura²⁸⁶.

Questa appare, d'altro canto, la soluzione di gran lunga preferibile, poiché da un lato la tortura non si configura necessariamente come un reato militare e dall'altro la casistica giurisprudenziale e la cronaca mostrano come tale fenomeno

²⁸⁵ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

²⁸⁶ Cfr. MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa*, op. cit.

sia purtroppo diffuso anche nei contesti più ordinari, dalle carceri, alle abitazioni domestiche, alle caserme.

L'introduzione di una nuova fattispecie all'interno del codice penale consentirebbe, peraltro, di ottemperare anche all'obbligo implicito di criminalizzazione che discende dallo Statuto CPI, senza precludere la possibilità di applicare la norma al di fuori dei contesti macrosistemici²⁸⁷.

Ferma la collocazione della fattispecie nel codice penale, rimane da risolvere l'ulteriore problema dell'ubicazione della stessa all'interno di quest'ultimo, il che, come è ovvio, dipende dall'individuazione del bene giuridico primariamente offeso dagli atti di tortura e da quelli ad essi assimilabili.

Se non è dubitabile che la fattispecie sia plurioffensiva, in quanto essa violi l'incolumità psico-fisica, la dignità e la libertà morale della vittima, non è altrettanto pacifica invece l'individuazione dell'interesse che essa primariamente protegge²⁸⁸.

I disegni di legge oscillano tra la tutela dell'integrità fisica e la garanzia della libertà di autodeterminazione e, conseguentemente, tra l'introduzione del reato all'art. 593 *bis* c.p., nel capo dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale, ed all'art. 613 *bis* c.p., nel capo dei delitti contro la libertà morale.

Come si evince anche dai numerosi strumenti internazionali *ad hoc*, l'inquadramento della fattispecie tra i delitti contro l'incolumità individuale sembra più corretto, in quanto ciò che ripugna dell'uso del tormento non è tanto la coartazione della libertà morale, quanto piuttosto l'intensità della sofferenza che comporta. Ed invero anche quando sia volta a spezzare la resistenza psico-fisica

²⁸⁷COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 30

²⁸⁸ Cfr. ZACCHERONI G., *La tortura: profili di diritto internazionale*, op. cit.

della vittima, quel che suscita timore è la sua capacità di raggiungere quel risultato tramite il dolore, non il fatto che effettivamente lo raggiunga²⁸⁹.

Anche la lesione della libertà morale ha un suo peso specifico, tutt'altro che inconsistente. Si pensi al caso in cui il torturato, innocente, confessi un crimine che non ha commesso e per il quale non esistono prove a suo sfavore, trovandosi nella condizione di dover scontare una pena ingiusta, ovvero al caso in cui venga costretto a denigrare pubblicamente il proprio credo politico o le proprie idee, invise ai suoi torturatori²⁹⁰.

Atteso che l'integrità psico-fisica sia un bene di rango più elevato della libertà morale²⁹¹ e che l'offesa alla libertà di autodeterminazione non sia il *quid proprium* del delitto di tortura, appare più logico che sia la prima a determinare la collocazione della norma.

Il soggetto attivo

Ben dieci dei diciannove disegni di legge presentati nel corso della XV e della XVI legislatura configurano il reato di tortura come reato proprio, identificando il soggetto attivo del delitto nel pubblico ufficiale e nell'incaricato di pubblico servizio, anche nel caso in cui lo stesso agisca per interposta persona, istigando altri alla commissione del fatto, sottraendosi volontariamente all'impedimento dello stesso od acconsentendovi tacitamente.

Il d.d.l. in discussione al Senato contempla, al contrario, una fattispecie comune, punendo con la reclusione da tre a dieci anni “*chiunque, con violenze o*

²⁸⁹ Cfr. BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, op. cit.

²⁹⁰ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

²⁹¹ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Torino, 2014

*minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagioni acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa*²⁹².

Quel che qui più interessa è verificare se la delimitazione dell'ambito di applicazione della norma alle sole condotte poste in essere dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio sia rispettosa degli obblighi internazionali e se la stessa determini o meno pericolosi vuoti di tutela²⁹³.

A favore della configurazione della tortura come reato proprio sembrerebbero apparentemente militare tre diversi argomenti.

In primo luogo la nozione di tortura si è storicamente affermata in Europa dal XVI al XVIII secolo come inflizione legittima di sofferenze fisiche e morali da parte di funzionari dello Stato nella duplice funzione di pena o di mezzo di ricerca della prova.

In secondo luogo la definizione di tortura fatta propria dall'art. 1 della Convenzione del 1984 richiede che autore della condotta sia un funzionario pubblico o qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso, espresso o tacito.

In terzo luogo la configurazione del delitto di tortura come reato comune desta la preoccupazione che ne risulterebbe marginalizzata, se non azzerata, la specificità

²⁹² Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 31

²⁹³ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

del disvalore del crimine e che l'applicazione pratica della norma potrebbe trascinare nella irrazionalità e nel paradosso²⁹⁴.

Non si tratta, tuttavia, di argomenti insuperabili.

È agevole rilevare come alla nozione di tortura poc'anzi espressa se ne sia gradualmente affiancata un'altra, che si potrebbe definire estensiva, per la quale né la qualità del soggetto attivo né la finalità a cui è preordinata l'inflizione della sofferenza assumono un peso cruciale.

Quanto alla definizione adottata dall'art. 1 della Convenzione del 1984, è necessario dissuadere dall'erronea convinzione che le disposizioni internazionali che contemplano obblighi di criminalizzazione vadano interpretate come norme incriminatrici da inserire *tout court* nell'ordinamento interno: l'art. 1, co. 2, chiarisce che la Convenzione si preoccupa di dettare esclusivamente uno *standard* minimo di tutela, che ben può essere innalzato dal legislatore nazionale, ampliando l'ambito di applicazione della norma introdotta in ottemperanza all'*input* di penalizzazione di fonte sovranazionale²⁹⁵.

Altri strumenti di diritto internazionale pattizio, come la Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965 e la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza nei confronti della donna del 1993, richiedono che la proibizione della tortura sia garantita anche nei rapporti orizzontali; nello stesso senso si muove la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di applicazione dell'art. 3 CEDU, la quale da tempo ha realizzato una piena equiparazione tra gli atti di tortura e i trattamenti inumani e degradanti posti in essere da *State agents* e

²⁹⁴ Cfr. BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, op. cit.

²⁹⁵ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

da comuni cittadini, ferma in ogni caso la necessità del superamento di una soglia minima di gravità.

È opportuno, dunque, che il legislatore introduca una fattispecie idonea a recepire tutti gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione della tortura e delle fattispecie ad essa assimilate assunti con la ratifica degli strumenti richiamati e che, parimenti, tenga conto degli orientamenti della Corte EDU, particolarmente rilevanti alla luce della giurisprudenza “di apertura” inaugurata dalla Corte costituzionale italiana con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

In merito alla temuta “banalizzazione”²⁹⁶ del concetto di tortura ed all’inconcepibile estensione dell’ambito di applicazione della fattispecie a fatti che non dovrebbero rientrarvi, è d’obbligo rilevare, da un lato, come la prassi giurisprudenziale nazionale e sovranazionale registri episodi in cui il soggetto attivo sia un privato e, dall’altro, come le esigenze di delimitazione dell’ambito applicativo dell’*introducenda* norma incriminatrice possano essere più efficacemente realizzate attraverso la contemporanea previsione di una fattispecie *ad hoc* per i casi di minore gravità e la tipizzazione di un elemento soggettivo particolarmente ricco²⁹⁷.

Optare per la configurazione della tortura come reato comune non significa voler equiparare quanto a trattamento sanzionatorio gli atti perpetrati dal *quisque de populo* e quelli posti in essere da soggetti che agiscono in veste ufficiale: è evidente che nel secondo caso vengano lesi anche beni giuridici che trascendono la sfera individuale, primi fra tutti la legalità dell’operato dei pubblici poteri e la stessa

²⁹⁶ Cfr. COLELLA A., *C’è un giudice a Strasburgo. In margine alla sentenza sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l’inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione della tortura*, op. cit.

²⁹⁷ Cfr. EAD., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

fiducia dei cittadini nelle istituzioni e nello Stato di diritto, e che il disvalore della condotta sia sensibilmente maggiore, dal momento che gli autori del reato sono proprio coloro che hanno il compito di proteggere l'integrità psico-fisica dei consociati²⁹⁸.

Questa doverosa differenziazione in merito al *quantum* di pena potrebbe, tuttavia, essere demandata ad un'aggravante *ad hoc* per i fatti commessi da pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, esplicitamente sottratta al giudizio di bilanciamento.

La condotta

Passando ad analizzare i problemi che attengono più specificamente alla condotta, occorre anzitutto affrontare il nodo sull'opportunità di configurare la fattispecie di tortura come reato a forma libera, rinunciando alla tipizzazione delle modalità dell'azione, o piuttosto come reato a forma vincolata, prescrivendo come necessaria l'inflizione di sofferenze o la minaccia di inflizione di sofferenze ovvero, ancor più genericamente, adottando la formulazione "con violenza o minaccia", che ricorre in molte delle fattispecie codicistiche tradizionali²⁹⁹.

Il disegno di legge approvato al Senato richiede, in tal senso, che vengano poste in essere: a) violenze gravi; b) minacce gravi; c) trattamenti inumani; d) trattamenti degradanti la dignità umana³⁰⁰.

Orbene giova sgombrare il campo da un equivoco.

²⁹⁸ Cfr. MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa*, op. cit.

²⁹⁹ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit.

³⁰⁰ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

Le fonti sovranazionali di matrice normativa e giurisprudenziale, cui si è dato ampiamente rilievo, fissano una netta linea di demarcazione tra il concetto di “tortura” da un lato, e di “trattamenti inumani o degradanti” dall’altro, ponendo i tre *mistreatments* in rapporto di progressione scalare³⁰¹.

Poiché i “trattamenti inumani o degradanti” sono al tempo stesso un *aliud* ed un *minus* rispetto alla “tortura”, appare poco condivisibile, alla luce degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione già richiamati, la scelta di introdurre tali concetti in una norma incriminatrice *ad hoc*, facendoli assurgere peraltro ad una delle modalità alternative di realizzazione della condotta. E ciò tanto più per il fatto che i trattamenti inumani o degradanti, a differenza della tortura, non sono incompatibili con l’agire colposo o incolpevole. Nella giurisprudenza della Corte EDU, ad esempio, è stato frequentemente ricondotto nell’alveo dei trattamenti inumani o degradanti il problema del sovraffollamento carcerario, per il quale, da ultimo, il nostro Paese è stato condannato nella celebre sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* dell’8 gennaio 2013³⁰².

Il ricorso ai concetti di trattamenti inumani o degradanti, d’altra parte, non avrebbe alcuna reale capacità selettiva: le relative nozioni sono assai più “sfumate” di quella di tortura e non sembrano attenersi al canone di precisione che, sulla scorta del principio costituzionale sancito dall’art. 25, co. 2, Cost., deve necessariamente caratterizzare le norme penali³⁰³. Non pare, dunque, che rinunciarvi avrebbe effetti negativi in termini di tipizzazione della fattispecie.

³⁰¹ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, op. cit.

³⁰² Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 33

³⁰³ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit.

Problematico è, altresì, il riferimento alle violenze o alle minacce gravi, che sembra un tentativo piuttosto maldestro di “imbrigliare” il tipo legale “tortura” nella struttura dei reati a forma vincolata.

L’eventuale reiterazione della condotta potrebbe avere conseguenze significative in punto di commisurazione della pena, sulla scorta dei criteri di cui all’art. 133, co. 1, n. 1), c.p.³⁰⁴.

Un secondo aspetto su cui riflettere attiene alla necessità di un riferimento espresso alla condotta omissiva.

La definizione di tortura fornita dall’art. 1 della Convenzione del 1984 fa riferimento all’inflizione di sofferenze operata con qualsiasi atto.

Come si è già rilevato, nondimeno, la pedissequa riproposizione di tale definizione appare azzardata, poiché si tratta di norme, l’una una disposizione di diritto internazionale pattizio, l’altra una fattispecie incriminatrice di fonte nazionale, che rispondono a logiche del tutto diverse e soggiacciono a *standard* senza dubbio differenti³⁰⁵. In estrema sintesi, mentre la norma sovranazionale può contenere una descrizione meno rigorosa del precetto penale, giacché dalla stessa non discende alcun effetto diretto pregiudizievole per gli individui, la fattispecie penale interna deve individuare con la massima precisione possibile gli elementi costitutivi del reato, nella consapevolezza che eventuali vuoti di tutela non potranno essere colmati in sede applicativa attraverso il ricorso al procedimento analogico³⁰⁶.

Se, dunque, è vero che l’interpretazione dell’art. 1 della Convenzione del 1984 intende la definizione di tortura come comprensiva delle sofferenze procurate

³⁰⁴ BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in <<Dir. pen. cont. – Riv. trim.>>, 3/2013, p. 56 ss

³⁰⁵ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

³⁰⁶ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit.

tramite omissioni, un simile indirizzo interpretativo non potrebbe affermarsi per un'ipotetica norma incriminatrice che non contenesse un esplicito richiamo alla condotta omissiva, pena la violazione del principio di tassatività³⁰⁷.

L'operatività della clausola generale di estensione della punibilità di cui all'art. 40 c.p., d'altra parte, rimarrebbe pur sempre subordinata alla possibilità di configurare in capo al soggetto attivo una posizione di garanzia, il che non sempre accade, specie laddove il torturatore sia un privato cittadino non legato alla vittima da pregressi rapporti di parentela o, più in generale, da vincoli di qualsiasi natura, da cui discenda un obbligo giuridico di impedimento dell'evento³⁰⁸.

Il riferimento alla condotta omissiva si renderebbe necessario per evitare pericolose lacune ed applicazioni "disinvolte" della norma incriminatrice, in evidente violazione del divieto di analogia, le quali non potrebbero essere colmate neppure attraverso gli ordinari meccanismi di attribuzione della responsabilità omissiva previsti dalla parte generale.

Due tra i disegni di legge presentati nelle ultime legislature, i d.d.l. n. C 1279 e C 1508, si prefiggono di attribuire al delitto di tortura carattere permanente attraverso l'utilizzo del verbo "sottoporre" (<<*Chiunque sottopone una persona a tortura mediante violenza fisica o morale*>>), cfr. d.d.l. n. C1508, art. 613 *bis* c.p). Il termine, si legge nelle Relazioni di accompagnamento, <<*rimarcando la natura permanente dell'illecito, segna meglio il confine con i diversi reati di lesione personale, ingiurie e percosse, che hanno natura istantanea*>>³⁰⁹.

³⁰⁷ Cfr. BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, op. cit.

³⁰⁸ Cfr. MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa*, op. cit.

³⁰⁹ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

Non pare, tuttavia, che l'utilizzo del verbo "sottoporre" valga a conferire alla fattispecie carattere permanente. Se è vero che si tratterebbe di una soluzione foriera di ricadute positive in tema di prescrizione, è pur vero che non appare scevra da evidenti forzature, giacché la giurisprudenza sovranazionale è concorde nel sostenere la natura istantanea ad effetti permanenti del reato di tortura³¹⁰.

Invero nei contesti di tortura "ordinari" tutto si svolge in un unico arco temporale, sicché appare arduo accostare il tipo legale "tortura" alle ipotesi paradigmatiche di reato permanente o abituale.

Configurare la fattispecie di "tortura" come reato abituale, in sintesi, restringerebbe notevolmente l'ambito di applicazione della norma, con ciò frustrando le ragioni di politica criminale che militano in favore della sua introduzione: un singolo episodio di tortura non varrebbe ad integrare il reato, potendosi lo stesso perfezionare solo con il compimento di una pluralità di atti dal carattere usuale e ripetitivo. Sotto un diverso profilo eliminare dalla norma incriminatrice della tortura qualsiasi riferimento alla necessità di reiterazione degli atti comporterebbe l'indubbio vantaggio di contribuire a tenerne distinto l'ambito applicativo da quello dei delitti di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori³¹¹.

Il soggetto passivo

Il disegno di legge approvato alla Camera il 5 marzo 2014 riduce sensibilmente l'ambito applicativo dell'*introducenda* norma incriminatrice

³¹⁰ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

³¹¹ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

attraverso la delimitazione dei possibili soggetti passivi e la correlativa individuazione di veri e propri presupposti della condotta.

Invero l'art. 613 *bis* c.p. richiede, alternativamente, che la vittima di tortura sia:

a) una persona “privata della libertà personale”;

b) una persona affidata alla cura, alla custodia, all'autorità, alla potestà o all'assistenza del soggetto agente;

c) una persona che si trovi “in una condizione di minorata difesa”³¹².

Una norma così congegnata introdurrebbe altrettanti presupposti della condotta, ovverosia a) la preventiva sottoposizione del soggetto passivo a restrizione della libertà personale; b) la sussistenza di una relazione qualificata intercorrente tra l'autore e la vittima di tortura, che vede quest'ultima in posizione *lato sensu* di subordinazione rispetto alla prima; c) la condizione di minorata difesa del soggetto passivo.

Si tratta di una soluzione che ritaglia l'ambito di operatività della norma, tenendo conto degli episodi di tortura più di frequente registrati dalla cronaca. Non vi è dubbio che le situazioni nelle quali si rileva un rischio sensibile di sottoposizione a tortura siano quelle in cui il soggetto passivo si trovi in condizioni di detenzione, anche solo temporanea, e che non sono infrequenti le ipotesi in cui tra il torturatore e colui che è sottoposto ai tormenti vi sia una qualche “relazione qualificata”, che vede il secondo in posizione subordinata rispetto al primo³¹³.

³¹² Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 37

³¹³ Cfr. MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa*, op. cit.

All'esito di una riflessione più approfondita sembra, tuttavia, necessario formulare alcuni *caveat*.

L'unico requisito di fattispecie di cui si debba ritenere opportuna l'introduzione è il riferimento alla privazione della libertà personale del soggetto passivo. È di fondamentale importanza precisare, a tal proposito, l'irrelevanza nella norma incriminatrice della previa emanazione di un provvedimento formale di arresto, di fermo o di custodia cautelare: gli abusi più ricorrenti avvengono proprio in occasione dei c.d. "piccoli fermi" effettuati dalle forze dell'ordine, senza un preventivo controllo dell'autorità giudiziaria.

Quanto al requisito *sub b)*, la sua introduzione avrebbe come effetto collaterale quello di sovrapporre l'ambito applicativo della norma sulla tortura a quello del delitto di cui all'art. 572 c.p., che si applica anche nei casi in cui il soggetto passivo sia sottoposto all'autorità dell'agente o sia a lui affidato "*per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia*". In tale evenienza la Pubblica Accusa potrebbe contestare, invece della fattispecie di maltrattamenti in famiglia, quella di tortura, punita assai più severamente e per la cui integrazione sarebbe sufficiente un'unica condotta, anche in relazione a fatti naturalmente destinati a rientrare nella sfera di operatività dell'art. 572 c.p.³¹⁴.

Del tutto inopportuno appare poi il riferimento alla condizione di "minorata difesa", ricalcato sull'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p.. Si tratta di una formula di oscura interpretazione, non conforme al canone costituzionale di precisione. Non si vede, d'altro canto, come l'introduzione di questa imprecisa previsione possa valere a colmare vuoti di tutela, giacché risulta difficoltoso immaginare situazioni

³¹⁴ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

in cui la vittima di tortura si trovi in una situazione di “minorata difesa” e non sia, al tempo stesso, privata della libertà.

Un ulteriore effetto collaterale di tale formulazione della norma sarebbe, infine, il suo progressivo, inevitabile avvicinamento al delitto di atti persecutori, con rischi del tutto analoghi a quelli poc’anzi evidenziati in relazione a quello di maltrattamenti in famiglia.

L’evento

È certamente da condividere l’impostazione adottata dalla maggior parte dei disegni di legge presentati quanto alla necessità di richiedere, ai fini dell’integrazione della fattispecie di tortura, che la sofferenza fisica o morale cagionata al soggetto passivo sia particolarmente intensa³¹⁵.

Invero l’intensità delle sofferenze è connaturata al tipo legale “tortura” ed appare conforme alle definizioni contenute negli strumenti di diritto internazionale pattizio ed alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale, sebbene l’interpretazione evolutiva delle carte dei diritti abbia progressivamente determinato un abbassamento della “soglia minima di gravità” che consente di distinguere la tortura *strictu sensu* intesa dalle altre forme di *mistreatments*³¹⁶.

Anche il disegno di legge in discussione al Senato richiede che la condotta, posta in essere con le modalità di cui si è detto poc’anzi, cagioni “*acute sofferenze fisiche o psichiche*” nella vittima. Il ricorso a tale formulazione pare condivisibile, perché contribuisce a definire l’ambito applicativo della norma.

³¹⁵ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, op. cit.

³¹⁶ Cfr. LANZA G., *Verso l’introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

Il riferimento al concetto di “sofferenza”, invece che a quello di “malattia”, appare obbligato, poiché non sempre gli atti di tortura determinano l'insorgere di vere e proprie patologie medicalmente accertabili, sia in ragione del progressivo raffinamento delle tecniche di tortura, che spesso consentono di non lasciare alcun segno sul corpo della vittima, sia per via della difficoltà di porre in relazione gli eventuali disturbi di carattere psicologico manifestati dalla vittima con l'episodio di tortura denunciato³¹⁷.

Quanto alla previsione di una fattispecie *ad hoc* per i casi di minore gravità, volta a reprimere le condotte inquadrabili come trattamenti inumani o degradanti, la stessa si mostra particolarmente problematica per tre distinti ordini di ragioni.

In primo luogo la nozione di trattamenti inumani e degradanti presenta contorni poco definiti e mal si concilia con il principio di precisione in materia penale.

In secondo luogo le norme codicistiche esistenti paiono in grado di assicurare una tutela adeguata e proporzionata rispetto ai suddetti *mistreatments*.

In terzo luogo l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* comporterebbe rilevanti problemi applicativi in relazione ai suoi rapporti con la norma repressiva della tortura da un lato, e con le fattispecie di percosse, lesioni, violenza privata, e abuso di autorità contro arrestati e detenuti, dall'altro³¹⁸.

³¹⁷ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 39

³¹⁸ Cfr. BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, op. cit.

L'elemento soggettivo

Un ulteriore elemento forte di tipizzazione è dato dal dolo intenzionale.

Tale scelta si mostra più aderente al fenomeno nelle sue concrete manifestazioni e maggiormente idonea a tracciare una netta linea di demarcazione tra i fatti sussumibili sotto la norma incriminatrice *de qua* e quelli inquadrabili, invece, nelle fattispecie ordinarie di lesioni, percosse, ingiuria, minaccia o violenza privata. È pacifico, infatti, che la tortura consista nell'inflizione deliberata di sofferenze fisiche e morali: l'agente può rappresentarsi tale evento come certo, probabile al limite della certezza o soltanto possibile, ma in ciascuna di queste tre evenienze agisce proprio allo scopo di realizzarlo, ciò che invece non necessariamente accade per i reati su richiamati, che possono essere tutti commessi con qualsiasi forma di dolo.

Tutti i disegni di legge presentati nella XV e nella XVI legislatura configurano il crimine di tortura come reato a dolo specifico, richiedendo che l'agente persegua un risultato ulteriore, la cui realizzazione è irrilevante ai fini della consumazione del medesimo delitto. Essi richiedono, in particolare, che l'agente agisca alternativamente:

- a) al fine di ottenere segnatamente dalla vittima o da una terza persona informazioni o confessioni;
- b) per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale o, più genericamente, per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione;
- c) per punire la vittima per un atto che essa o una terza persona abbia commesso o sia sospettata di aver commesso;

d) allo scopo di intimorire la vittima o di far pressione su di lei o di una terza persona³¹⁹.

Il riferimento implicito è ancora una volta alla definizione di tortura contenuta nell'art. 1 della Convenzione del 1984.

La ricca casistica giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, tuttavia, fornisce molti spunti per ritenere che la previsione del dolo specifico verrebbe ad espungere dall'ambito di applicazione della norma le ipotesi, tutt'altro che rare, di inflizione intenzionale di sofferenze fisiche o morali senza alcun apparente scopo, ossia per vendetta, per spirito di rivalsa o per puro sadismo.

Il significato corrente del termine tortura oscilla tra due accezioni, una restrittiva e l'altra estensiva. La prima è quella che inquadra il fenomeno come *<<tormento temporale di varia specie che si infliggeva un tempo legalmente, e che talvolta illegalmente s'infligge ancor oggi, a un imputato o a un testimone, per ottenere la confessione di un delitto o qualche dichiarazione importante>>*³²⁰; la seconda è quella che lo intende invece come *<<atto brutale, crudele o qualsiasi forma di grave costrizione praticata su qualcuno per ottenere qualcosa o solo per sevizia>>*, con ciò ammettendo che possa esservi tortura anche in assenza di un qualsivoglia fine specifico. Secondo la dottrina più accreditata non può che condividersi, dunque, la scelta operata dal legislatore dell'ultimo disegno di legge

³¹⁹ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 40

³²⁰ Cfr. COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alla sentenza sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione della tortura*, op. cit.

in discussione al Senato di non fare ricorso al concetto di “dolo specifico” in chiave tipizzante³²¹.

Il trattamento sanzionatorio

Uno dei principali aspetti problematici del quadro normativo attuale è l'inadeguatezza delle cornici edittali previste per i reati che vengono correntemente applicati *in loco* della fattispecie di tortura, la quale si riverbera sulla determinazione del tempo necessario a prescrivere, che quasi sempre è troppo breve per consentire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità con una sentenza definitiva³²².

Il trattamento sanzionatorio è uno degli ambiti nei quali il legislatore è chiamato ad intervenire per adeguare il nostro ordinamento agli specifici obblighi che promanano dall'art. 2 della Convenzione del 1984 e che, in ambito regionale, discendono dalla sempre più copiosa giurisprudenza della Corte EDU in tema di obblighi procedurali.

Dei disegni di legge esaminati uno prescrive una cornice edittale particolarmente ampia, che va da uno a quindici anni di reclusione; due comminano la pena della reclusione da quattro a dodici anni; quattro stabiliscono una pena detentiva compresa tra i tre e i dodici anni di reclusione; ben dodici prevedono la pena della reclusione da quattro a dieci anni; il d.d.l. in discussione alla Camera statuisce la pena della reclusione da tre a dieci anni.

³²¹ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

³²² Cfr. EAD., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

La prima soluzione non persuade, poiché la differenza tra il minimo ed il massimo edittale, pari a ben quattordici anni, sarebbe tale da rendere il giudice legislatore del caso concreto, in violazione del principio garantistico di legalità della pena e dello stesso principio di separazione dei poteri³²³, e perché la previsione della reclusione inferiore nel minimo a due anni non autorizzerebbe il fermo di indiziato di delitto³²⁴.

Neppure le altre proposte legislative si mostrano convincenti.

Secondo autorevole dottrina solo l'individuazione di una cornice edittale che va da un minimo di cinque anni di reclusione ad un massimo di dieci o dodici anni potrebbe in linea di principio ritenersi adeguata poiché, oltre ad apparire proporzionata alla gravità del fatto ed al disvalore d'azione, inibirebbe l'operatività dei principali meccanismi di fuga dalla sanzione penale, ovverosia la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al servizio sociale, che può oggi essere concesso anche in caso di condanna a pena detentiva fino a quattro anni.

Le circostanze

Per quel che attiene alle circostanze, già si è detto dell'opportunità di prevedere, nel caso in cui il reato venisse configurato come reato comune, un'aggravante *ad hoc* per il caso in cui il soggetto attivo rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, al fine di garantire effettivamente una differenziazione del trattamento sanzionatorio. La circostanza dovrebbe essere così congegnata: in primo luogo alla stessa dovrebbe ricollegarsi

³²³ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit.

³²⁴ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

una cornice di pena diversa da quella prevista per il reato base, idonea ad esprimerne per intero il disvalore; in secondo luogo dovrebbe essere necessariamente sottratta al giudizio di bilanciamento, per evitare che la semplice concessione delle attenuanti generiche ponga sostanzialmente nel nulla un aggravamento di pena che, per le ragioni già evidenziate, si mostra indispensabile affinché la norma svolga l'auspicata funzione di deterrenza e di orientamento culturale nei confronti dei suoi naturali destinatari³²⁵.

I disegni di legge esaminati configurano, altresì, due ulteriori circostanze aggravanti, rispettivamente per il caso in cui dalle torture derivino lesioni personali per la vittima o addirittura la morte della stessa; alcuni di essi accompagnano le suddette circostanze con la previsione di una clausola di riserva, così da permettere che il fatto venga sussunto in un reato più grave.

Al di là della concreta configurazione delle aggravanti ora delineate, si nutrono notevoli perplessità in relazione all'opportunità stessa della loro introduzione, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale consolidato che considera l'evento aggravante come circostanza, come tale destinata a rientrare nel giudizio di bilanciamento³²⁶. Non può che riproporsi, pertanto, il rilievo per cui sarebbe sufficiente la concessione delle attenuanti generiche per neutralizzare l'aggravamento di pena che ad esse consegue³²⁷.

La dottrina prevalente ritiene, al contrario, maggiormente auspicabili le soluzioni seguenti: prevedere esplicitamente che le suddette aggravanti siano

³²⁵ COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit., pag. 44

³²⁶ Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit.

³²⁷ Cfr. MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa*, op. cit.

sottratte al giudizio di bilanciamento; non intervenire con una norma *ad hoc*, di modo che possa trovare applicazione l'art. 586 c.p..

I rapporti con altre figure di reato

Quanto ai rapporti con le altre figure di reato, parrebbe logico ritenere assorbite nel delitto di tortura, secondo il criterio della sussidiarietà, le fattispecie ordinarie di percosse e di minaccia, così pure, nel caso in cui il reato sia commesso da un agente dello Stato, di abuso d'ufficio.

Più problematica, invece, è la configurabilità di un concorso apparente di norme rispetto al delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. che, al di là della concreta formulazione dell'*introducenda* norma incriminatrice, sembrerebbe destinato a mantenere un residuo ambito di applicazione nei casi in cui il soggetto agente riesca ad ottenere dalla vittima di tortura informazioni o confessioni e, dunque, qualora vi sia un'effettiva coartazione della libertà di autodeterminazione della stessa.

Quanto alle ipotesi in cui agli atti di tortura facciano seguito le lesioni o la morte della vittima, invece, si rimanda alla previsione di aggravanti *ad hoc*: nella seconda evenienza il fatto andrebbe pacificamente sussunto sotto la fattispecie residuale di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p., mentre nella prima l'operatività della norma ora menzionata sarebbe inibita dal dettato dell'art. 84 c.p., ai sensi del quale le disposizioni relative al concorso di reati non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un delitto fatti che costituirebbero di per sé reato³²⁸.

³²⁸ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

Preme quivi precisare che gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione della tortura e delle condotte ad essa assimilabili sono formulati, nella maggior parte dei casi, *in termini negativi*: essi impongono che l'area di penalizzazione non venga indebitamente circoscritta attraverso l'applicazione di istituti di diritto penale sostanziale come le cause di giustificazione, le scusanti e le cause di estinzione del reato ovvero di istituti di natura processuale come le condizioni di procedibilità³²⁹.

Mentre la Convenzione del 1984, come si è detto, prevede espressamente che non possano operare, in riferimento ai suddetti *mistreatments*, le scriminanti dell'adempimento dell'ordine del superiore o di un'autorità e dello stato di necessità, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è ormai concorde nel ritenere che i delitti di tortura e di trattamenti inumani o degradanti siano imprescrittibili e non possano essere oggetto di provvedimenti di amnistia o di indulto.

Di tutto ciò il legislatore italiano dovrebbe tener conto, in primo luogo astenendosi dal delineare esimenti della più varia natura o dal prevedere la procedibilità a querela, in secondo luogo introducendo accanto alla norma incriminatrice della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti una serie di disposizioni aggiuntive, che recepiscano fino in fondo gli *input* di penalizzazione di matrice sovranazionale³³⁰.

Secondo l'opinione più accreditata, a fronte di cause di giustificazione, scusanti, cause di esclusione della punibilità in senso stretto e condizioni di procedibilità che indebitamente restringano l'ambito di applicazione delle fattispecie deputate a reprimere la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, il

³²⁹ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

³³⁰ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

giudice ordinario potrebbe e dovrebbe sollevare eccezione di legittimità costituzionale, invocando come norma il parametro di cui all'art. 117, co. 1, Cost. e come norme interposte quelle di matrice sovranazionale, che sanciscono i suddetti obblighi di criminalizzazione in termini negativi. Spetterebbe, poi, al Giudice delle leggi rimuovere dall'ordinamento, una volta per tutte e con efficacia *erga omnes*, le norme penali di favore irrispettose dei vincoli derivanti dal diritto internazionale, senza che con ciò si consumi alcuna violazione del monopolio legislativo quanto alle scelte di politica criminale³³¹.

Solo l'introduzione di una legge costituzionale di siffatto contenuto potrebbe inibire al legislatore ordinario l'adozione, in futuro, di norme di rango primario che violino gli obblighi di criminalizzazione nei termini negativi ora menzionati.

La previsione di una norma *ad hoc* nella legge di introduzione della fattispecie di tortura costituirebbe un passo in avanti, in quanto non sembra inverosimile sostenere che una simile fattispecie criminosa possa trovare copertura costituzionale negli artt. 13, co. 4, e 117 Cost., dispiegando "una particolare forza di resistenza passiva" a fronte di una legge pariordinata e successiva di segno opposto³³².

Nessuno dei disegni di legge esaminati contempla norme che esplicitamente escludano la rilevanza delle suddette esimenti, se si eccettuano alcune scarse eccezioni. Ve ne sono alcuni, all'opposto, che sanciscono la non punibilità degli atti di tortura costituenti "oggetto di obbligo legale".

³³¹ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

³³² Cfr. COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alla sentenza sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione della tortura*, op. cit.

Ebbene non si vede come simili atti possano essere non solo facoltizzati, ma addirittura imposti da una legge dello Stato, indipendentemente da qualsiasi finalità di salvaguardia della sicurezza nazionale alla quale la stessa possa ispirarsi. Si tratta, pertanto, di una disposizione che non avrebbe alcuna *chance* di sopravvivere al vaglio di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost..

Del tutto condivisibile appare, invece, la scelta effettuata dalla gran parte dei disegni di legge discussi in Parlamento di prevedere una qualche forma di *superior responsibility*, sul modello dell'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale.

Una delle cause dell'impunità del crimine di tortura, che costituisce il fattore principale della ricorrenza di tale odioso fenomeno anche nei Paesi democratici, è proprio l'acquiescenza dei diretti superiori dell'autore dei *mistreatments*: pur essendo a conoscenza dei fatti e/o avendo i poteri necessari ad impedirne la verifica, essi si sottraggono a qualsiasi azione di contrasto e non denunciano all'autorità giudiziaria l'accaduto, spesso in ossequio ad un "malinteso spirito di corpo"³³³.

Maggiori dubbi sorgono in relazione alle concrete modalità con le quali operare in tal senso.

La soluzione concretamente individuata dalla maggior parte dei testi di legge esaminati, che parifica *quoad poenam* a quella del torturatore la condotta del pubblico ufficiale che istighi altri alla commissione del fatto, che si sottragga volontariamente all'impedimento di quest'ultimo o che vi acconsenta tacitamente, non persuade, specie con riferimento all'ultima delle suddette condotte. Invero, per

³³³ Cfr. EAD., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

quanto riprovevole possa essere il comportamento del superiore che non denunci il fatto all'autorità giudiziaria, esso non può comunque essere paragonato, in termini di disvalore, a quello dell'autore materiale del reato³³⁴.

Un simile accostamento non pare poi così inopportuno per quel che concerne le ipotesi di istigazione, nelle quali il vero *dominus* dell'azione è il superiore, il quale si avvale della collaborazione dei propri subordinati, e di mancato impedimento dell'evento.

Il disegno di legge oggi in discussione prevede, altresì, l'introduzione di una norma *ad hoc* per il reato di "*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*", comminando la pena della reclusione da sei mesi a tre anni al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istighi un altro p.u. o i.p.s. a commettere il delitto di tortura, sempreché l'istigazione non sia accolta o che il delitto non sia commesso³³⁵.

Si tratta di una soluzione equilibrata, che avrebbe per lo meno il merito di non inibire l'operatività dell'art. 40, co. 2, c.p., ferma restando la necessità di ravvisare un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento in capo al superiore e di consentire l'applicazione, in presenza dei relativi presupposti oggettivi e soggettivi, della disposizione in tema di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p..

Si ritiene, nondimeno, che il tema sia bisognoso di un'ulteriore e più approfondita riflessione, posto che, da un lato, appare evidente il rischio dell'enunciazione di regole, cui si perverrebbe semplicemente applicando le norme estensive della punibilità di cui agli artt. 110 e 40, co. 2, c.p.; dall'altro lato, le

³³⁴ Cfr. LANZA G., *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, op. cit.

³³⁵ Cfr. MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa*, op. cit.

disposizioni previste dai disegni di legge menzionati non sembrano cogliere il vero nodo cruciale, che è rappresentato dalla responsabilità del superiore per omesso impedimento colposo e/o per agevolazione colposa e, dunque, per difetto di vigilanza o di controllo sull'operato dei suoi sottoposti³³⁶.

In relazione al secondo profilo, può sottolinearsi l'opportunità dell'introduzione di una disposizione analoga, per struttura e regola di imputazione dell'evento, a quella dell'art. 57 c.p., caratterizzata da una congrua riduzione di pena rispetto all'ipotesi "base"³³⁷.

³³⁶ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

³³⁷ Cfr. EAD., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

3.4 Conclusioni

Il passato più e meno recente ha conosciuto mutamenti epocali in tema di diritti umani, che difficilmente avrebbero potuto essere previsti con largo anticipo, basti pensare all'abolizione della schiavitù, o a quella della pena di morte.

Sembra giunto il momento che la lezione di Cesare Beccaria e di Pietro Verri venga ascoltata e che si gettino le basi per contrastare efficacemente uno dei fenomeni più odiosi del nostro tempo, che nessuna società autenticamente democratica dovrebbe poter tollerare³³⁸.

Solo l'adozione di norme incriminatrici effettive, proporzionate e dissuasive potrà garantire il diritto all'intangibilità della sfera corporea dell'uomo.

Affermare nei fatti il valore della sacralità dell'individuo, chiunque esso sia e qualunque crimine abbia commesso, è una delle sfide ineludibili dei prossimi decenni. Se non sapremo affrontarla, non potremo che scivolare lentamente verso la barbarie, smarrendo i tratti identitari della nostra stessa civiltà³³⁹.

Come dimostrato anche dalle notevoli differenze che caratterizzano i diversi progetti di legge esaminati, non si può nascondere che la trasposizione del concetto empirico di tortura in una norma incriminatrice sia cosa tutt'altro che semplice. L'incriminazione deve essere, da un lato, idonea ad onorare gli obblighi di derivazione internazionale, dall'altro, non solo rispettosa dei principi garantistici sui quali si fonda il diritto penale, ma anche adeguata a perseguire quelle condotte che altrimenti resterebbero impunte o che potrebbero essere sanzionate facendo

³³⁸ Cfr. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, op. cit.

³³⁹ Cfr. COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, op. cit.

ricorso a più generiche ed inadeguate fattispecie comuni già esistenti nel nostro sistema penale³⁴⁰.

Le problematiche non si limitano, inoltre, alla configurazione normativa del reato di tortura, ma investono anche aspetti riguardanti le ripercussioni che il suo inserimento può avere sull'intero ordinamento. Basti pensare all'impatto delle modifiche relative alla legislazione in materia di immigrazione, in un momento particolarmente delicato come è quello che stiamo vivendo, caratterizzato da una grave emergenza umanitaria, che determina il quotidiano approdo sulle nostre coste di migliaia di fuggiaschi in cerca di una vita migliore.

La lettura del testo normativo sembra nel complesso lasciare intravedere una certa volontà di cercare formulazioni idonee a proteggere il più possibile l'operato delle forze dell'ordine, piuttosto che le vittime.

La fattispecie di tortura commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio non dovrebbe essere ridotta a mera circostanza aggravante, come tale passibile di bilanciamento con le circostanze attenuanti.

L'incriminazione della tortura, in definitiva, non deve essere vista come un semplice "reato manifesto" né il suo inserimento all'interno del codice penale deve costituire un intervento normativo simbolico per rimediare alla lunga, oltre che ingiustificabile, inadempienza degli obblighi assunti nei confronti della Comunità internazionale³⁴¹.

Ben più rileva, in ossequio all'esigenza di effettività del diritto penale, la possibilità di disporre di una fattispecie che sia in grado di far fronte alle ipotesi

³⁴⁰ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

³⁴¹ Cfr. PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, op. cit.

criminoze, che fino ad oggi non sono state adeguatamente perseguite e punite a causa della tutela frammentaria e non specifica fornita dal nostro sistema in materia³⁴².

Affinché l'Italia possa finalmente colmare in modo adeguato la lacuna normativa denunciata e possa efficacemente contrastare il fenomeno dei tormenti, per troppo tempo tollerato o sottaciuto, appare auspicabile che venga posto rimedio alle criticità evidenziate, senza mai perdere di vista il contesto empirico e giuridico all'interno del quale deve operare la nuova norma penale.

Non resta che attendere il verdetto delle assemblee parlamentari.

³⁴² Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit.

Conclusione

Il presente lavoro è stato suddiviso in tre capitoli.

Il punto d'approdo dell'analisi del fenomeno fin qui condotta sembra dover necessariamente coincidere con il convincimento per cui l'istituto della tortura, che rimanda ad una serie di pratiche ed accadimenti, molti dei quali riconducibili all'esistenza di "vuoti", e di diritto e di potere, possa essere più opportunamente utilizzato per riflettere su una serie di innumerevoli fraintendimenti di carattere storico-filosofico e sulla possibilità di un capovolgimento di alcune delle tradizionali categorie politico-giuridiche delle teorie generali del diritto del Novecento.

Nel primo capitolo è stato analizzato un primo fraintendimento di carattere concettuale.

Nel corso dei secoli il tormento, usato esclusivamente in ambito giudiziario come mezzo di prova per estorcere confessioni ovvero come pena per la punizione dei reati ritenuti più gravi, finisce per diventare secondo autorevole dottrina una sorta di *principe accessoire du droit de la preuve*. E ciò all'interno della concezione di un diritto penale, che è manifestamente forza assoluta, in cui la violenza non ha bisogno di essere attenuata, ma soltanto centralizzata ed istituzionalizzata. Ecco che, in tale contesto, la tortura assume la dignità di un istituto tipicamente giuridico³⁴³.

Ove si volesse argomentare in tal senso, si finirebbe per generare un grosso malinteso circa la maniera di atteggiarsi del tormento nell'ordinamento giuridico

³⁴³ Cfr. LA TORRE M., *Concepts juridiques et torture. Usages et abus théoriques*, in << Cahiers de méthodologie juridique >>, settembre 2015

quale prassi normativamente regolamentata ai fini di tutelare interessi meritevoli ovvero quale principio ispiratore di pratiche che s'impongono *ubi silent leges*.

La tortura verrebbe quindi praticata al presentarsi di situazioni emergenziali e non tipizzate, cui porre rimedio mediante un artificio giuridico, cioè ponendo una regola di chiusura del sistema, dalle caratteristiche analoghe alla “norma giuridica esclusiva” bobbiana³⁴⁴, che rappresenti un confine tra ciò che è giuridico e ciò che è non-giuridico. Si tratta di una sorta di norma senza fattispecie, di un concetto-limite, dotata di una particolare capacità di estensione del suo ambito applicativo, che consente di incorporare nel proprio raggio d'azione tutti quei casi esclusi da una regolamentazione normativa, in quanto imprevedibili, senza con ciò travalicare il confine dello spazio giuridico di legittimità dell'intervento autoritativo. Una maggiore capacità espansiva della norma giuridica, difatti, offre la più rassicurante apparenza di un'efficace disciplinamento dei conflitti sociali, consentendo il ricorso all'armamentario del giurista di evitare una riespansione della sfera della moralità a tutto danno di quella della giuridicità.

Tale operazione, tuttavia, implica un'indifferente qualificazione del tormento, alternativamente in termini di concetto o di principio giuridico, a seconda della fenomenologia di riferimento.

Lungi dal volerne sostenere la natura di principio naturale o morale, presentandosi impraticabile l'affidamento spontaneo ad un'etica predominante in una sociale estremamente plurale come quella attuale, si pone la necessità di specificare i connotati che ne rimandino la configurabilità e come istituto e come principio, al fine di evitare la legittimazione di pratiche contrarie al senso di dignità

³⁴⁴ Cfr. BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993

umana sotto le mentite spoglie di una manovra obbligata, resa indispensabile dagli accadimenti concreti.

A voler assumere, pertanto, la tesi della tortura quale principio giuridico idoneo ad orientare l'esercizio di prassi violente, al sopraggiungere di ciò che viene rappresentato come un pericolo imminente e moralmente connotato³⁴⁵, si corre il rischio di occultare operazioni di politica del diritto, tese a sostenere malsane ideologie criminali, stante la circostanza per cui ogni principio incorpora uno specifico valore, soggetto per definizione ad applicazione differita³⁴⁶ a seguito del bilanciamento con altri valori di pari importanza.

Il secondo capitolo prende in considerazione il mutamento di senso del concetto di "sicurezza" da *humus* per la garanzia dei diritti a elemento del bilanciamento con i diritti³⁴⁷, in forza del quale è possibile confutare le argomentazioni utilitaristiche a sostegno della prassi del tormento.

Sulla scorta della nota teoria del "male minore", per cui la tortura possa essere giustificata per impedire la morte di innocenti (è il caso della "bomba ad orologeria"), molti autori sostengono la necessità di una regolamentazione, cercando di ridurne l'applicazione a casi specifici. Dershowitz, in particolare, ne propone un uso positivo e non letale, messo in pratica solo con il controllo della magistratura da personale medico e paramedico, nei confronti di prigionieri non

³⁴⁵ Cfr. POSNER E.A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2005

³⁴⁶ Cfr. DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010

³⁴⁷ Cfr. ALGOSTINO A., *Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti*, intervento tenuto in occasione del Congresso "Le nuove giustificazioni della tortura nell'età dei diritti", Vercelli/Torino, 20-21 novembre 2014

collaborativi collusi col terrorismo, suggerendo l'esigenza del c.d. mandato giudiziario formale³⁴⁸.

V'è d'uopo mettere in discussione il fondamento utilitaristico di tali argomentazioni e di conseguenza gli esiti cui conducono.

Nel soppesare la sofferenza di un singolo individuo con la sicurezza dell'intera collettività, la prevalenza del primo elemento della comparazione trova giustificazione nella sopravvenienza di una circostanza eccezionale, la cui spettacolarizzazione ne determina una connotazione moralizzante ed è causa della diffusa percezione di un clima di paura e di minaccia. Il tema della sicurezza, dunque, viene reso concettualmente separabile dalla necessità di tutela delle garanzie dei membri della società. L'utilitarismo, al contrario, propugna un'idea eterogenea. Nella tensione alla massimizzazione dell'utilità generale, rispetto al cui conseguimento anche un'azione in grado di produrre la massima felicità possibile per il maggior numero di persone possa essere considerata corretta, appare di fondamentale importanza la difesa delle garanzie individuali a protezione degli abusi del potere, sebbene nel vaglio fra due mali la scelta debba ricadere sul comportamento che procuri il minimo di infelicità generale³⁴⁹.

La definizione di tortura adottata da Bentham, uno dei massimi esponenti della filosofia utilitaristica, peraltro, escludendone in ogni caso la legittimazione per reati commessi a tutela della c.d. sicurezza dello Stato, è distante dalle pratiche di cui lo stesso Dershowitz sostiene la legalizzazione, dovendo queste consistere piuttosto in azioni atte a causare una sofferenza che giammai dovrebbe risultare

³⁴⁸ Cfr. DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, Carocci, Milano, 2003, pag. 125

³⁴⁹ Cfr. DI SCIULLO F. M., *La critica e il progetto. Aspetti e problemi politici dell'utilitarismo classico*, Giuffrè, Milano, 2004

superiore a quella che deriverebbe al reo da una pena detentiva per la mancata collaborazione con la giustizia³⁵⁰.

Posto che le giustificazioni addotte a sostegno della teoria del male minore risultino infondate nel loro presupposto, è possibile altresì dimostrare la fallacia argomentativa della proposta dell'avvocato statunitense sotto il profilo dell'efficacia.

Sulla traccia delle trattazioni illuministiche settecentesche, quattro sono le obiezioni che ad essa possono essere mosse: a) non si ha la certezza che il torturato possieda le informazioni cercate; b) le informazioni ottenute sotto tortura non possono considerarsi credibili³⁵¹; c) l'intervento dell'autorità potrebbe non essere tempestivo; d) è di non facile valutazione la previsione di eventuali abusi nell'esercizio di tale prassi³⁵². Sotto quest'ultimo profilo, una degenerazione autoritaria dell'intervento pubblico, lungi dal garantire una maggiore protezione, finirebbe per determinare una duplicazione dei fattori di rischio: il pericolo di una chiamata in correità, offerta da chi è sottoposto a tortura, non è minore della minaccia di un probabile attacco terroristico.

La necessità del bilanciamento tra valori, su cui è fondata la principale argomentazione a sostegno della legittimazione della pratica del tormento e della possibilità di una sua legalizzazione, pertanto, si rappresenta ingannevole: il risultato cui esso perviene, ossia una delegittimazione del potere, fonte primaria di insicurezza per l'intera comunità di riferimento, si presenta in realtà come uno

³⁵⁰ SMART J. J. C., WILLIAMS B., *Utilitarismo, un confronto*, Bibliopolis, Napoli, 1985, pp. 123 e ss.

³⁵¹ Cfr. VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Rizzoli, Milano, 1998

³⁵² Cfr. *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, (a cura di) Giannelli A. e Paternò M. P., Carocci editore S. p. A., Roma, 2004

stravolgimento della finalità originariamente perseguita, quella della stessa sicurezza collettiva, per la cui conquista si è disposti a comprimere la sfera individuale dei singoli³⁵³.

I recenti studi di Darius Rejali³⁵⁴, professore di Scienze politiche al Reed College, che si è occupato del significato della tortura moderna nel mondo e della connessione tra la prassi del tormento e le tecniche di interrogatorio, mettono in luce il ruolo inedito assunto dalla tortura in età contemporanea, la cui pratica, poggiandosi su una complessa relazione di rapporti economico-politici ed assumendo dimensioni globali, non si colloca più necessariamente in ambito processuale per ottenere la confessione dell'imputato, ma è divenuta una vera e propria strategia politica.

La Arendt intravede le origini di questo nuovo modo di atteggiarsi della tortura nella diffusione del modello amministrativo burocratico nei sistemi di governo delle moderne società democratiche, caratterizzato essenzialmente dalla parcellizzazione dei compiti e delle relative responsabilità³⁵⁵ e legittimato dalla divulgazione di un discorso pubblico, volto ad orientare la sensibilità della cittadinanza alla dissolvenza di ogni resistenza a notizie relative ad atti disumani e feroci³⁵⁶.

Questo utilizzo della tortura è inteso quale sintomo dei più evidenti profili patologici dello Stato moderno, quali il grande potere decisionale e di controllo sui

³⁵³ Cfr. *Utilitarismo e oltre. Giustizia, benessere, diritti nell'era del mercato globale*, (a cura di) Sen A., Williams B., NET, Milano, 2002

³⁵⁴ Cfr. REJALI D., *Torture and Democracy*, Princeton, 2007

³⁵⁵ Cfr. ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1996

³⁵⁶ Cfr. KELMAN H. C., *The Policy Context of Torture: a social-psychological analysis*, in <<*International Review of the Red Cross*>>, vol. 87, n. 857, March 2005

cittadini e la vulnerabilità nei confronti dei nemici interni ed esterni³⁵⁷. Le regole di controllo democratico, in tale contesto, non bastano ad assicurare l'equità delle relative procedure, quando queste abbiano luogo all'interno di una compagine sociale segnata da asimmetrie di potere, messe in atto da un processo di dislocazione delle decisioni in spazi meno criticabili dalle resistenze popolari, e da ineguaglianze di ricchezza e di cultura. A nulla è valso il tentativo di Ignatieff di individuare il fondamento di legittimità delle decisioni politiche nel processo deliberativo³⁵⁸, che prevede il confronto ed il raggiungimento di un compromesso fra tutti gli interessi in campo. Non va trascurato, difatti, il rischio che la discussione pubblica può comportare: gli attori che ad essa prendono parte, in quanto titolari degli interessi assoggettati alle ricadute di tali decisioni, non sono necessariamente alla ricerca di un accordo imparziale e razionale, ma possono servirsi dell'argomentazione soltanto come strumento per conseguire vantaggi di tipo materiale o simbolico attraverso modalità che danno la parvenza di perseguire l'interesse generale o il bene comune.

Secondo l'opinione della studiosa Blakeley, le cui ricerche si sono focalizzate negli ultimi anni sull'uso delle pratiche violente negli Stati liberaldemocratici, la finalità da attribuirsi al tormento non è più soltanto quella della salvaguardia della sicurezza collettiva, ma soprattutto quella di legittimare un gruppo di potere e di garantirne la stabilità (c.d. *legitimacy and stability model*)³⁵⁹. Dimostrazione n'è data dal fatto che l'esercizio della prassi si è professionalizzato nel tempo sino ad essere considerato non più una mera tecnica, ma una vera e propria strategia della

³⁵⁷ Cfr. PETERS E., *Torture*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999

³⁵⁸ Cfr. IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2006

³⁵⁹ Cfr. BLAKELEY R., *Why Torture?*, in <<Review of International Studies>>, vol. 33, n. 3, 2007

politica di stato, che richiede per la sua realizzazione personale all'uopo addestrato, strutture adeguate ed istituzioni compiacenti³⁶⁰. La tortura viene a configurarsi, pertanto, come sistema d'obbedienza caratterizzante una struttura fortemente gerarchizzata, funzionale al soddisfacimento di intenzioni di *public policy*.

Il tormento diventa qualcosa di più di un mezzo di ricerca della prova, connotandosi quale modalità di esercizio del potere. L'associazione tra tortura e confessione, in tal senso, è una finzione politica atta a giustificare le violenze inflitte. Non è il contenuto dell'interrogatorio, ma la confessione in sé considerata, in cui la vittima è costretta a cedere alle pressioni del suo carnefice, a consentire l'instaurazione di un particolare rapporto, che vede la realizzazione del desiderio di dominio da parte del torturatore: l'atto verbale della *confessio*, nel provocare intenzionalmente l'autotradimento del perseguitato e la conseguente deresponsabilizzazione del persecutore, porta a compimento il processo iniziato con la coercizione fisica, convertendo la sofferenza patita dalla vittima in dominio riconosciuto³⁶¹.

Il terzo capitolo, infine, analizza la configurabilità della tortura come pena/misura di sicurezza ovvero come principio ispiratore della sanzione, applicabile ove sia stata commesso un delitto.

È dimostrato come essa implichi inevitabilmente la corrosione di alcuni degli istituti fondamentali del diritto sostanziale e processuale penale, in particolar modo allorquando intervenga anteriormente alla condanna giudiziaria ai fini di prevenzione generale. Scrive Beccaria che "*Un uomo non può chiamarsi reo prima*

³⁶⁰Cfr. CIA, *Manuale della Tortura. Il testo USA top-secret*, DataNews Ed., Roma 1999

³⁶¹ Cfr. MAZZA C., *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, Bonanno, Roma, 2010

della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti col quale fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente? Non è nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, è non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati. Ma io aggiungo di più, ch'egli è un voler confondere tutt'i rapporti l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato, che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti"³⁶².

Scavalcando il principio della presunzione d'innocenza, mediante lo sconvolgimento delle nozioni di responsabilità e di colpa, la tortura finisce per corrompere la dialettica processuale tra accusato ed accusatore e viola uno dei presupposti della legalità, ossia la diversificazione tra il reo e l'innocente, muovendo al contrario da una loro sostanziale equiparazione. Una maggiore severità della pena, d'altro canto, non assicura la soppressione della criminalità; ne determina al contrario un'estensione, giacché non garantisce né la rieducazione del criminale né il recupero della sua rispettabilità sociale.

La tortura, sia essa configurata come pena, come strumento di prova o come pratica di polizia, è definitiva, pertanto, dell'identità di una società e del potere costituito, riflettendo la concezione che esso ha degli uomini come esseri

³⁶² BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Rizzoli, Milano, 1994, pag. 60

sacrificabili³⁶³. Tutto questo è comprensibilmente inconciliabile con un sistema costituzionale di diritti, fondato sulla certezza della pena e sul principio personalistico ed il cui linguaggio assoluto non consente alcun compromesso³⁶⁴.

³⁶³ Cfr. AGAMBEN G., *Homo Sacer*, Einaudi, Torino, 2005

³⁶⁴ Cfr. CATTANEO M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1998

Riferimenti bibliografici

ACKERMAN B., *The Decline and Fall of the American Republic*, The Belknap press of Harvard University press Cambridge, Massachusetts, London, 2010;

ACKERMAN B., *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism* (2006); trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, prefazione di R. Bin, Milano, V&P, 2008;

ACKERMAN B., *The Emergency Constitution* (2004); trad. it. *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, a cura di A. Ferrara, Roma, Meltemi, 2005;

ACKERMAN B., *La giustizia sociale nello Stato liberale*, Il Mulino, 1984;

AGAMBEN G., *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996;

AGAMBEN G., *Lo stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003;

AGAMBEN G., *Homo Sacer*, Einaudi, Torino, 2005;

AGAMBEN G., *L'uomo senza contenuto*, Quodlibet, 2013;

AGAMBEN G., *L'uso dei corpi, Homo sacer, IV, 2*, Neri Pozza, 2014;

AGNOLETTI, GUADAGNUCCI, *L'eclissi della democrazia. Le verità nascoste sul G8 2001 a Genova*, Feltrinelli, Milano, 2001;

ALLEG H., *La question* (1958); trad. it. *La tortura*, Einaudi, Torino, 1958;

ALTER J., *E' tempo di considerare la tortura*, editoriale del <<Newsweek>>, 5 novembre 2001;

AMÉRY J., *Levar la mano su di sé. Discorso sulla libera morte*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012;

AMÉRY J., *Intellettuale a Auschwitz*, Bollati Boringhieri, Torino, 1987;

ANONIMO ATENIESE, *La democrazia come violenza*, Sellerio Editore Palermo, 1982;

ANRIG G., *The War on Our Freedoms: Civil Liberties in an Age of Terrorism*, PublicAffairs, 2003;

APPIAH K.A., *Cosmopolitismo. L'etica in un mondo di estranei*, trad. it. Liberatore S., Laterza, Roma-Bari, 2007;

ARENDT H., *On Violence* (1970); trad. it. *Sulla violenza*, Guanda, Parma, 1996;

ARENDT H., *Responsability and Judgment* (2003); trad. it. *Responsabilità e giudizio*, a cura di J. Kohn, Einaudi, Torino, 2004;

ARENDT H., *Vis activa. La condizione umana*, Bompiani, 1994;

ARENDT H., *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, trad.it. Bernardini P., Feltrinelli, Milano, 2013;

ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, trad. it. Guadagnin A., Comunità, Milano, 1996;

ARENDT H., *Sulla rivoluzione*, Einaudi, Torino, 2006;

AZZARITI G. E DELLAVALLE S., *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Esi, Napoli, 2014;

BALLESTREROS J., *La violencia hoy. Sus tipos, sus raíces. Ética y Política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa Calpe, 1981;

BARBER B. R., *Fear's Empire: War, Terrorism, and Democracy*, W. W. Norton & Company, 2004, trd. It. *L'impero della paura*, Einaudi, 2004;

BARBERIS M., *Non c'è sicurezza senza libertà*, Il Mulino, Bologna, 2017;

BARILE P., *Il ritorno della tortura*, in <<il Ponte>>, giugno 1945;

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984;

BAUMAN Z., *Vite di scarto*, Laterza, 2007;

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, XII ed., Feltrinelli, Milano, 2007;

BENEDETTI M., *Pedro y el Capitán* (1986); trad. it. *Pedro e il capitano*, Biblioteca Franco Serantini, Pisa, 1995;

BENAZZO A., *L'emergenza del conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004;

BENJAMIN W., *Per la critica della violenza*, Edizioni Alegre, Marxiana, 2010;

BENNET H., *Sacer esto*, in <<Transactions of the American Philological Association>>, 61, 1930;

BENTHAM J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Spastic Cat Press, 2010;

BERMAN P., *Terror and Liberalism*, W. W. Norton & Company, 2004;

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014;

BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, 2009;

BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 2005;

- BODIN J., *Démonomania des sorciers* (1580); trad. it. *Demonomania degli stregoni*, a cura di A. Suggi, Edizioni di storia e letteratura dell'Istituto nazionale di Studi sul Rinascimento, Roma, 2006;
- BOURKE J., *Torture as pornography*, in <<The Guardian>>, 7 marzo 2004;
- BRUGGER W., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in <<Der Staat>>, 35, 1996;
- BRUGGER W., *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in <<Juristenzeitung>>, 55, 2000;
- BURGIO A., *Guerra. Scenari della nuova grande trasformazione*, DeriveApprodi, Roma, 2004;
- BUZZELLI S., *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in <<Diritto penale contemporaneo>>;
- CACCIARI M., *Icone della legge*, Adelphi, 2002;
- CALABRÒ G. P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello Stato costituzionale. Saggio di teoria e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2003;
- CAILLOIS R., *L'homme et le sacré*, Folio, Paris, 1988;
- CALAMANDREI P., *Postilla a Francesco Carnelutti. A proposito di tortura*, in Riv. Dir. Proc., 1952, I, 239;
- CAMPESI G., *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre Corte, 2009;
- CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, 2013;
- CAMPESI G., *Soggetto, disciplina, governo. Foucault e le tecnologie politiche moderne*, Mimesis, 2011;
- CAMUS A., *L'uomo in rivolta*, Bompiani, Milano, 2002;
- CANETTI E., *La tortura delle mosche*, Adelphi, 1993;
- CANETTI E., *Masse und Gewalt* (1960); trad. it. *Massa e potere*, Bompiani, Milano, 1998;
- CAPUANA L., *Tortura*, Barone, 2003;
- CASADEI T., *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016;
- CASSESE A., *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Il Mulino, Bologna, 2011;
- CATANIA A., *Il problema del diritto e l'obbligatorietà*, Giappichelli, Torino, 2006;
- CATTANEO M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1998;

CELANO B., *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013;

CENTONZE L., *Il rito dei sacrifici umani come fenomeno politico*, Immanenza, 2014;

CERI P., *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2003;

CERMEI M., *Costituzione democratica e tortura*, in Soc. dir., 2012, 72-74;

CHARTERS D. A., *The Deadly Sin of Terrorism: Its Effect on Democracy and Civil Liberty in Six Countries*, Greenwood, 1994;

CILIBERTO M., *La democrazia dispotica*, Laterza, 2011;

COLE D., JAMES X. D., *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New Press, 2006;

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alla sentenza sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione della tortura*, in Riv. It. Dir. Pen. Proc., 2009, 1801 ss.;

COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in <<Diritto penale contemporaneo>>;

CONRAD J., *L'agente segreto*, Sansoni, Firenze, 1965;

CONSTANT B., *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne* (1814); trad. it. *Conquista e usurpazione*, Einaudi, Torino, 1983;

CORDERO F., *Che cos'è la giustizia?*, Luca Sossella Editore, 2007;

CORDERO F., *Criminalia: nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma-Bari, 1985;

CORLEONE F., PUGIOTTO A., *Quando il delitto è la pena*, in Diritto penale contemporaneo, 20 novembre 2012;

CROSATO C., *L'uguale dignità degli uomini. Per una riconsiderazione del fondamento di una politica morale*, Cittadella Editrice, Assisi, 2013;

DANNER M., *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review of Books, 2004;

D'ENTRÈVES A. P., *La dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1967;

DERRIDA J., *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003;

DERSHOWITZ A., *Perché aumenta il terrorismo. Capire la minaccia e rispondere alla sfida*, Carocci, Roma, 2003;

DERSHOWITZ A., *Why Terrorism Works. Understanding the Treat, Responding to the Challenge* (2002); trad. it. *Terrorismo*, Carocci, Milano, 2003;

- DE SANCTIS F. M., *Riflessioni sull'homo dignus*, in <<Rivista critica di diritto privato>>, 29, 1, 2011;
- DI BELLA F., *Storia della tortura*, Odoja, 2008;
- DOSTOEVSKIJ F., *I demoni*, Einaudi, Torino, 1942;
- DUBET F., *La préférence pour l'inégalité. Comprendre la crise des solidarités*, Seuil, Paris, 2014;
- DWORKIN R., *Terror and the Attack on Civil Liberties*, <<New York Review of Books>>, 6 novembre 2003;
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 2010;
- EDMONDS D., *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Cortina Raffaello, 2014;
- FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001;
- FANON F., *I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 2007;
- FEDERICI M. C., *La sicurezza umana: un paradigma sociologico*, Franco Angeli, 2013;
- FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2009;
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001;
- FERRARO F., *Libertà e sicurezza nell'Unione Europea. Tra età moderna e globalizzazione*, Pisa University Press, 2012;
- FILANGIERI G., *La Scienza della legislazione (1780-1785)*, con il commento di B. Constant, a cura di V. Frosini, revisione critica di F. Riccobono, 2 voll., Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1984;
- FINN J. E., *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*, Oxford University Press, USA, 1990;
- FIORAVANTI C., *Persona, stato d'eccezione, divieto della tortura, in Per una consapevole cultura costituzionale*, a cura di Pugiotto A., Jovene, Napoli, 2013;
- FIGLIARELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1953-1954;
- FITOUSSI J.P., *Il teorema del lampione o come mettere fine alla sofferenza sociale*, trad. it., Chiesara M.L., Einaudi, Torino, 2013;
- FORTI S., *Nuovi demoni. Ripensare oggi male e potere*, Feltrinelli, Milano, 2012;
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison (1975)*; trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1975;

- FRESA C., *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, CEDAM, Padova, 1981;
- FRIEDRICH C.J., *Governo costituzionale e democrazia*, 1941;
- GALLI C., *Guerra globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002;
- GALLI C., *La genealogia del potere. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996;
- GAROFALO P., *Diritti umani e tortura. Potenza e prepotenza dello stato democratico*, Città Aperta, Enna, 2009;
- GIANNELLI, PATERNÒ, (a cura di) *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004;
- GINBAR Y., *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the <<Ticking Bomb>> Justification for Torture*, Oxford, Oxford University Press, 2010;
- GONNELLA P., *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Roma, 2013;
- GOUREVITCH P., MORRIS E., *La ballata di Abu Ghraib*, Einaudi, Torino, 2009;
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992); trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996;
- HART H., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963;
- HAUTVAL A., *Médecine et crimes contre l'humanité*, Actes Sud, Paris, 1991;
- HOBBS T., *De cive* (1642); trad. it. *De cive*, a cura di T. Magri, II ed., Editori Riuniti, Roma, 1987;
- HOBBS T., *Leviathan* (1651); trad. it. *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, II ed., Laterza, Roma-Bari, 1992;
- HUGO V., *L'ultimo giorno di un condannato a morte*, a cura di M. Enoch, New Compton, Roma, 1993;
- IGNATIEFF M., *The Lesser Evil Political Ethics in an Age of Terror* (2004); trad. it. *Il male minore: l'etica nell'era del terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2006;
- IGNATIEFF M., *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, a cura di W. Lenzen, Paderborn, Mentis, 2006;
- IGNATIEFF M., *Si la tortura funciona*, in <<Claves de Razón Práctica>>, n. 162, 2006;
- JELLOUN T. B., *E' questo l'Islam che fa paura*, Bompiani, 2015;

- JOSÈ FALCON Y TELLA M., *Fondamento e finalità della sanzione*, Milano, Giuffrè, 2008
- JOUVENEL B. de, *La sovranità*, Giuffrè, Milano, 1971;
- KAFKA F., *Nella colonia penale*, Leone, Monza, 2010;
- KAGAN R., *Il diritto di fare la guerra. Il potere americano e la crisi di legittimità*, Mondadori, Milano, 2004;
- KAGAN R., *Il ritorno della storia e la fine dei sogni*, Mondadori, Milano, 2008;
- KANT I., *Die Methaphysik der Sitten* (1797); trad. it. *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1991;
- KANT I., *Zum ewigen Frieden* (1795); trad. it. *Per la pace perpetua*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, Utet, Torino, 956;
- KATEB G., *Human dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011;
- KELSEN H., *Peace Through Law* (1944); trad. it. *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino, 1990;
- KELSEN H., *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Giappichelli, Torino, 2009;
- KERSTÉSZ I., *Il secolo infelice*, Bompiani, Milano, 2012;
- KERSTÉSZ I., *Diario della galera*, Bompiani, Milano, 2009;
- KOSKENNIEMI M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001); trad. it. *Il gentile civilizzatore delle nazioni*, Laterza, Roma-Bari, 2012;
- KREIMER S.F., *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror*, in <<University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law>>, 6, 2003;
- LACASTA J. I., *Amigo/enemigo: una lógica cruel e innecesaria*, in <<Diario de Noticias de Aleva>>, 23 marzo 2006;
- LALATTA COSTERBOSA M., *Per una storia critica della tortura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, n. 1, 3 ss.;
- LALATTA COSTERBOSA M., *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, Roma, 2016;
- LANDRICINA M. E., *Il crimine di tortura e le responsabilità internazionali dell'Italia*, Carocci, Roma, 2008;
- LA TORRE M., *Norme, istituzioni, valori*, Laterza, Roma-Bari, 1999;
- LA TORRE M. e LALATTA COSTERBOSA M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013;

- LA TORRE M., *Diritti umani*, in La Torre M., Lalatta Costerbosa M., Scerbo A., *Questioni di vita o morte: etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007;
- LATERRA G., *Storia della tortura*, Olimpia, Sesto fiorentino, 2007;
- LEVACK B.P., *The Witch-Hunt in Early Modern Europe* (1987); trad. it. *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2008;
- LEVI P., *Se questo è un uomo*, Einaudi, Torino, 2014;
- LEVI P., *I sommersi e i salvati*, Einaudi, Torino, 2007;
- LEVINSON S., *Torture: a collection*, Oxford University Press, USA, 2006;
- LIPARI N., *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004;
- LYON D., *La società sorvegliata*, Feltrinelli, 2003;
- LUHMANN N., *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2013;
- LUHMANN N., *Esistono ancora norme indispensabili*, Armando Editore, Roma, 2013;
- LUHMANN N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002;
- MACHIAVELLI N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1531), in Id., *Opere*, Istituto dell'Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 2006;
- MAGATTI M., *La grande contrazione. I fallimenti della libertà e le vie del suo riscatto*, Feltrinelli, Milano, 2012;
- MAGDELAIN A., *Auctoritas principis*, Belles Lettres, Paris, 1947;
- MARCUSE H., *Critica della tolleranza*, Mimesis, 2011;
- MANZONI A., *Storia della colonna infame* (1842), Feltrinelli, Milano, 1992;
- MARIETTI S., Santoro G., *Diritti e castigo*, Intra Moenia, Napoli, 2007;
- MAYERFIELD J., *In Defense of the Absolute Prohibition of Torture*, in <<Public Affairs Quarterly>>, 22, 2008;
- MARCEL G., *Tu non morirai*, Casini, 2006;
- MARCEL G., *La dignità umana e le sue radici esistenziali*, Studium, Roma, 2012;
- MARCHI I., *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in <<Diritto penale contemporaneo>>;
- MAZZA C., *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere*, Bonanno, Roma, 2010;

- MELLOR A., *La tortura*, Ed. Estela, Barcellona, 1964;
- MESSNER, *Diritto, politica, tortura e altri "states of concern". A proposito di un recente studio sulla teoria del diritto di Luhmann*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009;
- MILLER S., *Is Torture Ever Morally Justifiable?*, in <<International Journal of Applied Philosophy>>, 19, 2005;
- MOLINARI M., *Il Califfato del Terrore. Perché lo Stato islamico minaccia l'Occidente*, Rizzoli, 2015;
- MONTESQUIEU CH. DE SECONDAT, *De l'Esprit de lois* (1748); trad. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di R. Derathé, Rizzoli, Milano, 1989;
- MOYNE S., *The Last Utopia: Human Rights in History*, Beknap Press, Cambridge, 2012;
- MONTALIVET DE J.P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006;
- MOORE M.S., *Torture and the Balance of Evils*, in <<Israel Law Review>>, 23, 1989;
- MOSCA C., *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, CEDAM, 2012;
- NAPOLEONI L., *Isis. Lo Stato di terrore. Chi sono e che cosa vogliono le milizie islamiche che minacciano il mondo*, Feltrinelli, 2014;
- NATOLI S., *L'esperienza del dolore*, Feltrinelli, 2014;
- NEGRI A., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Manifestolibri, 2002;
- NUSSBAUM M. C., *Giustizia sociale e dignità umana*, Il Mulino, Bologna, 2013;
- NUSSBAUM M. C., *La nuova intolleranza: superare la paura dell'Islam e vivere in una società più libera*, Il Saggiatore, 2012;
- OTHMANI, *La pena disumana. Esperienze e proposte radicali di riforma penale*, Mondadori, Milano, 2004;
- ORWELL G., *1984*, Mondadori, Milano, 2002;
- PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002;
- PASQUINELLI M., *Torture "made in USA". Viaggio nel Gulag a stelle e strisce*, Massari, 2004;
- PEREZ E. B., *Tortura*, in La Torre M., Lalatta Costerbosa M., Scerbo A., *Questioni di vita o morte: etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007;
- POE E. A., *Il pozzo e il pendolo*, Felici, 2012;
- PORTILLO G., *El retorno del Derecho penal al estado de naturaleza*, in <<Viento Sur>>, n. 83, novembre 2005;

- POPITZ H., *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, Il Mulino, Bologna, 2001;
- PORTINARO P.P., *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, 2011;
- PORTINARO P.P., *I concetti del male*, Einaudi, 2002;
- POSNER E.A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2005;
- POSNER E.A. E VERMEULE A., *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Courts*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007;
- PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in <<Diritto penale contemporaneo>>;
- PULITANÒ D., *L'inquisizione non soave tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in Foro it, 1984, II, c. 230 ss.;
- QUADRI G., *La forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1979;
- QUIRICO D., *Il grande Califfato*, Neri Pozza, 2015;
- RANGONI L., *La tortura*, Xenia, 2003;
- REMOTTI F., *L'ossessione identitaria*, Laterza, Roma-Bari, 2010;
- REJALI D., *Torture and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007;
- RESTA E., *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2002;
- RICOEUR P., *Il diritto di punire*, Morcelliana, Brescia, 2012;
- RILEY SCOTT G., *Storia della tortura*, Mondadori, Milano, 1999;
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012;
- RODOTÀ S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014;
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2012;
- RODOTÀ S., *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013;
- ROSEN M., *Dignità: storia e significato*, Codice, 2013;
- ROSSITER C. L., *Constitutional Dictatorshipcrisis Government in the Modern Democracies - Primary Source Edition*, Nabu Press, 2014;
- SADE F., *Le centoventi giornate di Sodoma*, Bedford, Newton Compton, 2010;
- SANDEL M., *Quello che i soldi non possono comprare: i limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano, 2013;
- SANDEL M., *Giustizia. Il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano, 2013;
- SANDEEP B., JEFFREY C.E., *Torture and the Commitment Problem*, in <<Review of Economic Studies>> (2016) 83, 1406–1439;

SCHMITT C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950); trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello <<Jus publicum europaeum>>*, Adelphi, Milano, 1991;

SCHMITT C., *Le categorie del <<politico>>*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972;

SCHNAPPER D., *L'esprit démocratique des droits*, Gallimard, Paris, 2014;

SEIDL F., *Terrorism and the Balance Between Freedom and Security*, Grin Verlag, 2013;

SETTEMBRE R., *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Einaudi, Torino, 2014;

SILVA SÁNCHEZ J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999;

SIRONI W.S., *Bourreaux et victimes. Psychologie de la torture* (1999); trad. it. *Persecutori e vittime. Strategie di violenza*, Feltrinelli, Milano, 2001;

SMART J.J.C. E B. WILLIAMS, *Utilitarianism For and Against*, Cambridge, university of Cambridge Press, 1973;

SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino, 2005;

SOFSKY W., *L'ordine del terrore. Il campo di concentramento*, Laterza, Roma-Bari, 2004;

SOFSKY W., *Saggio sulla violenza*, Einaudi, Torino, 1996;

SOFSKY W., *Il paradiso della crudeltà. Dodici saggi sul lato oscuro dell'uomo*, Einaudi, Torino, 2011;

SOLJENITSIN A., *Arcipelago Gulag*, Mondadori, Milano, 2013;

SOLZENICYN A. I., *Il primo cerchio: romanzo*, Mondadori, Milano, 1971;

SPAEMANN R., *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, Lindau, 2011;

SUPIOT A., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, trad. it. Rodriguez X., Bruno Mondadori, Milano, 2006;

SPEE F. von, *Cautio criminalis sive Liber de processu contra sagas* (1631); trad. it. *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, a cura di A. Foa, II ed., Salerno editrice, Roma, 2004;

LINZ J. J., STEPAN A., *The Breakdown of Democratic Regimes: Europe*, Johns Hopkins University Press, 1978;

TOSCANO R., *La violenza, le regole*, Einaudi, Torino, 2006;

TRIONE F., *Divieto di crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006;

- TRONCONE P., *Il diritto dello Stato di punire con la morte*, Aracne, Roma, 2012;
- VERRI P., *Osservazioni sulla tortura*, Claudio Gallone Editore, Milano, 1997;
- VERVAELE J., *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Oxford, 2005;
- VIDAL-NAQUET P., *Torture. Cancer of Democracy. France and Algeria 1954-62*, New York, Penguin, 1963; trad. it., *Lo stato di tortura. La guerra d'Algeria e la crisi della democrazia francese*, Laterza, Bari, 1963;
- VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, Feltrinelli, 2008;
- VOLTAIRE, *Candido*, Einaudi, 2014;
- YOO J., *The Powers of War and Peace*, Chicago, University of Chicago Press, 2005;
- WALDRON J., *Torture, terror and trade offs: philosophy for the white house*, Oxford, Oxford University press, 2010;
- WELCH M., *Fare l'impossibile. Genealogia della tortura moderna*, in Stud. Quest. Crim., 2007, 41 ss.;
- ZAGATO L., PINTON S., *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, CEDAM, Padova, 2010;
- ZAGATO L., *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani e degradanti nelle migrazioni*, CEDAM, Padova, 2013;
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1997;
- ZAMBRANO M., *Persona y democracia. La historia sacrificial (1958)*; trad. it. *Persona e democrazia*, Bruno Mondadori, Milano, 2000;
- ZIZEK S., *L'Islam e la modernità. Riflessioni blasfeme*, Ponte alle Grazie, 2015;
- ZIZEK S., *In difesa delle cause perse. Materiali per la rivoluzione globale*, Ponte alle Grazie, 2013;
- ZOJA L., *La morte del prossimo*, Einaudi, Torino, 2009;
- ZOLO D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006;
- ZOLO D., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000;
- ZOLO D., *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Feltrinelli, 2011.