

— *Malum in se*

L'intrinseca incompatibilità tra Stato di diritto e tortura legale

Malum in se

The intrinsic incompatibility between Rule of Law and legalizing torture

di Matilde Botto

Abstract. Lo scopo di questo contributo è quello di proporre una panoramica del dibattito giusfilosofico contemporaneo concernente il tema della legalizzazione della tortura. Adottando una prospettiva storica e filosofica, si mira ad evidenziare quanto le istanze atte a sostenere l'introduzione di forme di "tortura legale" siano profondamente distanti e contrastanti con i principi che sorreggono gli ordinamenti giuridici. Inoltre, la perdurante presenza della tortura nella storia dell'umanità altro non è se non un monito imprescindibile. La tortura, infatti, non è solamente un "oggetto necessario del diritto penale", ma anche un tema che "ci riguarda" ed interessa la filosofia, almeno quanto il diritto.

Abstract. The aim of this essay is to provide an overview of the contemporary philosophical-legal debate, concerning the theme of the legalization of torture. Starting with an historical and philosophical perspective, it is highlighted that the instances proposed by the theorists supporting the introduction of forms of "legal torture" are far from and contrary to the foundational principles of modern legal systems. Moreover, the persistent presence of torture in human history it is nothing but a warning. Torture, in fact, is not only a "necessary object of criminal law", but also an issue which "concerns us" and it is investigated by Philosophy, at least as much as by the Law.

SOMMARIO: 1. Proibire la tortura: la *lectio magistralis* illuminista che sopravvive nei secoli. – 2. Una "moderata pressione fisica": dalla Commissione Landau alla *ticking bomb* di Luhmann. – 3. L'alba del nuovo millennio. – 4. Quando l'uomo diviene mezzo: tra *ticking bomb*, legittima difesa e mandati giudiziari. L'argomento "principe":

la *ticking bomb*. – 4.1. *Self-defense*: la tortura come reazione difensiva. – 4.2. Il mandato giudiziale di tortura: una giustificazione *ex ante*. – 5. L'inevitabile *slippery slope*: "uno, cento, mille". – 6. Cosa "bilanciano" i fautori della legalizzazione della tortura? – 7. Imperfette (inammissibili) analogie. – 8. L'incompatibilità tra legalità e tortura. Il rapporto tra male e diritto. – 9. L'impossibile legalizzazione passa anche dagli "effetti concreti".

SUMMARY: 1. Prohibition of Torture: the enlightened *lectio magistralis* that has survived for centuries – 2. A "moderate measure of physical pressure": from the Landau Commission to the Luhmann's *ticking bomb* scenario. – 3. The dawn of the new millennium. – 4. When a man becomes a *medium*: the *ticking-bomb* scenario, *self-defense* and the torture warrants. The main argument: the *ticking-bomb* scenario. – 4.1. *Self-defense*: torture as a defensive reaction. – 4.2. The torture warrant: an *ex ante* justification. – 5. An inevitable *slippery slope*: "one, one hundred, one thousand". – What do theorists of legalization of torture want to balance? – 7. Imperfect (inadmissible) analogies. – 8. The incompatibility of torture with the Rule of Law. The relation between evil and law. – 9. The "real effects" remind us (again) that legalizing torture is not possible.

1. Proibire la tortura: la *lectio magistralis* illuminista che sopravvive nei secoli.

Parlare di tortura legale rievoca scenari lontani: fa pensare al Medioevo, all'Inquisizione cinquecentesca, alla "caccia alle streghe" o, addirittura, porta la mente a ripercorrere luoghi e tempi ancor più remoti¹. E non è sbagliato: l'uso della tortura è testimoniato dalle fonti fin dall'antichità. Per secoli la tortura è stata un "istituto della procedura giuridica"², tanto che è divenuta oggetto di minuziosa descrizione non solo da parte di ampia letteratura, dottrina e manualistica, ma anche di codici e leggi, soprattutto nel vasto lasso di tempo compreso tra la tarda età di mezzo e il diciottesimo secolo. Uno strumento, quello della tortura, dalla doppia natura³, giudiziaria e politica. Da una parte si delinea la "tortura giudiziaria"⁴, ossia la tortura utilizzata come strumento probatorio per perseguire il fine dell'ottenimento della confessione del reo o per comminare una pena esemplare a fronte di un crimine particolarmente grave⁵: un impiego che trovava la sua giustificazione in nome di un paventato "interesse collettivo" e in vista della garanzia della

¹ Per una rapida introduzione storica alla tortura si veda M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, 2013, pp. 23-56, ove, oltre all'*excursus* storico, viene messa evidenza la doppia natura della tortura (dall'antichità all'età moderna): strumento giudiziario, da un lato, e strumento di affermazione del dominio politico, dall'altro. Si segnala anche R. Orlandi, *Documento introduttivo* in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019, pp. 1 ss.

² Espressione usata in M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, 2010, p. 163.

³ Cfr. B. Pastore, *La tortura, lo Stato di diritto, l'abisso dell'eccezione* in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 13.

⁴ La tortura giudiziaria, storicamente, viene ad essere bipartita a seconda della sua "finalità": essa coincide con la c.d. *quaestio* – in francese *question préparatoire* – (ovverosia la tortura alla quale si sottoponeva il reo per farlo confessare) oppure con la c.d. *quaestio in caput sociorum* – in francese *question préalable* – (ossia la tortura inflitta al reo al fine di ottenere la delazione o indicazione dei complici, che dir si voglia). Cfr. T. Padovani, *Quaestio in caput sociorum. Alle origini dell'obbligo del reo di collaborare alle indagini*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 68.

Per approfondire si segnala, inoltre, l'opera di M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 25-36. Per una disamina storica e per un approccio più analitico sul tema della tortura nella storia, si consiglia caldamente la lettura di T. Padovani, *Giustizia criminale. Vol. 3: Tortura*, Pisa University Press, 2015 (specificamente dedicate all'inquadramento storico sono: la "Lezione III" e la "Lezione IV", pp. 39-67 e, sul tema dei "soggetti" della tortura, la "Lezione V", pp. 67-80).

⁵ Si trattava al più di crimini contro l'autorità.

“sicurezza pubblica”. Dall’altra, la dimensione politica della tortura le fa assumere una funzione diversa: la tortura è strumento del potere e come tale è usata dallo Stato stesso per affermare la sua supremazia⁶. Così lo Stato usa il terrore per radicare la sua assoluta sovranità sul popolo, che è in questo modo suddito. Il legame tra politica del terrore, dunque tortura, e Stato “tiranno” è inscindibile. Sebbene nei secoli richiamati l’uso della tortura fosse un episodio di “prassi”, l’immoralità della stessa ha fatto sì che anche allora si sentisse la necessità di “spiegarne il ricorso”. Molte, infatti, le argomentazioni che si sono succedute per giustificare l’utilizzo di tale strumento: dall’utilitarismo, alla teoria del doppio effetto fino ad una paventata efficacia deterrente della tortura. Rilevato che, dunque, la necessità di ricorrere a tali teorie esplicative deriva dalla natura della tortura stessa, il cui impiego impone di ricercare “elaborate motivazioni” atte a sostenerne l’uso, tanta è l’atrocità dei supplizi che la caratterizzano, si comprende perché, anche nel tempo “dell’uso istituzionale” della tortura, si sono levate voci atte a reclamarne l’abolizione, le quali hanno messo in luce la sua irragionevolezza, immoralità e irrazionalità.

“Allora e ancor prima”, si potrebbe asserire: l’aberrante natura della tortura, unitamente alla sua immoralità e disumanità, ha fatto sì che non potesse passare secolo senza che gli uomini ne denunciassero l’insensatezza. Se la prima voce che si leva per mettere in dubbio il ricorso a tale mezzo è quella di Aristotele nella *Retorica*⁷, non si può non rammentare la netta posizione di Cicerone (*una tantum* nelle *Verrine*) e quella elaborata da Quintiliano (nelle *Institutiones oratoriae*)⁸, per citare solo due esponenti tra i pensatori romani. L’avvento del cristianesimo, poi, e della visione fondata sulla regola aurea “ama il prossimo tuo come te stesso”, tradotta nel non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te, rende inaccettabile, anche al di fuori dell’ambiente intellettuale, la disumanità che caratterizza la tortura. Tuttavia, la vera svolta nelle argomentazioni contro la tortura si ha con l’Illuminismo: è in questo contesto culturale che il rapporto regola/eccezione si ribalta, che il diritto si separa e antepone, definitivamente, alla tortura e prende il sopravvento su di essa. Non esiste giustificazione alla tortura: la critica illuminista irrompe e stravolge la visione antecedente appena ripercorsa.

La tortura diviene tabù, il suo divieto si configura come assoluto, inderogabile e universale. «Mi pare impossibile che l’usanza di tormentare privatamente nel carcere per

⁶ Sullo stretto nesso tra tortura e “assolutizzazione” del potere, *rectius* il rapporto tra questa e la nascita e il funzionamento dei regimi totalitari, basti leggere le osservazioni di Hannah Arendt nel celeberrimo H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, 2009, pp. 533 ss.

⁷ Aristotele, nella *Retorica*, tra gli altri temi, giunge anche a parlare degli argomenti che coloro che contendono in giudizio si trovano ad utilizzare al fine di corroborare le prove messe in campo. In tale contesto si rivolge anche all’analisi del problema delle testimonianze estorte con tortura e, con una chiarezza ed una modernità disarmanti, afferma: «quando si è costretti si dicono menzogne non meno che verità; e se si sa resistere, non si dice la verità, mentre poi si dice anche il falso per far terminare più in fretta la tortura. [...] Bisogna dire che le testimonianze sotto tortura non sono veridiche; vi sono infatti molte persone di scarsa sensibilità, le quali sono dure come pietra e che essendo forti di animo possono resistere con costanza alle costrizioni; altri invece sono vili e timidi e hanno coraggio solo prima di avere visto gli strumenti di tortura; perciò non vi è nulla di attendibile nelle testimonianze sotto tortura». Aristotele, *Retorica* (1377a), in *I classici del pensiero. Aristotele. Volume secondo*, Mondadori, 2008, p. 859.

⁸ Si veda T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., “Lezione VIII”, pp. 118-119, per una disamina del pensiero di Quintiliano.

avere la verità possa reggere per lungo tempo ancora»⁹: correva l'anno 1777 e Pietro Verri si esprimeva in tali termini nelle sue *Osservazioni sulla tortura*. La tortura scompare dai tribunali e dalle università, scende un sipario sul suo impiego: parlarne diventa inaccettabile. L'età dei lumi, dell'uomo razionale, lascia ai posteri l'idea un diritto "umano" che non può, non deve e non vuole parlare di tortura, tanto la vede in antitesi con la sua stessa essenza. La tortura si configura come uno strumento ingiusto ed inefficace: essa non porta a verità, ma alla vittoria del più forte sul più debole¹⁰. La confessione estorta con tortura è una finta verità, «inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo»¹¹, asserisce Beccaria; chiunque direbbe qualsiasi cosa pur di far terminare l'insostenibile supplizio. Ma prima di tutto la tortura è, appunto, ingiusta. Quand'anche la tortura fosse un «metodo conducente alla scoperta della verità sarebbe intrinsecamente ingiusto»¹², dunque inutilizzabile da parte di uno Stato di diritto, che, fondandosi sulle leggi, *melius*, sulla legalità, ritiene che «non c'è utilità se non c'è giustizia»¹³. Insiste Beccaria: «Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino mentre si dubita se sia reo, o innocente?»¹⁴. La tortura è «una pena che si applica prima che sia stato accertato il crimine»¹⁵ e che si applica, parafrasando Voltaire, prima di sapere per sapere¹⁶: ciò è assurdo, logicamente, moralmente e giuridicamente (la presunzione di innocenza e il principio di legalità sono violati), dunque inammissibile. L'attacco illuminista alla tortura si fonda su tre argomenti centrali: l'inutilità, l'irrazionalità e l'ingiustizia della tortura. L'Illuminismo segna la storia della tortura: essa viene espunta dagli ordinamenti giuridici, tanto da rendere "impensabile" anche solo figurarsi che, in uno Stato di diritto, si possa immaginare di "torturare alla luce del sole".

⁹ P. Verri, *Osservazioni sulla tortura* in S. Contarini (a cura di), *Pietro Verri. Osservazioni sulla tortura*, 5ª ed., BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 2018, p. 148.

¹⁰ Si vedano Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Cap. XVI), Pietro Verri (*Osservazioni sulla tortura*) e Gaetano Filangieri (*Scienza della legislazione*), Francesco Mario Pagano (*Considerazioni sul processo criminale*): per citare autorevoli voci dell'illuminismo nostrano. Di notevole importanza, fuori dal panorama nazionale, sarà il pensiero di Joseph Von Sonnenfels (riassunto nel suo saggio *Intorno alla abolizione della tortura*, 1775), che farà da forza motrice per l'abolizione della tortura da parte di Maria Teresa d'Austria nel 1776. Impossibile, poi, non citare almeno Von Spee, Kant e Humboldt.

Si noti poi che l'argomento della inefficacia della tortura ricorre tanto in Sant'Agostino, come ricorda E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci Editore, 2018, pp. 15-16. Per ulteriori indicazioni e riferimenti ad autori che si sono pronunciati per ribadire l'assurdità e l'inammissibilità della tortura si rinvia anche a: M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, 2016, pp. 28-58 e Id., *Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della tortura*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2, 2018, p. 21. Si veda, inoltre T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., "Lezione XIV", pp. 202 ss.

Impossibile non citare Beccaria: «Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati, e di condannare i deboli innocenti». C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Cap. XVI, in S. Contarini (a cura di), *Pietro Verri*, cit., p. 180.

¹¹ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., p. 179.

¹² P. Verri, *Osservazioni*, cit., p. 113.

¹³ Espressione usata in E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, cit., p. 16.

¹⁴ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., p. 179.

¹⁵ Così M. La Torre, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, p. 274.

¹⁶ Voltaire, *Dizionario filosofico*, in Id., *Opere*, Sansoni, 1993 (Appendice alla voce «Leggi»).

La cultura illuminista contro la tortura sopravvive ai secoli, resiste addirittura ai totalitarismi del 1900¹⁷: neanche sotto i regimi fascista e nazista si mette apertamente in discussione l'illegalità della tortura. Questo non vuol dire, si badi bene, che la tortura nei secoli abbia smesso di esistere. Al contrario¹⁸, la tortura è sopravvissuta nei secoli assumendo la veste o di *prassi poliziesca* o di *prassi politica*¹⁹. La prima, il cui uso è stato denunciato anche in contesti democratici, viene storicamente utilizzata nelle investigazioni al fine di estorcere informazioni o raggiungere risultati per i quali "i mezzi ordinari non risultano sufficientemente adeguati"; la seconda, connaturata alla presenza di regimi autoritari, è uno strumento di potere volto ad intimidire e a rendere possibile la sopraffazione ed il terrore dei sottoposti.

La tortura è **una pratica mai scomparsa**²⁰, la cui storia prosegue anche all'interno dei Paesi che fondano i loro ordinamenti su principi e valori egualitari e democratici, rivendicando orgogliosamente l'identità di ordinamenti civili e il ruolo di portatori della cultura e del rispetto dei diritti umani: nazioni che hanno aderito alle Carte internazionali a tutela delle prerogative fondamentali dell'individuo e reprimono penalmente la messa in atto di pratiche violente ad opera delle pubbliche autorità²¹.

¹⁷ Parafrasando il rapido *excursus* recentemente proposto da La Torre, si osserva come la modernità arrivi a sancire quella che si potrebbe definire *l'impossibilità discorsiva della tortura*. Risuonano in proposito le parole di Friedrich Von Spee in *Cautio criminalis*, il quale, riferendosi alla tortura, afferma: «Il dolore mi offusca impedendomi di proseguire». Oppure si rammenta la posizione di Francesco Calasso che nel redigere la voce dedicata alla tortura nell'Enciclopedia Treccani, nell'anno 1937, in pieno regime fascista, affermava: «l'avvento del diritto ha spazzato via la tortura». Neanche nella dottrina giuridica nazista si arriverà a proporre la reintroduzione della tortura in vesti "ufficiali", dunque la sua legalizzazione. Cfr. M. La Torre, *Mostruosità morali. Il ritorno della tortura*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 17.

¹⁸«[...] palese o nascosta, combattuta o tollerata, la tortura non ha mai conosciuto eclisse, al punto da presentarsi, pur nella sua variabilità attraverso i secoli, come un fenomeno ininterrotto, un'istituzione permanente, una costante della storia umana». D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016, p. 17. Oren Gross riferendosi alla persistenza della tortura nella storia degli ordinamenti occidentali parla di "*darker side*" della storia di proibizione ufficiale e universale delle pratiche di tortura. Cfr. O. Gross, *Are torture warrant warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, in *Minnesota Law Review*, vol. 88, n. 6, 2004, p. 1484. Per un approfondimento monotematico e specifico sull'uso della tortura da parte dei militari americani nei confronti dei prigionieri nemici si rinvia a C.J. Einolf, *US torture of Prisoners of War in Historical Perspective: The Role of Delegitimization*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting Torture. Essays on the ethics, legality, history, and psychology of torture today*, University of Chicago Press, 2018, pp. 120-145.

¹⁹ Distinzione ripresa da T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., "Lezione XXIII", p. 315.

²⁰«[...] nel corso del Novecento l'esperienza della tortura viene costituendosi come il punto di saldatura fra letteratura e testimonianza. Alle pagine di Primo Levi, Tadesuz Borowski e Jean Améry – intellettuali sopravvissuti ai campi di concentramento nazisti – si aggiungono le opere teatrali di Antonio Buero Vallejo, in cui si inscena il dramma delle violenze poste in essere dalla polizia franchista sui dissidenti politici, le pagine di Henri Alleg sulle torture praticate dall'esercito della Francia repubblicana e coloniale sui resistenti algerini, le descrizioni dei *Gulag* sovietici di Aleksandr Isaevič Solženicyn». R. Mele, *Tortura e vita giuridicamente qualificata. Ragioni di un'incompatibilità a partire dal dibattito tedesco sulla legalizzazione della "Rettungsfolter"*, in V. Marzocco (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Giappichelli, 2018, p. 89 (nt. 6).

²¹ Come si desume dalla consultazione dei rapporti del Comitato europeo (CPT), oppure dagli atti del Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite (o Comitato CAT, dall'acronimo della fonte istitutiva dell'organo di controllo, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti del 1984). Si veda anche il Rapporto 2016/2017 di Amnesty International (Amnesty International, *Rapporto 2016-2017. La situazione dei diritti umani nel mondo*, ed. ita., Infinito Edizioni, 2017) per un'illustrazione di episodi – qualificati come trattamenti inumani o degradanti, o rientranti nella più grave ipotesi di tortura – nell'area europea ed americana.

D'altra parte, se la tortura fosse "sparita" non si sarebbe nemmeno avvertita la necessità di ribadire universalmente il divieto nel 1984²², né, in Europa, tre anni dopo²³, di costituire un organismo di controllo atto a vigilare sulla sua osservanza da parte degli Stati parti, nonostante la sua illegalità sia stata postulata a partire dalla fine del diciottesimo secolo e sia stata ribadita a gran voce nella seconda metà del ventesimo²⁴. Il divieto di

²² Anno nel quale è stata siglata la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

²³ Il riferimento è alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987 e al Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Si noti che tale apparato convenzionale e di controllo si affianca al divieto postulato all'interno dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, ove è espressamente ribadito che nessuno può essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti.

²⁴ La metà del XX secolo è il contesto temporale in cui ha luogo quel processo che gli internazionalisti definiscono di *internazionalizzazione dei diritti umani*: il diritto internazionale, ambito del sapere giuridico storicamente afferente alla regolamentazione dei rapporti economici e territoriali tra gli Stati, diviene il principale strumento attraverso il quale affermare l'universalità dei diritti fondamentali dell'uomo. Questo il "macro-processo" nel quale inserire l'affermarsi, a livello trasversale, del divieto di tortura quale proibizione universale e assoluta. Un divieto che viene ribadito tanto all'interno delle disposizioni di diritto internazionale dei diritti umani, tanto in quelle di diritto umanitario, quanto in quelle di diritto penale internazionale.

L'art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 postula che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti»; nel 1966 il contenuto dell'art. 7 del Patto di New York sui diritti civili e politici viene modellato in modo speculare al citato articolo e inserito nei *core rights* del patto (art. 4), che non sono sottoponibili a deroga neanche a fronte di situazioni di particolare emergenza o di «pericolo pubblico eccezionale che minaccia l'esistenza della nazione». Nel 1975 viene siglata la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o ad altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti: un atto di *soft law* in cui, per la prima volta, compare una definizione di *tortura*, che sarà poi il modello di quella contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, in cui, all'art. 1, par. 1, si definisce *tortura*: «ogni atto con il quale un dolore o delle sofferenze acute, fisiche o mentali, sono intenzionalmente inflitte ad una persona, con lo scopo in particolare di ottenere dalla stessa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un'azione che essa stessa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, o di intimidirla o di esercitare pressione su di lei, o di intimidire o di esercitare pressioni su una terza persona o, per qualunque altra ragione basata su una qualunque forma di discriminazione, quando tali dolori o sofferenze sono inflitti da un pubblico ufficiale o qualsiasi altra persona che eserciti funzioni ufficiali, o su sua istigazione o con il suo consenso o la sua acquiescenza espressa o tacita. Questo termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime». Il divieto di tortura postulato nella Convenzione *ad hoc* del 1984 si configura come un divieto assoluto e inderogabile, al successivo art. 2, parr. 2 e 3, si ribadisce sia che nessuna circostanza eccezionale può essere invocata per giustificare una deroga alla proibizione in esame, sia che non assurge al rango di giustificazione il richiamo dell'ordine dell'autorità superiore. Tra le fonti di diritto internazionale dei diritti umani in cui compare la proibizione della tortura vanno poi ricordate anche quelle il cui contenuto è volto a trattare ambiti specifici e diversi, si ricordano in proposito: l'art. 2 della Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio del 1948, l'art. 5 della Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956, l'art. 5 della Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965, l'art. 37 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 e l'art. 15 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

Per quanto attiene alla formulazione del divieto di tortura presente nel novero delle norme di diritto umanitario, il riferimento è alle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e a quelle dei due Protocolli aggiuntivi del 1977. *In primis* rileva l'art. 3, comune alle quattro Convenzioni del 1949, in cui, al comma 1°, alla lett. a) si ribadisce il divieto delle «violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi» e alla successiva lett. c) quello degli «oltraggi alla dignità personale, in particolare i trattamenti umilianti e degradanti». Si rammentano poi: l'art. 12 della prima e della seconda Convenzione in cui il dovere generale di trattamento secondo umanità dei soggetti

tortura è norma di *ius cogens*²⁵, una proibizione assoluta e universalmente condivisa. Universalmente, appunto. La stessa idea di Stato di diritto, di democrazia, di diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo, che ne fanno da essenza, rende ostico apprendere che il retroterra dove sono maturate le istanze volte a "reintrodurre" (*rectius* introdurre) una qualsivoglia forma di tortura legale siano nate, cresciute e maturate proprio affondando le loro radici nel terreno della democrazia. Invece è proprio a partire dagli anni '80 del secolo scorso che le "voci" per la legalizzazione della tortura si affermano sempre

tutelati dalle norme convenzionali è seguito dal divieto di tortura (ribadito specularmente all'art. 32 della quarta Convenzione) e l'art. 17 della terza Convenzione, riguardante l'interrogatorio di coloro che si trovano in stato di prigionia, ove si prevede il divieto di sottoporre a tortura o a qualsiasi altra forma di coercizione fisica o morale tali soggetti, al fine di ottenere da essi informazioni di qualsivoglia natura; gli artt. 13 e 14 della terza Convenzione, dove viene specificato il dovere di trattare secondo umanità i prigionieri di guerra e quello di rispetto del loro onore, seguito dal divieto di operare discriminazioni nel trattamento dei prigionieri sulla base del sesso degli stessi; l'art. 87 della terza Convenzione, afferente al tema delle pene irrogabili dai tribunali, nel quale è ribadito il divieto di pene corporali, collettive oltre che di «qualsiasi forma di tortura e crudeltà»; da ultimo, gli artt. 49 e 50 della prima Convenzione (di contenuto analogo all'art. 51 della Seconda, all'art. 130 della Terza e all'art. 147 della Quarta) che annoverano la tortura tra le *gross violations* (le gravi infrazioni). Quanto ai menzionati protocolli addizionali si rileva come essi siano rispettivamente dedicati alla tutela delle vittime dei conflitti internazionali (il Primo) e non internazionali (il Secondo): il divieto di tortura figura tra le condotte che devono tenersi affinché sia garantito il "livello di protezione minima" ai soggetti tutelati dalle menzionate fonti aggiuntive, consistente nel trattamento secondo umanità (le norme di riferimento sono, rispettivamente: l'art. 75 del primo Protocollo, il cui contenuto è ripreso specularmente all'art. 4 del secondo). Infine, non resta che accennare alla presenza del crimine di tortura nell'ambito del diritto penale internazionale: il riferimento è agli Statuti dei due tribunali penali internazionali *ad hoc* per la Ex Jugoslavia e per il Ruanda (rispettivamente: *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-ICTY* e *International Criminal Tribunal for Rwanda-ICTR*) e allo Statuto della Corte Penale internazionale (c.d. Statuto di Roma, del 1998). La tortura compare nel novero delle norme statutarie dei due tribunali *ad hoc* come crimine contro l'umanità (art. 5 ICTY St. e art. 3 ICTR St.), come reato-mezzo per la realizzazione del crimine di genocidio art 4 ICTY St. e art. 2 ICTR St.) e come crimine di guerra (artt. 2 e 3 ICTY St. e art. ICTR4 St.).

Nello Statuto di Roma la tortura quale crimine contro l'umanità è descritta sia come reato-offesa (art. 7, Statuto di Roma) che come reato-mezzo, ossia connesso alla realizzazione di altre fattispecie incriminate al successivo art. 8, inoltre, la tortura viene annoverata tra i crimini di guerra.

Per un approfondimento in materia di divieto e crimine di tortura nelle fonti di diritto internazionale si vedano A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 1993, pp. 979 ss.; Id., *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 1, 2018, pp. 131 ss.; F. Trione, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale scientifica, 2006; G. Gioffredi, *Obblighi internazionali in materia di tortura e ordinamento italiano*, in *Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, fasc. 2, 2016, pp. 415 ss.; P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 10, 2017, pp. 181 ss.; Id., *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., pp. 113 ss.; F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc.1, 2018, pp. 151 ss.; L. Risicato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *disCrimen*, 27 luglio 2018.

Per un commento analitico, articolo per articolo, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, *una tantum*: J.H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988. Infine, in tema di diritto penale internazionale, per un inquadramento generale della materia Aa. Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Giappichelli, 2016, mentre per un'analisi dei singoli crimini internazionali E. Greppi, *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Giuffrè, 2012, pp. 467 ss. Tra i commenti specifici in tema di tortura si segnala W.A. Schabas, *The Crime of torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, nn. 2-3, 2006, pp. 349 ss.

²⁵ Nel diritto internazionale, si attribuisce l'appellativo "di *ius cogens*" alle norme di carattere imperativo (ossia cogenti, inderogabili).

di più nel dibattito accademico, giuridico e filosofico²⁶. Forte la difficoltà nel proseguire, stante tale intrinseca “inconciliabilità”, dalla quale, come autorevoli voci hanno osservato, deriva la tentazione di interrompere in modo repentino la trattazione con la considerazione per cui il giurista positivo si dovrebbe rifiutare anche solo di parlare di tortura – se non da penalista, al fine di disporre l’assoluta repressione e criminalizzazione –, tanto è inconciliabile con il sistema valoriale e di principi che lo hanno cresciuto e dei quali non dubita. Oppure con un ancora più lapidario: della tortura (della sua legalizzazione) non si dovrebbe nemmeno accettare di parlare²⁷. Chiudere qui, quindi, con quello che pare essere un ossimoro: “tortura e democrazia”²⁸; non andare oltre, tanto pericolose e al contempo paradossali paiono essere le istanze che si stanno affermando per giustificare e, ancor di più, legalizzare la tortura. Tuttavia, è proprio per far conoscere le argomentazioni di cui si parla che si sente di volere e dovere intervenire ai fini di cercare di palesarne l’irrazionalità, l’illogicità oltre che l’inammissibilità. E se il primo passo per potersi difendere da un pericolo è conoscerlo, non resta che iniziare a percorrere gli sviluppi del menzionato dibattito giusfilosofico.

2. Una “moderata pressione fisica”: dalla Commissione Landau alla *ticking bomb* di Luhmann.

La perdurante presenza della tortura nella storia dell’umanità, dunque, ci accompagna sino ai giorni nostri. Tuttavia, qualcosa, oggi rispetto a prima, è tragicamente cambiato²⁹. Fino agli anni ’80 del secolo scorso era possibile affermare che l’universalità e l’assolutezza che caratterizzavano la proibizione della tortura, la sua intrinseca immoralità, fossero valori trasversali ed indubbi o, quantomeno, che il loro riconoscimento come tali non fosse sconosciuto, ma ampiamente condiviso all’interno della cultura liberal-democratica. Sebbene non si potesse di fatto dire che la tortura risultasse essere un fenomeno “non praticato e sconosciuto” (si ricordano le torture francesi in Algeria negli anni ’50, la cui notizia irruppe nell’opinione pubblica)³⁰, tuttavia, i termini con cui, al tempo, ci si è occupati di tali vicende di tortura sono stati quelli della denuncia e della condanna,

²⁶ Dato confermato *un tantum* nel citato testo M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 93-104.

²⁷ «Infatti, come della reintroduzione della pena di morte, così della legalizzazione della tortura il giurista positivo deve rifiutarsi di discutere». A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c’è*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 2, 2014, p. 130. Si veda anche M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., pp. 17-19.

²⁸ Parafrasando Jeremy Waldron, la proibizione della tortura assurge alla funzione di “archetipo” per la genesi dello stesso Stato di diritto: «[...] *the prohibition on torture is not just one rule among others, but a legal archetype—a provision which is emblematic of our larger commitment to nonbrutality in the legal system.*», J. Waldron, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 1681. Luban utilizza l’espressione *moral archetype* in riferimento alla proibizione della tortura nell’intervista a cura di Engel dell’aprile 2014, nella quale presenta la sua opera, del medesimo anno, incentrata sullo studio dell’interazione tra tortura e potere (si veda D. Luban, *Intersections of Torture and Power*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 2, n. 15, 2014, pp. 110 ss.; l’opera di riferimento invece è Id., *Torture, Power and Law*, Cambridge University Press, 2014).

²⁹ In proposito La Torre ricorre all’espressione, molto efficace, di “rovesciamento di paradigma”, in M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani. Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, 2007, pp. 1332 ss.

³⁰ Così riportato in M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., p. 19 e Id., *Riaprendo il vaso di Pandora. Il ritorno della tortura (e della mostruosità morale)*, in *Ragion Pratica*, fasc. 2, 2018, p. 473.

toni di derivazione illuministica e confermati dalla siglatura dei documenti internazionali aventi ad oggetto la tutela delle prerogative inviolabili della persona³¹. È mancato, dunque, un tentativo di rileggere le violenze perpetrate in chiave giustificativa o, ancora di più, di legittimazione³². È necessario, pertanto, adottare una prospettiva storico-fattuale, per

³¹ Similmente la prospettiva di condanna assoluta, assai lontana dalle teorie della legalizzazione, è stata quella con cui sono stati riportati e descritti gli eventi che si sono susseguiti nel corso della dittatura di Pinochet, in Cile.

³² Come rilevato da Waldron la novità non risiede nel fatto che si siano verificati episodi di tortura, ma nel constatare che importanti voci si sono espresse al fine di giustificare il ricorso ai medesimi. J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1684.

Pare opportuno, a questo punto della trattazione, aprire una breve parentesi relativa all'Italia, che si traduce nella *summa* di due questioni. *In primis*, si ricorda il dibattito della prima metà degli anni '50 intercorso tra Carnelutti e Calamandrei, a partire dalla posizione espressa dal primo, nell'opera *Lezioni sul processo penale* (F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. 2, Edizioni dell'Ateneo, 1947, p. 168), con cui l'autorevole giurista aveva, in modo ambiguo, parlato di possibilità di impiego della tortura nei termini della legittimità del ricorso ad un «mezzo di coercizione il quale fornisca garanzia di verità della risposta del torturato, senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito». Tale asserzione è stata da subito letta ed interpretata quale una possibile apertura verso il ricorso alla tortura. Sul punto, si rimanda alla lettura dei contributi di G. Serges, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in L. Pace, S. Santucci, G. Serges (a cura di), *Momenti di storia della giustizia, in dirittopenitenziarioecostituzione.it*, p. 226 (nt. 30) e di S. Buzzelli, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2013, pp. 1 s. Il dibattito tra i due autorevoli giuristi italiani, a cui si accenna, ha trovato il suo punto apicale nel 1952, anno in cui Calamandrei si è opposto con fermezza alla summenzionata posizione di Carnelutti, ribadendo l'imprescindibile necessità di rigettare qualsivoglia forma e impiego della tortura (cfr. F. Carnelutti, *A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. Proc.*, vol. 1, 1952, pp. 234 ss. e P. Calamandrei, *Postilla a F. Carnelutti. A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. Proc.*, vol. 1, 1952, pp. 238 s.). Si evidenzia, tuttavia, come, in realtà, lo stesso Carnelutti, tornando sulla questione, preciserà i confini di quanto da lui asserito, prendendo di fatto le distanze dalla nettezza dei termini con cui aveva fatto riferimento alla tortura. Innanzitutto, in occasione della *quaestio* emersa nel corso del processo Egidi, in cui il P.M. precedente aveva richiamato quanto da lui scritto indicandolo, appunto, come una forma di apertura all'impiego di forme di tortura "moderata" (per una *summa*, si rinvia alla lettura di E.M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Arch. Pen. web*, fasc. 1, 2019, pp. 14 s.). Poi, lo stesso Autore, nel 1960 si esprimerà nei seguenti termini: «Il vero è che la tortura contraddice alla natura stessa del processo penale, volto, come sappiamo, a dare e non a togliere, al reo la sua libertà. [...] Il vero è che quand'anche la confessione strappata dalla tortura fosse sempre veritiera, essa sarebbe ottenuta spegnendo anzi che rianimando la sua libertà, e così tradendo anzi che servendo i fini del processo penale», F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Morano Editore, 1960, p. 184.

In secondo luogo, premettendo che quanto si riporta non deve essere letto quale il preludio di un dibattito giusfilosofico portatore di istanze a favore della legalizzazione della tortura, si avverte la necessità di rammentare la vicenda giudiziaria che è scaturita dal rapimento del generale americano James Lee Dozier, da parte di un gruppo di cinque affiliati alle Brigate Rosse. Il contesto storico a cui fare riferimento è quello dell'Italia degli anni di piombo. Dopo la liberazione del sequestrato, avvenuta a seguito dell'irruzione degli agenti del NOCS (nucleo operativo centrale sicurezza) nell'appartamento, sito a Verona, nel quale aveva avuto luogo la prigionia del generale (durata più di un mese), i terroristi furono tratti in arresto. Dalle dichiarazioni, rese in sede processuale da parte dei brigatisti, si è appreso che, una volta condotti nella sede dell'ispettorato territorialmente competente, essi furono sottoposti ad una serie di vessazioni crescenti da parte degli agenti di polizia che si occuparono del loro interrogatorio. Tra cui, come ricorda Viganò nel riportare la vicenda (F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, pp. 19 ss.), si elencano, oltre a percosse, anche minacce di morte o di violenza sessuale (per le arrestate), scosse elettriche sui genitali e finte fucilazioni. Le violenze proseguirono a danno di uno degli arrestati, Di Leonardo, il quale, a differenza degli altri, anche dopo tre giorni di "interrogatorio", continuava a rifiutarsi di riferire le informazioni che la polizia sperava di ottenere dai brigatisti (le quali erano dirette ad individuare una cella terroristica sita in Milano). Il quarto giorno, dunque, questi sarà trasferito in un luogo sconosciuto dove i gravissimi soprusi contro di lui proseguirono e, solamente allorché si giunse alla conclusione che non sarebbe stato possibile estorcere le informazioni sperate, venne ricondotto presso una legittima struttura di detenzione. A seguito dei maltrattamenti subiti, il brigatista, riporterà anche una lesione

comprendere cosa abbia messo in moto la macchina che ha condotto, all'inizio del nuovo millennio, all'elaborazione di una fervida linea teorica atta a sostenere una legalizzazione delle pratiche di tortura di Stato, proprio in seno all'ordinamento che per antonomasia è ritenuto la culla della democrazia, quello statunitense, e in generale ad un mutamento radicale del contesto di trasversale condivisione della intrinseca assolutezza della proibizione della tortura.

Se gli anni '70 possono considerarsi il "terreno" in cui "qualcosa ha iniziato a muoversi"³³, il vero "tutto ha inizio" può allocarsi in Israele, nella seconda metà degli anni

del timpano (accertata medicalmente), che, assieme ad una serie di conferme da parte degli agenti quanto al suo "trasferimento", consentirà, in sede processuale, di accertare la veridicità del suo racconto. La difesa degli agenti chiamerà in causa lo stato di necessità, al fine di giustificare la condotta perpetrata a danno del terrorista da parte dei pubblici ufficiali: argomento che, tuttavia, sarà rigettato dal giudice chiamato a pronunciarsi sulla vicenda (si veda D. Pulitanò, *L'inquisizione non soave, tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili. Nota a Trib. Padova, 15 luglio 1983, Amore e altri*, in *Foro.it*, II, 1984, pp. 231 ss.). Gli agenti di polizia imputati saranno condannati, in primo grado, per abuso di autorità (ex art. 608 c.p.) in concorso con violenza privata e lesioni personali, tuttavia sarà riconosciuta sussistente l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale. L'ammontare della pena detentiva comminata, all'esito del giudizio di primo grado, dunque, si è assestato attorno all'anno di reclusione. Tale condanna riceverà conferma anche da parte della Suprema Corte.

³³ Nei primi anni '70 William Twining, illustre filosofo del diritto, pubblicò un manoscritto, rimasto inedito, di Jeremy Bentham sulla rivista *Irish Law Review*. Tale fatto merita di essere ricordato per due ordini di motivi: da una parte il contenuto del manoscritto, una dissertazione, arguta ed intelligente, con la quale Bentham difende l'uso della tortura, dall'altra il contesto storico-politico nel quale la pubblicazione avviene. Siamo infatti nell'Inghilterra degli anni '70: gli inglesi vengono accusati di perpetrare torture a danno dei sospetti terroristi irlandesi, appartenenti all'IRA. Le forme di coercizione utilizzate dalla forza pubblica inglese trovarono giustificazione nel ricorso ai poteri extragiudiziali di arresto e di detenzione di sospetti terroristi, che una serie di misure legislative urgenti, adottate tra il 1971 e il 1975, avevano specificatamente previsto al fine di fronteggiare la "crisi" in Irlanda del Nord. Cfr. M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., p. 19. Tale normativa è stata oggetto anche dell'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), nella celeberrima pronuncia *Irlanda c. Regno Unito* (Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, n. 5310/71, 18 gennaio 1978), nota perché i giudici di Strasburgo individuavano al suo interno le c.d. "cinque tecniche" di interrogatorio, qualificate, all'epoca, "solamente" come trattamenti inumani e degradanti dalla Corte (anche se dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, nel 1976, erano state qualificate come forme di tortura). Sul punto J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1706; M. Montagut, *Che cos'è la tortura?*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 325 ss.

Si osserva, inoltre, che in Germania, nel 1985, nel corso di una conferenza a Francoforte sul Meno, Günther Jakobs, presenterà, per la prima volta, la teoria del "diritto penale del nemico": incardinata sulla distinzione e contrapposizione di due rami del diritto penale, uno rivolto ai cittadini e l'altro ai "nemici". Nella visione teorica di Jakobs i nemici (della società), in quanto tali, si trovano a sottostare alle regole di un diritto penale diverso da quello ordinario, la cui *ratio* è quella della neutralizzazione della (sott.: loro) pericolosità sociale (in linea con una concezione di matrice prettamente positivista). Non vale per i "nemici" il novero delle garanzie fondamentali di rango costituzionale: queste finiscono con l'assumere il carattere di prerogative esclusivamente proprie dei cittadini. Per i criminali nemici non solo cambia la soglia di punibilità dei reati, che viene anticipata (passando dalla prospettiva del fatto commesso a quello che si mira a prevenire), senza che all'anticipazione consegua una riduzione di pena proporzionale, ma vengono anche essere ridotte le loro garanzie processuali. La società del diritto penale del nemico si presenta come quella di un ordinamento che non reagisce contro la commissione di un fatto illecito, ma che "combatte la persona del suo autore", la repressione penale mira a eliminare la pericolosità sociale del soggetto che ha posto in essere il comportamento lesivo o che potenzialmente potrebbe commetterlo (tenuto conto della gravità del comportamento stesso, della professionalità o abitudine al crimine del reo oppure dell'appartenenza ad un gruppo o ad una associazione criminale). In Italia, si svilupperanno concezioni ispirate dalla predetta *ratio* che si identificheranno con la diversa espressione del "diritto (penale) di lotta". Si vedano A. Pagliaro, «*Diritto penale del nemico*»: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2006, pp. 2460 ss.; F. Resta, *Lessico*

'80, con l'insediamento della Commissione Landau³⁴ (dal cognome del Presidente, giudice della Corte Suprema israeliana), la quale viene incaricata di valutare la legittimità delle pratiche impiegate da esercito, polizia e servizi segreti israeliani³⁵ (c.d. GSS, *General Security Services*) a danno dei detenuti palestinesi, sospettati di far parte di gruppi terroristici. Nel 1987 la Commissione termina e presenta il suo rapporto, siglando un verdetto³⁶ destinato a ribaltare lo scenario che si conosceva fino ad allora: è ammissibile una "moderata pressione fisica" e si parla di "metodi legittimi"³⁷ (la cui elencazione, però, resta coperta dal segreto di Stato). Anche solo parlare di tortura in questi termini pare essere un eufemismo, per non dire un ossimoro: riferirsi alla tollerabilità con riferimento alla messa in atto di una pratica che per definizione mira a realizzare una condizione di dolore e afflizione insostenibile per colui che la subisce, significa affiancare concetti che per loro stessa natura sono antitetici³⁸. "Male minore", "minaccia imminente", esempi di edifici abitati da innocenti e bombe a tempo: anche se senza attacchi diretti e termini sfrontati, il resoconto del 1987 crea una cesura con il passato, nonostante quanto in esso sostenuto sarà poi sconfessato dalla Corte Suprema israeliana, dodici anni più tardi³⁹. A

e codici del «diritto penale del nemico», in *Giur. di Merito*, fasc.12, 2006, pp. 2785 ss.; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2006, pp. 648 ss.; F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 470 ss.; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, 2008, pp. 1-66; Id., *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. Wenin, G. Fornasari (a cura di), *Diritto penale e modernità. Atti del convegno - Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza (Università degli Studi di Trento), 2017, pp. 49 ss.; M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisprudizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in «*Terrorismo e diritto penale*». *Gli speciali di Questione Giustizia. Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in www.questionegiustizia.it, Settembre 2016, pp. 113 ss.

³⁴ Per un approfondimento sull'operato della Commissione Landau si veda M. Kremnitzer, *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, in *Israel Law Review*, vol. 23, nn. 2-3, 1989, pp. 216-279.

³⁵ Dalla *Investigation Unit* dei GSS (General Security Services).

³⁶ Per un commento approfondito del *Report* della Commissione Landau, si rimanda, nuovamente, alla lettura di M. Kremnitzer, *The Landau Commission*, cit., pp. 216-279.

³⁷ Sul punto A. Marchesi, *Le norme internazionali sulla tortura e il caso israeliano*, in Aa. Vv., *Itinerari Giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza in Abruzzo*, Giuffrè, 2007, pp. 580 ss.

³⁸ Domanda posta sulla falsariga dell'interrogativo retorico che rinveniamo in M. La Torre, *Amicizie pericolose*, cit., p. 271.

³⁹ HCJ 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel and the General Security Service* (6.9.1999). La Corte nella citata pronuncia del 1999 prende le distanze sia dalla asserita legittimità dei metodi coercitivi annoverati nel Rapporto della Commissione Landau, sia dal generale apparato giustificativo ivi sostenuto relativo alla possibilità per le forze governative di appellarsi allo stato di necessità, quale scusante a carattere generale, al fine di giustificare l'uso di tecniche di coercizione fisica e/o psicologica. La Corte rileva, infatti, che da una parte deve essere limitata la liceità dell'impiego dei mezzi di coercizione psicofisica ai casi in cui abbiano una portata meramente accessoria e siano *both fair and reasonable* (parr. 36 e 38 della citata pronuncia) – postulando l'illiceità di gran parte delle tecniche che risultavano legittime ai sensi delle indicazioni della Commissione Landau – dall'altra che lo stato di necessità non può assurgere al rango di giustificazione universale, ma che deve essere verificato sulla base del contesto specifico. In merito si veda il contributo di A. Marchesi, *Le norme internazionali sulla tortura*, cit., pp. 582-584.

Per approfondire, si rinvia alla disamina della posizione del Prof. Aharon Barak, già allora Presidente della Corte Suprema israeliana, che in termini assolutamente netti si è espresso a favore della repulsione assoluta della tortura, ribadendo la necessità che i giudici, soprattutto nelle situazioni di "crisi", quali quelle che si verificano allorché uno Stato deve fronteggiare il terrorismo o si trova a svolgere un ruolo attivo in un conflitto, hanno il compito e la responsabilità di tutelare la democrazia tanto dal terrorismo, quanto dai mezzi che lo Stato vuole utilizzare per fronteggiarlo. Cfr. A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in *Judgments*

partire dalla formulazione delle c.d. *Landau Rules*, nel menzionato verdetto della Commissione, quello che in un passato assai prossimo sarebbe parso inimmaginabile diventa possibile: la certezza con cui Verri, secoli prima, descriveva un mondo prossimo privo di tortura si infrange sulla parete di una realtà che non solo la tortura la pratica, ma chiede di farlo apertamente e, soprattutto, legalmente.

Definire il resoconto della Commissione Landau un “motore” del dibattito in esame non è affatto un azzardo: il riferimento a scenari di “pericolo imminente” da fronteggiare, la contrapposizione tra innocenti e attentatori è il terreno in cui fioriranno le prime riflessioni in materia di “legalizzazione della tortura”. Proprio in quegli anni Michael Moore espone una linea teorica atta a legittimare il ricorso alla tortura da parte delle forze israeliane nei confronti dei prigionieri palestinesi, sospettati di terrorismo⁴⁰. Non molto tempo dopo, il celebre sociologo tedesco Niklas Luhmann, nel corso di una conferenza ad Heidelberg, tenutasi nel 1992, sosterrà e presenterà quello che ancora oggi è conosciuto come l’argomento moralizzatore più noto e di maggior impatto, per la sua incidenza emotiva e per la sua configurazione logica: l’argomento utilitarista della *ticking bomb*. Nel corso della menzionata conferenza, infatti, Luhmann, rivolgendosi ai presenti, domanderà loro cosa sarebbero disposti a fare se si trovassero in una situazione in cui un elevato numero di terroristi compisse ogni giorno attentati e stragi, oppure nel caso fossero in possesso di numerose bombe atomiche e minacciassero di usarle⁴¹.

L’esempio, o meglio lo “scenario ipotetico”, oramai di scuola, a cui fa riferimento Luhmann nel menzionato intervento, è riassumibile nell’esemplificazione a seguire. Immaginiamo che un terrorista abbia collocato una bomba a tempo in un edificio nel quale si trovano rinchiusi delle persone innocenti: l’ordigno esploderà nell’arco di un breve lasso di tempo (minuti, al massimo poche ore). In tale contesto avviene quello che si potrebbe definire come una sorta di evento dirimente: l’arresto dell’attentatore. Il terrorista viene rappresentato come l’unica persona che potrebbe rivelare dove si trova l’ordigno e, quindi, le informazioni, di cui si suppone essere detentore, sono potenzialmente le sole che potrebbero evitare la strage. Il terrorista, agli arresti, si rifiuta di parlare. L’unica alternativa possibile, a questo punto, pare essere quella di estorcere con la forza le informazioni dall’arrestato. Se si decidesse di ricorrere alla tortura in un caso simile il suo impiego sarebbe giustificato? Dunque, saremmo di fronte ad un caso di “tortura legittima”? Secondo la visione utilitarista sì: lo scenario estremo della bomba ad orologeria non solo

of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law, in *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, in *mfa.gov.il*, 2 gennaio 2005, p. 10. Sul punto, si suggeriscono anche le riflessioni, in commento al pensiero del menzionato Autore, proposte in F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, 2016, pp. 221 ss.

⁴⁰ M.S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 280 ss. Linea teorica non abbandonata, ma recentemente ribadita: «*If the only way to learn the location of a terrorist nuke somewhere in New York is to torture the innocent child/spouse/parent of the terrorist who planted it there, such rights-violating torture is not only permissible but, in my view, even obligatory*». Id., *Liberty and the Constitution*, in *Legal Theory*, vol. 21, nn. 3-4, 2015, p. 209.

⁴¹ Nel corso della conferenza, Luhmann pronunciò le seguenti parole: «Nel vostro Paese – e potrebbe essere anche la Germania in un futuro non lontano – vi sono molti terroristi di sinistra e di destra, ogni giorno omicidi, aggressioni, uccisioni e lesioni di numerose persone innocenti. Se una volta presi, i capi di questi gruppi venissero torturati, verrebbero salvate probabilmente le vite di molte persone, dieci, cento, mille. Lo volete questo oppure no?», N. Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Müller, 1993 come citato in M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., p. 119.

giustifica l'uso della tortura, ma secondo alcuni teorici ne rende addirittura doveroso l'impiego. All'argomento, esposto illustrando l'esempio che lo accompagna da sempre, sarà fatto ricorso da larga parte dei fautori della legalizzazione della tortura nel corso del nuovo millennio; si citano, in via anticipatoria e senza alcuna presunzione di completezza: Alan M. Dershowitz⁴², Winfried Brugger, Richard Posner⁴³, Uwe Steinhoff⁴⁴ e Rainer Trapp⁴⁵.

3. L'alba del nuovo millennio.

Dopo la "rottura" del 1987, il percorso regressivo che vede affermarsi le istanze per la legalizzazione della tortura conoscerà due ulteriori momenti fondamentali.

Il primo, basta citare la data per rievocarlo, è l'11 settembre 2001: l'attentato alle Torri Gemelle. Il terrorismo internazionale irrompe come mai aveva fatto prima: migliaia di vittime innocenti. "L'attacco al cuore dell'America". Innocenti, terroristi, sicurezza, paura: tortura. Il passo è breve. In un contesto in cui si rievoca la presenza di un perdurante "stato di emergenza", la tortura si configura come un mezzo idoneo da impiegare nei confronti dei sospetti terroristi⁴⁶: il primo agosto 2002 l'*Official Legal Counsel (OLC)*⁴⁷ sigla un

⁴² Si osservi che lo stesso Dershowitz ne ha fatto ricorso laddove era intento a dimostrare la stretta correlazione che lega gli uomini al ricorso alla tortura: rievocare scenari emergenziali serve all'Autore, che si ricorda essere professore emerito di diritto alla Harvard Law School oltre che un celeberrimo avvocato americano, per ribadire quanto la tentazione di fare ricorso alla tortura sussista, anche all'interno delle società liberali e democratiche, per far fronte a scenari di pericolo e di insicurezza. Cfr. M.H. Kramer, *Alan Dershowitz's Torture Warrant Proposal: A Critique*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, p. 234.

⁴³ Si veda R.A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006. Tra i contributi del medesimo autore si segnalano Id., *National Security and Constitutional Law. Precis: The Constitution in a Time of National Emergency*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 217-224 e Id., *Rejoinder*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 275-278.

⁴⁴ U. Steinhoff, *The Ethics of Torture*, Sunny Press, 2013. Per un approfondimento, più in generale sulla posizione di Steinhoff in materia di *self-defense* si rinvia a Id., *Replies*, in *San Diego Law Review*, vol. 55, n. 2, 2018, pp. 469 ss.

⁴⁵ Per gli opportuni riferimenti bibliografici relativi all'opera di Trapp si veda M. Lalatta Costerbosa, *Diritto o violenza*, cit., pp. 21 ss.

⁴⁶ Alan M. Dershowitz – il cui pensiero sarà oggetto di una disamina approfondita – osserva (riferendosi agli Stati Uniti d'America) che: «Prima dell'11 settembre 2001, nessuno avrebbe mai pensato che la questione della tortura sarebbe riemersa come serio argomento di dibattito in questo Paese». A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Carocci, 2003, p. 127.

A testimonianza di quanto l'11 settembre abbia rappresentato un vero e proprio "punto di cesura", si evidenzia che le istanze invocate allora in materia di legittimazione del ricorso agli interrogatori rafforzati nei confronti dei sospetti "combattenti nemici" non solo non possono ritenersi sopite ad oggi, ma i loro effetti trovano largo spazio all'interno del dibattito in materia di terrorismo internazionale. Basti osservare che lo stesso Donald Trump, nel corso della campagna elettorale antecedente alle sue elezioni, non solo si è espresso in merito al ricorso al *waterboarding* osservandone l'"accettabilità", ma ha ribadito che gli Stati Uniti dovrebbero perpetrare «*a hell of a lot worse than waterboarding*» per fronteggiare le minacce dei loro nemici in Medio Oriente. Si rinvia a J. Swan, *Trump's Calls for "Hell of a Lot Worse than Waterboarding"*, in *The Hill* (<https://thehill.com/>), 06/02/2016; E. Grimm Arsenault, *Donald Trump and the Normalization of Torture*, 13/11/2016, in www.lawfareblog.com; S.A. Anderson, *Introduction*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., p. 4.

⁴⁷ Una sorta di avvocatura dello Stato federale.

*memorandum*⁴⁸ nel quale si postula che è “tortura” solamente «quell’atto di crudeltà che pone a rischio la vita del torturato o gli procura dei danni vitali irreparabili»⁴⁹. Quello del primo agosto 2002 è uno dei c.d. *Torture Memos*⁵⁰, documenti o *memoranda*, redatti ad opera di John Yoo⁵¹ e con la siglatura di Jay Bybee⁵², contenenti argomenti e osservazioni in tema di “interrogazioni rafforzate”, diretti al Presidente e alla stessa CIA (*Central Intelligence Agency*).

Se dopo il secondo conflitto mondiale, con la fioritura della “stagione dei diritti umani” in cui l’uomo diviene soggetto del diritto internazionale, proliferano le Carte e le Convenzioni dedicate alle prerogative inviolabili della persona e si afferma l’idea che il “mondo futuro” sarà improntato sulla centralità dell’individuo e su un diritto atto a garantire la tutela dei singoli e la pace tra i Paesi, l’inizio del nuovo millennio ribalta tutte queste convinzioni: terrorismo e insicurezza aprono le porte a scenari dove si dibatte della necessità di “guerre preventive” e il lato coattivo e repressivo del diritto irrompe prepotentemente, pretendendo spazio e centralità non solo nel dibattito, ma anche nei fatti⁵³. E questo avviene sia con l’“attacco al diritto internazionale”⁵⁴, il cui ruolo e la cui funzione nelle relazioni internazionali vengono screditati e appiattiti⁵⁵, relegati ad un mero valore simbolico, sia, sul piano interno.

Il contesto emergenziale⁵⁶, secondo John Yoo, giustifica la deroga sia ai vincoli di diritto internazionale che ai principi costituzionali, improntati alla tutela dell’individuo. Se volessimo spingerci sino ad immaginare una sorta di “parallelismo”, questo non potrebbe essere che il seguente: lo “stato di emergenza” giustifica sul piano interno il ricorso alla tortura e, sul versante internazionale, quello alla guerra preventiva. Non a caso per definire la strategia antiterrorismo adottata dalla Presidenza Bush dopo il 2001 si è spesso usata la terminologia *War on Terror* (guerra al terrorismo internazionale)⁵⁷: lo stesso concetto di

⁴⁸ *Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, on Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. par. 2340-2340A*, 1/08/2002.

⁴⁹ Cit. M. La Torre, *Amicizie pericolose*, cit., p. 273.

⁵⁰ Il testo di tutti i *Torture Memos* è reperibile al seguente indirizzo:

<http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol37/iss2/21>.

⁵¹ Professore, giurista, ma soprattutto, al tempo, viceprocuratore generale aggiunto dell’OLC. Yoo ha assunto infatti il ruolo di *Deputy Assistant Attorney General*. Egli viene considerato il massimo teorico dei poteri eccezionali della Casa Bianca negli anni della presidenza di Bush figlio.

⁵² L’allora Assistente Procuratore Generale degli Stati Uniti a capo dell’OLC.

⁵³ «[...] assistiamo a un ritorno della centralità della forza e della violenza come elementi fondamentali, essenziali, del diritto», M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., p. 96.

⁵⁴ Si suggerisce qui un approfondimento in tema del c.d. *lawfare*, un concetto dal significato dibattuto e rispetto al quale vengono proposte accezioni plurime e diversificate, positive o negative: un neologismo che nasce dalla sintesi tra “*law*” (legge/diritto) e “*warfare*” (guerra). Sul punto, si veda il recente contributo di L. Hajjar, *In Defense of Lawfare: The Value of Litigation in Challenging Torture*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., pp. 295 ss. – in cui si segnala la presenza del “*Lawfare blog*” (www.lawfareblog.com) ove è possibile rinvenire numerosi contributi aggiornati in materia – oppure l’analisi di D. Luban, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, 2010, pp. 457 ss.

⁵⁵ Si vedano J.R. Bolton, *Is There Really Law in International Affairs?*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10, n. 1, 2000, pp. 1-48 e E. Haslam, W. Mansell, *John Bolton and the United States’ Retreat from International Law*, in *Social & Legal Studies*, n. 14, 2005, pp. 459 ss.

⁵⁶ Trattasi dell’argomento dello “stato di emergenza”, come si avrà modo di approfondire.

⁵⁷ O *Global War On Terrorism*, cui si deve l’acronimo GWOT.

guerra, di nemico, riferito al terrorista, rievoca uno scenario straordinario, che necessita, in quanto tale, di regole diverse da quelle del contesto ordinario.

Nel citato *memorandum* del primo agosto 2002, divenuto il più noto, Yoo illustra le tre argomentazioni⁵⁸ sulla base delle quali crea quello che, a suo avviso, è l'apparato giustificativo "incontrovertibile" per postulare la legittimità del ricorso alla tortura di Stato. Il punto di partenza, che assurge sia al ruolo di argomento che di base imprescindibile per il ragionamento in esame e per quelle che saranno le sue "conseguenze concrete", è l'indiretto riferimento al concetto di "politico eroicamente responsabile"⁵⁹. Infatti, rilevando che il Presidente degli Stati Uniti d'America⁶⁰, costituzionalmente⁶¹, può assumere il ruolo di *Commander in Chief* (comandante supremo delle forze armate), si osserva sia come da un lato la sua azione nell'esercizio di questa funzione risulti totalmente libera, sia che, dall'altro, egli, nell'esercizio di tale funzione, può adottare tutti i provvedimenti che ritiene essere necessari per vincere il nemico. Non solo. Il riconoscimento di tale forma di "incontrastato arbitrio", da cui deriva un'indefinibile potestà presidenziale, comporta che coloro che, essendogli sotto-ordinati, agiscono eseguendo un ordine presidenziale, o comunque sottostando alle sue direttive, invocando la natura esecutoria della loro azione, potranno di fatto vedere legittimato qualsivoglia loro comportamento. Il fulcro del pensiero di Yoo, sposato da Bybee, risiede, dunque, nella centralità attribuita al ruolo del Presidente, che viene delineato in modo tale da assurgere a quello di "difensore del diritto"⁶², con il conseguente riconoscimento, in capo alla figura presidenziale, di una posizione di superiorità sia rispetto ai vincoli internazionali⁶³ che alle norme interne.

⁵⁸ Per la partizione delle argomentazioni si rinvia a D. Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 1452 ss. e M. La Torre, *Amicizie pericolose*, cit., p. 273.

⁵⁹ Non è un caso se un'altra tecnica argomentativa, che è stata elaborata a partire dallo scenario emergenziale, che vedremo essere noto come *ticking bomb scenario*, è quella della ragion di Stato, che rinvia alla formulazione della teoria dell'"etica della responsabilità" di Max Weber. I fautori dell'argomentazione della ragion di Stato sostengono che il "politico" (si pensi ad esempio ad un presidente) al momento del compimento di una scelta, nell'esercizio delle sue funzioni, a differenza del comune cittadino, si trovi sottoposto al vaglio di due etiche diverse: da un lato quella divenuta nota come etica della convinzione, dall'altro quella della responsabilità, che viene a coincidere con la necessità di soddisfare la ragion di Stato. Si ritiene, dunque, che talvolta l'uomo di Stato si trovi ad operare scelte che, sebbene contrastino con la sua "moralità interiore", sono giustificate dal suo superiore dovere di responsabilità nei confronti della cosa pubblica: tra queste scelte, rientrerebbe, appunto, il ricorso alla tortura. Una simile visione dell'uomo di Stato appare più conciliabile con la figura di un "superuomo", che risulti essere il detentore di un potere assoluto, piuttosto che con quella di colui che assume un ruolo di vertice e di rappresentanza in uno Stato democratico: siamo, infatti, di fronte alla rappresentazione di "un eroe" che sceglie e agisce per gli altri, definendo egli stesso ciò che è il "bene altrui". Al contrario, la democrazia liberale affonda le sue radici nel principio di eguaglianza: tutti, compresi i presidenti e i capi di governo, sono in egual modo cittadini. Uguaglianza, formale e sostanziale, e presenza di prerogative fondamentali ed inviolabili degli individui, riconosciute dagli ordinamenti, fanno sì che sia inammissibile ed inaccettabile per un "libero cittadino" riconoscere che un altro, in virtù del ruolo politico, esecutivo o comunque mediante un esercizio arbitrario della propria "funzione pubblica", torturandolo, possa ledere la sua sfera personale sino a privarlo della sua stessa dignità di essere umano. In proposito, M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 145-149.

⁶⁰ All'epoca dei fatti, George W. Bush.

⁶¹ Art. 2, Costituzione americana (1787).

⁶² Celebre la frase del Presidente George W. Bush: «*I'm the decider, and I decide what is the best*». Si veda la notizia riportata dalla BBC, il 18 aprile 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4919650.stm>), oppure ricordata dal New York Times, il 24 dicembre del medesimo anno (<https://www.nytimes.com/2006/12/24/weekinreview/24stolberg.html>).

⁶³ Il Presidente, in quanto organo che tutela il diritto, è al vertice dei trattati.

In secondo luogo, la teorica in esame si concentra sull'innalzamento della soglia di gravità del dolore e della sofferenza necessari affinché si possa parlare di tortura. Si procede dunque ad una ridefinizione di ciò che è tortura, distanziando il concetto dal contenuto internazionalmente attribuito al termine: la tortura, ai sensi della definizione della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (CAT) del 1984⁶⁴, consiste nelle *severe pain or suffering* inflitte ad una persona da un pubblico ufficiale o su sua istigazione o con il suo consenso (desumibile in qualsiasi forma, sia essa espressa o tacita), con lo scopo di ottenere dalla stessa o da un terzo informazioni o confessioni, a fini punitivi o intimidatori o per qualsiasi altra ragione discriminatoria⁶⁵. Secondo la proposta di ridefinizione di tortura, invece, perché si abbia tortura vengono richiesti due requisiti stringenti.

Il primo consta nella presenza di un danno fisico permanente per la persona, la messa in pericolo della vita umana o la stessa morte. Larga parte delle ipotesi di tortura, seguendo tali coordinate, viene dunque ad essere "dequalificata" in maltrattamenti di minore gravità. Da una tale definizione risulterebbero, infatti, essere esclusi non solo atti quali quelli di violenza sessuale⁶⁶ (compreso il caso di una ripetuta violenza sessuale, anche se a danno di un minore), di sevizie psicologiche, ma anche pratiche come quella dello *waterboarding*⁶⁷, della privazione sistematica del cibo o del sonno⁶⁸ (in generale tutte le ipotesi qualificate con l'espressione tortura bianca o tortura *no-touch*) oppure, in generale, le forme di tortura non letali (come ad esempio la tortura "suggerita" da Alan M. Dershowitz⁶⁹, consistente nell'applicazione di aghi sotto le unghie dei torturati). Mediante la ridefinizione si sceglie di **non chiamare tortura ciò che tortura è**: le torture del *post 11*

⁶⁴ Con le espressioni CAT, Convenzione *ad hoc* del 1984, Convenzione ONU del 1984 o Convenzione in materia del 1984 nel testo a seguire ci si riferirà alla menzionata Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

⁶⁵ Cfr. Art. 1 par. 1 CAT. La CAT è entrata in vigore nel 1987 ed è stata firmata dagli Stati Uniti nel 1988, mentre l'anno di adesione è il 1994. Sul sito dell' *Office of the High Commissioner for Human Rights* (OHCHR) delle Nazioni Unite, al link <http://indicators.ohchr.org>, è possibile monitorare lo stato di adesione alla Convenzione e agli altri trattati sui diritti umani delle Nazioni Unite; inoltre è presente il testo integrale della CAT, rinvenibile in lingua inglese al link <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

⁶⁶ La violenza sessuale è stata riconosciuta espressamente come forma di tortura dai due Tribunali *ad hoc* per la Ex Jugoslavia e per il Ruanda: gli organi giudicanti, infatti, dopo aver ribadito che lo stupro e la violenza sessuale sono tra le pratiche più frequentemente utilizzate ai fini della realizzazione di torture hanno siglato che essi stessi sono veri e propri mezzi di tortura. Il riferimento, in particolare, è alle pronunce: *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, (Case Calebici), IT-96-21-T, Judgment 16 November 1998 (ICTY Trial Chamber); *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-A, Judgment, 21 July 2000 (ICTY Appeals Chamber) e *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment 2 September 1998, (ICTR Trial Chamber).

Anche dai *report* e dalle inchieste delle principali organizzazioni non governative che si occupano dei diritti umani emerge il dato della frequenza dell'utilizzo di atti di violenza sessuale ai fini della perpetrazione di torture, *una tantum* segnaliamo i resoconti rinvenibili nella pagina ufficiale di *Human Rights Watch* (www.hrw.org) nel *topic* specificatamente dedicato alla tortura.

⁶⁷ Con *waterboarding* si intende una forma di tortura in cui la vittima, immobilizzata, subisce una forma di "annegamento controllato". La pratica è divenuta nota proprio in relazione ai menzionati "interrogatori rafforzati" che hanno avuto luogo nel "post 11 settembre".

⁶⁸ O qualsiasi altra forma di "tortura bianca". Con tortura bianca o *non touch torture* o *untouched torture* viene indicato l'utilizzo di metodi che ingenerano gravi danni psicologici alla vittima (spesso a carattere permanente), ma che sono privi di qualsiasi segno fisico sul corpo di chi subisce i trattamenti.

⁶⁹ A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002, p. 144.

settembre vengono definite dagli stessi loro fautori “tecniche di interrogatorio rafforzato” (*enhanced interrogation techniques*). Winfried Brugger parlerà di “tortura di salvezza”. Si assiste ad una generale tendenza al rifiuto di utilizzare il termine *tortura*, stante la consapevolezza della carica di intrinseca illegittimità che lo connota, che renderebbe (e rende, di fatto) impossibile e improponibile qualsiasi teoria atta a proporne la legittimazione; di conseguenza, nei casi in cui non si abbandona il termine, i fautori della legalizzazione tentano di realizzare l’intento di dare una nuova accezione al concetto di tortura, “tendente al positivo”, affiancandolo, ad esempio, con un epiteto che rimanda al “salvataggio”.

In una tale ottica è impossibile non notare come si tende a snaturare non solo la nozione di tortura, ma anche quella dei “vicini” trattamenti inumani e degradanti: ciò che è “auspicato” dalla tesi di Yoo è che gli atti di tortura vengano qualificati come meno gravi trattamenti. Dunque, è come se si “usassero i trattamenti disumani e degradanti” per non punire la tortura: un impiego totalmente contrario alla loro stessa *ratio*. Se i legislatori, nazionali ed internazionali, hanno scelto di accompagnare la tortura con la nota coppia di trattamenti lo hanno fatto, al contrario, per ampliare la portata della tutela della tortura stessa⁷⁰. Al fine di far sì che gli atti di tortura non restassero impuniti si è previsto un “margine” che li circonda, disponendo che siano sanzionati anche atti di grave maltrattamento che ancora tortura non sono. Quanto appena rilevato consente di evidenziare che la visione di Yoo anche da un punto di vista giuridico ha una portata “stravolgente”, allorché si pone in antitesi rispetto alla *ratio* stessa delle previsioni che si occupano di definire e postulare il divieto di tortura e di trattamenti similari.

Non solo, come secondo requisito, Yoo richiede che il torturatore sia mosso da un intento specifico ed esclusivo: è tortura solo quella indirizzata a provocare sofferenza; se, torturando, si persegue un fine diverso, come ad esempio ottenere un’informazione, non si potrebbe parlare di tortura. Inoltre, qualora si provi “la buona fede del torturatore”, ovvero che la sua azione non era deliberatamente indirizzata a creare alla vittima quello specifico danno fisico permanente (o addirittura la morte), questo basterebbe a farlo ritenere non responsabile di un atto di tortura. Sembra quasi scontato chiedersi, a questo punto, se possa esistere qualcosa di qualificabile come tortura secondo tali linee guida. Anche tale riproposizione è manifestamente contraddittoria: una tortura è tale indipendentemente dall’intenzione “interiore” del torturatore, che è cosa ben diversa dalla qualificazione finalistica del dolo. La motivazione interiore viene forzatamente utilizzata al fine di delimitare *quid est* tortura, tuttavia così come un omicidio è un omicidio indipendentemente dall’intenzione interiore dell’omicida, lo stesso è – e deve essere – per la tortura. Un’azione di tortura, infatti, è tale in quanto presenta determinati elementi oggettivi (la condotta e l’evento del reato) e soggettivi (il dolo) da rilevarsi nell’immediatezza della realizzazione dell’azione: i “motivi interiori” non rilevano per il suo accertamento.

⁷⁰ Esplicativa, in tal senso è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di art. 3 C.E.D.U. («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»): l’intera teorica relativa al “livello minimo di gravità”, sulla quale, per esigenze di spazio non è possibile soffermarsi, è atta a ribadire il rapporto di “tutela crescente” che sussiste tra le tre condotte proibite dalla menzionata norma. Un trattamento inumano non può che essere degradante, un atto di tortura non può che essere al contempo trattamento inumano e degradante.

Ma Yoo non si ferma qui, prosegue e ricorda che se non bastano i poteri illimitati del Presidente, se nemmeno l'innalzamento dei requisiti necessari a qualificare un atto come tortura, combinato con le smisurate potestà del vertice dell'esecutivo, è sufficiente a che le violenze perpetrate a danno dei "nemici" siano considerate legittime, c'è una terza via: lo stato di emergenza. Ma quale è il vero limite dell'invocata emergenza? Se lo scenario emergenziale di Yoo divenisse "quotidiano", chi potrebbe non essere torturato? L'appello finale allo stato di necessità, infatti, rende possibile qualsiasi situazione normalmente non concepibile: non solo la tortura, ma qualsiasi atto troverebbe legittimazione, anche il più atroce. Anche la violenza carnale a danno di un bambino potrebbe arrivare ad essere legittimata: questo perché si potrebbe essere spinti ad agire in tal senso ritenendo che il terrorista, che non parla se si infligge del dolore a lui in prima persona, potrebbe farlo assistendo ad una scena di violenza cieca e inqualificabile a danno altrui. Perché non tentare? E d'altra parte, "guai", anche qui, a chiamarla tortura: nell'eventualità in cui il bambino sopravvivesse e non riportasse danni fisici permanenti, secondo la lezione di Yoo, non potrebbe esserlo. E si guardi bene, l'esempio, che si è riportato, non è frutto di una sconfinata fantasia di chi scrive. Nessun vincolo, nessun trattato internazionale, dunque, può limitare l'agire del Presidente, neanche se questo si dovesse tradurre nella realizzazione o nell'ordine di perpetrare atti di tortura a danno di un bambino⁷¹.

La verità è, dunque, che il torturatore, in tale scenario, risulterebbe sempre nel giusto, se si combina questa alla prima delle tre argomentazioni di Yoo: la sua azione sarebbe legittima in ogni caso in cui la si potesse qualificare come l'esecuzione di un ordine presidenziale⁷², pronunciato al fine di fronteggiare un improvviso pericolo, in un "contesto emergenziale". Tuttavia, chiudendo il cerchio, si rileva come la potestà illimitata dell'esecutivo che si viene a delineare nella teoria di Yoo sia in antitesi con lo stesso principio di separazione dei poteri. Uno Stato in cui il Presidente, capo dell'esecutivo, agisce in totale autonomia dalle leggi nazionali e, ancora di più, dalla Costituzione e dai vincoli internazionali (pattuiti e di *ius cogens*), si configura più come una realtà dove domina, incontrastata, l'assolutezza del potere esecutivo, che come quella di un ordinamento liberal-democratico, uno Stato di diritto, in cui i poteri sono separati e bilanciati tra loro. Qualora lo scenario ideato da Yoo si verificasse interamente e liberamente, comportando di fatto l'erosersi di qualsivoglia forma di limitazione dell'agire dell'esecutivo, esso non rappresenterebbe tanto il quadro di una situazione di emergenza, quanto la risultante di un regime dispotico. La giustificazione fondamentale apportata dai teorici a sostegno dell'argomento della situazione di emergenza dunque è la temporaneità stessa dell'emergenza: quanto appena descritto viene posto nei termini di un "danno collaterale", da accettare perché necessario e, comunque, destinato ad esaurirsi con la fine dell'emergenza. Tuttavia, la temporaneità non è affatto un dato oggettivo, anzi: definire l'emergenza atta a giustificare l'eccezione e delimitarne il contenimento è un problema che si pone anche per coloro che si fanno fautori di questa teorica⁷³; affermando l'assoluta eccezionalità dell'"emergenza" si è costretti a riconoscere l'incompatibilità della

⁷¹ John Yoo, al quesito Doug Cassel «Se il Presidente dichiarasse che torturerà qualcuno, anche schiacciando i testicoli di un bambino, non vi sarebbe alcuna legge che potrebbe fermarlo?», risponde negativamente senza esitazione. Come riportato in M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 109-116.

⁷² E anche qualora il torturatore fosse lo stesso Presidente non potrebbe essere chiamato a rispondere in virtù della necessità della sua azione.

⁷³ Come rilevato in M. Lalatta Costerbosa, *Il rovescio della dignità. La lezione di Kant contro la tortura* in V. Marzocco (a cura di), *La dignità*, cit., p. 40.

posizione espressa con le norme e i principi dello Stato di diritto e, dal momento che contenere e definire l'emergenza non è possibile con parametri certi ed oggettivi, in una prospettiva evolutiva, l'effetto di un'interpretazione simile è che i confini dello stato di eccezione finiscono inesorabilmente con l'espandersi, portando alla negazione stessa dello Stato di diritto e all'instaurazione di un regime autoritario, dove l'esecutivo regna incontrastato.

Le teorie di Yoo e Bybee fanno da cornice agli avvenimenti che attraverseranno l'America del *post* 11 settembre. Ciò che succederà "poi" è noto: si tortura. Dalle prigioni di Guantanamo (Cuba) e di Abu Ghraib⁷⁴ (ex carcere di Saddam Hussein, sito in territorio iracheno, passato sotto l'amministrazione americana), sino alla base militare di Bagram (Afghanistan). Gli interrogatori rafforzati dei centri segreti di detenzione della CIA vengono perpetrati anche al di fuori del territorio americano⁷⁵, persino in Europa, ove hanno luogo le *extraordinary rendition*⁷⁶.

⁷⁴ Per un approfondimento si rinvia a C.J. Einolf, *US torture*, cit., pp. 138 ss. «*Muslim prisoners were humiliated by being made to simulate sexual activity with one another; they were beaten and their fingers and toes were stomped on; they were put in stress postures, hooded and wired, in fear of death if they so much as moved; they were set upon or put in fear of attack by dogs*», così Waldron ripercorre gli atti di tortura perpetrati nel centro detentivo di Abu Ghraib (J. Waldron, *Torture*, cit., pp. 1695-1696).

⁷⁵ La *ratio* sulla quale non ci soffermiamo, perché si aprirebbe un approfondimento nell'approfondimento, è quella del "not-on-my-people" (non sulla mia gente) e "not-in-my-backyard" (non nel mio cortile). Rinviamo alla lettura di T. Scovazzi, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 2006, pp. 905 ss.

⁷⁶ Impossibile non accennare alla vicenda *Abu Omar*, che ha riguardato lo Stato italiano (Corte EDU, *Nasr e Ghali c. Italia*, n. 44883/09, 23 febbraio 2016). Senza dedicarci ad una minuziosa descrizione degli eventi si riporta quanto segue. Il ricorrente, accusato di terrorismo nel suo Paese d'origine (l'Egitto), il 17 febbraio 2003, a Milano, venne fermato da un soggetto in borghese, che all'epoca dei fatti si qualificò come carabiniere. Dopo averlo identificato l'uomo in borghese, coadiuvato da altri soggetti, lo ammanettò e lo trasferì coattivamente su un furgone, predisposto per suo il rapimento. Il ricorrente venne prima condotto nella base militare statunitense di Aviano, poi in quella di Ramstein, in Germania, e infine trasferito in Egitto, ove venne sottoposto ad un arresto prima, poi ad un'incarcerazione arbitraria e subì ripetute forme di tortura. Nella vicenda processuale italiana furono molti gli ostacoli che si susseguirono nel corso dell'accertamento dei fatti: un ruolo preminente lo ebbero il ricorso al segreto di Stato, in merito agli avvenimenti, e il rilievo della presenza di un conflitto di attribuzione tra il Tribunale di Milano e la Presidenza del Consiglio dei ministri. L'esito finale del giudizio interno, oggetto di pronuncia dalla Cassazione (Cass. Pen., Sez I, 4 febbraio – 16 maggio 2014, n. 20447), fu quello di annullare, senza rinvio, le condanne per sequestro di persona che erano state irrogate. La Corte EDU, rilevando innanzitutto che la presenza del segreto di Stato non può ostacolare la sua cognizione sul caso, qualificando il ricorrente come vittima di un processo di *extraordinary rendition* (espressione che, letteralmente, significa "consegna straordinaria"), riconoscerà la responsabilità degli agenti italiani che avevano collaborato, attivamente o con acquiescenza, all'epoca dei fatti, con quelli statunitensi per realizzare l'operazione di consegna segreta e poi i vari trasferimenti. L'*extraordinary rendition*, pur non essendo oggetto, in Italia, di una specifica normativa nazionale, è contemplata da numerose disposizioni internazionali vincolanti (tra cui l'art.7 dello Statuto della CPI) e, sicuramente, è in contrasto sia con il principio di legalità ex art 25, comma 2, Cost., che con l'art 2, comma 1, c.p. In riferimento alla C.E.D.U., la Corte rileva che l'*extraordinary rendition* realizza una violazione dell'art. 3, nel momento in cui prevede il verificarsi di una serie di maltrattamenti che superano il livello minimo di gravità richiesto dalla norma perché possano qualificarsi, almeno, come trattamenti inumani o degradanti (e nelle ipotesi peggiori come tortura). La responsabilità dello Stato italiano, in merito ai fatti sommariamente ripercorsi, relativa alla violazione dell'art. 3 C.E.D.U., è stata dunque ritenuta sussistente, oltre che dal punto di vista sostanziale, anche in un'ottica procedurale. Per un approfondimento sulla vicenda P.P. Casale, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art 613 bis c.p. Il (discutibile) recepimento del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2017, pp. 620 ss. Inoltre, si segnalano M. Mariotti, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 febbraio 2016 e A. Valentino, *La sentenza della Corte di*

Il Presidente “sopra ad ogni vincolo” e lo stato di emergenza e di eccezione conducono, in concreto, alla apertura di una stagione di deroghe ai principi fondamentali dello Stato di diritto (*in primis all’habeas corpus*) e ai diritti fondamentali dell’uomo. La presidenza Bush adotta una serie di atti “straordinari” finalizzati ad ampliare la discrezionalità nell’uso della forza, si ricordano: l’US (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) Patriot Act (26 ottobre 2001)⁷⁷, seguito dall’ *US Patriot Improvement and Reauthorization Act of 2005* (9 marzo 2006), che contiene una normalizzazione dello stato d’emergenza posto alla base del rammentato provvedimento del 2001. Vengono così statuite le cc.dd. “commissioni militari”⁷⁸: luoghi in cui il prigioniero, straniero e accusato di terrorismo, si trova ad essere privato di tutti i diritti⁷⁹ che per secoli hanno costituito una base solida e intangibile della civiltà giuridica. Si statuisce che nei confronti dei terroristi il diritto umanitario (diritto di Ginevra)⁸⁰ non può trovare applicazione⁸¹, sono *enemy combatants*⁸²,

Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3, 2016, pp. 367 ss. Per il testo integrale della decisione della Corte EDU, si rinvia a <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162280>.

⁷⁷ Per una descrizione contenutistica del *Patriot Act* si consiglia la lettura di J.A.E. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 2005, pp. 739 ss.

⁷⁸ L’atto istitutivo è un ordine presidenziale del 13 novembre 2001: *Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in The War Against Terrorism*, 66 Reg. Fed. 57, 833 (13/11/2001).

⁷⁹ Nelle commissioni istituite con l’ordine presidenziale del 13 novembre 2001 (*supra*), infatti: «L’ordine militare si sostituisce a molti principi fondamentali inerenti ai diritti civili riconosciuti dalla Costituzione e a molte regole del sistema processuale penale ordinario. Tanto l’organizzazione quanto l’amministrazione della giustizia da parte di commissioni militari costituisce diritto speciale: non solo la pubblica accusa ed i giudici ma anche gli avvocati appartengono all’esercito o sono avvocati civili selezionati dal Governo che hanno accettato le regole della procedura militare. L’intera procedura e la composizione delle commissioni, compresa l’identità degli avvocati, possono essere mantenute segrete; non si applicano l’*habeas corpus*, né i diritti “Miranda”, i diritti di difesa sono limitati, vigono speciali regole probatorie e non c’è una giuria. Sono stati instaurati procedimenti d’appello, ma non davanti ad una Corte d’Appello federale appartenente al potere giudiziario: l’appello è presentato ad un collegio militare e la sentenza finale relativa alla colpevolezza ed al trattamento sanzionatorio spetta al Presidente. Dunque, si tratta di una procedura giudiziaria nelle mani dell’esecutivo; e ciò, per definizione, non rispetta i requisiti di indipendenza e di imparzialità». J.A.E. Vervaele, *La legislazione*, cit., p. 768.

⁸⁰ Con l’espressione “diritto di Ginevra”, nell’ambito del diritto umanitario, si indicano le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, dei due Protocolli aggiuntivi del 1977 e delle Convenzioni del 1984 e del 1929. Il secondo pilastro del diritto umanitario, il cosiddetto “diritto dell’Aja”, è costituito dalle Convenzioni del 29 luglio 1989 e del 18 ottobre 1907. Il menzionato settore del sapere giuridico, inoltre, annovera tra le sue fonti anche consuetudine e usi di diritto internazionale.

⁸¹ Infatti, i terroristi non vengono qualificati come combattenti regolari: questo, secondo la linea di pensiero che sorregge i provvedimenti in esame, è sufficiente ad escluderli dall’applicazione delle rammentate Convenzioni.

⁸² Lo *status* di *enemy combatant* viene attribuito ai prigionieri dal Presidente in accordo con il Segretario della difesa. Come osserva Scovazzi: «Si può notare come gli individui sottoposti all’ordinanza militare del 2001 siano qualificati nelle prese di posizione ufficiali americane come “combattenti nemici” (*“enemy combatants”*). Pur non essendo possibile approfondire in questa sede il tema, si tratta di un formalismo giuridico di basso profilo, diretto a far sì che gli individui in questione non siano trattati né come imputati di reati comuni (e, in quanto tali, beneficiari delle ordinarie norme del diritto penale e processuale penale americano), né come prigionieri di guerra (e, in quanto tali, beneficiari delle apposite norme del diritto internazionale generale e particolare). Al contrario, i combattenti nemici non hanno diritto a nulla, al di fuori di quanto sia loro concesso dal Presidente degli Stati Uniti». T. Scovazzi, *Tortura e formalismi*, cit., pp. 911-912.

Secondo De Carlo sarebbe più opportuno ricorrere all’espressione *unalwful enemy combatants*, specificatamente richiamata nel *Military Commission Act*, firmato da G. W. Bush nel 2006, letteralmente

nemici. È come se la definizione stessa di “nemico” implicasse automaticamente l’erosione della loro essenza di persona: i nemici non hanno, non possono pretendere, alcuna forma di tutela⁸³. Ciò che è avvenuto nei primi anni del nuovo millennio sotto la Presidenza Bush si traduce come la plateale messa in discussione di quello che fino ad allora aveva costituito una base intrinseca ed indefettibile degli Stati di diritto.

Se esistono condizioni di emergenza che possono giustificare la distinzione degli individui in nemici e amici; se i nemici sono anch’essi eccezionali in quanto “nemici combattenti illegali”⁸⁴, non già persone, e dunque nei loro confronti si applica un diritto speciale, che non conosce né l’*habeas corpus* né i limiti al suo potenziale coercitivo, dettati dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali dell’uomo; se la decisione di tutto questo spetta al vertice dell’esecutivo che si fa anche difensore del diritto e della Costituzione, arrogandosi una potestà illimitata, allora non ci si potrà sorprendere se si assiste all’“impensabile morale” che diventa reale, «*the unthinkable had become thinkable*»⁸⁵. La tortura in un tale schema tende a configurarsi come un’ipotesi non solo possibile, ma anche legittima. L’immagine dei nemici, terroristi, colpevoli (anche se la colpevolezza non era accertata) contrapposti alla nazione di innocenti insicura, rende “accettabile” che si crei un dibattito volto a dare alla seconda quanti più strumenti possibili per difendersi. È il gioco della sicurezza di molti contrapposta al dolore, all’annientamento, di pochi: un gioco dal quale avevamo saputo difenderci per secoli, ma che il nuovo millennio ripropone e fa sì che coinvolga un certo numero di partecipanti. La partita si è, tragicamente, riaperta e i suoi riflessi sono tutt’altro che sopiti⁸⁶.

“nemici combattenti illegali”, autori di atti ostili nei confronti degli Stati Uniti, che non si possono qualificare né come “combattenti nemici legali” (riconosciuti, dunque, come tali nel territorio statunitense) né come prigionieri di guerra. La qualifica, prima del 2006, poteva essere attribuita o da un *Combatant Status Review Tribunal* o da un tribunale competente in materia (costituito sotto l’autorità presidenziale oppure a quella del segretario alla Difesa). Cfr. C. De Carlo, *Il dibattito statunitense sulla tortura*, in L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 337.

Sul concetto di “*illegitimate combatants*” nel diverso contesto della tortura da parte dei militari nei confronti dei prigionieri nemici, si veda: C.J. Einolf, *US torture*, cit., 121. In materia di *preventive detention* si rinvia a D. Cole, *Out of the shadows: preventive detention, suspected terrorists, and war*, in *California Law Review*, vol. 97, n. 3, 2009, pp. 693 ss.

⁸³ «Nessuna corte, giustizia, o giudice avrà la giurisdizione per considerare [...] un’applicazione dell’*habeas corpus* dovuta nei confronti di uno straniero detenuto dal Dipartimento della Difesa di Guantanamo Bay, Cuba», *Detainee Treatment Act (DTA)*, 2005, H.R. 2863, Title X. In proposito deve essere rilevato tanto che l’atto citato è stato emesso dopo la decisione della Corte Suprema *Rasul et al. v. Bush, President of the United States*, del 28/06/2004, nella quale si era affermato che i soggetti internati a Guantanamo avessero diritto a chiedere l’accertamento giudiziale della loro condizione presso la Corte Federale del distretto di Columbia, quanto che al DTA è seguita, nel 2008, una ulteriore pronuncia della Corte (*Boumediene v. Bush, President of the United States*) nella quale si è ribadito il diritto degli *enemy combatants* di fare appello avverso alla loro condizione presso un tribunale statunitense (nella prospettiva di ribadire e ristabilire il loro diritto all’*habeas corpus*). Così M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., pp. 101-102.

⁸⁴ Un processo di «criminalizzazione del nemico». In proposito, M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione*, cit., p. 115.

⁸⁵ Citazione riportata in F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable: Torture and the Criminal Law*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 46, n. 3, 2015, p. 48, modellata sulla falsariga dell’espressione presente in J. Waldron, *Torture*, cit., 1718, e della posizione di Luban, rinvenibile in D. Luban, *Unthinking the Ticking Bomb*, in *Georgetown Law Faculty Working Papers*, Paper 68, 2008, http://scholarship.law.georgetown.edu/fwps_papers/68.

⁸⁶ Si veda il *report* specificatamente dedicato agli Stati Uniti di *Human Rights Watch* (rinvenibile in *World Report 2019*, direttamente dalla *home* del sito ufficiale www.hrw.org) alla voce “*National Security*”. Da quanto riportato risulta sia che nel centro di detenzione di Guantanamo Bay si trovano ancora 31 detenuti (da 12 o più anni),

Per completare il quadro di eventi significativi per lo sviluppo – anche se sarebbe più opportuno parlare di “involuzione” – del dibattito sulla legalizzazione della tortura, dobbiamo nuovamente spostarci in Europa.

L’episodio a cui ci riferiamo è la vicenda conosciuta come il caso *Gäfgen*: siamo in Germania, è il 30 settembre 2002, la polizia di Frankfurt am Main (Francoforte sul Meno) arresta il principale indiziato, Magnus Gäfgen, in merito ai fatti concernenti il sequestro (poi si scoprirà anche l’omicidio) di un bambino di undici anni. La scomparsa del bimbo risale a tre giorni antecedenti l’arresto. Nel corso dell’interrogatorio, nel quale si cerca di carpire informazioni sul luogo e sul destino del bambino sequestrato, il sospettato, assumendo un atteggiamento ostruzionistico, si rifiuta di rispondere. A questo punto, Wolfgang Daschner, vicepresidente della polizia, rilevata la necessità di un intervento più incisivo, dopo aver provveduto a prospettare una situazione che renda credibile l’imminente ricorso alla tortura, procurandosi il personale e gli strumenti necessari per torturare il sospettato, minaccia l’indiziato dell’inflizione di un *physical pain*⁸⁷, allo scopo di farsi rivelare dove si trovi il bambino scomparso. Gäfgen viene, dunque, minacciato di tortura: dopo soli dieci minuti di interrogatorio, l’1 ottobre 2002, rivela sia il luogo del sequestro che il destino del fanciullo. Il bambino è stato ucciso, soffocato, dal sequestratore lo stesso giorno del rapimento. La vicenda tedesca irrompe sulla scena dell’opinione pubblica: è giusto torturare in una situazione “estrema come questa”? Incredibilmente, una parte consistente della dottrina tedesca si schiererà dalla parte di Daschner, sostenendo la posizione da lui assunta nella vicenda appena ripercorsa: è il segnale che le “istanze americane” per la legalizzazione della tortura, fiorite dopo l’11 settembre, hanno attecchito in modo capillare anche nel continente europeo.

4. Quando l’uomo diviene mezzo: tra *ticking bomb*, legittima difesa e mandati giudiziari. L’argomento “principe”: la *ticking bomb*.

L’argomentazione “morale” di natura utilitarista del *ticking bomb scenario* non può che essere la prima oggetto di analisi⁸⁸, sia per motivi di “storicità”, sia perché fa parte del substrato che viene invocato a sostegno delle altre istanze, al fine di “corroborarle” e dar loro maggior fondamento. Il contesto emergenziale della “**bomba ad orologeria**” (*ticking bomb* o bomba a tempo), viene esplicitato a partire dalla rievocazione del già noto “scenario ipotetico”, in cui si presenta una situazione emergenziale (l’attentato in corso), nella quale sopravviene l’arresto del terrorista: l’unico soggetto che detiene le informazioni

privati della libertà senza aver avuto un regolare processo (*without charge*), sia che si è continuato a processare ben 7 individui i per reati terroristici (tra cui alcuni per l’attentato dell’11 settembre) con il sistema delle commissioni militari site a Guantanamo (due risultano essere già stati condannati dalle commissioni).

⁸⁷ Corte EDU, GC, *Gäfgen c. Germania*, n. 22978/05, 1° giugno 2010, par. 15. Il testo integrale della sentenza in lingua inglese è rinvenibile al link <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-99015>. Si rileva, in merito all’esito processuale della vicenda, che la Grande Camera oltre a riconoscere la violazione degli artt. 3 (*Proibizione della tortura*) della Convenzione, riterrà sussistente anche quella dell’art. 34 (*Ricorsi individuali*) per la scarsa portata sanzionatoria delle pene alle quali furono condannati i responsabili della tentata tortura all’esito dei giudizi interni.

⁸⁸ «At least since 2001, the primary justification offered for the use of torture has been the *ticking time-bomb hypothetical*». F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable*, cit., p. 64.

necessarie per disinnescare l'ordigno a tempo, il quale, esplodendo, comporterebbe una strage di vittime innocenti. Tale scenario ipotetico, in particolare a seguito della sua declinazione specifica da parte di Luhmann, è stato oggetto di richiamo da larga parte dei fautori della legalizzazione della tortura, tra cui ricordiamo Alan M. Dershowitz⁸⁹, per la proposizione dei *torture warrant*, e Winfried Brugger⁹⁰, nella formulazione della sua *Rettungsfolter* (tortura "di salvezza"). L'appello alla "bomba a tempo" dunque rappresenta la principale istanza morale volta a **rendere accettabile l'inaccettabile morale**: impossibile, infatti, è postulare la legalizzazione della tortura senza operare su tale piano. La creazione di un varco nella moralità in cui si possa concepire una forma di tortura legale è, infatti, un presupposto indefettibile, per i fautori della legalizzazione: la sua elaborazione, tuttavia, non è possibile senza la previa effettuazione di un "appello" a contesti simili a quello della *ticking bomb*.

Al di là della innegabile forza emotiva che il *ticking bomb scenario* è in grado di esercitare, è importante osservare il suo potenziale guardando all'effetto che dispiega nei riguardi della portata del divieto di tortura: spingere la mente "del lettore" o "dell'uditore" ad accettare l'eccezione significa minare, in modo irreparabile, l'assolutezza e l'universalità della proibizione della tortura, così come postulate sia in ambito internazionale e sovranazionale, che all'interno delle costituzioni degli ordinamenti liberal-democratici. La "relativizzazione del divieto"⁹¹ è un presupposto indefettibile che fa da base a qualsiasi tentativo di proporre una qualsivoglia forma di tortura legalizzata: questo sia che si proceda alla ricerca di una giustificazione *ex ante*, che *ex post*.

La rievocazione del predetto scenario ipotetico incide direttamente sulla configurazione del "rapporto vittima-carnefice": il torturatore protagonista dell'esempio della bomba ad orologeria non viene più delineato come l'"aguzzino", l'uomo spietato, ma come colui che interviene "per il bene di molti" a danno del singolo che minaccia la collettività⁹². Viene totalmente scardinata e capovolta l'immagine mentale che immediatamente sovviene quando si rievoca il concetto di tortura: l'attribuzione dei ruoli di vittima al torturato e di carnefice al torturatore è immediata, repentina, "quasi scontata". Per ribaltarla è necessario che la mente sia proiettata verso una situazione pregressa dove il torturato perde la sua qualifica di persona offesa da un atto ingiusto, illegittimo e spietato: nella teorica, così impostata, la tortura viene a definirsi come uno strumento utile e necessario⁹³. La struttura logica che sorregge l'argomentazione della *ticking bomb* è

⁸⁹ Rimandiamo all'opera – considerabile alla stregua di una *summa* del pensiero di Dershowitz – A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works.*, cit.

⁹⁰ Si veda W. Brugger, *May Government Ever Use Torture. Two Responses from German Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, pp. 661 ss.

⁹¹ Rimandiamo alla lettura di A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works*, cit., pp. 148-149. Per una panoramica generale: O. Gross, *Are torture*, cit., pp. 1497 ss. Citiamo, in proposito le parole del giudice Richard Posner: «[...] if the stakes are high enough, torture is permissible. No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility». R.A. Posner, *The Best Offense*, in *The New Republic*, 02/09/2002, p. 28.

⁹² «Now, he is not a cruel man or a sadistic man or a coarse, insensitive brutish man. The torturer is instead a conscientious public servant, heroic the way that New York firefighters were heroic, willing to do desperate things only because the plight is so desperate and so many innocent lives are weighing on the public servant's conscience». D. Luban, *Liberalism, Torture*, cit., p. 1441.

⁹³ Nella teorica di W. Brugger il ribaltamento dei ruoli è posto in termini perentori: la tortura viene delineata dal giurista come un mezzo per "ristabilire la giustizia". Per una *summa* autografa del pensiero di Brugger si rinvia

quella della logica utilitarista dei “costi-benefici”, fondata sulla contrapposizione di due “mali”: la tortura del terrorista, da una parte, il pericolo delle vittime dell’attentato in corso, dall’altra. L’accettabilità morale, pertanto, si radica su un’argomentazione ispirata ad una logica di consequenzialismo morale: dato che il male (la tortura) di un singolo individuo porta al bene (alla salvezza) di molti, allora è ammissibile, dunque accettabile moralmente.

Il *ticking bomb scenario* presenta una serie di limitazioni e profili critici⁹⁴. Innanzitutto, qualora si proceda all’arresto del “sospetto terrorista”, vi è un dato reale incontrovertibile, che mina alle basi la tenuta stessa del modello ipotetico in questione: la constatazione che non è possibile avere la certezza della sua effettiva colpevolezza. L’argomento della bomba ad orologeria, infatti, prevede che si torturi il “sospettato”, colui che si suppone abbia posizionato l’ordigno o che, comunque, sia a conoscenza di importanti informazioni. Si pone, dunque, il problema della tortura dell’innocente⁹⁵. È chiaro che il principio di colpevolezza e la presunzione di innocenza vengono totalmente estromessi quando si opera ai danni del sospetto terrorista nel contesto della bomba a tempo. Non pare sbagliato aprire in questa sede una riflessione ed inquadrare l’argomentazione della bomba ad orologeria nel quadro della più ampia tematica del diritto penale della prevenzione⁹⁶: la logica preventiva sposta l’asse del presupposto indefettibile per l’intervento punitivo dall’accertamento della colpevolezza alla prevenzione del rischio, con il pericolo che si entri in scenari dai confini labili, in cui non solo il diritto penale, ma anche l’esercizio di forme di coercizione, fisica e psicologica, da parte delle autorità statali si trovi ad essere giustificato ogni qualvolta queste affermino che sussiste un generico pericolo per delle vittime indeterminate. Un ordinamento penale dominato esclusivamente da simili logiche di prevenzione si delinea come un contesto in cui il potere punitivo dello Stato si trova ad operare in modo arbitrario, senza essere delimitato dalla osservanza di limiti di garanzia, valori sovraordinati, in cui rientrano il rispetto della dignità dell’essere umano e dei suoi diritti fondamentali. In tale scenario, di fatto, si aprirebbero le porte ad un esercizio della potestà statale potenzialmente illimitato, al massimo vincolato al rispetto di principi a carattere formale e procedurale, libero di intervenire nella sfera dell’individuo, sino ad annientarla con un atto di tortura, ogni qualvolta venisse rinvenuto un interesse di sicurezza “generale” da difendere. Tutto ciò risulta essere in totale antitesi rispetto allo Stato di diritto, all’ordinamento liberal-democratico, in cui la persona rimane «al centro dell’attenzione del sistema»⁹⁷ e, rispetto ad esso, non assume il ruolo di “mezzo” o di “strumento”.

una tantum all’opera sopracitata (W. Brugger, *May Government Ever*, cit., pp. 661 ss.). Per una voce critica, R. Mele, *Tortura e vita*, cit., pp. 93 ss.

⁹⁴ Distinguono tra critica fattuale ed ipotetica A. Chiessi, G. Scardovi, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell’utilitarismo*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 319 ss.

⁹⁵ Come ricordato da Luban, non si tratta di questioni asettiche e irreali, nel post 11 settembre «*many detainees claim that they are cases of mistaken identity (and this has been proven to be true in the highly-publicized case of Mohammed El-Masri, a German cab-driver who was kidnapped and rendered by U.S. agents). A former U.S. contract interrogator has explained to me that in Iraq, detainees were brought in whose arrest report stated nothing beyond “Suspected of anti-coalition activity” – and that this often meant only that they were young men in the vicinity of roadside bombs*». D. Luban, *Unthinking*, cit., p. 14.

⁹⁶ Come suggerito da F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable*, cit., pp. 48 ss.

⁹⁷ M. Donini, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, fasc. 2, 2009, p. 431.

Una seconda criticità dello scenario della bomba a tempo riguarda i termini della menzionata valutazione dei “costi-benefici”: l’assunto alla base della giustificazione morale della *ticking bomb*, è quello secondo cui “torturare il singolo” sia l’alternativa migliore rispetto alla messa in pericolo della collettività. È come se si desse per scontato che la conseguenza “automatica” della tortura sia lo sventare l’attentato, il disinnescare della bomba: immaginando un rapporto causale si assume che ad un atto di tortura consegua il disinnescare di un ordigno o, quantomeno, il conseguimento di informazioni a ciò finalizzate. Ma se questo non avvenisse? Se la bomba esplodesse comunque? La credibilità stessa dell’assetto istituzionale si troverebbe ad essere fortemente messa in discussione e, nei fatti, non verrebbe nemmeno garantita quella sicurezza per la quale lo Stato si è reso autore del compimento di un atto disumano.

4.1. Self-defense: la tortura come reazione difensiva.

Nel contesto emergenziale di una bomba a tempo che sta per esplodere, ossia in quello dell’attentato in corso, non poteva non emergere l’argomento della **legittima difesa**⁹⁸. Per far sì che il ricorso alla *self-defense* (letteralmente autodifesa) si configurasse come un argomento “proponibile”, i suoi teorici sono proceduti, nel formularlo, a partire da una sorta di ridefinizione dello stesso concetto di legittima difesa⁹⁹. La legittima difesa come conosciuta e postulata dalla legislazione penale, presuppone la presenza di un pericolo attuale e assume la struttura di una “reazione” ad esso. Difficile è rinvenire la presenza di tali caratteri strutturali nel caso in cui siamo di fronte all’arresto di un sospetto terrorista che si suppone conosca informazioni rilevanti: il caso, appunto, che Bybee, muovendosi nel rievocato contesto del *post 11 settembre*, mira a difendere ricorrendo all’argomentazione in esame. Il **combattente nemico**, nelle mani dello Stato, non sta eseguendo l’attacco “in quel momento”: come giustificare allora il ricorso alla tortura nei suoi confronti? Bybee fa appello alle argomentazioni proposte da Michael Moore.

Moore, negli anni ‘80, come anticipato, era stato autore di una teorica volta a sostenere la legittimazione del ricorso alla tortura a danno dei sospetti terroristi palestinesi da parte delle forze israeliane. L’artificio utilizzato da Moore si radicava sull’assunto del ritenere che il terrorista «ha causato colpevolmente la situazione per cui qualcuno può essere offeso»¹⁰⁰. Tale premessa consentiva di proseguire e rilevare che il “danno” (*rectius* la tortura) nei confronti del terrorista venisse a configurarsi come «il solo mezzo per evitare la morte o il ferimento di altri esposti a rischio delle sue azioni»¹⁰¹; di conseguenza, nel predetto contesto, si sostiene che il motivo per cui dovrebbe ritenersi lecita la tortura è il medesimo che sorregge la legittimità dell’autodifesa¹⁰². Bybee rielabora

⁹⁸ Interessante la recente riflessione proposta da A. Nisco, *Sul divieto assoluto di tortura*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Revelino, 2019, pp. 53 ss., afferente al tema del ricorso a concetti quali “cause di giustificazione” e “stato di necessità” nelle varie istanze atte a proporre la legalizzazione della tortura.

⁹⁹ Si veda in proposito E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, cit., p. 332.

¹⁰⁰ M.S. Moore, *Torture and the Balance*, cit., p. 323. La traduzione riportata è rinvenibile in M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani* cit., p. 1354.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Per una recente riproposizione dell’argomento si veda il contributo di D. Sussman, *Torture, Self-Defense, and Fighting Dirty*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., pp. 219 ss.

la menzionata argomentazione nei seguenti termini: «se un attacco appare sempre più probabile, ma i nostri servizi di informazione e le forze armate non possono evitarlo senza l'informazione ottenuta interrogando un certo individuo, allora sarà ancora più probabile che la condotta in questione sia vista come necessaria»¹⁰³.

Dunque, quello che in Moore, poi in Bybee, si pone a fondamento e a giustificazione della postulata "legittima difesa", che opererebbe nel rievocato scenario, è il presunto attacco alla sicurezza della nazione derivato dalla conoscenza di una imminente minaccia terroristica. Tuttavia, *in primis* non si può che controbattere rilevando che il torturato è per definizione **indifeso**¹⁰⁴: è il presupposto stesso della legittima difesa che nello scenario descritto prima da Moore e poi da Bybee viene a mancare. Il torturato, appunto, in quanto tale è un soggetto che si trova in balia dell'altrui dominio, non un individuo che sta attaccando o mettendo in pericolo qualcun altro: parafrasando Henry Shue, il torturatore opera nei confronti di una persona che è totalmente sottoposta alla sua mercé, al suo potere¹⁰⁵. Si altera dunque, quel rapporto di **reciprocità** che fa da base imprescindibile perché possa ricorrere l'autodifesa. Inoltre, manca la "causalità diretta" che è richiesta qualora si affermi di star ricorrendo alla legittima difesa per "prevenire": non è assolutamente certo, né altamente probabile che «l'azione di difesa possa probabilmente evitare l'offesa»¹⁰⁶. Premesso che ci muoviamo in un contesto in cui il torturatore necessariamente sa già in partenza quale sono le informazioni che vuole ottenere dal torturato, non è detto né che all'esito della tortura si ottenga l'informazione sperata, né che questa corrisponda al vero, né tantomeno che effettivamente, ammesso che la si ottenga e sia veritiera, una volta in suo possesso si possa sventare il pericolo paventato¹⁰⁷. Tale argomentazione vale a fronteggiare anche una più recente riformulazione, in termini restrittivi, dell'argomento dell'autodifesa, proposta da David Sussman¹⁰⁸, il quale ritiene che la tortura sia giustificabile attraverso l'argomentazione dell'autodifesa solamente nei limitatissimi casi in cui il suo ricorso "immediato" è finalizzato a sventare un atto o una minaccia di tortura a proprio danno o nei confronti di una persona cara. Tale condizione, a suo avviso, è l'unica che consente di ritenere accettabile la naturale inammissibilità morale della tortura (*reconciliation morally impossible*)¹⁰⁹: poiché si tratta di un contesto dove non risulta possibile ritenere che il rapporto tra l'agente e il suo "nemico" possa assumere una connotazione di fiducia o di apertura reciproca. Posto che l'esempio a cui riferirsi, quando si parla di tortura di una persona amata, è quello da egli descritto del rapimento di un coniuge, che viene

¹⁰³ Nel già citato *Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, on Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C., 1/08/2002*.

¹⁰⁴ «[...] a me pare che parlare di legittima difesa nel caso della tortura suoni un po' come una bestemmia». M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 188.

¹⁰⁵ H. Shue, *Torture*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n. 2, 1978, pp. 124 ss.

¹⁰⁶ M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 188.

¹⁰⁷ Sul punto D. Luban, *Unthinking*, cit., pp. 9-12. L'Autore osserva che spesso coloro che svolgono gli interrogatori sono a conoscenza di informazioni che gli interrogati raramente conoscono e riporta anche alcuni esempi concreti, al fine di avvalorare quanto osservato.

¹⁰⁸ Si rinvia al sopracitato contributo di D. Sussman, *Torture, Self-Defense*, cit., pp. 219-230. Per l'Autore solamente la necessità di sventare una minaccia o un atto di tortura, e solo di tortura, a proprio danno o di una persona amata può consentire di ritenere che sono integrati presupposti dell'autodifesa. A conclusione del suo ragionamento Sussman rileva che *perhaps* possono ritenersi equiparabili ad un atto di tortura le forme di violenza più estrema del terrorismo («*extreme forms of terrorism*»).

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 230.

minacciato di tortura dai propri rapitori, si rileva in proposito che decidere di ricorrere alla tortura nei confronti di uno dei criminali, autori del rapimento, affinché questi intervenga per far cessare l'atto di tortura a danno del proprio congiunto o per evitare che questo sia perpetrato, non solo esonda dai limiti della legittima difesa in termini di reciprocità, poiché la stessa struttura di un atto di tortura lo rende incompatibile con il concetto di "reazione", ma, soprattutto, non sopravvive all'obiezione appena esposta. In merito al caso, invece, della reazione alla propria tortura, l'esempio della reazione ad una "propria tortura con tortura" pare incardinarsi sui binari dell'esempio paradossale, difficilmente concepibile nella realtà dei fatti.

A tutto ciò si sommi il fatto che, tradizionalmente¹¹⁰, tra i principi generali che sorreggono l'istituto in esame, perché la difesa possa dirsi legittima, deve essere proporzionata all'offesa¹¹¹, che con essa si mira a sventare: deve esserci proporzionalità tra l'offesa minacciata e quella arrecata (tenuto conto sia dei beni in conflitto che dell'intensità dell'offesa a cui questi si trovano ad essere esposti). Il requisito della proporzionalità, unito allo «scopo difensivo»¹¹² che anima la reazione, dunque, comporta che l'azione difensiva, per sua stessa definizione, non potrà mai consistere in una tortura, dal momento che la tortura è di per sé qualcosa insostenibile, atroce e disumano, «una condotta sempre offensiva, mai difensiva»¹¹³.

In conclusione, prima di passare all'analisi della linea teorica volta a giustificare *ex ante* il ricorso alla tortura, deve essere messa in risalto una ulteriore nota critica che può riferirsi a tutte le linee argomentative sino ad adesso vagliate: una giustificazione che opera *ex post facto* non tiene conto che una qualsivoglia forma di tortura legalizzata implica che ad essere oggetto di legittimazione non sia mai "il singolo atto eccezionale di

¹¹⁰ I tre canoni classici, condivisi dalla gran parte degli ordinamenti giuridici, per valutare la legittimità di una condotta difensiva sono: immediatezza (o attualità del pericolo), necessità e proporzionalità.

¹¹¹ Per commenti specificatamente riferiti alla disciplina italiana, si vedano M. Ronco, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2014, pp. 799 ss.; M. Lepera, *Il requisito della proporzione tra difesa e offesa nella legittima difesa domiciliare: tra interpretatio abrogans e illegittimità costituzionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1260 ss.; F. Diamanti, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1353 ss.; *Legittima difesa*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Il Mulino, 2017, pp. 607 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Wolters Kluwer, CEDAM, 2017, pp. 249 ss.; D. Pulitanò, *Legittima difesa: tra retorica e problemi reali*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 4, 2017, pp. 262 ss.; *Id.*, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 5, 2019, pp. 205 ss.; R. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 1, 2019, pp. 17 ss.

¹¹² Come rilevato da M. Ronco, *La dottrina*, cit., p. 805, accanto al requisito della proporzionalità assume rilevanza anche lo *scopo difensivo*, elemento sempre più messo in risalto anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, sia che si tratti di legittima difesa del "privato cittadino" che commessa dalla pubblica autorità. Il combinato tra i due elementi menzionati fa sì che si ribadisca la natura eccezionale della giustificazione in esame che opera solamente laddove il comportamento posto in essere si rappresenti come assolutamente necessario e come proporzionato, anche se questo consta nell'uso della forza pubblica.

Tra la casistica della Corte EDU si ricordano, a titolo esemplificativo, sia il *leading case* *McCan e altri c. Regno Unito* (Corte EDU, GC, *McCan e altri c. Regno Unito*, n. 18984/91, 27 settembre 1995) che la pronuncia *Giuliani e Gaggio c. Italia* (Corte EDU, GC, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, n. 23458/02, 11 marzo 2011).

Pulitanò, recentemente, ha ribadito che la difesa legittima è da intendersi come *difesa necessitata*. D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità*, cit., p. 206.

¹¹³ M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 188.

tortura” o quantomeno che solo in apparenza sia così. L’effetto di una legittimazione a posteriori, radicata su assunti generali, è quello che si arrivi, in concreto, ad aprire la strada alla legittimazione della prassi della tortura. Si rileva, infatti, che affermare che possa esistere una forma di tortura legalmente praticabile dai funzionari statali, giustificata dalla sussistenza di contesti emergenziali, presuppone che sullo sfondo si possa contare sulla presenza di soggetti formati al fine di metterla in pratica¹¹⁴, personalità competenti, dai medici agli psicologi, sino agli esecutori. Tuttavia, la presenza di un “apparato esecutivo” contrasta con la stessa, paventata, eccezionalità dell’evento di tortura in virtù della quale si mira a sostenere la legittimità della sua verifica *ex post*. Pare piuttosto che la presenza di un apparato professionalmente istruito a “torturare” non potrebbe che avere, come presupposto indefettibile, una giustificazione *ex ante* della pratica della tortura¹¹⁵, essendo improponibile ed impensabile nei confini “emergenziali” che accompagnano le varie forme di giustificazione *ex post*.

4.2. Il mandato giudiziale di tortura: una giustificazione *ex ante*.

La teoria del **mandato giudiziale di tortura** viene formulata dai suoi sostenitori attraverso l’assunzione di una prospettiva “apparentemente empirica”. L’esponente di spicco¹¹⁶ di tale linea interpretativa è Alan M. Dershowitz¹¹⁷. L’argomentazione di Dershowitz è rapidamente ripercorribile in questi termini: la tortura è un male inevitabile che esiste ed è prassi abituale degli Stati. Dunque, l’interrogativo che si pone il celebre giurista è il seguente: meglio continuare a “negare l’evidenza” e lasciare che la tortura continui ad essere una pratica non regolamentata e perpetrata nell’ombra, o, in alternativa, creare una forma di tortura legale? Chiaramente, Dershowitz sostiene che la seconda alternativa sarebbe quella più opportuna: è necessario procedere al fine di creare una forma di tortura “autorizzata *ex ante*”¹¹⁸. Il meccanismo che il noto avvocato e accademico statunitense propone è quello del “mandato giudiziale” (c.d. *torture warrant*): l’autorizzazione giudiziale alla tortura implicherebbe che il ricorso a tale pratica fosse oggetto di una preventiva, responsabile e pubblica valutazione del giudice, a differenza, invece, dell’opposta situazione in cui ci si trova lasciando che la tortura si traduca con l’essere uno strumento illegittimo e di fatto affidato interamente all’arbitrio delle forze di polizia e dei servizi segreti. La “tortura legale” proposta da Dershowitz, dunque, sarebbe “controllata” perché avrebbe luogo come esecuzione di un provvedimento giudiziale, nei

¹¹⁴ Interessanti le osservazioni di Garrett Ordover sull’impiego dei c.d. *contractors* (una sorta di “mercenari”, ossia di milizie private) nel centro detentivo di Guantanamo Bay. G. Ordover, *Tortured Prosecutions: Holding Private Military Contractors Accountable*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., pp. 320 ss.

¹¹⁵ In tal senso: M. Baron, *The Ticking Bomb Hypothetical*, in S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting*, cit., p. 188; D. Luban, *Liberalism, Torture*, cit., p. 1446.

¹¹⁶ Analogamente anche nella proposta di Rainer Trapp si sostiene la necessità di un’autorizzazione giudiziaria volta a legittimare l’impiego della tortura. Sul punto M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura*, cit., p. 60.

¹¹⁷ Il pensiero di Dershowitz è espresso integralmente nel già citato volume A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works*, cit., a cui può aggiungersi, per una disamina analitica della teoria del mandato giudiziale, la lettura di Id., *Terrorismo* cit., pp. 122 ss., e del contributo Id., *The torture warrant. A Response to professor Strauss*, in *New York Law School Review*, vol. 48, nn. 1-2, 2003, pp. 275 ss.

¹¹⁸ Cfr. M.H. Kramer, *Alan Dershowitz’s Torture*, cit., pp. 283 ss.

suoi limiti e alle sue condizioni¹¹⁹. Si propone quasi come una forma di tortura “responsabile ed accettabile”: innegabile il paradosso lessicale che tale immagine rievoca.

Il celebre professore di Harvard, nel proporre l’argomentazione, parte, tuttavia, da un presupposto che presenta una serie di criticità. La tortura è considerata dal giurista come un fatto sociale inevitabile; pertanto, egli ritiene che il ricorso ad essa avverrebbe “a prescindere” in uno scenario come quello della bomba a tempo, che sta per esplodere, nella contingenza in cui avvenisse la cattura di un sospetto terrorista, probabilmente coinvolto nell’attentato, poche ore prima dell’esplosione. Si tratta, tuttavia, di un assunto del quale si può dubitare: i casi di tortura, sebbene siano presenti, non sono la prassi degli Stati di diritto nei contesti emergenziali e, come si è avuto modo di osservare, il divieto di tortura costituisce uno dei valori fondanti degli ordinamenti liberal-democratici. Principio che sopravvive, nonostante la presenza da un lato delle istanze ad esso avverse che si stanno affermando, dall’altro del verificarsi di casi di abuso della forza pubblica e di coercizione in tali contesti. Inoltre, poi, non si vede per quale motivo qualcosa che si riconosce essere l’“inaccettabile” per definizione, la cui proibizione ha una natura di norma di diritto internazionale imperativo oltre che di principio fondante degli stessi ordinamenti costituiti, quindi di un qualcosa che di per sé è trasversalmente percepito come un male ingiusto e inconcepibile, *malum in se*, rammentando il titolo di questo scritto, dovrebbe diventare giuridicamente legittimo¹²⁰. Lo stesso Dershowitz ribadisce «*my (torture warrant)¹²¹ argument is not in favour of torture of any sort*»¹²²: il fautore del *torture warrant* dunque non può che ravvisare che c’è qualcosa di ingiusto ed ingiustificabile nella tortura stessa. Emerge, quindi, quanto la legalizzazione della tortura risulta essere una prospettiva intrinsecamente contraddittoria: sostenere che tale pratica possa essere legalizzata è inconciliabile con il fatto che la tortura, per definizione, risulta essere totalmente priva di quei “connotati positivi” che potrebbero giustificare una forma legale, non sussistono i termini per ritenere che questa si configuri come un mezzo “ammissibile”, poiché definirlo come tale metterebbe in discussione la tutela stessa dell’individuo nelle sue prerogative fondamentali.

Si nota, poi, che lo stesso Dershowitz, nel porre in evidenza la necessità che il ricorso alla tortura si configuri come connotato da eccezionalità e che il suo impiego sia limitato ad eventualità che si collocano all’interno di “confini certi e determinati”, riconosce che aprire le porte alla via della legalizzazione in una prospettiva utilitarista rischia di

¹¹⁹ «*If torture is in fact being used and/or would in fact be used in an actual ticking bomb mass terrorism case, would it be normatively better or worse to have such torture regulated by some kind of warrant, with accountability, record-keeping, standards, and limitations*». A.M. Dershowitz, *The torture warrant*, cit., p. 277.

¹²⁰ Si rileva che Gross, nel proporre la sua visione intermedia tra la legalizzazione consequenzialista e la proibizione assoluta della tortura, critica l’approccio della giustificazione *ex ante* rilevando che la labilità dei confini contenutistici degli stessi *warrant*, di fatto, potrebbe tradursi in una giustificazione della prassi insindacabile nel merito, vista l’impossibilità di effettuare un bilanciamento globale e complessivo da parte dell’autorità che autorizza nell’immediatezza del fatto (sia dei principi che delle circostanze del caso concreto). O. Gross, *Are torture*, cit., pp. 1529 ss.

¹²¹ Parentesi aggiunta.

¹²² A.M. Dershowitz, «*Tortured Reasoning*», in *Torture. A Collection*, Oxford University Press, 2004, pp. 257 ss. È lo stesso Autore, dunque, ad evidenziare, letteralmente, che la sua argomentazione – ossia quella del mandato giudiziale – non è di per sé da leggersi come un’istanza che si pone a favore qualsivoglia tipologia di tortura.

condurre ad una *slippery slope*¹²³, una pericolosa china scivolosa che potrebbe condurre all' «*abyssis of amorality and ultimately tyranny*»¹²⁴. China scivolosa che, vista la difficoltà di determinare quei “confini” e il concreto rischio che l'emergenza “esondi”, dunque che l'eccezione perda le sue vesti e divenga prassi, comporta il raggiungimento di una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella suggerita da Dershowitz. Come ha recentemente ricordato Marcia Baron¹²⁵: non esiste un ricorso *una tantum* alla tortura. Tollerare il ricorso a tale pratica, anche ammesso che inizialmente sia fatto sporadicamente, ha come effetto la “normalizzazione” della pratica stessa: i casi in cui si ravviserebbe la necessità del suo impiego, naturalmente, aumenterebbero e, alla fine, diverrebbe una prassi tutt'altro che eccezionale. Quanto osservato, infatti, rinvigorisce oltremodo l'idea che, a fronte di tali pericoli, l'assolutezza e la trasversalità del divieto di tortura non possano che essere l'unica via ammissibile e percorribile. La giustificazione *ex ante* della tortura, qualsiasi forma essa abbia, infatti, si traduce in un generale permesso all'esercizio della forza pubblica a tal fine, non assumendo quindi i connotati sostanziali di una “eccezione”, ma quelli di una “regola”.

5. L'inevitabile *slippery slope*: “uno, cento, mille”.

Nel corso dell'illustrazione dell'esempio di scuola dello scenario ipotetico della *ticking bomb*, il ricorso alla tortura viene definito in termini di “scelta del male minore”. «La debolezza dell'argomento è stata sempre evidente: coloro che scelgono il male minore dimenticano troppo in fretta che stanno comunque scegliendo il male»¹²⁶: risuonano come un monito imprescindibile le parole della Arendt, che evidenziano quanto vi sia un'intrinseca e insuperabile contraddittorietà nella stessa logica della **scelta del male minore**. Questa fallacia intrinseca si rileva anche allorquando si consta quanto possa essere breve il passaggio tra l'apertura di una deroga eccezionale e la rivendicazione di un diritto o di un dovere dello Stato a torturare¹²⁷. Anche Jeremy Waldron¹²⁸, in riferimento a ciò, ha parlato di “china scivolosa”: aprire un'apertura alla legalizzazione della tortura, elidere l'assolutezza del suo divieto, vuol dire far non solo sì che il suo esercizio diventi incontrollabile, ma anche che, attraverso la legalizzazione di una pratica tanto aberrante, si arrivi automaticamente a creare una base giustificativa, a maggior ragione, per tutte le inflizioni di sofferenza, fisica o mentale, che “ancora tortura non sono” da parte dello Stato. Inoltre, *repetita iuvant*: come definire i contesti di insicurezza, di emergenza o necessità atti a giustificare il ricorso all'impiego della tortura? Chi torturare? Tutto è destinato a scivolare e a tradursi in un gioco dove la tortura risulta permessa ogni qualvolta si dichiara che c'è un pericolo alla vita o all'integrità fisica di una sola persona, ma non solo. Se si tortura per sventare una “minaccia”, allora anche solamente l'intenzione o la qualificazione

¹²³ Per una chiara illustrazione dell'argomento della *slippery slope* in O. Gross, *Are torture*, cit., pp. 1507 ss.

¹²⁴ A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works.*, cit., p. 146.

¹²⁵ M. Baron, *The Ticking Bomb Hypothetical*, cit., pp. 187 ss.

¹²⁶ «[...]the weakness of the argument has always been that those who choose lesser evil forget very quickly that they choose evil», H. Arendt, *Personal Responsibility Under Dictatorship*, in Id., J. Kohn, *Responsibility and Judgement*, Schocken Books, 2003, p. 36.

¹²⁷ Si ricorda che Brugger arriverà proprio ad affermare che in capo agli ordinamenti sussiste un “dovere” di ricorrere alla tortura in contingenze estreme come quelle della *ticking bomb*, finalizzato a garantire la sicurezza e l'incolumità della popolazione innocente in pericolo. Si veda W. Brugger, *May Government Ever*, cit., pp. 661 ss.

¹²⁸ J. Waldron, *Torture*, cit., pp. 1734 ss.

di “persona malvagia o pericolosa” potrebbero giustificare il ricorso a tale pratica: e, a questo punto, chi si salverebbe?

6. Cosa “bilanciano” i fautori della legalizzazione della tortura?

La logica utilitarista, “benthamiana”, del male minore sottende che dall’analisi costi-benefici scaturisca un risultato “positivo” in termini di utilità: non vi è traccia della necessità di preservare uno dei due interessi in gioco né, tantomeno, di salvaguardarlo. L’applicazione di tale logica allo scenario della *ticking bomb* ha fatto sì che si arrivasse ad asserire che i “costi benefici in gioco” fossero le stesse prerogative fondamentali, da una parte, del terrorista, dall’altra dei membri della collettività. C’è chi, in proposito, ha parlato di argomento giuridico della ponderazione, o bilanciamento, tra diritti fondamentali. Oggetto del giudizio di bilanciamento, dunque, sarebbero da un lato l’interesse individuale del sospettato alla propria vita ed integrità psicofisica, dall’altro quello della collettività alla sicurezza e alla salvezza di potenziali vittime innocenti: la conclusione dei fautori della legalizzazione della tortura è che “l’interesse collettivo” debba prevalere su quello del singolo, anche a costo che questo comporti il totale annientamento del secondo. Il presupposto della teorica in esame è che i diritti fondamentali non possono mai essere delle prerogative assolute: tale assunto di partenza ha come conseguenza il fatto che il loro godimento si definisce come sempre bilanciabile e che un’istanza individuale quando si scontra con un interesse collettivo (di rilievo generale) debba cedergli spazio e priorità. È impossibile non rilevare, di primo acchito, come a tale prospettiva sia sottesa una *ratio* ispiratrice di relativismo assoluto, traducibile in una concezione di bilanciamento che poco ha a che vedere con il significato etimologico del termine. Non si tratta, infatti, di articolare un giudizio di ponderazione in cui il contemperamento tra prerogative sia incardinato nei limiti dell’imprescindibile rispetto dei canoni di necessità, ragionevolezza e proporzionalità nel corso del giudizio, oltre che della necessaria legittimità dell’interesse in virtù del quale si procede, e, all’esito del quale, è indispensabile che nessuno dei diritti fondamentali in gioco venga sacrificato totalmente al fine di garantire la tutela dell’interesse confliggente. Nel postulato bilanciamento tra diritti, volto a ribadire la possibilità di un impiego legittimo della tortura, il risultato finale è la totale erosione della tutela dell’integrità, fisica e mentale, del torturato, la quale viene ad essere un bene totalmente azzerabile, riducendosi ad essere concepita come “assolutamente sacrificabile”. Si tratta di un bilanciamento che bilanciamento non è, ma piuttosto è un giudizio di prevalenza, in termini assoluti.

Occorre, inoltre, rilevare che nelle carte internazionali e sovranazionali aventi ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali vi è un “nocciolo duro” di diritti la cui tutela è definita come necessariamente inderogabile in qualsiasi contingenza: il divieto di tortura, si ricorda, appartiene storicamente a queste prerogative. Se la teoria del “bilanciamento” venisse dunque recepita *in toto*, si giungerebbe ad assistere all’erosione dei *core rights* al centro dei principali documenti in materia di diritti umani, oltre che al progressivo affermarsi del *leitmotiv* del **tutto diviene merce quantificabile e sacrificabile**, anche la sfera più intima ed intangibile degli individui. Lo scenario che si aprirebbe, muovendosi in tale ottica, è quello di uno Stato che domina sul suo popolo: dove nessuno è veramente sicuro, poiché nessun diritto gli è veramente ed effettivamente garantito, ma di fatto ogni diritto verrebbe ad essere una “concessione”. La stessa scolastica distinzione tra regole e principi ci ricorda che i diritti fondamentali e inderogabili degli individui, che costituiscono il “cuore” dei documenti internazionali in materia di diritti umani e delle costituzioni, in

quanto tali, appartengono non solo alla prima ma anche alla seconda categoria. Da questo si desume che il divieto di tortura, in quanto rientrante tra le menzionate prerogative fondamentali di ciascuna persona, assume un valore supremo che comporta che debba necessariamente essere assoluto e mai contemperabile con qualsivoglia esigenza, sia essa individuale o collettiva.

La verità, infatti, è che il “bene”, che si asserisce essere bilanciabile quando si parla di tortura, è la dignità stessa del sospetto terrorista. Non è un caso se Brugger, nella teorizzazione della sua *Rettungsfolter* parla di “bilanciamento tra dignità”¹²⁹, evidenziando un conflitto tra la dignità del terrorista e quella delle vittime del suo attacco¹³⁰. Secondo Brugger l’ordinamento non dovrebbe esitare e scegliere di tutelare esclusivamente la seconda delle due dignità in contrasto: “inumano” è pertanto l’apparato normativo che non consente ai rappresentanti dello Stato di operare questa decisione, la quale, sebbene estrema, è necessaria e doverosa. La falla nel ragionamento di Brugger risiede tuttavia nell’assunto che la dignità possa essere un bene quantificabile e bilanciabile: ciò non è concepibile sia in quanto l’essenza stessa della dignità è retta dal principio dell’uguale dignità dell’essere umano (non bilanciabile, appunto), sia in quanto il principio di dignità assurge al rango di norma suprema, dal cui riconoscimento discende quello di tutte le

¹²⁹ In estrema sintesi, si rileva che la peculiarità della teorica di Brugger e, in generale, del dibattito tedesco sulla tortura di salvezza, risiede proprio nel fatto che i termini con cui le argomentazioni si sviluppano chiamano direttamente in causa concetti quali lo Stato di diritto e la dignità umana. Brugger arriverà addirittura a teorizzare che nell’ordinamento vi è una lacuna, in quanto dovere dello Stato dovrebbe essere non solo quello di garantire la dignità dei consociati, ma anche di proteggerla da possibili attacchi da parte di terzi. Pertanto, in scenari emergenziali quali quello della bomba a tempo, lo Stato dovrebbe avere in capo un vero e proprio dovere di torturare il terrorista. Il fatto che la normativa interna ed internazionale impedisca l’agire statale in tal senso, in situazioni estreme (come quella dell’intervento atto a fermare il criminale che sta mettendo in pericolo la vita di una o più persone) in cui l’ordinamento consente di derogare all’inviolabilità della vita umana, “liceizzando” l’omicidio, è letto dal giurista come una “contraddizione” all’interno degli ordinamenti. Il giurista tedesco si domanda perché non si permetta allo stesso modo il ricorso alla tortura, spingendosi sino a rilevare che è disumano il fatto che sia previsto, a livello interno, ma anche e soprattutto nella normativa internazionale, un divieto di tortura non derogabile, che impedisce all’ordinamento di intervenire per salvare delle vittime innocenti. Tuttavia, la lacuna a cui Brugger fa riferimento, è lui stesso ad affermarlo, non è “dunque e in realtà” una lacuna giuridica, ma morale, pertanto *in primis* si deve rilevare che un’argomentazione, presentata come giuridica, giuridica non è. Inoltre, questa visione della moralità “capovolta” risulta criticabile anche sul piano logico: gli unici contesti in cui è possibile una giustificazione morale e dove si postulano, addirittura, come si avrà modo di osservare, un dovere di torturare in capo agli Stati, richiedono la rievocazione di scenari ipotetici che concernono situazioni al limite dell’apocalittico (si fa appello a situazioni di pericolo estremo, di scenari catastrofici, di quantità innumerevoli di vite innocenti destinate ad essere spezzate). Lo scenario che si rappresenta è dunque un *background* estremo, nel quale nessuna inibizione morale potrebbe esistere. Dinanzi alla strage dell’umanità qualunque azione, se si razionalizza la dignità umana, potrebbe divenire ammissibile: anche lo stupro di un bambino o l’ingiustificata violenza su un disabile. In tale contesto si aprono le porte alla moralizzazione di qualsiasi condotta: se si naviga nell’assurdo non c’è legge che tenga, ma solo irrazionalità, che è di per sé antitetica e contrastante con la stessa legalità. Asserito questo, il giurista tedesco procede spostando la sua attenzione sulla natura dei diritti fondamentali e sul fondamento istituzionale dello Stato di diritto. E, con questo passaggio, Brugger arriva addirittura a postulare il “dovere” dello Stato di intervenire con la tortura di salvezza: egli rileva che il principio di dignità umana, costituzionale e non bilanciabile, comporta che gli organi dello Stato non solo hanno il dovere di astenersi dal violarla, ma anche l’obbligo di proteggerla attivamente da possibili violazioni perpetrate da terzi.

¹³⁰ *Würde gegen Würde*, dignità contro dignità. Cfr. W. Brugger, *May Government Ever*, cit., pp. 671-672. Per un approccio critico: M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., p. 31 e R. Mele, *Tortura e vita*, cit., pp. 93 ss.

prerogative fondamentali degli individui¹³¹. Non può esserci un bilanciamento di dignità: se si operasse, infatti, si metterebbe in gioco la dignità stessa, come essenza della persona, come nucleo intangibile di personalità che ci consente di definirci umani. Se si priva l'uomo, meglio un uomo, della sua dignità **si toglie ad esso la sua stessa umanità**: e questo non può essere né lecito, né, tantomeno, legittimo. La non bilanciabilità della proibizione della tortura, di conseguenza della non derogabilità della dignità umana, è altresì confermata anche dalla, già menzionata, scelta della formulazione del divieto di tortura, che viene adottata nelle fonti internazionali e sovranazionali. In essa, infatti, la proibizione della tortura risulta essere "protetta e rafforzata" dalla presenza dei limitrofi trattamenti inumani e degradanti, universale (rivolta alla tutela di chiunque) e inderogabile (nemmeno in casi di eccezionale urgenza); si ricordano tanto l'art. 15¹³² della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.) e l'art. 4¹³³ del Patto di New York sui diritti civili e politici del 1966, quanto l'art. 2, par. 2¹³⁴, della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

¹³¹ Come ricordato recentemente da Ferrajoli, la giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca identifica la dignità come un «valore "fondativo" supremo, inviolabile, non derogabile né bilanciabile con altri valori»: è il «postulato morale che implica ed è implicato da tutti gli altri principi etico-politici costituzionalmente stabiliti, a cominciare dai diritti fondamentali, sia di libertà che sociali, e conseguentemente dell'uguaglianza, che altro non è che l'uguaglianza in tali diritti». L. Ferrajoli, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 1, 2019, p. 23.

¹³² Si riporta il testo dei parr. 1 e 2 dell'art. 15 C.E.D.U.: «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 par. 1 e 7». Come noto all'art. 3 della Convenzione è postulato il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti, mentre, rispettivamente, all'art. 2 è annoverato il diritto alla vita, all'art. 4 il divieto di schiavitù e di lavoro forzato obbligatorio, e all'art. 7 il principio di legalità e non retroattività in materia penale. Per approfondire si rimanda a C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 3^a ed., Giappichelli, 2013, pp. 185 ss. e al recente contributo di S. Preziosi, *Il delitto di tortura tra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2019, pp. 1765 ss.

¹³³ L'art. 4 del Patto di New York sui diritti civili e politici, dispone, infatti che, in situazioni di particolare emergenza, ovvero in caso di pericolo pubblico eccezionale che minaccia l'esistenza della nazione, la possibilità di disporre misure derogatorie rispetto al contenuto previsto dalle sue disposizioni, nei limiti in cui queste risultino giustificate dagli scopi per i quali sono adottate e non implicino discriminazioni di razza, sesso, colore, lingua, origine sociale, ribadendo che la predetta possibilità di deroga non è invocabile allorché sia riferita ai *core rights* del Patto, tra cui figura anche il divieto di tortura come postulato all'art. 7 del medesimo. Gli altri diritti inderogabili menzionati dalla citata disposizione sono: il diritto alla vita (art. 6), il divieto di schiavitù (art. 8), il divieto di arresto per debiti (art. 11), l'irretroattività della legge penale (art. 15), il diritto al riconoscimento della personalità giuridica (art. 16), il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18). Per il testo completo del Patto sui diritti civili e politici si rimanda al sito dell'ONU: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf.

¹³⁴ «1. Ogni Stato Parte prende provvedimenti legislativi, amministrativi, giudiziari ed altri provvedimenti efficaci per impedire che atti di tortura siano compiuti in un territorio sotto la sua giurisdizione. 2. *Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura.* 3. L'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato in giustificazione della tortura», art. 2 CAT (corsivo aggiunto). Si osserva, anche, che al par. 3 il legislatore della Convenzione ha ribadito che l'ordine del superiore non può giungere a scriminare la commissione di un atto di tortura.

7. Imperfette (inammissibili) analogie.

Il ragionamento analogico, anch'esso richiamato per articolare le istanze per la legalizzazione della tortura, si instaura a partire dalla constatazione che nel diritto interno, sovranazionale ed internazionale si conoscono e si prevedono casi in cui la forza dello Stato può essere legittimamente impiegata anche se ha come conseguenza la morte di un individuo, pertanto si osserva come sia "inconcepibile" il fatto che la medesima forza non possa altrettanto essere utilizzata al fine di torturare, considerando dunque la tortura, di fatto, un male, sì ingiusto, ma comunque di minor rilievo rispetto alla morte. Lo schema analogico, dunque, generalmente si struttura operando una (impropria) equiparazione tra la messa in pratica della tortura e l'omicidio del criminale ad opera della forza pubblica, legittimato dall'ordinamento qualora avvenga per fronteggiare la messa in pericolo di un'altra vita umana. In tale visione, la tortura costituirebbe un'offesa di pari, se non addirittura di minor rilievo, in quanto rispetto alla privazione della vita si ritiene non incida in modo "così definitivo" sull'integrità psicofisica dell'individuo che la subisce. Chi ricorre a tale argomento pone la suggestiva domanda: se è lecito uccidere – in tali circostanze – perché non lo è torturare? A risultare cedevole, nella proposta riflessione analogica, innanzitutto è il presupposto secondo il quale la tortura è un'offesa pari se non più lieve dell'omicidio. Si ritiene, sulla falsariga di quanto suggerito da importanti voci in dottrina¹³⁵, che esiste un contro-argomento fenomenologico che ci ricorda quanto la tortura sia un "morire vivendo", peggiore della morte stessa. L'uomo è in grado di percuotersi, si pensi a forme di masochismo, di segregarsi, si pensi alla coercizione che si esercita su se stessi sottoponendosi volontariamente ad uno *status* di clausura, persino di togliersi la vita, altrimenti il suicidio non sarebbe un fenomeno conosciuto: pertanto "può" essere chiesto ad un individuo di realizzare su se stesso ciascuna di queste pratiche e, anche se non con piacere e benevolenza, egli riuscirebbe a portarle a termine. Lo stesso individuo, però, dinnanzi alla richiesta di autoinfliggersi tortura, non ci riuscirebbe¹³⁶: c'è una soglia di sopportabilità del dolore e della sofferenza, fisica e mentale, che non siamo in grado di superare volontariamente. Quella soglia è l'anticamera della tortura: possiamo toglierci la vita, ma non violare la nostra essenza con un atto di tortura.

Se non bastasse il già eloquente contro-argomento fenomenologico, si deve osservare che ritenere che la **minore gravità** della tortura risiederebbe nel suo non essere "definitiva", come la morte, non tiene conto della dannosità dell'atto di tortura, in cui è insita una gravità inumana, che ne rende l'idea come di un qualcosa assai più atroce e insostenibile della fine dell'esistenza: l'acutezza dei dolori e dei patimenti inflitti con tortura è gravissima di per sé, indipendentemente dal fatto che dalla tortura derivi il decesso della vittima. Inoltre, vi sono inesattezze anche nell'idea che la tortura sia un qualcosa di meno

¹³⁵ Quella a seguire è una riflessione estrapolabile dalla posizione espressa da La Torre, il quale presenta tale linea di ragionamento in risposta alla c.d. *tesi della mostruosità morale* come via per legittimare l'impiego della tortura. Per approfondire rimandiamo a M. La Torre, *Mostruosità morali*, cit., pp. 32 ss.

¹³⁶ «La tortura sfugge ad ogni esercizio di universalizzabilità materiale: nessuno può accettare d'essere torturato a sua volta. In ogni caso la tortura è vissuta da colui a cui la si infligge come un atto di violenza *intollerabile*, come abuso ed eccesso. E deve essere vissuta come tale se vuole essere per l'appunto tortura, tormento *irresistibile*, pratica efficace di annullamento della volontà. La tortura non potrebbe mai passare il *test* della universale accettabilità che ci fornisce un criterio più o meno ultimo di moralità. Dal punto di vista di chi usa e applica la tortura questa a sua volta nuovamente si definisce come eccesso ed abuso». M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., pp. 191-192.

“definitivo” della morte: i fautori di tale argomentazione parlano di possibilità per la vittima di torture di avere una futura *happy life*¹³⁷, come se la sopravvivenza ad un supplizio “interminabile” fosse priva di ripercussioni sul corpo e sull’anima di chi la subisce, come se la “vita biologica” e l’“autonomia” fossero gli unici canoni di valutazione e non rilevassero le continue ricadute psicofisiche che la persona che ha subito tortura continuerà ad avere per il resto dell’esistenza¹³⁸. La morte, per quanto sia un evento doloroso e carico di sofferenza, è un fatto “naturale”, che fa parte dell’esistenza umana, il che la rende concepibile e, conseguentemente, accettabile, anche nei casi più disperati come quelli di un decesso prematuro: ciò che non può essere invece mai superato è il subire una violenza, cieca, artificiale, gratuita, l’aver vissuto l’agonia del non sapere quanto il supplizio giungerà al termine, nella totale inconsapevolezza del “se mai ci sarà una fine”. Se della morte, inoltre, possono esistere accezioni non totalmente negative, concezioni in cui il decesso viene ad assumere un’idea quasi liberatoria, si pensi ad esempio al tema dell’eutanasia, la tortura, al contrario, non ha mai un’accezione “positiva”; in qualsiasi prospettiva si tenti di proporre una lettura è per definizione l’annientamento dell’umanità dell’individuo, la “riduzione a cosa” della vittima, con la messa in pratica di un vero e proprio processo atto ad elidere il suo essere persona e a far divenire il suo corpo oggetto di inflizione di sofferenza arbitraria da parte del torturatore. È un’azione talmente carica di disumanità che anche coloro che la pongono in essere subiscono le sue conseguenze: il torturatore supera ogni limite dettato dall’empatia e viola con la sua condotta la globalità dei principi che dominano le relazioni umane¹³⁹.

8. L’incompatibilità tra legalità e tortura. Il rapporto tra male e diritto.

E se tutto questo non avesse convinto, poniamoci una domanda: ammesso che si possa torturare, chi tortureremmo? Il rischio della tortura dell’innocente è un punto critico insuperabile dello scenario ipotetico della *ticking bomb*. Ma “quale innocente”? Se il terrorista dei nostri esempi non parlasse, magari, potremmo pensare che sottoporlo alla visione di una scena abominevole, come la tortura di un bambino, potrebbe portarlo ad avere un cedimento, quindi a parlare. O perché no: di una persona anziana oppure di un animale? Saremmo disposti, noi, uomini e società ad accettare tutto questo per una paventata sicurezza? Oltre a ciò: aperta la cesura della legalizzazione, chi sarebbe veramente sicuro di poter dire che la tortura non lo riguardi ora e sia un rischio che non lo riguarderà mai in futuro? Se la tortura diviene abituale strumento informativo, una prassi, chiunque potrebbe essere torturato: i criteri per la scelta dei detentori delle informazioni

¹³⁷ Come riportato in A. Grierson, *Understanding the Evil of Torture and Defusing the Ticking Bomb: Torture in Defence of Rights*, in *UCL Jurisprudence Review*, 2007, pp. 155 ss. Anche se l’Autore, che ritiene di avere una posizione intermedia tra l’utilitarismo e la visione “dogmatica” di coloro che postulano l’assoluta inderogabilità della tortura, nel suo contributo mira a proporre un possibile terreno di incontro tra divieto assoluto di tortura, come postulato a livello internazionale, e riconoscimento di derogabilità in contesti connotati da particolare emergenza. In tale prospettiva, viene dedicata particolare attenzione alla dimostrazione del fatto che la tortura sia un male più grave della morte, prendendo come modello da confutare il pensiero di S. Miller, il quale, viceversa, argomenta a favore della maggior gravità della morte. Una *summa* del pensiero di Miller è rinvenibile nel suo contributo per la voce “Tortura”, nella *Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (online al link: <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>). S. Miller, *Torture*, in *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2006.

¹³⁸ Sul punto un’interessante riflessione in M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura*, cit., pp. 78 ss.

¹³⁹ Cfr. Amnesty International, *Amnesty International Report*, 1978, Amnesty International Publications, 1979, p. 65.

sono destinati inesorabilmente ad espandersi. Magari all'inizio sarebbero "i parenti del terrorista", poi "gli amici", dopo "gli amici degli amici" per finire ai "meri conoscenti": si aprirebbe un circolo infinito. Poi, poniamoci la domanda, più volte ribadita: e sarebbe veramente utile la tortura? Fin da Aristotele è stata evidenziata la sua incapacità di condurre al vero. E, ragionando per assurdo, ammesso che lo faccia, ammesso che l'informazione a cui si giunge sia effettivamente veritiera: siamo certi che l'evento che abbiamo mosso a giustificazione della tortura non si verificherà? Per poi concludere è inevitabile appellarsi ad un'argomentazione retorica solo in apparenza: uno Stato che tortura è ancora uno Stato di diritto?

L'idea di uno Stato di diritto raffigurato in questi termini rimanda ad una concezione prettamente ed esclusivamente giuspositivistica dello stesso; se, al contrario, si pensa allo Stato di diritto in chiave normativistica l'incompatibilità con i principi fondanti dell'ordinamento è manifesta. Lo Stato, infatti, in una prospettiva normativistica per potersi dire "di diritto" deve presupporre da un lato il riconoscimento della piena autonomia e dignità degli individui, dall'altro la presenza di un potere pubblico limitato, non sconfinato. La dignità, quale principio fondante, di rango supremo, delle costituzioni e di conseguenza degli stessi ordinamenti costituiti si configura come il limite invalicabile e strutturale rispetto a qualsiasi tentativo di legalizzazione di forme di esercizio arbitrario e sconfinato del potere statale, tra le quali, senza ombra di dubbio, rientra anche la potestà di esercitare atti di tortura a danno dei consociati. Il rapporto di affidamento cittadino-Stato, al contrario, quando si invoca il ricorso alla tortura al fine di garantire "sicurezza", viene ridotto a configurarsi come una relazione dominata dalla capacità dello Stato stesso di garantire "sicurezza ai cittadini": laddove la sicurezza viene presentata non come una finalità, come un obiettivo di interesse generale da perseguire, ma come un bene giuridico, dalla cui tutela dipende il godimento di tutti gli altri diritti fondamentali da parte dei consociati. È un'ottica logicamente sbagliata nei presupposti, che non può che condurre a conclusioni "deviate": la sicurezza viene eletta al rango di principio supremo, assume i connotati di diritto inviolabile, mentre in realtà è sì un interesse, costituzionalmente garantito, che l'ordinamento deve perseguire, ma non un presupposto alla base delle prerogative inviolabili dell'uomo¹⁴⁰. Ne segue che nello Stato di diritto l'appartenenza allo Stato del monopolio della forza non può essere tradotta nella constatazione che esso possa esercitare arbitrariamente e illimitatamente **qualsiasi forma** di violenza a difesa di un paventato interesse generale: la natura della violenza che caratterizza la tortura è diversa da quella che gli ordinamenti fanno ricadere nell'area dell'uso legittimo della forza. La violenza della tortura è una violenza "intima", che mira a disintegrare interiormente la

¹⁴⁰ Sul ribaltamento della funzione della sicurezza, si veda F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2006, pp. 666 ss. Ove, nell'ambito di discorso non dedicato al tema della legalizzazione della tortura, ma all'analisi delle misure di diritto penale adottate dagli ordinamenti per fronteggiare il terrorismo internazionale, viene ribadito quanto segue: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po' simile al valore dell'"obbedienza come tale" di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza. Se a tutto ciò si aggiunge che il diritto alla sicurezza viene elevato a presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali, così da attribuire ad esso una sorta di primato, ne risulta profondamente alterato il giudizio di bilanciamento con i diritti di libertà. In sostanza, il diritto alla sicurezza diventa potenzialmente onnivoro rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali [...]. L'esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali [...]».

persona che la subisce, non è una “violenza-reazione” come quella che le norme sullo stato di necessità o sulla legittima difesa, e, in generale, sull’uso legittimo della forza consentono. La tortura è «come uno stupro»¹⁴¹: la vittima di tortura è infranta, spezzata. Il torturatore “entra” nel torturato erodendo la sua dignità, togliendogli ogni parvenza di umanità, mercificandone il corpo e l’anima. Non ci può essere equiparazione di alcun tipo tra tortura e qualsivoglia forma di impiego di forza statale per eseguire una sanzione legittima: la coazione non può mai essere equiparata alla tortura.

Da qui giungiamo al vertice delle nostre constatazioni: la tortura disintegra lo Stato di diritto ed è in antitesi con la legalità¹⁴². Non può esserci, né può essere pensata, mai, alcuna forma di tortura legale. Lo Stato che ammette e legittima la tortura nega la soggettività giuridica dei suoi consociati¹⁴³: essa infatti può esistere solo se i cittadini sono tali e non sudditi, solamente se essi sono individui liberi nella loro volontà ed autodeterminazione e riconosciuti nella loro dignità. Entrambi attributi che la tortura nega: a chi subisce tortura si toglie sia la dignità che l’autonomia, violando la sua propria volontà. E quando si parla di antitesi con la legalità ci riferiamo *in primis* alla intrinseca contrarietà di un’azione aberrante, smisurata ed imprevedibile come quella del torturatore, con qualsiasi forma di legittimazione, che richiede comunque la presenza di un confine tracciabile e prevedibile dell’azione che si mira a rendere legale; *in secundis* alla impossibilità, stante il principio di stretta legalità penale, di creare all’interno dell’ordinamento spazi in cui inserire le clausole di legittimazione della tortura.

Con un ultimo passaggio conclusivo torniamo un’altra volta a guardare alla morale. La tortura è stata definita come “l’impensabile morale”, tanta è la carica distruttiva e di insostenibilità che la mente le associa quando viene rievocato il suo concetto. Parlare di tortura macchia la coscienza di chi la nomina: si è pervasi da un senso di ribrezzo, di disgusto, di vergogna¹⁴⁴, appunto. Tentare di renderla moralmente accettabile, al fine di prepararne il terreno per la legalizzazione, significa chiedere alla mente umana di compiere uno sforzo enorme: piegarsi a rendere concepibile un qualcosa che di per sé si vorrebbe allontanare. Moralizzare la tortura vuol dire appellarsi alla “nolontà” degli individui: chieder loro di annientare la loro stessa coscienza e volontà, poiché è un passaggio indispensabile per forzare la morale ad accettare l’inaccettabile. Tuttavia, la pericolosità delle teorie che a questo “vuoto morale” si appellano è stata al suo tempo messa in evidenza magistralmente dalla Arendt: «Dalla nolontà o incapacità di scegliere i

¹⁴¹ M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura*, cit., p. 127.

¹⁴² In tal senso anche A. Pugiotto, *Repressione penale*, cit., pp. 130-131.

¹⁴³ «La tortura non è compatibile con lo Stato di diritto, poiché mediante questa è aggredito l’individuo nella sua capacità d’essere soggetto giuridico, anzi al limite questi è spezzato e distrutto come individuo autonomo», J. P. Reemtsma, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburger Edition, 2005, p. 125, nella traduzione presente in M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari*, cit., p. 198. Quando si parla di tortura legale, infatti, «sul piatto della bilancia non ci sono, semplicisticamente, “dignità del colpevole” contro “dignità della vittima”. La posta in gioco è diversa e per certi versi più alta. Il sacrificio della dignità del colpevole comporta il sacrificio di una serie di principi fondamentali, che non possono essere sviliti a funzioni ordinali superabili con la retorica dei casi estremi», A. Nisco, *Sul divieto assoluto*, cit., p. 63, che rileva come la revisione del principio di assolutezza della proibizione della tortura comporterebbe una «contraddizione insostenibile» per lo Stato di diritto, in quanto è un principio identitario che assurge al rango di fondamento dello Stato di diritto stesso.

¹⁴⁴ «È disperante e vergognoso dover rivolgere la nostra attenzione a questo tema», così Jeremy Waldron riferendosi alla tortura. J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1683.

propri esempi e la propria compagnia, così come dalla volontà o incapacità di relazionarsi agli altri tramite il giudizio, scaturiscono i veri *skandala*, le vere pietre d'inciampo che gli uomini non possono rimuovere perché non sono create da motivi umani o umanamente comprensibili. Lì si nasconde l'orrore e al tempo stesso la banalità del male»¹⁴⁵.

Si tratta di un male che i filosofi del diritto hanno spesso sottolineato essere un elemento di forte attrazione per il diritto stesso. Esistono infatti due approcci teorici al rapporto tra diritto e male. Il primo che ne evidenzia la stretta connessione e che si radica su una concezione del diritto ispirata al giuspositivismo, atta a vedere il diritto come un comando scisso radicalmente dalla morale. In tale visione prospettica la connessione tra diritto e male si attua o può potenzialmente attuarsi: vuoi per la natura coercitiva del diritto, vuoi perché esso esprime il dover essere, vuoi perché la sua stessa esistenza presuppone che il male esista e, infine, perché l'attività stessa del giudicare implica un superiore ed un soccombente. Diversamente, le correnti filosofiche non positivistiche, evidenziano che accanto alla componente "fattuale" del diritto è presente quella "normativa"¹⁴⁶, elaborando linee di pensiero in cui diritto e morale sono ambiti strettamente connessi¹⁴⁷. Senza entrare nel merito delle due linee di pensiero, non resta che, ancora una volta, riferirci alla lezione di Hannah Arendt, la quale ci ricorda che la lontananza del diritto dal male è sancita solo se esso ha come dovere primario quello di garantire la realizzazione dei beni e delle prerogative fondamentali degli individui a cui si rivolge¹⁴⁸. Il diritto, in tale ottica, inoltre, è volto al progresso, al miglioramento della società che regola: mentre il male affonda nella sua reiterazione la sua stessa forza¹⁴⁹. Il diritto rispetto al male, dunque, può essere tanto uno strumento atto a fronteggiarlo, quanto un mezzo per realizzarlo¹⁵⁰. Esserne consapevoli è il primo passo da compiere per evitare la seconda delle due strade: rinvenire nella costituzione e nell'inviolabilità della persona ivi sancita¹⁵¹ il presupposto e il mezzo per assicurarsi che il legislatore non devii da tale linea è la metodologia da seguire. Non si aggiungeranno ulteriori considerazioni, se non un breve invito a pensare quanto, alla luce di ciò, la scelta di rendere la tortura legale muoverebbe in un senso, piuttosto che in un altro: in tutte le teorie che legittimano la tortura, a prescindere dall'argomentazione a cui si fa ricorso, il diritto si delinea come una forza abusiva, non troppo distante dal male.

¹⁴⁵ H. Arendt, *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, 2015, p. 112.

¹⁴⁶ In particolare, sostenuta dal normativismo e dal giusnaturalismo.

¹⁴⁷ «Il diritto è lontano dal male, perché è connesso pragmaticamente e proiettato anche concettualmente verso l'idea di giustizia. Una decisione giudiziaria che si concludesse con "e ciò è male" sarebbe tanto e forse più assurda di quella che contenesse la clausola finale "e ciò è ingiusto". Sarebbe affetta inevitabilmente dal vizio della contraddizione performativa. Logicamente può funzionare, ma non ha senso. È inaccettabile pragmaticamente». M. La Torre, *Diritto e male. Un'approssimazione*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, fasc. 2, 2013, p. 261.

¹⁴⁸ H. Arendt, *Le origini*, cit., pp. 633 ss. Il riferimento è all'analisi presentata dalla filosofa in cui è descritta la concezione totalitaria del diritto.

¹⁴⁹ M. La Torre, *Diritto e male*, cit., p. 262.

¹⁵⁰ Impossibile non citare, nuovamente, la Arendt: basti pensare a quanto trapela dalla descrizione del processo di Otto Adolf Eichmann a Gerusalemme, descritto nel *La banalità del male*. «(Eichmann) Alla polizia e alla Corte disse e ripeté di aver fatto il suo dovere, di aver obbedito non soltanto a *ordini*, ma anche alla *legge*». *I doveri di un cittadino ligio alla legge*, in H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli, 2017, p. 142.

¹⁵¹ «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», art. 2 Cost.

9. L'impossibile legalizzazione passa anche dagli "effetti concreti".

Se quanto rilevato sino ad adesso sembrasse eccessivamente "astratto", filosofico, distante dal forte impatto emotivo che lo scenario ipotetico della *ticking bomb* rievoca nel subconscio degli uomini, non resterebbe (e non resta) che porsi un nuovo interrogativo: quello di cui abbiamo trattato viene a configurarsi come un dibattito "accademico e filosofico", distante dalla "realtà vera", oppure i riflessi sociali e culturali di tali istanze stanno già attecchendo, o ancora di più, vi è un contesto generale in cui l'idea di diritto penale del nemico, di visione *a-kantiana* dell'uomo, che diventa mezzo, è già diffusa? Si tratta di domandarsi se le teorie analizzate e le conseguenze pratiche che potrebbero derivare da una loro attuazione, a prescindere dalle insanabili falle che le caratterizzano e che sono state evidenziate, possano di fatto trovare un terreno sempre più fertile per maturare: vista la presenza di un contesto in cui il terrorismo globale si mischia ad una sempre più crescente precarietà, economica e valoriale, del mondo occidentale. E in tutto ciò: quale futuro per lo Stato di diritto, per la tutela delle prerogative fondamentali dell'individuo e per il diritto penale costituzionalmente orientato? La risposta immediata, efficace quanto vera, alla serie di interrogativi sovra-esposti può essere un lapidario: "non sopravvivono". Si è già avuto modo di ribadire quanto l'atto di tortura sia l'indicibile morale che si estrinseca attraverso l'annichilimento totale della persona che lo subisce, al contempo si è rilevato quanto uno Stato che tortura per definizione sia antitetico ad uno Stato di diritto: ciò che viene a mancare è l'essenza stessa del patto sociale che di quest'ultimo è fondamento e, di conseguenza, sono minati alla radice i principi fondamentali che lo sorreggono, *in primis* il principio di legalità.

Eppure, nonostante questi rilievi netti e non riducibili, siamo dinnanzi ad un dibattito tutt'altro che sopito. Nel 2016, il 63% dei cittadini americani intervistati, nell'ambito di un'analisi statistica condotta da Ipsos, nel contesto del *post* attentato terroristico di Bruxelles, avvenuto nel medesimo anno, ha dichiarato di ritenere che la tortura a danno dei sospetti terroristi, volta ad ottenere da questi delle informazioni, può essere giustificata «*often or sometimes*»¹⁵². Dati che assumono una connotazione di particolare gravità se rapportati alle indagini effettuate sull'ultimo quinquennio da Amnesty International, dalle quali emerge che sono stati raccolti rapporti in materia di casi di tortura in 141 nazioni (dunque in 3/4 dei Paesi del mondo)¹⁵³. Non è questa la sede per scendere nella descrizione del dettaglio delle vicende relative ai singoli Paesi: tale dato si interpreti sia come un monito che come un motivo per ribadire quanto tentare di proporre la legalizzazione di ciò che ancora dovrebbe essere combattuto non solo è inaccettabile, ma anche una temibile *slippery slope* che il giurista positivo ha il dovere di combattere e fermare, ricordandosi e rammentandosi che la proibizione della tortura, dunque, non è solamente una norma assoluta e trasversale, ma un principio che fa da *archetipo*¹⁵⁴

¹⁵² Cfr. A.D. Jacobson, *Could the United States Reinstitute an Official Torture Policy?*, in *Journal of Strategic Security*, vol. 10, n. 2, 2017, pp. 97-118. DOI: <http://doi.org/10.5038/1944-0472.10.2.1568>. L'analisi statistica di riferimento è quella condotta nel 2016 da Ipsos, "Ipsos Poll Conducted for Reuters, Brussels Topline 3.28.2016," *Ipsos Public Affairs*, 28/03/2016 <https://graphics.thomsonreuters.com/16/ipsos-Brussels.pdf>.

¹⁵³ Si veda la sezione del sito di Amnesty International specificatamente dedicata alla tortura, dove vengono esposti i dati a disposizione della ONG, al link <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/torture/>.

¹⁵⁴ Esattamente come ribadito in J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1687: «*I want to defend the proposition that torture is utterly repugnant to the spirit of our law [...] the rule against torture operates in our law as an archetype that is, as a rule which has significance not just in and of itself, but also as the embodiment of a pervasive principle*».

all'essenza stessa degli ordinamenti, nati e cresciuti nella culla della dottrina liberal-democratica, dalla cui affermazione dipende l'essenza stessa di uno Stato di diritto.

Riecheggiano, dunque, come un monito, le parole dal delegato del Regno Unito M. Cocks, pronunciate, nell'ambito dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, in sede di redazione del testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950: «(l'Assemblea Parlamentare)¹⁵⁵ ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato»¹⁵⁶.

Bibliografia.

- Aa.Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Giappichelli, 2016.
- S.A. Anderson, M.C. Nussbaum (a cura di), *Confronting Torture. Essays on the ethics, legality, history, and psychology of torture today*, University of Chicago Press, 2018.
- H. Arendt, *Personal Responsibility Under Dictatorship*, in Id., J. Kohn, *Responsibility and Judgement*, Schocken Books, 2003.
- H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, 2009.
- H. Arendt, *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, 2015.
- H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli, 2017.
- Aristotele, *Retorica*, in *I classici del pensiero. Aristotele. Volume secondo*, Mondadori, 2008, pp. 859 ss.
- A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, in *mfa.gov.il*, 2 gennaio 2005.
- S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2001, pp. 49 ss.
- R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, 2008.
- R. Bartoli, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. Wenin, G. Fornasari (a cura di), *Diritto penale e modernità. Atti del convegno - Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza (Università degli Studi di Trento), 2017, pp. 49 ss.
- R. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 1, 2019, pp. 17 ss.
- J.R. Bolton, *Is There Really Law in International Affairs?*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10, n. 1, 2000, pp. 1 ss.
- W. Brugger, *May Government Ever Use Torture. Two Responses from German Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, pp. 661 ss.
- J.H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

¹⁵⁵ Parentesi aggiunta.

¹⁵⁶ S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2001, p. 50. Nel corso della predetta assemblea il delegato inglese, oltre a ribadire la necessaria assolutezza della proibizione della tortura, rilevò anche a proposito della sussistenza pratica della tortura: «it would be better even for society to perish than for it to permit this relic of barbarism to remain», J. Waldron, *Torture*, cit., p. 1710.

- S. Buzzelli, *Tortura: una quaestio irrisolta di indecente attualità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 giugno 2013.
- P. Calamandrei, *Postilla a F. Carnelutti. A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. Proc.*, vol. 1, 1952, pp. 238 s.
- S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Il Mulino, 2017, pp. 557 ss.
- F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. 2, Edizioni dell'Ateneo, 1947.
- F. Carnelutti, *A proposito di tortura*, in *Riv. Dir. proc.*, vol. 1, 1952, pp. 234 ss.
- F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Morano Editore, 1960.
- P.P. Casale, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art 613 bis c.p. Il (discutibile) recepimento del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2017, pp. 620 ss.
- E.M. Catalano, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Arch. Pen. web*, fasc. 1, 2019.
- A. Chiessi, G. Scardovi, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 313 ss.
- D. Cole, *Out of the shadows: preventive detention, suspected terrorists, and war*, in *California Law Review*, vol. 97, n. 3, 2009, pp. 693 ss.
- S. Contarini (a cura di), *Pietro Verri. Osservazioni sulla tortura*, 5^a ed., BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 2018.
- A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002.
- A.M. Dershowitz, *The torture warrant. A Response to professor Strauss*, in *New York Law School Review*, vol. 48, nn. 1-2, 2003, pp. 275 ss.
- A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Carocci, 2003.
- A.M. Dershowitz, «*Tortured Reasoning*», in *Torture. A Collection*, Oxford University Press, 2004, pp. 257 ss.
- F. Diamanti, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1353 ss.
- D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016.
- M. Donini, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *lus17@unibo.it*, fasc. 2, 2009, pp. 421 ss.
- M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in «*Terrorismo e diritto penale*». *Gli speciali di Questione Giustizia. Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *www.questionegiustizia.it*, Settembre 2016, pp. 113 ss.
- L. Ferrajoli, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 1, 2019, pp. 23 ss.
- G. Gioffredi, *Obblighi internazionali in materia di tortura e ordinamento italiano*, in *Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, fasc. 2, 2016, pp. 415 ss.
- E. Greppi, *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. Dir.*, Annali V, 2012, Giuffrè, pp. 467 ss.
- A. Grierson, *Understanding the Evil of Torture and Defusing the Ticking Bomb: Torture in Defence of Rights*, in *UCL Jurisprudence Review*, 2007, pp. 155 ss.
- E. Grimm Arsenault, *Donald Trump and the Normalization of Torture*, 13/11/2016, in *www.lawfareblog.com*.
- O. Gross, *Are torture warrant warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience*, in *Minnesota Law Review*, vol. 88, n. 6, 2004, pp. 1481 ss.

E. Haslam, W. Mansell, *John Bolton and the United States' Retreat from International Law*, in *Social & Legal Studies*, n. 14, 2005, pp. 459 ss.

A.D. Jacobson, *Could the United States Reinstitute an Official Torture Policy?*, in *Journal of Strategic Security*, vol. 10, n. 2, 2017, pp. 97 ss..

M.H. Kramer, *Alan Dershowitz's Torture Warrant Proposal: A Critique*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 283 ss.

M. Kremnitzer, *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, in *Israel Law Review*, vol. 23, nn. 2-3, 1989, pp. 216 ss.

F. Laguardia, *Imagining the Unimaginable: Torture and the Criminal Law*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 46, n. 3, 2015, pp. 48 ss.

M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, 2013.

M. Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, 2016.

M. Lalatta Costerbosa, *Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della tortura*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2, 2018, pp. 19 ss.

M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani. Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, 2007, pp. 1332 ss.

M. La Torre, G. Zanetti, *Altri seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, 2010.

M. La Torre, *Diritto e male. Un'approssimazione*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, fasc. 2, 2013, pp. 255 ss.

M. La Torre, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 271 ss.

M. La Torre, *Riaprendo il vaso di Pandora. Il ritorno della tortura (e della mostruosità morale)*, in *Ragion Pratica*, fasc. 2, 2018, pp. 470 ss.

F. Lattanzi, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc.1, 2018, pp. 151 ss.

M. Lepera, *Il requisito della proporzione tra difesa e offesa nella legittima difesa domiciliare: tra interpretatio abrogans e illegittimità costituzionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2016, pp. 1260 ss.

P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 10, 2017, pp. 181 ss.

D. Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, in *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 1452 ss.

D. Luban, *Unthinking the Ticking Bomb*, in *Georgetown Law Faculty Working Papers*, Paper 68, 2008, http://scholarship.law.georgetown.edu/fwps_papers/68.

D. Luban, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, 2010, pp. 457 ss.

D. Luban, *Intersections of Torture and Power*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 2, n. 15, 2014, pp. 110 ss.

D. Luban, *Torture, Power and Law*, Cambridge University Press, 2014.

F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Wolters Kluwer; CEDAM, 2017, pp. 233 ss.

F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 470 ss.

A. Marchesi, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 1993, pp. 979 ss.

A. Marchesi, *Le norme internazionali sulla tortura e il caso israeliano*, in Aa. Vv., *Itinerari Giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza in Abruzzo*, Giuffrè, 2007, pp. 575 ss.

A. Marchesi, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. Dir. Internaz*, fasc. 1, 2018, pp. 131 ss.

M. Mariotti, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 febbraio 2016.

V. Marzocco (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Giappichelli, 2018.

S. Miller, *Torture*, in *Sanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2006, <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>.

M. Montagut, *Che cos'è la tortura?*, in *Rivista di filosofia del diritto (Journal of Legal Philosophy)*, fasc. 2, 2015, pp. 323 ss.

M.S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, in *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 280 ss.

M.S. Moore, *Liberty and the Constitution*, in *Legal Theory*, vol. 21, nn. 3-4, 2015, pp. 156 ss.

A. Nisco, *Sul divieto assoluto di tortura*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Revelino, 2019, pp. 53 ss.

T. Padovani, *Giustizia criminale. Vol. 3: Tortura*, Pisa University Press, 2015.

A. Pagliaro, «*Diritto penale del nemico*»: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2006, pp. 2460 ss.

F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2006, pp. 666 ss.

R.A. Posner, *The Best Offense*, in *The New Republic*, 02/09/2002.

R.A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006.

R.A. Posner, *National Security and Constitutional Law. Précis: The Constitution in a Time of National Emergency*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 217 ss.

R.A. Posner, *Rejoinder*, in *Israel Law Review*, vol. 42, n. 2, 2009, pp. 275 ss.

S. Preziosi, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2019, pp. 1766 ss.

A. Pugiotta, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 2, 2014, pp. 129 ss.

D. Pulitanò, *L'inquisizione non soave, tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili. Nota a Trib. Padova, 15 luglio 1983, Amore e altri*, in *Foro.it*, II, 1984, pp. 231 ss.

D. Pulitanò, *Legittima difesa: tra retorica e problemi reali*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, fasc. 4, 2017, pp. 262 ss.

D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 5, 2019, pp. 205 ss.

F. Resta, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. di Merito*, fasc. 12, 2006, pp. 2785 ss.

L. Risicato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *disCrimen*, 27 luglio 2018.

M. Ronco, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2014, pp. 799 ss.

E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci Editore, 2018

W.A. Schabas, *Crime of torture and the International Criminal Tribunals*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, nn. 2-3, 2006, pp. 349 ss.

- T. Scovazzi, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 4, 2006, pp. 905 ss.
- G. Serges, *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), in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, pp. 215 ss.
- H. Shue, *Torture*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n. 2, 1978, pp. 124 ss.
- U. Steinhoff, *The Ethics of Torture*, Sunny Press, 2013.
- U. Steinhoff, *Replies*, in *San Diego Law Review*, vol. 55, n. 2, 2018, pp. 469 ss.
- F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, 2016.
- L. Stortoni, D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019.
- J. Swan, *Trump's Calls for "Hell of a Lot Worse than Waterboarding"*, in *The Hill* (<https://thehill.com/>), 06/02/2016.
- F. Trione, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale scientifica, 2006.
- A. Valentino, *La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3, 2016, pp. 367 ss.
- J.A.E. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 2005, pp. 739 ss.
- F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.
- F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 2, 2006, pp. 648 ss.
- Voltaire, *Dizionario filosofico*, in *Id., Opere*, Sansoni, 1993 (Appendice alla voce «Leggi»).
- J. Waldron, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, pp. 1681 ss.
- C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 3^a ed., Giappichelli, 2013, pp. 185 ss.