ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2015
FASCICOLO 1
(ESTRATTO)

IVAN VALIA

Massimo LA TORRE, Marina LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, 208 pp.

ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee
n. 1/2015

IVAN VALIA*

Massimo LA TORRE, Marina LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, 208 pp.

Legalizzare la tortura? Una domanda che non ci si dovrebbe mai porre, un interrogativo scabroso, un tema che suscita vergogna, disgusto ed imbarazzo. Eppure si tratta di una questione molto più vicina e familiare di quanto si pensi, che coinvolge non solo la sfera giuridica, ma che pone grandi interrogativi al filosofo del diritto, al sociologo, che ha forti influenze nel campo della politica ed un rilievo fondamentale in ambito morale. Di tutti questi aspetti sono più che consapevoli gli autori del libro, Marina Lalatta Costerbosa e Massimo La Torre, i quali affrontano il delicato tema privilegiando non un unico angolo visuale, non limitandosi cioè ad approfondire la questione esclusivamente da un punto di vista strettamente giuridico, ma effettuando anche una serie di approfondimenti di carattere storico, teorico, morale.

Ciò che sorprende e che al contempo convince, è che gli autori pongono in essere subito una sorta di autodifesa, difficilmente non condivisibile: comunicare al lettore che già il fatto stesso di discutere dell'argomento porta con sé un elemento di colpa, sporca in qualche modo l'animo e la dignità di chi si imbatte nel tema.

* Dottorando di ricerca in "*Teoria del diritto e ordine giuridico europeo*", Università "*Magna Græcia*" di Catanzaro.

Il testo è suddiviso in due parti: la prima, scritta da Marina Lalatta Costerbosa, affronta il problema con una maggiore attenzione al profilo storico; nella seconda parte Massimo La Torre, invece, predilige un'indagine di tipo giuridico. Nonostante tale divisione, il volume presenta un'evidente omogeneità di fondo, data dal fatto che gli autori appaiono in totale sintonia nei contenuti e nel metodo.

La tortura è un tema contraddittorio. Lalatta Costerbosa vuole subito chiarire questo aspetto: inserire la discussione all'interno dell'ambito giuridico è già di per sé una contraddizione. Stato di Diritto e tortura sono termini antitetici, che non si possono porre sullo stesso piano. L'alternativa è chiara: o si prendono sul serio le regole e i principi del diritto (altro aspetto che ricorre costantemente nel libro), o si cede alla tortura, ad un uso indiscriminato della forza che molto poco, se non nulla, ha con la dimensione giuridica. A conferma di ciò, sta il fatto che i governi che usualmente utilizzano tale odioso strumento sono proprio quelli, in primis i regimi tirannici, che si contraddistinguono per un eccessivo uso della forza e, ancor di più, della violenza.

Ebbene, se siamo "costretti" a disquisirne, è proprio per l'eterna relazione che vi è stata e ancora esiste tra forza e diritto, tra alcune delle declinazioni che il potere può assumere se non è contestualmente correlato da adeguate forme di controllo, ed il sistema giuridico, che in qualche modo dovrebbe limitare e porre al di sotto di sé proprio l'uso della forza. Così come anche La Torre farà nella seconda parte del libro, vi sono numerosi esempi che evidenziano come lo stretto legame tra diritto e forza è spesso stato in realtà una relazione tra il piano giuridico e la violenza. La tortura è uno dei figli naturali di questo rapporto e, attraverso una serie di

giustificazioni ed argomentazioni di carattere politico e giuridico, nel corso degli ultimi decenni, autori, giuristi, uomini di Stato, hanno cercato, a parere dei nostri autori del tutto inspiegabilmente, di fissare la pratica all'interno del mondo del diritto.

Che il diritto giochi una partita con gli elementi del potere, della forza e, purtroppo, della violenza, non è di certo una novità: nella prima parte del testo viene a tal proposito citato Norberto Bobbio, il quale afferma che l'esistenza della forza all'interno del diritto non può essere messa in discussione, semmai il problema è capire come essa si inserisca all'interno delle trame segnate dallo Stato di diritto, cioè, per dirla in altri termini, la questione è comprendere le modalità attraverso le quali la forza si sia istituzionalizzata, e quali siano gli effetti scaturiti da questa istituzionalizzazione.

A tal proposito, come vedremo, sarà soprattutto La Torre ad evidenziare, rifiutandole in maniera incondizionata, quali siano state le strategie per rendere la pratica della tortura lecita, legittima, accettabile. Se è dato per certo che in qualche modo la violenza è stata positivizzata all'interno degli ordinamenti moderni, al contempo vi deve essere la chiara consapevolezza che il contraltare, il limite all'abuso del potere, va rinvenuto all'interno delle carte costituzionali. Il sentimento che emerge è quello di profonda preoccupazione, il timore è che le battaglie che si sono fatte in nome del diritto, dal secondo dopoguerra in poi, vengano vanificate da questi tentativi di rendere usuale una pratica così barbara e così lontana da qualsiasi discussione che sia afferente al discorso giuridico. Non può in alcun modo darsi, sia a livello pratico che a livello concettuale, che convivano sullo stesso piano e nella stessa epoca quella "sovranità dei valori" di cui spesso si è parlato negli

ultimi anni, ed un "ritorno alla tortura", come quello al quale si è tristemente assistito recentemente. L'opera di costituzionalizzazione è lo sfondo al quale restare ancorati, il richiamo alle ragioni ed ai principi emersi grazie ad essa, deve essere il continuo e costante riferimento. La ragionevolezza, la riflessione morale, devono sempre avere la meglio sulla passione e sulla forza.

Va da sé che la tortura abbia giocato un ruolo decisivo in ambito giudiziario: era mezzo di prova, ad esempio, sia nell'epoca romana, sia in quella greca, per subire poi una fase di arresto nell'alto medioevo.

Ma forse più interessante e problematico è il profilo politico, tenendo in considerazione che è stata spesso politica la strategia di giustificazione di questa pratica. A volte, l'argomento giustificatore è stato la tutela della Repubblica, in altri momenti la sicurezza pubblica. A tal proposito vengono richiamati, tra gli altri, due autori: Bodin e Thomasius. Bodin addirittura sostenne non solo che non fosse necessaria una giustificazione, ma che la questione fosse in qualche modo connessa ad un senso di giustizia! Di contro, Thomasius, negò assolutamente la possibilità che il tema potesse essere connesso alla giustizia, per il semplice fatto che la tortura era contraria, oltre che al diritto naturale, anche alla morale cristiana ed alla presunzione di innocenza.

Sul secondo aspetto, quello della sicurezza pubblica, viene riportata l'opinione di Pietro Verri, il quale sottolineò la totale illogicità di questo tipo di giustificazione essendo fallace, tra l'altro, la logica secondo la quale il sacrificio di un individuo salvaguarderebbe l'interesse collettivo maggiore. Non vi sono garanzie in tal senso anche ragionando sul dato, difficilmente contestabile, che non tutti i

beni sono facilmente quantificabili e, di conseguenza, agevolmente bilanciabili.

Da una prospettiva più vicina alla filosofia del diritto viene richiamata, tra le altre, la teoria utilitaristica (nel volume si parla espressamente di Bentham), che riconosce un certo valore alla tortura, poiché l'interesse di molti, come viene sostenuto, deve necessariamente prevalere su quello dei pochi. Il senso di pietà che può nascere dalla sua comminazione, assume un valore nettamente inferiore rispetto all'utilità della stessa, se si tiene in conto anche un'altra circostanza: la punizione in esame è meno malvagia, meno estrema di altre, ha anzi un campo di azione e degli effetti più circoscritti e, perciò, si presterebbe meno ad abusi. Però qui si trascura il fatto che il soggetto torturato, per alleviare le sofferenze, potrà fornire risposte confuse, contraddittorie, false, non ragionate (su questo punto viene ricordato che già l'assolutista Hobbes riteneva che le dichiarazioni sotto tortura non potessero essere considerate testimonianze).

Ebbene, se decidessimo di affrontare la questione sposando la logica consequenzialista, dovremmo attenerci a meri calcoli ed a criteri esclusivamente quantitativi. Ma la domanda che sorge tra le righe del testo, sebbene non esplicitamente, è la seguente: come possiamo approcciarci alla questione affidandoci solamente ad un banale calcolo prudenziale quando in ballo vi è qualcosa di molto più complesso, e non calcolabile in questi termini, quale la dignità umana?

Di utile vi è ben poco, anzi la tortura anticipa e rende superfluo qualsiasi giudizio; è quasi come se questo fosse in corso d'opera dato che, nel momento in cui si sta torturando, si sta già

esprimendo un giudizio, che consiste nel sospetto che il malcapitato possa essere colpevole.

Si arriva dunque alla convinzione della sua inutilità, oltre che della sua immoralità ed irrazionalità. Nello specifico, quest'ultima deriva principalmente dalla circostanza che con la comminazione di questa forma particolare di afflizione si calpestano i più basilari diritti umani intimamente connessi alla dignità. Con la tortura vi è poi una totale equiparazione tra soggetto reo e soggetto innocente. La circostanza, oltre ad allontanare dal tema qualsiasi collegamento col piano della giustizia, denota come non vi siano legami, in termini ancora più generali, né con la legalità, né col diritto stesso. È anche attraverso quest'ulteriore specificazione che gli autori possono nuovamente ribadire come tortura e ambito giuridico siano termini tra loro contraddittori.

Su quell'equiparazione viene richiamato Beccaria, secondo il quale per mezzo della tortura, ed attraverso questa indifferenziazione tra il colpevole e l'innocente a perderci, sarà comunque, paradossalmente, il secondo. In effetti, il punto di partenza per entrambi i soggetti coinvolti, è la capacità di resistenza: il colpevole, solo perché robusto di corpo, otterrà un "premio", quello della non comminazione della pena, e ciò non ha nulla a che vedere col diritto, ma solo con le capacità fisiche e la caparbietà dell'individuo; l'innocente, se sfortunatamente non gode della stessa solidità fisica, potrà, alla fine, chinare il capo e scegliere di subire una pena illegittima ed ingiusta, piuttosto che proseguire nel supplizio. D'accordo con quest'idea, evidenziano gli autori, è anche Filangieri.

Il dilemma che allora ci si deve porre è: cosa c'entra tutto questo con l'accertamento della verità, con l'esigenza di certezza del diritto, con la pretesa di legalità che all'interno di uno Stato di diritto deve essere costante? Ci si deve rendere conto, insomma, che qui si

sta parlando molto più banalmente di resistenza del corpo, di maggiore o minore robustezza di un uomo rispetto ad un altro, al di là dell'innocenza e della colpevolezza e, al di là, soprattutto, della considerazione delle qualità, prima di tutto di quelle morali, proprie e specifiche di ciascun individuo.

Bisogna smentire in maniera netta un altro caposaldo dei sostenitori della tortura: il fatto che essa assicurerebbe una certa sicurezza sociale. Semmai è l'esatto contrario: come possono i cittadini sentirsi protetti da un sovrano che contempla la tortura tra le possibili ipotesi? Dove va a finire il rapporto fiduciario che si instaura tra sovrano e suddito, quando il primo pone in essere le condizioni perché si realizzi quella pratica che abbiamo appurato essere irrazionale, ingiusta ed inutile? In che modo si è difesi dal diritto se si consente questo genere di abuso che è strutturalmente smoderato ed indeterminato?

Il riferimento all'indeterminatezza non è casuale giacché con la tortura, al di là di qualsiasi ragione giustificativa che si voglia porre a suo fondamento, non si trova *il* colpevole ma *un* colpevole.

Come già detto inizialmente, non risultano grosse linee distintive tra la prima e la seconda parte del libro. Tuttavia, se proprio vogliamo cogliere un carattere peculiare relativo agli ultimi tre capitoli, in essi si effettua una ricostruzione dei tentativi di giuridicizzazione della pratica della tortura. Nel testo si citano alcuni casi, come ad esempio l'attentato alle torri gemelle dell'11 settembre 2001 che, com'è noto, è diventato pretesto e giustificazione per l'introduzione di nuove forme di violenza all'interno del sistema giuridico. Ciò è avvenuto attraverso strategie – sia di carattere morale che più prettamente giuridico – che sono servite proprio per rendere

per qualche via legittima la pratica. È inutile sottolineare come La Torre cerchi di scardinare qualsiasi argomento che sia a sostegno della tortura, in linea con quanto è stato già esposto nella prima parte.

La storia e la politica, pare volerci dire l'autore, sembra che spesso abbiano dimenticato la strada percorsa: l'opera di costituzionalizzazione che ha interessato la realtà occidentale del secondo dopoguerra, evidentemente, non è garanzia sufficiente per evitare l'edificazione di sistemi giuridici aberranti. Troppo spesso la violenza, dietro la giustificazione del potere statale, si è ripresentata e si ripresenta con drammatica attualità, attraverso le forme più disparate. Orrori quali la guerra preventiva e, all'interno di essa, di pratiche come quella in esame, non possono non sconvolgerci. Citando uno dei più grandi filosofi del diritto contemporanei, ossia Robert Alexy, La Torre ribadisce come vi sia uno spazio in cui risiede il "discorsivamente impossibile": dovremmo avere l'obbligo morale, rispetto a certi temi, non solo di astenerci da qualunque discussione ma, addirittura, dovremmo anche distogliere il pensiero da essi.

Data per assodata la presenza istituzionalizzata della violenza all'interno del diritto, si corre il grosso rischio che si perda la supremazia della ragione, dell'argomentazione e dell'ossequio dei principi rispetto alla dura normatività ed alla validità, nel senso più radicale che ad essa può essere attribuito. Oggi - osserva tristemente l'autore – si sta realizzando non semplicemente un ritorno della forza, ma un salto di qualità nelle modalità di inserimento di pratiche violente all'interno dei sistemi giuridici. Assistiamo, quasi inermi, al fiorire di nuove strategie argomentative, giuridiche e morali, attraverso le quali si tenta di fornire al potere non solo una rinnovata forza, ma anche un totale smarcamento da qualsiasi forma di

controllo, una totale assenza di vincoli rispetto alla legislazione ed alla stessa Costituzione. Siamo drammaticamente di fronte ad una prospettiva marcatamente decisionista, in cui è il Capo che, in prima persona, pone in essere l'atto decisorio, dietro la solita giustificazione del bene superiore ed ultimo di tutela della comunità.

Il Professore dell'Università di Catanzaro osserva come vi sono due figure che negli Stati Uniti si sono distinte per aver teorizzato, proprio attraverso le modalità di cui si parlava, quanto esposto sinora: i due consulenti del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, John Yoo e Jay Bybee. Il primo, in particolare, è il vero e proprio teorico dell'attribuzione dei poteri eccezionali. Non appare per nulla azzardato parlare di decisionismo, dal momento che è attraverso la sua dottrina che si ripresenta la figura del Presidente come custode ultimo della Costituzione: solo per mezzo della decisione politica si può pervenire ad un ragionamento giuridico corretto e non per mezzo di organi, quali i tribunali di giustizia, che sono "politicamente irresponsabili". Sembra esser tornati indietro di quasi un secolo e di essere di fronte alla teoria di Carl Schmitt; riaffiorano infatti i capisaldi della decisione schmittiana: il potere, anche nelle forme della forza e della violenza, è rimesso nelle salde mani del Presidente, l'unico soggetto capace di distinguere tra *amico* e *nemico*. Ma attraverso una decisione di questo tipo quali garanzie e quali forme di tutela possono esser fornite al soggetto? In quale posto vengono relegati i diritti fondamentali? Lo scenario è quello di una vera e propria sospensione del diritto: se avviene questa sospensione, per lo sventurato di turno, qualsiasi esito è possibile, e uno di questi esiti è proprio la tortura. È anche a questo che probabilmente si sono voluti rivolgere gli autori scrivendo, nel sottotitolo del libro, "ascesa e declino dello Stato di diritto".

A questo punto nel volume in esame si procede ad un'analisi delle diverse strategie argomentative e giustificative della tortura: abbiamo un gruppo di strategie che possono essere definite "moralizzanti", ed un altro gruppo che invece riguarda fondamentalmente argomenti di tipo giuridico. Nel primo emergono una serie di appigli, in questo caso all'interno dell'ambito morale, che dovrebbero servire per rendere per qualche via accettabile la pratica della tortura. Gli elementi sui quali puntano i due consulenti del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti sono lo stato di emergenza, la sicurezza nazionale, l'affermazione di poteri eccezionali e pressoché illimitati da conferire al Presidente degli Stati Uniti (dato che egli è anche comandante supremo delle operazioni militari). Ed in tale contesto di eccezionalità si procede ad un'azzardata ridefinizione della tortura, stabilendosi una soglia molto alta (equivalente al dolore provocato da una lesione fisica) al di sotto della quale non si può parlare di tortura e dove praticamente tutto è concesso. Nel complesso, dagli argomenti forniti e prontamente criticati dagli autori, emerge che nel contesto americano post 11 settembre, la tortura non solo è legale ma, ancora prima, è una pratica che, proprio in virtù della sua legalità, non deve e non può restare sommersa, nascosta ed attribuita in maniera non esplicita al potere esecutivo. Di più, se lo Stato non esegue questa forma di coazione (perché si arriva addirittura a sostenere la totale equiparazione tra una semplice coazione e la pratica della tortura), questo non assolverebbe alla sua funzione di protezione del cittadino. Lo Stato deve godere di autodifesa, di una sorta di legittima difesa più ampia rispetto a quella che spetta al singolo, visto che le ragioni morali del primo prevalgono su quelle del secondo.

Gli argomenti giuridici evidenziano poi l'astrattezza del sistema di diritto positivo e la sua inadeguatezza a fronteggiare "nuovi nemici"; quindi anche la Convenzione di Ginevra risulta essere un riferimento obsoleto, non in grado di rispondere alle esigenze che nascono dalla guerra al terrorismo. Il fatto, poi, che il sistema non preveda la tortura, evidenzierebbe persino la presenza di una lacuna.

Ancora una volta gli autori ne approfittano per evidenziare che attraverso tali trattamenti, e per mezzo degli argomenti giustificativi degli stessi, i diritti umani perdano ulteriormente la loro centralità, nonché il loro carattere di universalizzabilità.

L'elemento che ritengo emerga con più forza, dalla lettura del libro, è la volontà da parte di chi lo ha scritto di redimersi dal peccato nato dal fatto stesso di parlare dell'argomento. A conferma di ciò, vi è la continua ed incessante critica all'indeterminatezza, all'inutilità, alla crudeltà non solo della tortura, ma anche di tutte quelle strategie che nel corso degli ultimi anni stanno cercando di renderla qualcosa di legittimo, forse prima sul piano morale che su quello giuridico. La tortura, per sua stessa natura è eccessiva, non limitabile, sproporzionata ed imprevedibile. Essa va rifiutata in senso assoluto perché, anche nel momento in cui si accettasse solamente "un po'" di tortura, metteremmo in dubbio qualsiasi senso di giustizia, violenteremmo le nostre riflessioni morali e, nello scontro tra certezza del diritto e totale indeterminatezza, lasceremmo il passo a quest'ultima.

Come sostiene Rawls, tra l'altro richiamato puntualmente nel testo, non considereremmo un elemento fondamentale, ossia l'unicità delle persone; si relegherebbe la dignità umana ad un ruolo marginale, equiparandola a qualsiasi altro bene che possa essere

quantificato, valutato, calcolato, ponderato, bilanciato. In virtù proprio della singolarità delle persone e del valore assoluto della dignità umana non possiamo minimamente arretrare e dunque non possiamo accettare in alcun modo che trovi posto, nel mondo del diritto, una pratica così aberrante. Se così facessimo daremmo valore alle argomentazioni che in qualche modo hanno cercato di ridimensionare il problema per istituzionalizzarlo, per farlo apparire un male minore. Ma un male minore, come ricordano gli autori citando Hannah Arendt, è pur sempre un male.