

# — Tortura: sulla proibizione assoluta di un male mai “minore”

Recensione a G. Fornasari, *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020

***Torture: about the absolute prohibition of an evil, which can never be a “lesser evil”***

*Review of G. Fornasari, Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020*

di Matilde Botto

---

1. «Convincere i burocrati e la popolazione generale ad accettare il male minore è il modo migliore per convincerli ad accettare il male *tout court*»<sup>1</sup>, queste le parole di Hannah Arendt nella parte prima del saggio *Responsabilità e giudizio*<sup>2</sup>. Ebbene, il fatto che, guardando alla storia, si possa rilevare come l'argomento del “male minore” sia ricorso anche dinnanzi alle atrocità del Terzo Reich, fa comprendere quanto il suo contenuto possa essere indeterminato (e il **male minore** sia tutto fuor che “minore” in

---

<sup>1</sup> H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, a cura di J. Kohn, ed. ita, Einaudi, 2010, p. 31.

<sup>2</sup> Il saggio, infatti, è suddiviso in due parti, intitolate, rispettivamente: la prima *Responsabilità* e la seconda *Giudizio*.

termini di gravità) e quanto, al contempo, costituisca l'appiglio inevitabile per qualsivoglia forma di attacco e di distruzione degli schemi della moralità. Quelle "leggi" morali che, secondo Kant, dovrebbero appartenere all'uomo in quanto tale e gli consentirebbero di distinguere ciò che è **bene** da ciò che è **male**.

Quanto appena rilevato non è una premessa "distonica" rispetto all'opera di Gabriele Fornasari, tutt'altro. Oggi, infatti, a vent'anni dall'attentato alle torri gemelle, si può osservare come il nuovo millennio abbia portato con sé un **ribaltamento di paradigma**<sup>3</sup> che ha condotto anche a dibattere sul se, in scenari "emergenziali", si potesse concretamente valutare di impiegare (legittimamente) la tortura.

E qui, l'interrogativo dell'Autore: dobbiamo parlarne? La risposta di Fornasari è affermativa e, a parere di chi scrive, assolutamente condivisibile. Si tratta, infatti, di chiedersi se il giurista positivo sia investito del dovere di confrontarsi con questo dibattito oppure, al contrario, come autorevoli voci della dottrina nostrana hanno ribadito, rifiutarsi di farlo, asserendo che della legalizzazione della tortura egli dovrebbe «rifiutarsi di discutere»<sup>4</sup>. La scelta di affrontare la materia e di analizzare, criticamente, gli argomenti morali – che, poi, di sovente si traducono in istanze giuridiche – è strettamente correlata a quella di intervenire affinché il campo, nella discussione pubblica, non venga **generosamente lasciato**, richiamando le parole di Fornasari, «ai soli retori della ragion di Stato e ai loro seguaci affascinati da supplizi» poiché così si finirebbe con l'agevolare «la diffusione di un germe con potenzialità patogene molto pericolose» (p. 174).

Si tratta di un dovere non solo morale, ma anche sociale, che coinvolge tutti gli intellettuali e gli studiosi – a maggior ragione i giuristi – soprattutto in un periodo storico in cui la visione populistica del diritto (in particolare, del diritto penale) si mischia ad un contesto generale, dove *fake news* e disinformazione fanno da terreno fertile per il fiorire di posizioni animate dalla **logica machiavellica** per cui il fine giustifica il mezzo (**ogni mezzo, anche la tortura**, verrebbe da rilevare). Siamo in un *mare motum* dominato da una tendenza generale ad abbandonare i principi e i valori che per secoli hanno costituito le basi dello Stato di diritto, che si traduce pericolosamente nella logica del **tutto è bilanciabile**, anche la persona, la sua dignità. Non sorprende, dunque, che Justin Clemens<sup>5</sup> – riferendosi al vigore che anima il dibattito sulla (legalizzazione della) tortura nel XXI secolo – parli di **fine della modernità**, rilevando come proprio il divieto di tortura sia uno dei pilastri degli Stati democratici e il suo "superamento" non può che condurre a "scardinare" le fondamenta stesse dello Stato di diritto.

---

<sup>3</sup> O "rovesciamento" di paradigma come rilevato da M. La Torre, *Giuristi, cattivi cristiani. Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, pp. 1332 ss.

<sup>4</sup> A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura (riflessioni costituzionali suggerite dalla l.n. 110 del 2017)*, in L. Stortoni e D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019, pp. 79 ss.

<sup>5</sup> J. Clemens, *Bentham, Torture, Modernity*, in *Cogent Arts & Humanities*, 2017, 3. Il riferimento a quanto asserito da Clemens si rinviene anche nell'opera di Fornasari qui recensita (p. 43).

2. Il percorso articolato da Fornasari si apre con la presentazione degli “albori” della c.d. carrellologia (o *trolleyology*, in inglese)<sup>6</sup>, espressione con cui si intende quel particolare settore dell’etica analitica che studia la capacità, attraverso esperimenti mentali, di assumere decisioni in contesti “estremi”.

L’Autore, quindi, propone innanzitutto un’opera di ricostruzione storica dello sviluppo delle istanze che caratterizzano il dibattito contemporaneo, prima andando a ricercare le origini filosofiche delle stesse (nell’ambito della filosofia morale), poi definendone le ricadute sul piano tecnico-giuridico.

Dopo aver approfondito i postulati derivanti dall’utilitarismo e la dottrina del «doppio effetto»<sup>7</sup>, che costituiscono le coordinate entro le quali collocare la riflessione nell’ambito giuridico, vengono annoverati casi in cui il dilemma etico del male minore è uscito dal piano astratto degli scenari ipotetici ed entrato in quello delle aule giudiziarie. Vicende in cui si è posta all’attenzione la possibilità di richiamare la sussistenza dello

---

<sup>6</sup> L’espressione “carrellologia” deriva dal c.d. “esempio del carrello” che, seppur con varianti e declinazioni diverse, continua ad essere utilizzato al fine di descrivere situazioni in cui un individuo potrebbe essere orientato a scegliere il “male minore”.

Nel 1967, la docente oxfordiana di filosofia Philippa Foot, in un articolo uscito sulla rivista *Oxford Review*, formulava la seguente situazione ipotetica. Immaginiamo il conducente di un treno che sta viaggiando fuori controllo; il treno è destinato ad investire cinque persone che sono legate ai binari che sta percorrendo e l’unica alternativa che si prospetta al conducente del mezzo – al fine di evitare la morte delle cinque persone – è quella di effettuare una manovra d’emergenza che devierebbe il treno su un altro binario (secondario), dove però si trova legata un’altra persona. La scelta del conducente, dunque, è rappresentata dal seguente dilemma: agire uccidendo un singolo individuo, o non intervenire, di fatto, lasciando che il treno travolga cinque persone. P. Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *Oxford Review*, 1967, pp. 23 ss.

L’esempio della docente di filosofia di Oxford ebbe risonanza, sin da subito, sia nel mondo accademico inglese che in quello americano; al punto che, sulla base di esso, furono articolati esempi maggiormente complessi e dilemmatici. Dopo quasi un ventennio, nel 1985, la filosofa americana Judith Jarvis Thomson ne ridefinì i termini, da una parte, sostituendo il “treno impazzito” con il “carrello ferroviario” senza conducente (*trolley*, appunto) e, dall’altra, introducendo la figura del *fat man* (dell’uomo grasso). Ebbene, come rilevato da Fornasari, è proprio dalla rielaborazione della Thomson che deriva l’espressione *trolleyology*. Quanto all’esempio “rivisitato”, per esigenze di sintesi, ci si limita a ricordare che mentre nella situazione descritta dalla Foot è il conducente il soggetto che deve scegliere, in quello dei carrelli ferroviari la scelta spetta sempre a soggetti “terzi”: ai quali è richiesto di “azionare la leva” che farebbe deviare il percorso del carrello sul binario dove si trova un solo innocente anziché farlo restare in quello dove ce ne sono cinque, oppure di “spingere” l’uomo grasso al fine di arrestare la corsa del carrello (determinandone, quindi, la morte). Cfr. anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, l’opera di Fornasari qui recensita, spec. pp. 21 ss.

<sup>7</sup> La dottrina del “doppio effetto” (o duplice effetto) – elaborata per la prima volta da San Tommaso d’Aquino (parte II-II della *Summa Theologica*, questione 64, articolo 7) in relazione al problema della legittima difesa – ha ad oggetto la definizione delle coordinate entro le quali può definirsi “giustificabile” un atto che contemporaneamente produce un effetto “buono” ed uno “malvagio” (atto che perciò si definisce “dal doppio effetto”).

Nello specifico, secondo il citato approccio teorico, per valutare la giustificabilità dell’atto dal doppio effetto è necessario analizzare l’azione di chi lo ha posto in essere distinguendo il piano della “previsione” da quello dell’“intenzione”.

Sommariamente, si avrà una giustificazione morale di un atto dal doppio effetto se si verificano queste condizioni: (a) l’“effetto malvagio” si rivela essere una conseguenza prevista e tollerata dall’agente, ma non voluta, poiché la sua azione era diretta a perseguire l’“effetto buono”; (b) l’“effetto malvagio” non è il mezzo impiegato per produrre quello buono e (c) l’“effetto buono” deve essere proporzionalmente maggiore rispetto a quello cattivo. Cfr. M. La Torre, *Mostruosità morali. Il ritorno della tortura*, in L. Stortoni e D. Castronuovo (a cura di), *Nulla è cambiato?*, cit., p. 24.

stato necessità come scusante extralegale; come nel caso *Mignonette*<sup>8</sup> o nell'ambito dell'accertamento della responsabilità penale dei medici per la c.d. azione di eutanasia, i quali avevano ubbidito parzialmente all'ordine del Führer di "eliminare" i malati di mente non curabili, rilevando che, se non avessero dato un'esecuzione quantomeno parziale allo stesso, sarebbero stati sostituiti con altri medici che avrebbero adempiuto totalmente alle direttive del regime. Tuttavia, come rileva acutamente Fornasari, la soluzione del richiamo allo stato di necessità (scusante) nei casi richiamati, in realtà, si ispira solo apparentemente a **logiche** di *trolleyology* poiché si tratta di vicende in cui «il corso degli eventi che è stato deviato dalla mano umana prevedeva il sacrificio **anche** della persona o delle persone che in effetti hanno perso la vita» diversamente dall'esempio "del carrello" dove la vittima, in partenza, non era affatto destinata a morire (p. 31).

Il capitolo di approfondimento sulla carrellologia si conclude con alcune riflessioni in materia di *self-driving cars* e della predisposizione di meccanismi automatici operanti in casi emergenziali (ad esempio, la possibilità che si incorra in un incidente in cui si potrebbero investire un certo numero di persone e il veicolo devii verso un muro mettendo in pericolo, di fatto, l'incolumità fisica e la vita dello stesso conducente). Prima, tuttavia, l'Autore sceglie di soffermarsi sull'analisi della legge sulla sicurezza aerea adottata in Germania nel 2005, in particolare della disposizione di cui al § 14 comma 3, dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale tedesca l'anno successivo alla sua entrata in vigore (pp. 32 ss.). Tra gli esempi riportati questo costituisce probabilmente quello che maggiormente corrisponde ad una traduzione delle istanze di matrice utilitaristica nell'ambito giuridico e, detto in altri termini, dell'abbandono della visione kantiana dell'uomo a favore di quella secondo la quale un individuo può divenire "mezzo" per salvarne altri (dinnanzi ad un pericolo di natura esclusivamente potenziale).

3. La riflessione sulla *trolleyology*, dunque, costituisce, nello studio di Fornasari, l'anticamera per l'approfondimento delle istanze neo-justificazioniste della tortura nell'ambito di realtà che non sono quelle di regimi totalitari, ma di ordinamenti fondati sui principi liberal-democratici (p. 43).

Nel delineare le tappe cronologiche fondamentali dei termini dell'attuale dibattito l'Autore rileva che vi è un parallelismo tra gli storici "argomenti" a favore della tortura, appartenenti all'epoca pre-illuminista, e quelli che vengono richiamati oggi, ossia il presupposto secondo il quale «la sofferenza sia uno strumento privilegiato per raggiungere la verità» (p. 51). Un assunto che, tuttavia, può dirsi confutato sia sul piano "umanistico" che su quello "utilitaristico".

---

<sup>8</sup> Il riferimento è alla nota vicenda, del 1884, legata al naufragio dello *yacht* inglese *Mignonette* a causa di una tempesta che aveva colpito l'imbarcazione nel corso del suo tragitto dall'Inghilterra all'Australia. Dopo il naufragio dell'imbarcazione i quattro membri dell'equipaggio, tutti sopravvissuti, si trovarono a dover sopravvivere per giorni sulla scialuppa di salvataggio, con pochissime riserve di cibo e di acqua. Quando furono soccorsi, i naufraghi superstiti erano solamente tre e lo stesso capitano, nel rapporto redatto in seguito, riferirà che – in assenza totale di cibo e di acqua – si erano trovati a dover uccidere il quarto uomo, moribondo, al fine di potersi nutrire con il suo cadavere ed abbeverare con il suo sangue. Al di là dell'esito giudiziario, il caso *Mignonette* è un caso "di scuola" richiamato nell'ambito della trattazione del c.d. stato di necessità scusante.

Come dire, già Aristotele, nella *Retorica*, sottolineava che «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», per poi concludere ribadendo che bisogna «dire che le testimonianze sotto tortura non sono veridiche»<sup>9</sup>. Ed è con la «lezione di Verri»<sup>10</sup>, poi recepita da Beccaria<sup>11</sup>, che l'inutilità dell'impiego della tortura emerge in modo definitivo: mezzo inutile, se il torturato si sa già essere certamente responsabile del delitto che gli è imputato; mezzo ingiusto se il torturato potrebbe essere un innocente (p. 54). L'impossibilità di condurre al vero, poi, è dimostrata anche dagli esempi concreti, riportati dall'Autore, che attestano come non vi sia, appunto, garanzia di **avere una risposta** né, tantomeno, **una volta ottenuta** che questa **corrisponda al vero** (pp. 149 ss.).

La difficoltà di superare l'obiezione sull'ingiustizia e l'inutilità della tortura come mezzo per ottenere verità emerge ancor più chiaramente proprio andando ad osservare le operazioni che i sostenitori di un suo impiego in una prospettiva utilitaristica effettuano, sin dai tempi di Bentham<sup>12</sup>, che può dirsi il precursore degli argomenti del dibattito odierno. L'operazione benthamiana che viene posta in essere a monte dai fautori di una (re)introduzione della tortura legale è, infatti, quella di capovolgere il rapporto tra vittima e carnefice, andando a dipingere il torturato come il responsabile, la causa del suo stesso supplizio (p. 56, spec. nt. 33).

4. E si «arriva ad oggi». Dal resoconto della Commissione Landau del 1987 (in cui si è parlato di una giustificata *moderate measure of physical pressure* a danno di sospetti terroristi) (pp. 84 ss.), sino a giungere all'attentato alle torri gemelle e ai provvedimenti adottati dall'amministrazione Bush Jr. (in particolare, del c.d. «*Memorandum Bybee*»<sup>13</sup>) (pp. 91 ss.), nel volume di Fornasari, si descrive approfonditamente quel moto, figlio della contemporaneità<sup>14</sup>, che è andato «frontalmente contro tutto il cammino storico dello sforzo planetario novecentesco di incriminare senza eccezioni gli atti di tortura, che in prima battuta è stato determinato proprio dalla volontà di eliminare gli abusi fisici e psichici dell'autorità pubblica, su persone in condizione di soggezione, *ad eruendam*

---

<sup>9</sup> Aristotele, *Retorica* (1377a), in *I classici del pensiero. Aristotele. Volume secondo*, Mondadori, 2008, p. 859.

<sup>10</sup> Il riferimento è a P. Verri P., *Osservazioni sulla tortura*, in S. Contarini, *Pietro Verri. Osservazioni sulla tortura*, 5ª ed., BUR Rizzoli, 2018, pp. 120 ss.; 143 ss.

<sup>11</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Cap. XVI, in S. Contarini, *Pietro Verri*, cit., pp. 179 ss.

<sup>12</sup> J. Bentham, *Of Torture* (1777), University College London Library, Bentham Papers, box 46, sheet 60.

<sup>13</sup> *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*. Si tratta di un documento, siglato da Jay Bybee, l'allora Assistente Procuratore Generale degli Stati Uniti a capo dell'OLC (*Official Legal Counsel*), facente parte dei c.d. *Torture Memos*, documenti o *memoranda*, contenenti argomenti e osservazioni in tema di «interrogazioni rafforzate». Il c.d. *Memorandum Bybee* è noto perché, tra le altre cose, al suo interno si trova una «ridefinizione in senso restrittivo» del concetto di tortura.

Sebbene il menzionato *memorandum* del 1 agosto 2002 porti il nome di Jay Bybee, si ritiene che la sua redazione sia da attribuire a John Yoo, professore e giurista, ma soprattutto, al tempo, viceprocuratore generale aggiunto dell'OLC. Yoo è considerato il massimo teorico dei poteri eccezionali della Casa Bianca negli anni della presidenza di Bush Jr.

<sup>14</sup> Nell'analisi di Fornasari, il quarto capitolo viene dedicato ai «precedenti» giurisprudenziali in cui si è tentato di legittimare la tortura attraverso il richiamo allo stato di necessità.

*veritatem*» (p. 98). Ci si trova dinnanzi ad un “discorso” in cui la natura giuridico-filosofica degli argomenti si fonde con quella storico-politica dei contesti e della *ratio* che ha sorretto le scelte di ricorrere alla tortura (seguite dai tentativi di giustificarne l’impiego). Una commistione di piani collegata dal *fil rouge* dell’appello al **male minore**, che, tuttavia, nella realtà dei fatti non arriva mai realmente ad avere quel carattere di “necessità” che, a livello filosofico, si definisce quale presupposto per qualificare la tortura come l’unica scelta praticabile (p. 58).

L’attecchire di istanze di legittimazione della tortura ha fatto sì che a livello analitico si possano distinguere tre posizioni a seconda dell’approccio nei confronti della portata della proibizione della menzionata pratica (p. 132), rispettivamente: (a) gli “assolutisti” che ritengono l’assolutezza della proibizione della tortura non possa mai essere derogata; (b) i fautori del mantenimento del divieto che contemplan casi di “pericolo gravissimo” in cui, tuttavia, questo andrebbe “tollerato” (pur restando un’attività che viene a perpetrarsi “nell’ombra”, fuori dall’ambito della legalità); e (c) i “relativisti”, che, fermo restando un divieto di tortura “a monte”, ritengono vi siano situazioni di “necessità” in cui si debba derogarlo, magari “proceduralizzando” il ricorso alla tortura. Tre posizioni che, in realtà, Fornasari, nel proseguire del suo ragionamento, ricondurrà a due (*infra* § 8) ravvisando che la spaccatura reale è tra coloro che ritengono non si possano **mai** elidere l’assolutezza, la trasversalità e l’inderogabilità del divieto di tortura e coloro che, in un modo o nell’altro, definiscono margini di “apertura” al ricorso alla menzionata pratica.

5. Con il terzo capitolo dell’opera prende quindi avvio lo studio di quella che lo stesso Autore chiama «la nuova apologetica in tema di tortura» (pp. 65 ss.) che non può che esordire con il richiamo al c.d. *ticking bomb scenario*<sup>15</sup>.

Il duplice scopo che anima l’analisi di Fornasari è quello di indagare sulla compatibilità del predetto approccio da un lato con la lettura, costituzionalmente orientata, del diritto penale, e dall’altro con i rapporti tra individuo e potere politico, seguendo quindi le linee dell’impostazione dei «fautori della tolleranza o della relativizzazione», i quali articolano le loro posizioni o richiamando l’idea di una scelta politica o traslandone i termini sul piano giuridico (p. 67).

Nel primo gruppo di istanze troviamo tanto i sostenitori della ragion di Stato, che invitano – richiamando Luhmann (p. 68) – ad abbandonare gli **scrupoli legalistici**, quanto le posizioni di coloro che espressamente parlano di *dirty work* (come Michael Walzer) avvicinandosi a quel concetto di impossibilità di governare innocentemente descritto da Sartre ne *Le mani sporche* (p. 79, nt. 34). Nel discorso politico, si assiste quindi al profilarsi di una sorta di **superuomo**, il governante, che investito da un fine “superiore” abbandona i propri confini “moralì” a favore di un “grande vantaggio per l’umanità”. In sostanza, non si dista affatto dal politico descritto da Max Weber che agisce seguendo

---

<sup>15</sup> In estrema sintesi, quando si richiama il contesto emergenziale del *ticking bomb scenario* (o, in italiano, della “bomba ad orologeria”) si fa riferimento alla rievocazione di uno scenario ipotetico di questo tipo: una situazione emergenziale (l’attentato in corso), nella quale sopravviene l’arresto del terrorista, l’unico soggetto che detiene – o meglio si suppone detenga – le informazioni necessarie per disinnescare l’ordigno a tempo, il quale, esplodendo, comporterebbe una strage di vittime innocenti.

l'etica della responsabilità (verso la cosa pubblica), pur andando in antitesi con la (sua) etica della convinzione (che lo spingerebbe a non ricorrere ad uno strumento atroce quale quello della tortura). Un "superuomo" appunto, che assumendo le vesti di un "eroe" sceglie il bene altrui e lo definisce arbitrariamente: ciò risulta in totale antitesi con un contesto democratico, poiché si ispira ad una logica dove l'esecutivo ha "pieni poteri" e agisce incontrastato.

Il discorso sul piano giuridico, invece, dal canto suo, arriva addirittura ad affermare che il ricorso a pratiche di tortura **non sporca le mani**. Se nella visione, definita da Fornasari "machiavellica", di Walzer il torturatore resta un uomo che ha agito contro diritto e morale, in quella di Dershowitz, e dei suoi mandati giudiziari di tortura, chi sceglie la tortura ha operato la scelta migliore tra le alternative possibili, in virtù di un ragionamento articolato sulla logica dei costi-benefici.

6. Il collante tra le varie posizioni, come si anticipava, è il richiamo allo scenario ipotetico della bomba ad orologeria: vuoi perché la scelta del "governante superuomo" deve avvenire in un contesto emergenziale, vuoi perché per parlare di "costi-benefici" e definire "beneficio" l'impiego della tortura è necessario dare un senso di "eccezionalità" ai casi in cui si verrebbe a trattare di un male minore (quindi, "accettabile").

In realtà, come ribadito dall'Autore in più punti del saggio, i limiti del *ticking bomb scenario* sono correlati al fatto che, da una parte, di scenario ipotetico (e non reale) si tratta e, dall'altra, che, per quanto gli sforzi di renderne "realistica" l'incombente siano estremamente articolati, quando si è di fronte ad un torturatore e ad un torturato ciò che viene a mancare è sempre **l'attualità del pericolo** (p. 81). Costatazioni che bastano di per sé sole a dimostrare quanto ogni tentativo di escludere l'antigiuridicità di un atto di tortura con le classiche categorie ordinamentali dello stato di necessità e della legittima difesa è impraticabile e che diventano ancor più definitive se si uniscono al rilievo per cui a mancare, negli esempi in cui i "relativisti" vorrebbero farne ricorso, sono anche gli altri elementi strutturali delle citate cause di giustificazione<sup>16</sup>. A ben vedere, poi, come si evince dalle conclusioni di Fornasari, all'esito di una lucida analisi dell'istituto, anche il più suggestivo richiamo allo stato di necessità "scusante" si risolve con l'essere una via non percorribile in quanto, analogamente a quanto avviene per la causa di giustificazione, sarebbe necessario provare che il ricorso alla tortura sia l'unica via praticabile (in assenza, quindi, di alternative meno gravose per il soggetto passivo) (capitolo VI, pp. 200 ss.). Né tantomeno convince l'ipotesi di ricorrere ad una scusante *ad hoc* di natura extralegale, in quanto, seguendo l'analisi dell'Autore, mancano i due presupposti indefettibili perché si possa articolare un ragionamento analogico: (a) il fatto che la materia non sia regolata dalle norme dell'ordinamento, che sussista, quindi, una lacuna (così non è in quanto gli atti di tortura sono oggetto delle disposizioni ordinamentali che li vietano e li puniscono); (b) il limite per cui non può esservi analogia di norme a carattere eccezionale (come lo sono, appunto, le scusanti) (pp. 220 ss.).

---

<sup>16</sup> Per un'analisi in cui è evidenziata l'assenza degli elementi strutturali delle menzionate scriminanti, si veda altresì E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, 2018, pp. 326 ss.



7. A ciò si aggiunga che, come rileva Fornasari, **mentre lo scenario è "immaginario" non lo sono affatto le conseguenze della legalizzazione della tortura**, sia sul piano umano che su quello sociale (p. 181). Vengono quindi a definirsi le critiche **insuperabili** che minano alle fondamenta delle istanze di legittimazione, andando a confutare da un lato la "concretezza" dello scenario ipotetico della bomba a tempo e, dall'altro, la "determinabilità" dei confini dell'emergenza a cui questo fa appiglio. Quando si parla di scenario della bomba ad orologeria, a ben vedere, l'aspetto più lontano dalla realtà è proprio lo scenario stesso. Riflettendo sui suoi postulati salta agli occhi la singolarità della situazione ipotizzata, in cui siamo dinnanzi ad una autorità statale dalla «straordinaria capacità investigativa (tale)<sup>17</sup> da scoprire, con assoluta certezza, qual è l'oggetto che sta per esplodere, quando esattamente esploderà, quali saranno gli effetti della sua esplosione e che un certo soggetto, già qualificato senza incertezze come terrorista sa con precisione dove si trova» la quale tuttavia, al contempo, non è in grado di riuscire a «stabilire, con altrettanta certezza, dove l'ordigno sia localizzato» (p. 164). Non si può che unirsi all'osservazione di Fornasari nell'asserire che quanto appena definito è quantomeno fortemente inverosimile.

Ebbene, quindi, se si ritenessero insufficienti l'impossibilità della tortura di condurre al vero e la sua natura di "mezzo ingiusto" che supera a piè pari la presunzione di innocenza (aspetti già evidenziati, al tempo, dalla critica illuminista), è necessario cogliere l'invito dell'Autore e guardare proprio "allo scenario", che altro non è se non una **truffa argomentativa** dove «l'artificio (o raggiri) consiste nella rappresentazione di un contesto praticamente non configurabile nella realtà e l'inganno nel tentativo di estorcere un consenso sulla legittimazione della tortura sapendo bene che una volta manifestato per questa irrealistica ipotesi esso vale in sostanza come una legittimazione generale, visto che per successiva approssimazione analogica esso subirà una facile estensione, logicamente non arrestabile, anche a casi effettivamente realizzabili, ma certo non più conformi al restrittivo archetipo originario» (pp. 165 ss.).

Siamo di fronte ad un **rischio di analogia dal potenziale inarrestabile** (p. 112) e, come di recente osservato dalla filosofa Marcia Baron, legittimare la tortura in contesti "apparentemente" eccezionali significa, in concreto arrivare a legittimarne **la prassi**<sup>18</sup> **e, da qualsivoglia apertura, non può che discendere la sistematica realizzazione di una "macchina della tortura"** (ossia di un apparato di esperti esecutori dai più svariati profili e dalle più articolate "competenze") (p. 187, ove Fornasari osserva come ciò sia ricavabile guardando alle esperienze dei regimi in cui la tortura si pratica). A ben vedere, inoltre, non è mai **definibile** la «platea dei torturabili» (p. 153) e a ciò si aggiunga che l'incompatibilità con la possibilità di essere assoggettata a limiti della tortura risiede nel fatto che essa è per sua stessa natura un **abuso**.

---

<sup>17</sup> Parentesi aggiunta.

<sup>18</sup> M. Baron, *The Ticking Bomb Hypothetical*, 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. 187 ss.



8. Ciò comporta quanto si anticipava, ossia che le “tre posizioni” che si sono distinte all’interno del dibattito contemporaneo, in realtà, non possono che essere ricondotte a due: quella di coloro che – seppur con declinazioni diverse – finiscono per ammettere e accettare la tortura e, all’opposto, quella di chi sceglie di rigettarla, nel modo più assoluto.

E, in questa **bipartizione**, non si può che assumere e condividere la posizione “assolutista” dell’Autore, che osserva che anche un solo caso di tortura (giustificato secondo la logica del male minore) «decreta il tramonto dello Stato di diritto, concepito nella sua versione più autentica» (p. 196).

Chiamarla *slippery slope*, china scivolosa, o definirla ribaltamento di paradigma, non cambia l’effetto che l’apertura, seppur apparentemente relativizzata, a pratiche di tortura legittima porta con sé. Non si tratta solo, appunto, di “abbandonare un principio” (ossia la portata universale ed inderogabile della proibizione della tortura), ma di ribaltare i paradigmi della legalità e dello Stato di diritto. Si aprono le porte a scenari orwelliani; impossibile non pensare a quanto espressioni come *male minore*, *enemy combatant*, guerre preventive suonino come estremamente vicine alla frase incisa sulla facciata bianca del Ministero della Verità in 1984, ossia:

«La guerra è pace. La libertà è schiavitù. L’ignoranza è forza»<sup>19</sup>.

E in un mondo di stato di emergenza e di tortura legale, magari penseremo che c’è stata, una volta, una fase che abbiamo chiamato **internazionalizzazione** dei diritti umani<sup>20</sup>, che ha avuto esordio agli inizi del XX secolo e ha trovato il suo punto apicale negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale.

Rifletteremo ancora, e potremmo addirittura giungere a ricordarci che c’è stato, una volta, a metà del ‘900, un punto di “rottura” in un **secolo breve**<sup>21</sup> di cesure. Figlio del vivido ricordo delle atrocità dell’Olocausto: una ferita aperta per gli uomini e, dunque, per gli Stati, che ha dato forza e vigore all’esigenza di sancire a livello universale un **mai più**. Quel **mai più** che era una prospettiva ineludibile – un dovere, un imperativo morale – dal quale non si poteva rifuggire, che ha portato con forza a definire, a livello internazionale e nazionale, le prerogative fondamentali dell’individuo: tra le quali rientra, certamente, la

---

<sup>19</sup> G. Orwell, *1984*, Liberamente ed., 2021, p. 5.

<sup>20</sup> Il riferimento è alla classificazione delle fasi di evoluzione dei diritti umani all’interno del diritto internazionale e sovranazionale in: *positivizzazione, generalizzazione, internazionalizzazione e specificazione* (cfr. N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, 1992, pp. 45 ss. e veda L. Mezzetti, *Storia dei diritti umani*, in *Id.* (a cura di), *Diritti e Doveri*, Giappichelli, 2013, p. 7, ove si indicano anche altre possibili partizioni). Sul punto anche C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, 3ª ed., Giappichelli, 2013, pp. 7-16, il quale diversamente suddivide la storia dei diritti umani in quattro aree temporali: la prima fase è detta della preistoria dei diritti e corrisponde all’antichità (sono riconosciuti solo alcuni diritti elementari appartenenti al diritto naturale, come il diritto alla vita, ed è totalmente assente un rapporto tra individuo e potere costituito); la seconda inizia nel medioevo e prosegue per larga parte dell’età moderna (si affermano le prime teorie contrattualistiche); la terza coincide con la positivizzazione dei diritti umani e la quarta si caratterizza per l’internazionalizzazione dei diritti dell’uomo e per la centralità del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione.

<sup>21</sup> Richiamando alla mente la definizione, di secolo breve, appunto che Hobsbawm dà del XX secolo (cfr. E.J. Hobsbawm, *Il secolo breve*, BUR Rizzoli, 1995).

sua tutela da qualsiasi atto di tortura, che pertanto deve essere universalmente proibito e condannato. La lezione della storia, oggi più che mai, quindi, ci insegna che in quei principi e valori gli uomini hanno ritrovato e tentato di ricostruire un barlume di un'umanità che, dopo gli orrori del secondo conflitto mondiale, appariva persa e distrutta. Ma soprattutto, ciò che è bene rammentare a noi stessi, è che tutta quella **disumanità** era nata e cresciuta proprio nella culla del **male minore**<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, cit., p. 31.