

Giuliano Serges

La tortura giudiziaria

Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio

Estratto da

MOMENTI DI STORIA DELLA GIUSTIZIA

L. Pace, S. Santucci, G. Serges (a cura di)



La tortura giudiziaria

Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio

GIULIANO SERGES

«Il fine della persecuzione è la persecuzione,
il fine della tortura è la tortura,
il fine del potere è il potere»

G. Orwell¹

SOMMARIO: I. Dalla tortura giudiziaria alla “tortura di diritto pubblico”, tra processo ed emergenza, 215 – 2. La tortura giudiziaria nel diritto comune. Aspetti problematici, 247 – 3. La lotta per l’abolizione della tortura e la “scomparsa” della *regina probationum*. Politica o diritto?, 293 – 4. La tortura giudiziaria oggi (e domani), 314.

I. Dalla tortura giudiziaria alla “tortura di diritto pubblico”, tra processo ed emergenza

I.1. Definizione tradizionale dell’istituto

Non è semplice dare una definizione dell’istituto giuridico noto con la locuzione “tortura giudiziaria”. Di primo acchito, si può facilmente notare come la denominazione *tortura giudiziaria* sia composta da due termini: il primo, con il quale si classifica l’istituto nell’ambito del *genus* della *tortura*; il secondo, con il quale si qualifica tale tortura con l’attributo *giudiziaria*.

Chiariamo preliminarmente, allora, cosa s’intende con il termine *tortura*. La parola viene dal verbo latino *torquĕre*, con il quale si indicava «l’atto del torcere», vale a dire dell’*attorcigliare strizzando*. Il termine veniva così usato per indicare la torsione di «filati, rami, tralci, olive, membra umane»; la parola aveva, poi, delle applicazioni anche in ambito terapeutico: si “torcevano”, ad esempio, le ossa per rimediare alle slogature. L’addetto alle “torsioni”,

1. G. ORWELL, 1984, trad. Stefano Manferlotti, Milano, 2000, pag.272.

la cui attività è stata definita enfaticamente dal Cordero come un «mestiere infame», veniva indicato con il termine *tortor*².

Nei vocabolarî contemporanei la tortura viene definita come una grave sofferenza fisica o morale, un “tormento”³. Rende bene l’idea del “tormento”: un qualcosa di fastidioso dal quale non ci si riesce a liberare e che nella sua persistenza provoca danni. La maggior parte delle Carte che si occupano di diritti umani colloca la tortura tra i “trattamenti inumani o degradanti”⁴; tolta la parte valutativa ed ideologica circa l’umanità ed il degrado, resta il termine “trattamento”, il quale esprime bene l’idea di cosa si intenda, in definitiva, con la parola “tortura”: un trattamento che “torce”, “tormenta”, inducendo grave sofferenza fisica o morale. In quanto “trattamento”, essa deve essere finalizzata al compimento di qualcosa, al raggiungimento di uno scopo; più in particolare può essere: finalizzata al mero compimento di un atto di violenza; finalizzata alla punizione di qualcuno; finalizzata all’estorsione da parte di qualcuno di una informazione o di un comportamento.

Si può dunque distinguere tra *tortura-fine* (o *tortura finale*), laddove la tortura è finalizzata a se stessa (si tratta dei primi due casi tra quelli che abbiamo qui sopra elencato), e *tortura-mezzo* (o *tortura strumentale*), nel caso in cui la tortura sia finalizzata al raggiungimento di un risultato diverso dalla tortura stessa, come avviene quando la si usa per estorcere qualcosa da qualcuno. Quando la tortura strumentale presenta il carattere della *legalità* (vale a dire della previsione della sua liceità da parte di una valida ed efficace norma giuridica), essa può anche essere definita, secondo una tradizionale impostatura dottrinale, come tortura intesa in senso tecnico-giuridico.

Entendons-nous bien, toutefois, sur le sens du mot. Il est atroce d’avoir à formuler

2. F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, p. 35, ora ad introduzione di A. GIANNELLI e M.P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004, p. 17.

3. Si veda, ad esempio, il G. DEVOTO, G. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bergamo, 1982, voce *tortura*. Come vedremo meglio più avanti, anche in latino, con più precipuo riferimento agli strumenti di tortura ovvero alla sofferenza provata dal torturato, la tortura poteva essere indicata con il termine *tormentum* (cfr. L. CASTIGLIONI e S. MARIOTTI, “*IL, vocabolario della lingua latina*”, III edizione, Milano, 2001, voce *tormentum*, pag. 1307).

4. L’art. 5 della “*Dichiarazione universale*” del ‘48 dispone che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizioni crudeli, inumane o degradanti»; il 16 dicembre 1966 l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha, inoltre, approvato il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* ove è previsto che: «nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico». In ambito convenzionale europeo il divieto di tortura è sancito dall’art. 3 CEDU, indicizzato, per l’appunto, come “divieto di tortura”, per il quale «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamento inumani o degradanti»; inoltre è stato istituito il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (CPT), organo del *Consiglio di Europa* che ha poteri di ispezione in tutti i paesi degli Stati Membri.

une telle précision, la notion de torture est une notion, un concept juridique. Nous entendons, avec une longue tradition, par «torture» non l'infliction dans n'importe quelle hypothèse de traitements cruel, mais, strictement, l'emploi de la contrainte *physique* par l'enquêteur, et cela dans deux hypothèses bien distinctes:

- a) Dans le cadre de la procédure criminelle, pour obtenir l'*Aveu*, cette «reine des preuves» come l'appelaient nos anciens criminalistes. C'est, de nos jours, la Torture policière.
- b) Dans le cadre politico-militaire, pour obtenir le *Renseignement*. C'est la torture des services de contre-espionnage, de tous les services «spéciaux», et du monde spécial des agents secrets. La course aux secrets atomiques est devenue son terrain élu⁵.

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

Un altro tipo di tortura che presenta i caratteri della *legalità* e della *istituzionalità* è rappresentato dalla c.d. *tortura-pena* (ma sarebbe meglio dire *pena-tortura*), la quale tuttavia non deve mai essere confusa con la tortura giudiziaria, per tre distinti ordini di ragioni: sia perché, mentre nella tortura giudiziaria la “giudiziarità” è una qualificazione della “tortura”, nella tortura-pena è l'essere “tortura” che rappresenta una specificazione della “pena”; sia perché la tortura-pena rientra senz'altro tra i tipi della tortura-fine; sia perché, contrariamente alla tortura giudiziaria, essa si svolge non all'interno di un processo, bensì *successivamente* e, anzi, proprio a cagione di questo.

Più precisamente, il ruolo che la tortura giudiziaria svolge all'interno del processo è *principalmente* (ma, come vedremo, non solamente) quello finalizzato a costringere il torturato — sia esso un sospettato o anche un semplice testimone — a rendere una confessione od una testimonianza. In altri termini, possiamo, secondo la tradizionale classificazione che abbiamo fin qui riportato, definire la tortura giudiziaria come un trattamento legale praticato dall'organo amministrante la giustizia verso qualcuno al fine di estorcergli informazioni o, più in generale, di costringerlo ad assumere certi

5. Cfr. A. MELLOR, *La torture. Son histoire, son abolition, sa réapparition au XX^e siècle*, Paris, 1961, p. 12. Cfr. anche ID., *Je dénonce la torture!*, Paris, 1972, pp. 14 ss.

comportamenti a traverso l'uso della violenza fisica o morale, in vista di una decisione giudiziaria.

Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi d'estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio fondando la sentenza sulla verità così ottenuta, qualsiasi procedimento che abbia questo contenuto e questo fine rientrava, o diciamo rientra, nel concetto di tortura giudiziaria⁶.

Accanto a questa definizione, alla quale possiamo riferire il significato della locuzione "tortura giudiziaria" qualora intesa *in senso ampio*, deve affiancarsene un'altra, con la quale identificare, invece, la tortura giudiziaria intesa *in senso stretto*. Con quest'ultima espressione vogliamo far riferimento ad una precisa manifestazione storica dell'istituto, vale a dire quella sviluppatasi all'interno della procedura giudiziaria inquisitoria del processo romano-canonico di diritto comune, praticato tra la seconda metà del Medioevo e la prima parte della età moderna, al fine di costringere i testimoni o i sospettati a fornire informazioni e confessioni (o, in rari casi, a tenere altri tipi di comportamenti al cui adempimento si trovavano refrattari).

La distinzione tra *tortura-pena* e *tortura-giudiziaria* era presente sin dai primi tempi in cui la tortura giudiziaria entrò a pieno titolo tra gli strumenti del diritto processuale, vale a dire nel diritto romano (seppure «nel linguaggio di tutti i giorni» fosse facile rinvenire una qualche confusione tra i due istituti⁷). A quel tempo, infatti, la tortura giudiziaria veniva espressa con il termine *quaestio* — che era lo stesso termine con il quale venivano chiamati gli interrogatori — e distinta dalla tortura intesa genericamente come atto di violenza materiale, per la quale, invece, erano adoprati i termini *tormenta* e *cruciatus*, «con una precisione tecnica che la nostra lingua non ha e che permetteva di tener separate, all'occorrenza, le nozioni di *quaestio*, propriamente 'interrogatorio', e di *tormentum*, propriamente 'tortura'»⁸. In maniera analoga, nel periodo del diritto comune, la tortura giudiziaria veniva chiamata con l'espressione *rigoroso esame* o, in Francia e in Spagna, rispettivamente, *question* e *cuestión*. Va detto, tuttavia, che mentre per noi, oggi, questa distinzione ha un senso in quanto serve a mettere in rilievo differenze strutturali tra i due istituti — quello della *tortura-pena* e quello della *tortura-giudiziaria* — poiché le tesi valide per l'abolizione dell'uno

6. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. I, Varese, 1953, p. 5.

7. *Ivi*, p. 17.

8. *Ibidem*, al quale si rimanda per una storia del termine e del concetto di tortura nei vari dialetti e nelle diverse lingue europee. Si veda, inoltre, F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, cit., al quale si rimanda per una efficace sintesi dei principali termini con i quali veniva chiamata la *tortura* nei dialetti italiani e nelle lingue europee.

non sarebbero altrettanto efficaci se estese genericamente anche all'altro, per gli antichi la richiamata distinzione aveva ben altro significato. In questa direzione appare evidente come la tortura giudiziaria venisse intesa, o la si facesse intendere, come un modo più rigoroso, più efficace di condurre l'interrogatorio, tanto che Ulpiano avvertiva che «*quaestionem sic accipimus non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem*»⁹ e tanto che la tortura giudiziaria veniva sovente chiamata con la locuzione, più generica, di tortura “*ad eruendam veritatem*”¹⁰.

Non rimane da fare che una ultima precisazione in merito. Seppure la distinzione tra tortura-pena e tortura-giudiziaria fosse, come abbiamo scritto, conosciuta sin da tempi remoti, è necessario evidenziare come essa non venisse sempre e necessariamente richiamata in quelle trattazioni nelle quali, usandosi il gergo tecnico, veniva adoprato semplicemente il termine “tortura” per indicare la tortura giudiziaria¹¹. Possiamo, ad esempio, richiamare qui sotto la definizione di “tortura” *lato sensu* fornita da Jeremy Bentham, nella quale l'aggettivo “giudiziaria” non compare, pur essendo evidentemente sottinteso.

Torture, as I understand it, is where a person is made to suffer any violent pain of body in order to compel him to do something or to desist from doing something which done or desisted from the penal application is immediately made to cease. / This is the most extensive sense I take it that can be given to the word Torture¹².

9. *Digesto*, 29, 5, 1, 25 (l. 1, § *Quaestionem*, ff. de senatus consulto Silaniano); cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, p. 17.

10. La locuzione latina “*ad eruendam veritatem*” riferita alla tortura — rileva il Fiorelli — prende origine dalle definizioni che diedero dell'istituto, al tempo, Ulpiano (*'Quaestionem' intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*), Azzone (*inquisitio veritatis per tormenta*) e l'anonimo autore del noto *Tractatus de tormentis (inquisitio quae fit ad eruendam veritatem per tormenta et corporis dolorem)*. Sul punto cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, pp. 187 e 188; ivi, p. 132 ss. sul *Tractatus de tormentis*.

11. A dimostrazione di quanto affermato nel testo, possiamo avvalerci del conforto di un dizionario autorevole come il S. BATTAGLIA, *Grande Dizionario della Lingua italiana*, vol. XXI, Torino, 2002, pp. 77-78, voce *Tortura*, il quale dà, come prima definizione del termine, la seguente: «ciascuna delle forme di tormento corporale o, anche, psicologico, inflitte a un imputato per una confessione o al testimone di un processo per indurlo a deporre in modo attendibile e veritiero; singola pratica o prassi inquisitoria volta a tale scopo».

12. La definizione citata che, come anticipato nel testo, è da attribuirsi a JEREMY BENTHAM, viene tratta da un manoscritto, redatto negli ultimi anni '70 del XVIII sec., mai edito dall'Autore. W.L. TWINING e P.E. TWINING lo hanno finalmente pubblicato, assieme ad un altro manoscritto del Bentham riguardante lo stesso argomento (la tortura giudiziaria, per l'appunto), all'interno di un articolo intitolato *Bentham on torture* nella rivista *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, Belfast, 1973, pp. 308 ss. Per fare riferimento a questi manoscritti, senza titolo, da qui in poi useremo la dicitura J. BENTHAM, *Manoscritti Twining*, cit., indicando il numero di pagina relativo alla pubblicazione sulla richiamata rivista irlandese, mentre per far riferimento all'articolo dei Twining nel suo complesso richiameremo il titolo *Bentham on torture*. Quanto alla definizione di “tortura” riportata nel testo, essa si trova a p. 309 dei citati *Manoscritti*.

Non deve dunque sorprendere se, nelle opere degli illuministi che più di tutti hanno contribuito ad offrire quelle argomentazioni efficaci sulle quali si è formato, nel XVIII secolo, il movimento della lotta contro la tortura giudiziaria (si pensi, ad esempio, a Cesare Beccaria e Pietro Verri), si troverà usato semplicemente il termine tortura, senza alcuna ulteriore specificazione: sarà (doverosa) cura dello studioso ricondurre il termine nel suo corretto ambito.

1.2. Altre definizioni

Oltre alla distinzione tradizionale tra tortura–giudiziaria e tortura–pena, ve ne sono altre elaborate nel tempo dai vari autori che si sono interessati, in maniera più o meno specifica, all’argomento. Mario Ascheri, ad esempio, richiama la distinzione tra tortura–giudiziaria *lato sensu* e “tortura poliziesca”, laddove con quest’ultima espressione s’intende la tortura–mezzo (non sempre legale) praticata dalle forze addette al mantenimento dell’ordine pubblico (polizia, esercito, etc.) estorcendo informazioni per portare avanti una indagine non finalizzata al compimento di un giudizio¹³. Giovanni Tarello definisce, a nostro avviso in modo assai opportuno, la tortura giudiziaria (*stricto sensu*) come «tortura inquisitoriale»¹⁴. Qualche altro Autore ha parlato di “tortura di Stato”¹⁵, espressione con la quale ci si vuole riferire a tutte quelle pratiche torturatorie la cui messa in atto è riconducibile, seppure in differente maniera, all’azione dell’apparato istituzionale dell’ordinamento nel quale esse vengono praticate.

Più articolata è la classificazione operata da Alec Mellor, il quale distingue, innanzitutto, la “tortura strumentale” in base al tempo ed al luogo della sua pratica: si trovano così la *torture politique* e la *torture judiciaire* nel mondo greco, la *torture de l’esclave* e la *torture de l’homme libre* nel mondo romano, la *torture dans la moyen age* e la *torture dans les États d’Europe aux XVI^e et XVII^e siècles* nell’età del diritto comune, la *torture contemporaine* e la *torture policière* (riunite nella sovracategoria de *la torture moderne*) per quanto riguarda le esperienze russe, italiane, tedesche, algerine, statunitensi, argentine e francesi a partire dal XIX secolo¹⁶. Questa classificazione ha il pregio di sottolineare come, sotto la definizione di tortura–mezzo (e, precipuamente,

13. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino, 2007, p. 202; Id., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo, seconda edizione riveduta*, Torino, 2008, p. 28.

14. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2009 (prima ed. del 1976), p. 125.

15. “Tortura di Stato” è, ad esempio, il titolo di un recente libretto di A. GIANELLI e M.P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato*, cit., nel quale sono raccolti vari saggi sul tema della tortura, provenienti da esperienze di ricerca diverse tra loro, dal prezioso valore scientifico.

16. Cfr. A. MELLOR, *La torture*, cit., *passim*.

di tortura giudiziaria), siano ricomprese esperienze spesso assai diverse tra loro.

Su un piano più generale, poi, il Mellor distingue tra vari tipi di tortura, a partire dalla già richiamata distinzione tra tortura-pena e tortura intesa in senso tecnico-giuridico (*torture-investigation*); quest'ultima può essere *investigation judiciaire*, qualora finalizzata all'ottenimento di una prova giudiziaria (*Aveu*), o *investigation politico-militaire*, se finalizzata all'ottenimento di una informazione politico-militare altrimenti segreta (*Renseignement*): nel primo caso rientrano la *torture détective* (la tortura giudiziaria in senso ampio), la *torture policière* (praticata dalle forze di polizia) e la *torture autoaccusative* (quella praticata, in epoca comunista, da alcuni Paesi dell'Est, nei quali veniva simulato un processo — vertente in genere su fatti mai realmente avvenuti — al solo fine di fare abiurare pubblicamente gli oppositori del regime); nel secondo rientrano, invece, la tortura dei servizi di controspionaggio e quella delle polizie politiche¹⁷.

Paolo Barile distingue innanzitutto tra «tortura morale» (la c.d. *tortura psicologica*) e «tortura fisica», ricalcando poi la tradizionale classificazione tra tortura come «mezzo istruttorio» (tortura giudiziaria *lato sensu*) e tortura come «pena accessoria» (tortura-pena) e, infine, discernendo, mettendone frattanto in luce le numerose somiglianze, tra «antica» tortura (la tortura giudiziaria *stricto sensu*) e «novella» o «moderna» tortura (la tortura praticata dai totalitarismi novecenteschi)¹⁸.

La *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1984, non compie invece nessuna particolare distinzione, dando della tortura (art. 1) la seguente definizione¹⁹:

Ai fini della presente Convenzione il termine "tortura" indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine precipuo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate.

17. Cfr. A. MELLOR, *Je dénonce la torture!*, cit., pp. 14-17; ID, *La torture*, cit., pp. 12 ss.

18. P. BARILE, *Il ritorno della tortura*, in *Il ponte*, giugno 1945, ora in www.gliargomentumani.com e in www.enc.org/filarmonici, *passim*.

19. Sulla definizione di tortura fornita dall'art. 1 della Convenzione, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano, 2011, § 117, pp. 42 ss.

La formulazione ampia di tale definizione è da spiegarsi con la rilevata necessità di ricomprendere all'interno del concetto di tortura qualunque tipo di trattamento inumano o degradante praticato o consentito dalla autorità pubblica. Da un punto di vista umanitario, infatti, non avrebbe senso una limitazione del divieto alla sola pratica della tortura giudiziaria.

Si parla in tal senso di «carattere evolutivo» del concetto di tortura²⁰, che si è attestato come un fenomeno tipico in ambito umanitario (non solo ONU), tale da avere risvolti persino più ampî di quanto, originariamente, si fosse pensato.

Esempio rilevante, in tal senso, è quello costituito dall'art. 3 della CEDU (*Divieto di tortura*), rispetto alla quale si è manifestata, da parte della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la «necessità di qualificare come inumani e degradanti o come atti di tortura una serie di comportamenti e fatti che, magari, in passato sarebbero stati forse ritenuti come non ricadenti nell'attuale fattispecie di divieto»: necessità cagionata dal fatto che «il tasso di sviluppo del senso di civiltà giuridica» consenta oggi «un livello di protezione della dignità umana molto più elevato che non in passato»²¹. Così, ad esempio, è stato sancito, nella nota sentenza *Saadi c. Italia* (§ 3, a), i, 125), del 28 febbraio 2008, che:

l'espulsione [di un individuo verso un altro Paese] eseguita da uno Stato contraente può sollevare un problema riguardo all'articolo 3 e quindi rendere responsabile lo Stato in causa ai sensi della Convenzione, quando ci sono seri motivi ed è verosimile credere che l'interessato, se lo si espelle verso il Paese di destinazione, correrà un reale rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 3. In questo caso dall'articolo 3 scaturisce l'obbligo di non espellere la persona in questione verso tale Paese²².

La genericità della definizione operata dalle Nazioni Unite, tuttavia, è forse eccessiva, tanto che, al momento della ratifica, gli Stati Uniti d'America hanno potuto apporre una riserva secondo la quale «si darebbe tortura soltanto là dove l'inflizione di una grave sofferenza risultasse essere il fine immediato e diretto della condotta in questione. Se la sofferenza non fosse

20. F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GIANNELLI, M.P. PATERNÒ, *op. cit.*, p. 171.

21. *Ibidem*. A proposito della definizione di "tortura" in ambito convenzionale europeo si veda anche F. SUDRE, voce *Torture et traitements inhumains et dégradants*, in J. ANDRIANSTIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (a cura di), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, 2008, pp. 929 ss.

22. Possono richiamarsi, a tal riguardo, anche altre sentenze, precedenti a quella *Saadi c. Italia*, come *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989, serie A n° 161, §§ 90–91, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, sentenza del 30 ottobre 1991, serie A n° 215, § 103, *Ahmed c. Austria*, sentenza del 17 dicembre 1996, *Recueil* 1996–VI, § 39, *H.L.R. c. Francia*, sentenza del 29 aprile 1997, *Recueil* 1997–III, § 34, *Jabari c. Turchia*, n° 40035/98, § 38, CEDH 2000–VIII, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, n° 1948/04, § 135, 11 gennaio 2007

oggetto di un'intenzione specifica e si presentasse come effetto collaterale dell'effetto principale perseguito non saremmo più in presenza della fattispecie di tortura»²³. Si è giunti così al risultato paradossale che la pratica della tortura giudiziaria, così come di qualunque altra tortura strumentale, potrebbe, alla luce di una interpretazione (molto) estensiva, risultare al di fuori dell'ambito di applicazione della *Convenzione*, la quale invece si proponeva di estendere, non di escludere, la definizione di quella pratica.

1.3. L'inadeguatezza della definizione tradizionale

Tutte queste definizioni e classificazioni della tortura giudiziaria, compresa quella tradizionale, sono state abbondantemente studiate dalla dottrina e costituiscono il punto di partenza di qualunque indagine sull'argomento²⁴.

23. M. LA TORRE, "Giuristi cattivi cristiani". *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, 2007, n. 36, tomo II, p. 1339, che definisce tale corrente di pensiero con la formula «dottrina 'del doppio effetto'» e al quale si rimanda per una più approfondita analisi del problema ed i relativi riferimenti bibliografici.

24. Tra le molte opere che sono state scritte sull'argomento, e che per motivi di spazio non possiamo ricordare tutte, alcune meritano, per importanza e diffusione, di essere segnalate: in primo luogo quella di P. FIORELLI (*La tortura giudiziaria*, cit.), a seguito della quale, come notava opportunamente lo Sbriccoli, è da considerarsi «del tutto superflua» la «impresa» di «produrre un ennesimo titolo sulla tortura giudiziaria», in quanto nel testo fiorelliano «l'istituto della tortura giudiziaria è stato ricostruito in ogni suo pensabile dettaglio e valutato con grande sensibilità ed equilibrio» (M. SBRICCOLI, *Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.C. M. VIGUEUR e C. PARAVICINI BAGLIANI, Palermo, 1991, p. 17 e n. 2); in secondo luogo quella di A. MELLOR (*La torture*, cit.), ricordata dallo stesso Fiorelli come uno dei più attenti, dotati di senso storico e, in definitiva, migliori titoli sulla tortura giudiziaria (P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. II, p. 206, n. 1); infine, quelle, contraddistinte da una impostatura assai originale, di J.H. LANGBEIN (*Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancient Régime*, III edizione, London-Chicago, 2006. La prima edizione risale al 1976), di A. GIARDA, («*Persistendo l'reo nella negativa*», Milano, 1980), di F. CORDERO (*Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981 e *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985), di I. MEREU (*Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'Inquisizione come modello di violenza legale*, seconda edizione, Milano, 1988, pp. 205 ss.), e di M. SBRICCOLI (*Tormentum idest torquere mentem*, cit., pp. 17 ss.); si deve anche ricordare il bel libro di C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, che, pur non essendo esclusivamente incentrato sulla tortura giudiziaria, dedica all'argomento molte ed illuminanti pagine (in particolare modo, ma non solo, pp. 34 ss.). Per delle letture più recenti si vedano inoltre: P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994; L. GARLATI GIUGNI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, 1999, pp. 150 ss.; i saggi pubblicati in B. DURAND (sous la direction de), avec la collaboration de L. OTIS-COUR LILLE, *La torture judiciaire: approches historiques et juridiques*, 2 vv., ed. Centre d'Histoire Judiciaire, 2002, dei quali, inoltre, segnaliamo che quello di G. P. MASSETTO è stato ripubblicato in italiano sotto il variato titolo *La tortura giudiziaria nella dottrina lombarda dei secoli XVI-VIII* in A. PADOA SCHIOPPA, G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, *Amicitiae Pignus: studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, 2003, pp. 1401 ss.; C. JALLAMION, *Entre ruse du droit et impératif humanitaire. La politique de la torture judiciaire du ^{XVIIe} au XVIIIe siècle*, in *Archives de politique criminelle*, 2003/1, n. 25, pp. 9-35; K. PENNINGTON, *Torture in the ius commune*, in B. D'ALTEROCHE, F. DEMOULIN-AUZARY, OLIVER-DESCAMPS (*texts réunis par*), *Mélanges en l'honneur d'ANNE LEFEBVRE-TEILLARD*, Paris, 2009, pp. 813 ss.; D. EDIGATI, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziale tra stylus curiae e ius commune*

A seguito della abolizione in Europa della tortura giudiziaria (sulla quale vedi *infra* § 3.7.), avvenuta negli anni della c.d. “età delle riforme” (tradizionalmente collocata a partire dalla pubblicazione della montesquieana *De l'esprit des lois*, avvenuta nel 1748, fino alla rivoluzione francese) e dell'avvento del garantismo penale, degli Stati democratici e della cultura dei diritti umani, si è ritenuto concluso il discorso sulla tortura giudiziaria, relegando la sua parziale riemersione nel XX secolo al particolare assetto dei regimi totalitarî nei quali essa fu praticata.

Di recente, tuttavia, a seguito delle frizioni intervenute nel panorama politico internazionale odierno, catalogate sotto la formula generica della “lotta al terrorismo (internazionale)”, qualcuno si è interrogato sulla compatibilità di pratiche, per così dire, *ad eruendam veritatem* con i sistemi democratici occidentali, tutti in larga parte riconducibili ad una comune matrice liberale e garantista e tutti aderenti alla *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948. Il dibattito ha avuto il suo principale impulso negli Stati Uniti, per lo più in seguito alle misure anti-terroristiche adottate successivamente all'attentato alle *Twin Towers* dell'11 settembre 2001, anche se possiamo ricordare Autori, non solo americani, che già da tempo sostenevano la legittimità dell'uso della tortura “democratica” *ad eruendam veritatem* in situazioni emergenziali²⁵. Tra i principali esponenti della corrente di pensiero

nella *Toscana secentesca*, Pisa, 2009, cap. IV, § 1.1, pp. 279 ss.; E. WENZEL, *La torture judiciaire dans la France de l'Ancien Régime. Lumières sur la Question*, Préface de B. GARNOT, Dijon, 2011; M. LALATTA COSTERBOSA, *Per una storia critica della tortura giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 2011, n. 1, pp. 3 – 34. Non possiamo negare un accenno, poi, a due classici della storia del diritto criminale che, come noto, dedicano ampio spazio alla tortura giudiziaria: A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, in particolar modo (ma non solo) pp. 93 ss., recentemente ristampato in copia anastatica, con prefazione di Y. MAYAUD, Paris, 2010; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione, seconda edizione riveduta e migliorata*, Torino, 1892, vol. VI, parte I, pp. 427 ss. Con particolare riferimento all'uso della tortura nello Stato Pontificio settecentesco si vedano A. FUSCO DI RAVELLO, *Tra conservazione e ragione. La tortura giudiziaria nello Stato Pontificio del '700*, in *Società archivio storia patria romana*, n. 107, 1984, pp. 307 ss. e L. CAJANI, *Pena di morte e tortura nel settecento a Roma*, in L. BERLINGUER e F. COLAO (a cura di), *Criminalità e società moderna*, in L. BERLINGUER (collana a cura di), *La “Leopoldina”. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, Vol. 12, Milano, 1991, pp. 517 ss. Sulla tortura giudiziaria nel diritto romano si veda, oltre ad alcune delle opere già citate, C. RUSSO RUGGERI, *Questiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano, 1992; *praecipiter* sul diritto romano-bizantino E. KARABELIAS, *La torture judiciaire dans le droit romano-byzantin*, in *Études balkaniques*, n. 10, 2003, pp. 47–63, ora anche on-line su etudesbalkaniques.revues.org. A tutte queste opere si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

25. Molte e diverse sarebbero le opere da citare sul punto. Alcune verranno richiamate nel corso del presente lavoro. Quanto alle altre, rimandiamo ai saggi ed alla bibliografia contenuta nelle raccolte di testi di M. DANNER (a cura di), *Torture and Truth. America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York, 2004; K. J. GREENBERG (a cura di), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2005; P. NITSCHKE (a cura di), *Rescuefölder im modernen Rechtsstaat. Eine Verortung*, Bochum, 2005; S. LEVINSON (a cura di), *Torture. A collection*, Oxford, 2006 e W. F. SCHULZ (a cura di), *The phenomenon of torture. Readings e commentary*, Pennsylvania, 2007, oltre ch  alla pregevole ed esauriente *reading list* pubblicata da F. ALLHOFF

favorevole all'uso della tortura come strumento di *difesa dal terrorismo* (e dunque, implicitamente, di *lotta* a quest'ultimo) sono senz'altro da annoverare Michael Walzer²⁶, Alan Dershowitz²⁷ e John Choon Yoo²⁸ e, per quanto riguarda l'Europa, Winfried Brügger²⁹. In Italia, che a suo tempo è stata la fucina dove sono state forgiate le più fortunate tesi abolizionistiche sulla tortura giudiziaria, la dottrina favorevole all'uso dei tormenti *ad eruendam veritatem* non ha incontrato particolare favore³⁰.

per il suo seminario di studi *War, Terrorism, and Torture. Philosophy 6000*, tenutosi nella primavera del 2009, consultabile *on-line* su files.allhoff.org/teaching/War_Terrorism_Torture_S'09.pdf.

26. Si può trovare la teoria sulla tortura di Walzer già organicamente esposta nell'opera *Political Action: the Problem of Dirty Hands*, in *Philosophy and Public Affairs*, II, 1973, pp. 160 ss. Per considerazioni dell'Autore in materia successive all'11 settembre 2001 cfr. M. WALZER, intervistato da R. FESTA nell'articolo *Walzer: per me Guantanamo resta qualcosa di indecente*, in *la Repubblica*, 13 dicembre 2003, p. 48. Va detto, tuttavia, che la posizione di Walzer è diversa rispetto a quella di altri sostenitori della tortura "antiterrorismo", non solo nel merito delle conclusioni a cui giunge, ma anche perché molte delle misure anti-terrorismo adottate dagli U.S.A sono state da lui criticate (si veda, ad esempio, oltre al già citato articolo uscito su *la Repubblica*, l'intervista dal titolo *I diritti civili dopo l'11 settembre*, in M. WALZER, *La libertà e i suoi nemici*, a cura di M. MOLINARI, ed. Laterza, Bari, 2003, pp. 3 ss.). Per una esposizione completa del pensiero di Walzer sullo svolgimento delle situazioni d'emergenza in regime di democrazia si veda il noto volume *Sulla guerra*, trad. Nane Cantatore, Bari, 2006.

27. Cfr. A. M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, trad. di C. Corradi (titolo originale: *Why terrorism works. Understanding the threat, responding to the challenge*), Roma, 2003, pp. 125 ss.; ID, *The Torture Warrant*, in *New York Law School Review*, Vol. 48, 2004.

28. Cfr. J. C. YOO, *The Powers of War and Peace*, Chicago, 2005; ID., *War by Other Means*, ed. Atlantic, New York, 2006; ID., *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, ora in M. DANNER, *op. cit.*

29. Cfr. W. BRÜGGER, *Würde gegen Würde*, in *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg*, 1995, pp. 414 ss.; ID., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Juristen-Zeitung*, vol. 55, 200, pp. 165-173; ID., *Das andere Auge. Folter als zweitbestmögliche Lösung*, ora in P. NITSCHKE, *op. cit.*

30. Un richiamo all'utilità della tortura è stato prospettato, ad esempio, dal politologo Angelo Panebianco le cui riflessioni hanno finito per dar vita ad un dibattito "a mezzo stampa" dai toni talvolta molto enfatici e che ha visto, tra i partecipanti, anche giuristi di chiara fama come Gustavo Zagrebelsky e Franco Cordero. Il dibattito al quale ci riferiamo è iniziato il giorno 13 agosto 2006, quando A. PANEBIANCO ha pubblicato l'articolo *Il compromesso necessario. Sicurezza e fondamentalisti della legalità*, in *Corriere della Sera*, ora su www.corriere.it. Il Panebianco sosteneva che lo «Stato di diritto» fosse diventato, nel sentire comune, una «specie di feticcio davanti a cui ci si dovrebbe solo inchinare acriticamente», essendosi persa la percezione dello stesso come mero «strumento, altamente imperfetto, che serve a regolare i rapporti entro la comunità» e che «fallisce quando scatta l'emergenza», di fronte alla quale «non ci si può difendere con mezzi legali ordinari» che comportano la rinuncia all'«input più prezioso nella guerra simmetrica contro il terrorismo: le informazioni» (che altresì si otterrebbero con la pratica della tortura *ad eruendam veritatem*). L'articolo ottenne una serie assai cospicua di risposte, provenienti da intellettuali di vari settori, alle quali in alcuni casi è seguita la replica dello stesso Panebianco. Tra i più di 23 articoli che hanno preso parte a questo singolare "botta e risposta", di particolare rilievo giuridico sono quelli di F. CORDERO (*Il diritto nell'era del terrorismo, La prerogativa regia nella guerra al terrore e Lo strano medico che fabbrica i clienti*) e di G. ZAGREBELSKY (*La guerra al terrorismo e l'immoralità della tortura*), tutti usciti su *la Repubblica* (rispettivamente: 28 agosto, 14 settembre, 10 ottobre e 18 settembre 2006). Va detto, inoltre, che alcuni interventi italiani circa la compatibilità tra tortura e democrazia in caso di lotta al terrorismo, con precipuo riferimento alle tesi di Dershowitz, Walzer, Yoo e Brügger, vi erano già stati precedentemente — e ve ne sono stati successivamente — alla estate 2006; si richiamano in particolare: F. M. DI SCIULLO, *La massima sofferenza per il minimo numero. La tortura e una caricatura dell'utilitarismo*, in A. GIANNELLI e M.P.

Non è possibile in questa sede approfondire i termini del dibattito e pertanto ci limiteremo ad una essenziale sintesi del pensiero che sembra comune a tutti i citati Autori favorevoli alla pratica della tortura: se i cittadini di uno Stato democratico sono in pericolo a causa dell'opera dei terroristi (assunti a) nemici della democrazia, allora, a fronte di circostanze di necessità (ad esempio nel caso in cui si abbia notizia della prossima commissione di un attentato terroristico, il quale comporterebbe la morte di un numero cospicuo di cittadini, e le autorità statali abbiano “tra le mani” un terrorista che si presume in possesso delle informazioni necessarie per sventare l'attentato) non solo si può, bensì *si deve* utilizzare la tortura per estorcere informazioni ai terroristi, sospendendo eccezionalmente tutti quei diritti e quelle garanzie che in condizioni di normalità vieterebbero l'uso della tortura. Il Brügger scrive al riguardo di *Rettungsfolter*, “tortura di salvezza”, esprimendo così nella maniera più chiara il ruolo “salvifico” e per ciò “necessario” al fine della conservazione della sicurezza pubblica dei cittadini di uno Stato democratico che viene assegnato ai tormenti³¹.

Si postula, in tale modo, che, configurandosi l'attentato ai cittadini come, mediatamente, attentato all'ordinamento democratico — in quanto compiuto da *nemici della democrazia e contro la democrazia* —, lo Stato — pur se democratico e anzi *proprio perché democratico* — debba, per difendersi da tale minaccia, rinunciare, temporaneamente ed eccezionalmente, al rispetto di alcuni di quegli stessi principî la cui pratica gli consente di configurarsi come democratico.

Così, il ritrovato dibattito sulla pratica della tortura, in breve tempo, ha finito per refluire in quello, ben più ampio, circa la «possibile derogazione-sospensione delle norme costituzionali poste *quodammodo* a presidio dei diritti costituzionalmente garantiti»³² a fronte di emergenza bellica, sotto

PATERNÒ, *op. cit.*, pp. 35 ss.; C. PAPA, *La democrazia violenta. Breve storia della tortura in Occidente*, ivi, pp. 97 ss.; F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, ivi, pp. 115 ss.; M. LA TORRE, “*Giuristi cattivi cristiani*”, *cit.*, pp. 1331 ss. Per concludere questa nostra breve rassegna sugli Autori italiani che, in vario modo, si sono occupati della compatibilità tra tortura e democrazia, non possiamo negare un accenno a F. CARNELUTTI, il quale nelle sue *Lezioni sul processo penale, II edizione*, Roma, 1947, p. 168, scriveva che se qualche “espediente” può essere utile ad estorcere la verità, laddove dimostratasi la sua idoneità al riguardo, «senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito [...] non vi sarebbe alcuna ragione perché non fosse adottato»; il pensiero dell'Autore sul punto è stato recentemente riportato da F. CORDERO in *Quando viene profanato il corpo*, *cit.*, il quale già in passato aveva commentato la tesi del Carnelutti in F. CORDERO, *Procedura Penale, VII edizione*, *cit.*, p. 18. Successivamente, tuttavia, il Carnelutti ebbe un ripensamento sul punto (*Riv. Dir. Proc.*, 1952, I, p. 237), così sintetizzato dal Cordero: «poi [Carnelutti] si è corretto, spiegando come la tortura vada respinta per la sua inidoneità a provocare il pentimento, il quale, per giovare al reo, deve essere spontaneo» (F. CORDERO, *Proc. Pen*, VIII ed., *cit.*, p. 18).

31. Cfr. W. BRÜGGER, *Rettungsfolter im modern Rechtsstaat*, *cit.*

32. Cfr. P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, Anno XLVII, Fasc. 6 – 2002, p. 4509, il quale sottolinea come l'espressione — riportata nel testo — “sospensione delle norme costitu-

il precipuo profilo scaturito dagli eventi riconducibili alle azioni del c.d. “terrorismo internazionale”³³.

Ebbene, a nostro avviso, si pone, per le suddette circostanze, l'esigenza di riconsiderare il concetto e la definizione di “tortura giudiziaria”, che abbiamo già esposto nel suo significato tradizionale, per valutarne la compatibilità o anche solo la mera utilizzabilità in seno ad un siffatto dibattito. Il nostro, sommessamente ed interlocutorio parere è che la definizione di “tortura giudiziaria” sia ormai inadeguata ad essere efficacemente assunta come oggetto di una simile discussione, che si muove su binari teorici, ideologici e dottrinali i quali, ai tempi della elaborazione del concetto e delle tesi abolizionistiche relativi alla tortura giudiziaria, erano in parte presenti solo *in nuce*, in parte solo ipotizzabili, in parte addirittura inimmaginabili.

Deve ricordarsi che, con l'avvento degli ordinamenti democratici, liberali, garantisti e a costituzione rigida, infatti, «dalla seconda metà del secolo XX, si cominciò a mettere tutte le concezioni e le azioni politiche in rapporto con la

zionali poste a presidio dei diritti costituzionalmente garantiti” — sia da preferirsi rispetto a quella, tradizionale ma troppo generica, della «sospensione dei diritti costituzionalmente tutelati».

33. Tra gli Autori che si sono occupati del problema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, possiamo ricordare, nella dottrina italiana, innanzitutto la pregevole opera, complessa e di ampio respiro, di G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, che, tra le altre, ha la caratteristica di affrontare il problema dell'emergenza costituzionale da un punto di vista teorico generale (pp. 138 ss.) — prima di scendere nel dettaglio dell'ordinamento italiano —, mettendo inoltre in correlazione l'emergenza con la teoria della Ragion di Stato e quella del decisionismo (pp. 17 ss.) e dedicando una parte della trattazione ad una lucida premessa storico-giuridica (pp. 43 ss.). In secondo luogo segnaliamo P. CARNEVALE (a cura di), *Guerra e Costituzione*, Torino, 2002, che, oltre all'autorevolezza degli interventi ivi contenuti, presenta un utile e ponderato *Appendice di documentazione* (pp. 189 ss.); T. GROPPI (a cura), *Democrazia al terrorismo*, Napoli, 2006; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee. Atti del XVIII Convegno Annuale. Bari, 17-18 ottobre 2003*, Padova, 2007, in modo particolare per quanto riguarda la *Seconda Sessione delle Relazioni* (pp. 39 ss.), dedicata a *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. Le risposte della democrazia al terrorismo*, e l'intervento di S. CECCANTI, *Le democrazie protette. Da eccezione a regola già prima dell'11 settembre*, pp. 151 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, per interessanti spunti penalistici; l'intervento di G. DI COSIMO, *Costituzione ed emergenza terroristica*, tenuto al Convegno *Paradigmi dell'eccezione e ordine giuridico. Regole, garanzie e sicurezza (obiettivi?) di fronte al terrorismo internazionale* svoltosi all'Università di Macerata il 20 ed il 21 maggio 2009, ora pubblicato nella sezione *I Paper del Forum* in www.forumcostituzionale.it. Doveroso il richiamo al noto volume di B. ACKERMANN, *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Milano, 2008, che raccoglie, con significativi aggiornamenti, il pensiero dell'A. sull'argomento già espresso in precedenti opere. Con più precipuo riferimento all'ordinamento italiano, oltre al già citato articolo di P. CARNEVALE, *Emergenza bellica*, si vedano anche P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1998, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova, 2003, pp. 334 ss., Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Speciale*, vol. I, II ed., Padova, 1992, p. 33, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, A. CASU, *Democrazia e sicurezza. L'istituzione parlamentare e le sfide del nuovo scenario internazionale*, Soveria Mannelli (CZ) e il recentissimo lavoro di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, pp. 178 ss. sull'articolo 78 Cost. e 279 ss. sulla «irriducibilità» del conflitto Stato-terrorismo.

democrazia»³⁴. In altri termini, la recente fortuna del c.d. Stato costituzionale di diritto — o, come da qualcuno più semplicemente indicato, dello “Stato costituzionale”³⁵ — e dei principî democratici, liberali e sociali di cui è portatore, ha comportato che *tutte le concezioni e le azioni politiche* debbano essere a quello rapportate. Perché ciò sia concretamente possibile, deve individuarsi un “prisma di giudizio” mediante il quale operare il raffronto. Solo a traverso tale “prisma”, che potremmo definire “prisma del metodo democratico”, infatti, si può effettuare un controllo sul grado effettivo di democraticità di ogni ordinamento e sugli spazi di libertà individuale garantiti agli individui che a quell’ordinamento sono riconducibili³⁶.

Da un punto di vista formale–procedurale, dal dibattito sulla possibile deroga–sospensione delle norme costituzionali poste a presidio dei diritti costituzionalmente garantiti si è evinto che, pur dovendo consentirsi alla democrazia di «*armarsi con l’arma della sua propria (parziale e temporanea) rinnegazione*», specie dinnanzi ad attacchi terroristici «la cui azione armata, ponendo in pericolo la sussistenza stessa dell’ordinamento costituzionale, si configura mediatamente come attentato alla democrazia da (l’esistenza di) quell’ordinamento assicurata»³⁷, bisogna che tale rinnegazione si svolga e venga tollerata unicamente in quanto *praeter Constitutionem*³⁸. Così sembra essere necessario, per quanto riguarda ad esempio l’ordinamento italiano, il ricorso allo *Stato di guerra ex art. 78 Cost.*, essendo invece discutibile il ricorso a norme «post–costituzionali» — come l’art. 15 CEDU o l’art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici — i quali sembrerebbero mancare

34. G. ZAGREBELSKY, *Democrazia in crisi, società civile anche*, in *la Repubblica*, anno 34 n. 264, 7 novembre 2009, pp. 35.

35. Sulla definizione dello “Stato costituzionale (di diritto)” si vedano (*ex multis*, anche per ulteriori e più specifici riferimenti bibliografici) P. BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 2003 (1 ed. 1986); G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, p. 39; P. COSTA, D. ZOLO, E. SANTORO (a cura di), *Stato di Diritto. Storia, Teoria, Critica*, Milano, 2003 (1 ed. 2002), e in particolar modo il saggio di L. FERRAJOLI ivi contenuto (*Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, pp. 34 ss.); R. GUASTINI, *Lezioni di Teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006; E. CHELI, *I fondamenti dello Stato costituzionale*, e G. ZAGREBELSKY, *La tutela dello Stato costituzionale*, entrambi in L. LANFRANCHI (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Roma, 2006; C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di Governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006, pp. 121 ss.; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino, 2007, pp. 9 ss.

36. Cfr. M. LA TORRE, *Democrazia*, in M. LA TORRE e G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2000, pp. 177 ss., alla cui terminologia ci siamo liberamente ispirati.

37. P. CARNEVALE, *Emergenza bellica*, cit., pp. 4510 e 4511, n. 4.

38. Cfr. ivi, pp. 4512 ss., dove l’A. si domanda, senza giungere a nessuna conclusione definitiva in merito, se «in una simile situazione muoversi *praeter* non è già muoversi *contra*». Il dubbio, per altro assai condivisibile, dell’A. sembra muovere dalla constatazione del «paradosso» — o, più enfaticamente, della «stravaganza» — rappresentato dalla circostanza di «una guerra accreditata [...] anche come lotta per la (esportazione della) democrazia, che rischia di trovare proprio sul terreno delle garanzie democratiche il suo primo “prezzo” da pagare» (ivi, p. 4511).

della necessaria «copertura» costituzionale³⁹. E in ogni caso non va dimenticato che tale «copertura» non potrebbe travalicare la barriera limitatrice rappresentata dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona umana⁴⁰. Secondo autorevole dottrina, dunque, il ricorso alla dichiarazione dello Stato di guerra *ex art. 78 Cost.* sembrerebbe l'unica via costituzionalmente percorribile per ammettere che le norme costituzionali possano essere ritenute cedevoli e consentire quindi «al legislatore ordinario di disporre, nella misura in cui ciò risulti funzionale ad assicurare all'ordinamento la [propria] salvaguardia, nell'ossequio al principio del *primum vivere*»⁴¹.

A questo punto sorge, tuttavia, una difficile questione: affidare al legislatore ordinario la possibilità di disporre anche in deroga delle norme costituzionali, può significare altresì la possibilità di ammettere un uso — pur se limitato e circoscritto — di istituti come la tortura *ad eruendam veritatem*? In altri, e più generali, termini: può essere corretto affermare che all'interno della deroga-sospensione dei diritti, solo perché adottata con le procedure prescritte e con la giustificazione della salvaguardia dell'ordinamento, sia consentito allo Stato l'uso di qualunque strumento e di qualunque rimedio, senza che siano posti limiti alcuni di tipo, per così dire, sostanziale? Non vi è una misura oltre la quale la correttezza delle procedure formali non basta a far sì che la deroga-sospensione non si configuri come *contra constitutionem*?

A noi pare che esista un limite non superabile. Vero è che in campo “sostanziale” è ben più difficile stabilire quale sia il limite oltre il quale la sospensione avvenga *contra constitutionem* — configurandosi, cioè, essa stessa come (auto-)attentato alla democrazia — e quale sia quello entro il quale, invece, la deroga possa considerarsi *praeter constitutionem* — in quanto giustificata dall'esigenza della tutela della democraticità dell'ordinamento. Tuttavia noi riteniamo che, a riguardo, almeno una regola di fondo possa enunciarsi: nelle odierne democrazie di tradizione occidentale non si possono sospendere diritti costituzionalmente garantiti se tale sospensione avviene per consentire l'opera di strumenti i quali, comunque usati, per la loro *struttura ontologica*, non possono che operare *contra constitutionem*.

È qui che si colloca il cuore del problema odierno: verificare se l'uso eccezionale della tortura *ad eruendam veritatem* possa svolgersi *praeter constitutionem*, ovvero se esso non possa che svolgersi *contra constitutionem*, in quanto *ontologicamente incompatibile* con la pratica democratica.

39. Ivi, pp. 4514 ss., anche per ulteriori rilievi bibliografici.

40. Ivi, p. 4516.

41. Ivi, p. 4523.

Per risolvere tale dilemma, come meglio illustreremo tra poco, è necessario, a nostro avviso, ripercorrere i passi evolutivi dell'istituto della tortura giudiziaria.

Poco importa che gli Autori favorevoli alla pratica della tortura — sia pure come strumento eccezionale e, in qualche modo, ritenuta come democraticamente compatibile — non usino *mai* nei loro testi la locuzione “tortura giudiziaria”, preferendo, come abbiamo accennato, espressioni come “tortura di salvezza” o “tecniche di persuasione”; né tanto meno che tale forma di tortura non venga mai immediatamente presentata come finalizzata al compimento di un giudizio o, come qualcuno propone, non venga affidata a organi giudiziari. In realtà la *Quaestio* contemporanea, quale che sia il nome che le venga attribuito, non sembra distaccarsi, nella sostanza, dalla antica tortura giudiziaria, in quanto, pur se diversamente qualificate, entrambe le forme di tortura possono certamente ricondursi ad una stessa *matrice concettuale*⁴². A noi pare indubbio, in diversi termini,

42. L'affermazione nel testo richiede qualche precisazione in merito. Quando affermiamo la appartenenza *mutatis mutandis* della odierna “tortura democratica” alla categoria della tortura giudiziaria, lo facciamo in virtù di alcune considerazioni. Innanzitutto va rilevato come entrambe le forme di tortura presentino il carattere della legalità e quello della istituzionalità-autoritatività (vedi *supra* § 1.1.). Quanto alla ‘giudiziarità’: 1) in primo luogo va rilevata l'assenza della distinzione tra i poteri, anche a livello teorico, nel periodo in cui si sviluppò il “modello” di tortura giudiziaria, vale a dire nella età del diritto comune, sicché non sembra ostare alla collocazione della tortura “contemporanea” nell'ambito di quella “giudiziaria” il fatto che la prima venga praticata da organi diversi da quelli titolari dal potere *giudiziario*, in quanto tali organi, al tempo dello *ius commune*, erano gli stessi che svolgevano quelle che oggi chiamiamo *funzioni amministrative*, vale a dire quelle alle quali oggi qualcuno vorrebbe affidare la pratica della tortura giudiziaria; 2) inoltre, la decisione di attribuire la pratica della tortura contemporanea ad organi diversi da quelli giudiziari è stata espressamente giustificata dall'esigenza di non affidare l'uso di tale trattamento ad organi a-politici e, dunque, politicamente irresponsabili (così, ad esempio, J. Yoo, *The powers of War*, cit., p. IX; Id., *War by other means*, cit.), così riducendo, tuttavia, tale attribuzione ad una, sia pur permanente, eccezionalità — tanto che ci si è posti il problema della sua compatibilità con il *principio di legalità* (Cfr., sul punto, M. LA TORRE, *Giuristi cattivi cristiani*, cit.) — la quale non smentisce ma, anzi, conferma, che la *titolarità* ordinaria della potestà “torturatoria” sia comunque riferita agli organi di tipo giudiziario; 3) a conferma di ciò si aggiunge, poi, che proprio a causa del rilievo della inidoneità della tortura ad essere praticata da un organo riconducibile al potere amministrativo, c'è chi ha proposto di farla, di volta in volta, precedere da una autorizzazione giudiziale (A. DERSHOWITZ, *The Torture Warrant*, cit., p. 283; Id., *Terrorismo*, cit., p. 151), rendendo ancora più manifesto come l'organo al quale anche oggi è elettivamente conferita la potestà di comminare i tormenti sia quello giudiziario; 4) in quarto luogo, nel caso in cui, a traverso l'interpretazione estensiva della *Convenzione ONU* sulla Tortura, della quale abbiamo già accennato (vedi *supra* § 1.2.), si dovesse arrivare a non considerare come tortura quella finalizzata all'ottenimento di una informazione, tale pratica fosse autorizzata da un giudice — alla maniera di Dershowitz — e si arrivasse, come talvolta s'è prospettato (vd. ad es. A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit. e F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit.), ad affermare che alcune “tecniche di convincimento” siano talmente “lievi” da non potersi considerare come trattamenti inumani e degradanti, non potrebbe darsi per scontato che le confessioni così ottenute non sarebbero considerate valide in sede di giudizio (come tra l'altro qualcuno ha già proposto; vedi *infra* § 4.), a mo' di *question préalable* (sulla quale si veda *infra* § 2.6.), restituendo così ai tormenti, in modo pieno, il carattere della *giudiziarità* (vedi *supra* § 1.1.); 5) in fine, va rilevato come, nei conforti dottrinali dei quali si sono avvalsi gli Autori favorevoli alla pratica della tortura, si faccia chiaramente riferimento

che il presupposto non solo storico, bensì anche teorico, risieda proprio nella tortura giudiziaria, e che ignorare ciò significhi mancare una piena comprensione del fenomeno odierno, con tutti gli evidenti rischi che ne conseguono.

Persone private della libertà senza alcun preavviso, scomparse dalla loro casa senza lasciar traccia, chiuse in isolamento per lunghi periodi, infine interrogate con la severa *quaestio* — la tortura. Tutto questo è oggetto di archeologia giuridica e gli storici della giustizia se ne sono occupati abbastanza. Ma la parola non ha perso il suo potere evocativo. Ancora oggi, chi vuol denunciare il vilipendio delle persone e dei loro elementari diritti può ricorrere al mito storico dell'Inquisizione⁴³.

Riconosciuta, tuttavia, la comune matrice concettuale dei due citati tipi di tortura *ad eruendam veritatem* — e, anzi, proprio a cagione di tale riconoscimento — la definizione “tortura giudiziaria” sembra oggi apparire come superata e, in ultima analisi, inadeguata a confrontarsi con le problematiche sollevate dal dibattito attuale, in quanto quelli a suo tempo individuati come elementi caratteristici — legalità, giudiziarietà ed istituzionalità–autoritatività (vedi *supra* § I.I.) — non sono stati determinati per essere confrontati con il “prisma democratico” ed appaiono insufficienti a descrivere un fenomeno che, proprio nella sua matrice concettuale, va ben al di là del procedimento giudiziario e si intreccia a *doppio filo* con la concezione del regime e la salvaguardia della democrazia. In questo senso, anche alcune delle più efficaci tesi abolizionistiche elaborate contro la tortura giudiziaria negli anni dell'Illuminismo (vedi *infra* § 3.) sembrano oggi mostrare segni di cedimento, poiché esse si preoccupavano di dimostrare come la *Questio* fosse un istituto inutile ed “ingiusto” nel contesto giudiziario, ma non affrontavano certo gli argomenti della compatibilità dei tormenti con la democrazia, della reintroduzione dell'istituto come strumento di lotta al terrorismo internazionale e del problematico utilizzo eccezionale delle pratiche *ad eruendam veritatem* al di fuori di uno stretto contesto giudiziario.

Per questo motivo riteniamo necessaria una revisione della definizione dell'istituto, affinché se ne possa elaborare una più aggiornata che permetta di ricondurre la tortura *ad eruendam veritatem* — sia quella di diritto comune, sia quella proposta dai giuristi contemporanei — sotto la tessitura di una unica definizione, che sia poi in grado di confrontarsi con il “prisma” democratico.

Il problema non risiede tanto nello stabilire in quale rapporto si collochi l'istituto rispetto ai principi di fondo di un sistema democratico, agli

ad esperienze senz'altro riconducibili alla tortura giudiziaria (è il caso, ad esempio, dei discussi riferimenti di Dershowitz a Bentham, ai quali accenneremo meglio più avanti) alla quale, dunque, sono gli stessi Autori che riferiscono quella “democratica” da loro proposta.

43. A. PROSPERI, *Le torture d'America nell'indifferenza del mondo*, in ID., *Cause Perse. Un diario civile*, Torino, 2010, p. 18.

assiom del garantismo giudiziario e ai diritti umani, anche perché vi sono Studiosi che hanno già operato brillantemente questa ricerca⁴⁴, giungendo alla conclusione, difficilmente contestabile, che la tortura giudiziaria sia un istituto antidemocratico, antigarantista e antiumanitario⁴⁵. Ma la maggior

44. Tra i molti possiamo ricordare, ad esempio: sui rapporti tra tortura e diritti umani, A. MARCHESI ed A. GIANNELLI, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa*, in A. GIANNELLI e M.P. PATERNÒ, *op. cit.*, pp. 139 ss.; F. RUGGERI, *Le prove trovate con la forza*, *ivi*, pp. 201 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma–Bari, 2005, § 10, pp. 171 ss.; sui rapporti tra tortura e garantismo: F. CORDERO, *Procedura Penale, VII edizione*, Milano, 1983, § *Introduzione*, pp. 17 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, *cit.*, pp. 622 ss.; sui rapporti tra tortura e regime: A. N. CHRISTIAN ROSS, *Why democracy?*, Cambridge, 1952, p. 100; M. LA TORRE, *La Libertà*, in M. LA TORRE e G. ZANETTI, *op. cit.*, pp. 42 ss.; F. M. DI SCIULLO, *La massima sofferenza per il minimo numero*, *cit.*, F. CORDERO, *Il diritto nell'era del terrorismo*, *cit.*, Id., *La prerogativa regia nella guerra al terrore*, *cit.*, G. ZAGREBELSKY, *La guerra al terrorismo e l'immoralità della tortura*, *cit.*, S. RODOTÀ, *Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, p. 36.; sotto il particolare profilo della c.d. “etica della verità” (sulla cui definizione è doveroso il richiamo a G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, ed. Laterza, Bari, 2008): P. HÄBERLE, *Diritto e Verità*, edizione italiana a cura di G. ZAGREBELSKY e J. LUTHER, Torino, 2000, pp. 92 ss.; sotto il profilo del “bilanciamento tra valori”: F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi?*, *cit.*; sotto il profilo della Ragion di Stato: G. M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, *cit.* Si vedano inoltre le ottime considerazioni rilevabili dalle *Opinions* dei Giudici della *United Kingdom House of Lords* nella sentenza *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, 2004, on-line su www.bailii.org, e la sentenza 15 luglio 1984 del Tribunale di Padova, pubblicata in *Foro italiano*, 1984, II, pp. 230 ss. con *nota* di D. PULITANÒ.

45. Impossibile sarebbe riportare in questa sede i vari e distinti ragionamenti degli Autori che si sono interessati dei rapporti tra la tortura, la democrazia, il garantismo ed i diritti umani. A livello immediato, tale rapporto può ricostruirsi in questi, pur troppo generici ed imprecisi, termini, secondo i quali presupposti ineliminabili della tortura sono: a) una concezione dell'individuo non umanitaria e non egualitaria: l'interrogato non viene visto come un essere umano, al pari degli interroganti, bensì come un oggetto da cui estorcere la confessione. A tal riguardo giova richiamare il celebre passo di Kant per il quale «l'umanità stessa è una dignità; infatti l'uomo non può essere trattato da nessuno [...] meramente come mezzo, ma deve sempre essere trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità». Anche Beccaria ricordava che «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa» (per le appena riportate citazioni di Kant e di Beccaria, oltre che per una lucida ricostruzione del concetto di dignità umana, si veda il suggestivo saggio di M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. IV, pagine 3123–3174, in particolare § 1 e note 18 e 19). In questo senso è importante ricordare che nel diritto romano la tortura giudiziaria è stata applicata, per lungo tempo, solamente agli schiavi i quali venivano considerati dalla società e dal diritto dell'epoca esattamente come degli oggetti (*res*). Su quest'ultimo punto è recentemente sorto un interessante dibattito in dottrina, per il quale si rimanda alle innovative intuizioni di C. RUSSO RUGGERI, *Questiones ex libero homine*, *cit.* Sintetizzando, con le parole della Autrice, (pp. 1–4): «è opinione pressoché unanime in dottrina che, almeno fino al II secolo d.C., agli organi preposti alla repressione criminale a Roma fosse inibita la possibilità di servirsi nelle indagini istruttorie o di utilizzare a titolo di pena la tortura sugli uomini liberi e che questa regola non avesse subito eccezioni per tutto il periodo repubblicano (o, per alcuni, qualche rara eccezione in riguardo a stranieri o ad appartenenti alla plebe). Solo con l'avvento del Principato, in conseguenza dell'accentuarsi del dispotismo imperiale, da un lato, e — soprattutto — dell'affermarsi delle *cognitiones extra ordinem*, dall'altro, l'impiego della tortura sui liberi avrebbe cominciato a diffondersi nella pratica processuale, sia pure — all'inizio — come illegale eccezione, che poi, però, avrebbe finito per stabilizzarsi e diventare dunque consuetudine e, infine, legge. [...] Ebbene, io credo che questa opinione meriti di essere riverificata. Il numero e, soprattutto, la estrema varietà delle fonti — peraltro costantemente distribuite nel tempo — che riferiscono su episodi di utilizzazione della tortura nel campo della repressione criminale già dal periodo regio e repubblicano e nella

parte di queste condivisibili analisi mostra la sua insufficienza quando si trova ad interloquire con quelle di diversi Autori i quali, dichiarandosi

prima età imperiale rende infatti a mio avviso difficilmente accettabile la loro globale spiegazione in termini di “invenzioni storiografiche” e di “abusi di potere”; b) una concezione non garantista della giustizia. Il garantismo è una dottrina giuridica sviluppatasi maggiormente intorno al XVIII secolo e, successivamente, affermatasi con la Rivoluzione Francese, la quale prevede che la giustizia sia amministrata secondo una serie di principî, ideologicamente individuati, i quali siano realmente “protetti”, cioè “garantiti”, dall’ordinamento e a traverso i quali sia possibile «assicurare il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l’arbitrio» (Cfr. L. FERRAJOLI, “*Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*”, Roma-Bari, 1989, pp. 5-6). Il FERRAJOLI (ivi, p. 69) ha cristallizzato in dieci assiomi progressivi un modello garantista “ideale”: A1. *Nulla poena sine crimine*; A2. *Nullum crimen sine lege*; A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4. *Nulla necessitas sine iniuria*; A5. *Nulla iniuria sine actione*; A6. *Nulla actio sine culpa*; A7. *Nulla culpa sine iudicio*; A8. *Nullum iudicium sine accusatione*; A9. *Nulla accusatio sine probatione*; A10. *Nulla probatio sine defensione*. È chiaro come in un tale modello non possa trovar spazio la tortura giudiziaria: sia perché presuppone, come d’altronde accade per il processo inquisitorio nel suo genere, un giudice non imparziale, in quanto convinto della colpevolezza dell’imputato — e che per ciò lo tormenta *ad eruendam veritatem* — venendo così meno l’ottavo assioma, quello per il quale non può esserci nessun giudizio senza accusa, il cui rispetto presupporrebbe un giudice terzo ed imparziale (cioè un sistema con “accusa separata”) che non proceda a giudizi *ex officio* e non rimanga ancorato a *verità precostituite*; sia perché attua un modello giudiziario nel quale vi è una scarsissima tutela dell’individuo unita ad una minima attendibilità del giudizio: è molto probabile, infatti, che la confessione estorta sotto tortura non sia affidabile e sia dovuta al solo fatto che il torturato abbia voluto porre fine alle proprie sofferenze; c) una concezione fondamentalista e totalitaria del regime. Qui va fatta una precisazione: spesso si intende, con la parola “regime”, una accezione negativa del termine, quasi fosse un sinonimo di dittatura. In realtà nel linguaggio tecnico «“regime” è un termine totalmente neutro, che significa semplicemente “modo di reggere le società umane”. Parliamo di *Ancien Régime*, di regimi repubblicani e democratici, monarchici, parlamentari, presidenziali, liberali, totalitari e [...] di regime fascista. Senza qualificazione, regime non ci dice nulla su cui ci sia da prendere posizione, perché l’essenziale sta nell’aggettivo» (G. ZAGREBELSKY, *Senza uguaglianza la democrazia è un regime*, in *La Repubblica*, 26 novembre 2008). Ora, il regime che consente la tortura, è un regime il quale considera una serie di valori alla stregua di *verità supreme* dalle quali nessuno può discostarsi, ed è dunque un regime fondamentalista e totalitario: chi *devia* dalla ortodossia deve essere individuato, fermato e punito (sul concetto di ‘valore’ si veda l’analisi, pur non pacifica in dottrina, di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 206-207, che li distingue dai principî e gli riconosce una fisiologica, implicita, «propensione totalitaria». Sulla problematica distinzione tra valori e principî si veda, per tutti, il saggio di A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, spec. 136 ss. e 357 ss.). La *devianza* dalla ortodossia comporta una lacerazione del sistema che non può essere consentita e deve essere fermata e disincentivata ad ogni costo. Ciò implica che i regimi fondamentalisti siano basati sul *sospetto*, cioè sulla “presunzione di colpevolezza”: sospetto di chiunque, presumendolo un deviante (si chiami esso eretico, terrorista, clandestino, diverso, *é.c.*) sino ad ardua prova contraria, per scovare così tutti i devianti che ci siano e reprimerli, nel tentativo inarrestabile di eliminare qualunque tendenza eterodossa. Italo Mereu ha ben riassunto questo concetto nella formula “consenso o repressione” (Cfr. I. Mereu, *op. cit.*, pp. 12-16), della quale diremo meglio *infra* § 1.4.1. Ebbene, a fronte di una verità precostituita ed imposta come incontestabile, quale è quella della ortodossia, e del sospetto di una Autorità, ritenuta infallibile proprio perché detentrica della “verità” ortodossa, incaricata di individuare gli “eretici”, — i quali vengono così trasformati in oggetti dai quali spremere la “verità” (indistinta, ai tempi, dalla c.d. “verità processuale”) —, davanti alla persistenza nella negativa del reo, non si ha altra possibilità che ricorrere alla tortura. Quest’ultima, dunque, è un elemento sintomatico dei regimi fondamentalisti, ai quali, in alternativa, non resterebbe che ammettere l’inferiorità dell’apparato ortodosso e, dunque, la superiorità dell’eresia davanti all’ortodossia che, a tal punto, non potrebbe più essere considerata, ostentata e fatta rispettare come inconfutabile (ivi, pp. 221 ss.).

ben consci della incompatibilità teorica tra tortura e democrazia, sostengono tuttavia che tale incompatibilità non assumerebbe rilievo dirimente nell'ipotesi di sospensione di diritti costituzionalmente garantiti: se non vi fosse incompatibilità, essi difatti sostengono, non ci sarebbe bisogno di sospendere i diritti. Secondo gli stessi Autori, insomma, nell'ambito della sospensione dei diritti, la tortura ben potrebbe, entro certi limiti, essere usata *praeter constitutionem*. La difesa di un ordinamento democratico di fronte ad attacchi che ne mettono in pericolo la stessa esistenza, in altri termini, giustificherebbe la sospensione dei diritti e dunque l'uso — sia pure in termini (che si assumono) moderati e limitati — della stessa tortura la quale, in principio incompatibile con la democrazia, dovrebbe però trovare giustificazione e "legittimità" come strumento estremo, ma pur sempre utilizzabile, di fronte al rischio di "rotture" dell'ordinamento.

Una simile posizione è stata però efficacemente contestata. Vi è stato chi, ad esempio, ha ricondotto il problema nei termini di un bilanciamento tra valori — quello della libertà e quello della sicurezza — arrivando alla conclusione che è meglio correre il rischio di avere un apparato repressivo del terrorismo meno efficace, rinunciando alla pratica della tortura, piuttosto che introdurre pratiche *ad eruendam veritatem* il cui ingresso nell'ambito legale può provocare meccanismi degenerativi tali da ledere irrimediabilmente la caratterizzazione democratica, e per ciò "libera", dell'ordinamento⁴⁶.

Da queste riflessioni emerge con chiarezza come se, da un lato, la tortura di cui si discorre sia cosa, per alcuni aspetti, diversa dalla tortura giudiziaria, per altro verso, allo stesso tempo, tanto la tortura "democratica" quanto la *Quaestio* intesa come strumento giudiziario finiscano per tradursi in uno strumento di esercizio del potere (e in questo senso da noi definite come "atto d'*imperio*") e per rappresentare, in particolare, una certa concezione autoritativa del potere. Può dirsi insomma che emerge una concezione diversa della tortura, non più, o non solo, strumento giudiziario; non più *Quaestio* nel suo significato storico. E tuttavia riconducibile, sia nella sua manifestazione più antica che in quella attuale, ad una unica matrice concettuale, ad una concezione del potere che non si concilia con gli ordinamenti democratici.

Da qui muove la nostra riflessione, con l'intento di concorrere a meglio chiarire i termini del dibattito che abbiamo sinteticamente riassunto nelle riflessioni che precedono.

46. Il riferimento è alla tesi di F. RIMOLI, esposta in un articolo dall'emblematico titolo *Più sicuri o più liberi?*, cit.

1.4. Una nuova proposta

Se si dà per corretta l'affermazione, da noi proposta, che il concetto di "tortura giudiziaria" debba oggi essere riveduto, allo scopo di fornirgli gli strumenti adeguati a reggere il peso del dibattito dottrinale che grava su di esso, è necessario ristudiare ancora una volta, dopo tanto tempo, la sua storia e la sua evoluzione; perché questa impresa abbia buon esito, tuttavia, è indispensabile che tale revisione avvenga nel tentativo di rilevare elementi non ancora evidenziati, ovvero di analizzare secondo una nuova luce o secondo una nuova prospettiva elementi che sinora sono stati studiati ad altri fini, verificando se vi sia modo di ripensare alle dinamiche relazionali che l'istituto della tortura giudiziaria intrattiene con altri istituti o concetti tipici degli ordinamenti giuridici.

L'elemento che, a questi scopi, forse più di tutti meriterebbe di essere studiato è quello del rapporto intercorrente tra le teorie della sovranità e la tortura giudiziaria. La riflessione articolata su tale rapporto potrebbe dimostrare il fatto che la tortura, anche qualora sinceramente usata *ad eruendam veritatem*, sia in realtà *sempre* un atto di *mero imperio* finalizzato ad *instrumentum regni* (e dunque, confrontata con il prisma democratico, *sempre "contra constitutionem"*). In altri termini, una siffatta ricerca potrebbe portare ad evidenza quello che noi riteniamo essere il carattere distintivo della tortura *ad eruendam veritatem* (di diritto comune o contemporanea) guardata sotto l'auspicata nuova prospettiva, vale a dire il fatto che essa — sia usata all'interno di un procedimento giudiziario o, eccezionalmente, al di fuori di questo — si configuri come uno strumento, per così dire, di *diritto pubblico*, in quanto l'unico risultato che, alla lunga, il suo utilizzo può comportare è la configurazione in senso tendenzialmente totalitario dell'ordinamento all'interno del quale ne viene autorizzata la pratica, poiché *la tortura è, per caratterizzazione ontologica, un modo autoritario di manifestazione del potere, che si traduce sempre e inevitabilmente in un mezzo con il quale si persegue la conservazione di un potere autoritario*. E uno strumento del genere non può che considerarsi *sempre e comunque contra constitutionem*.

Si potrebbe così, con qualche approssimazione, parlare, anziché di "tortura giudiziaria", di "tortura di diritto pubblico", individuando nel tentativo di controllo dell'ordine pubblico da parte di un potere soggetto a tentazioni autoritarie il fine ultimo ed intrinseco di qualunque trattamento presentato come *ad eruendam veritatem*. Uno studio così impostato, inoltre, potrebbe offrire, in una certa misura, il vantaggio di prescindere, al contempo inglobandole, le considerazioni sui classici argomenti del garantismo e dei diritti umani.

1.4.1. Italo Mereu e la tesi dell'intolleranza. Il concetto di "ortodossia"

Un autorevole punto di partenza in questo senso è offerto dagli studi di Italo Mereu e di Mario Sbriccoli. Il primo, in un suo saggio tanto noto quanto rivoluzionario, che ha «sovvertito» il «modo tradizionale d'intendere il diritto e di farne storia», ha teorizzato un sillogismo tra intolleranza, sospetto e diritto; un sillogismo, avverte l'Autore, «che non si svolge nel limbo dei concetti e delle categorie giuridiche, bensì nel concreto operare della vita politica, sociale, economica, culturale, religiosa, ecc.»: «il primo termine costituisce la premessa, il secondo il termine medio, e il terzo, infine, la conclusione operativa, cioè lo strumento di realizzazione». Il sospetto (che, nel linguaggio mereuiano, si legge «indizio» ovvero «presunzione di colpevolezza») «è il folletto nascosto della effettività penale e processuale»; l'intolleranza «è sempre stata la matrice da cui il sospetto deriva, prende forza e si alimenta» ed ha rappresentato «il fondo oscuro sul quale sono disegnati gran parte degli avvenimenti della storia d'Europa»; entrambi sono le «"stelle" del firmamento legale che in ogni epoca contrassegnano il cammino della nostra "civiltà"» e che hanno prodotto, sul piano del diritto (che, come abbiamo anticipato, ne è strumento di realizzazione) la c.d. «violenza legale», alla quale appartengono quegli «strumenti che, sempre impiegati, sempre hanno fallito, e che hanno trasformato la storia in una danza omicida fra le opposte violenze (legali e illegali), e hanno sempre dato una risposta "deviante" e "impropria" alle questioni sociali e politiche insolute, e alle molte speranze deluse»⁴⁷.

La «tesi della intolleranza» non è e non si esaurisce in una trattazione storica, bensì ha una sua formulazione teorica, autonoma e complessa: si parte dal sospetto, *dubitatio incerta* che si muove nel terreno dell'irrazionale e, per ciò, «stato d'animo patologico» dell'autorità la quale, «come il coniuge che si sente tradito [,] [...] agisce e reagisce irrazionalmente», quasi fosse in preda ad una *nevrosi ossessiva*, «il che significa introdurre l'arbitrio della autorità come "*instrumentum regni sub specie iuris*"»; l'arbitrio dell'autorità, vale a dire la vitalità e l'operatività del sospetto, trova il suo presupposto nella fede, la quale è il «principio totalizzante ed assoluto; [...] "nesso purificatore"; [...] carisma tranquillante che senza dubbio porterà (in un avvenire mai precisato) alla soluzione di qualunque problema; [...] certezza beatificante; [...] speranza futura, ma certa, in un domani migliore»: la «ragione catalizzante che tutto associa ed unisce, e che tutto smuove», in un principio, in una istituzione sociale, in un avvenimento, in una classe sociale; la fede è rappresentata storicamente da una istituzione, è gestita da una classe dominante che si proclama «rappresentante e custode per mandato ricevuto» ed

47. I. MEREU, *op. cit.*, pp. 7-10, per tutte le citazioni nel capoverso.

è affiancata dalla *ortodossia*, vale a dire «l'espressione ideologica vincente della classe che detiene il potere —, oggettivata in dogmi assolutamente indiscutibili che si connettono a quanto si enuncia abbia detto o scritto un mitico fondatore, la cui parola illuminante è sempre posta come conferma e garanzia dell'interpretazione del magistero (o classe politica) che sta a capo (concetto di sovranità discendente)»; ne consegue una liturgica obbedienza totale ed assoluta verso l'autorità comandante da parte dei “fedeli”: chi si suppone essersi allontanato dall'insegnamento retto e giusto è un *deviato* al quale, essendo egli *estraneo*, dunque *diverso*, dunque *nemico*, si dovrà applicare un diritto (penale) “speciale” ed “alternativo” «con il quale l'individuo è ridotto ad una cosa, oggetto solo d'indagini e di torture», mentre chi si dichiara pertinacemente deviante è un *eretico dichiarato*, contro il quale v'è come unico gladio l'eliminazione; si finisce, finalmente, con la “intolleranza”, che si istituzionalizza e diviene «l'esclusione totale dal consorzio civile e dalle leggi comuni» del “diverso”, non più “oppositore” bensì “criminale”. Ultima “ed estrema” tessera di questo mosaico è la prospettazione, simulatrice, della “tolleranza” come rimedio e come antidoto all'intolleranza: nel disegno mereuiano “la tolleranza” non è l'opposto, bensì una conseguenza della “intolleranza”; la sua realizzazione, infatti, non consiste altro se non in una temporanea sopportazione del “diverso-criminale” in quanto «*quia nimis emungit, elicit sanguinem*». Conclude così l'Autore:

fede, fedeltà, ortodossia, obbedienza cieca e gregaria sono le fondamenta su cui sempre sono stati basati, nel loro corso storico, tutti i diversi ordinamenti giuridici dell'Europa continentale. Da cui derivano: piaggeria, conformismo, ipocrisia, coscienza minorile, autocritica preventiva, come discendenti dell'ortodossia; intolleranza, devianza, dissidenza, eresia come presupposti del sospetto e che si concretano nel concetto che abbiamo fissato nel sintagma: *consenso o repressione*⁴⁸.

In tutto questo apparato teorico la tortura ricopre un ruolo ben preciso e determinante: «ogni processo di *suspicio* [...] prevede sempre la tortura», poiché questa consiste in una «violenza legale istituzionalizzata» nella quale «l'uomo [...] è trasformato in un *quid* che deve *solo* confessare quella verità che con pervicacia nega o vuol nascondere, e che l'inquisitore suppone di

48. I. MEREU, *ivi*, pp. 12–16. G.R. SCOTT, *Storia della tortura*, trad. Silvia Bigliuzzi, Milano, 2009, pp. 28 e 29, al riguardo, parla di “fisiologia dell'odio”, rispetto alla quale «qualunque cosa o chiunque sia anche solo potenzialmente pericoloso è per l'appunto un virtuale bersaglio dell'odio», cioè un “nemico” contro il quale esercitare la propria “attitudine alla violenza” di cui la tortura è un'autorevole espressione. Notevole anche la suggestiva immagine della ortodossia offertaci da Milan Kundera, che paragona quest'ultima ad un cerchio: «quando si è allontanati da una fila è ancora possibile reinserirsi. La fila è una formazione aperta. Ma il cerchio si richiude e non ci si può tornare. Non a caso i pianeti si muovono in cerchio e la pietra che se ne stacca si allontana inesorabilmente, spinta da forza centrifuga. Simile a un meteorite staccatosi da un pianeta» (M. KUNDERA, *Il libro del riso e dell'oblio*, Cusano (Mi), 2007, Parte terza: gli angeli, § 6, pp. 87 e 88).

conoscere, e si sforza di far venire alla luce con questa nuova maieutica»⁴⁹. In altri termini: «quando mancano le prove [...] ma esiste e resiste invincibile solo il sospetto della autorità, per conoscere la verità non rimane altro che la tortura»⁵⁰.

1.4.2. Repressione o eliminazione (del dissenso)? Un confronto con Orwell

Viene in mente, a leggere queste parole, la famosa opera di George Orwell, 1984⁵¹. Pur consapevoli del fatto che quello del diritto è uno studio, per sua natura, strettamente legato alla realtà delle cose e che, di solito, mal si presta ad un confronto con i paesaggi virtuali ed immaginifici della letteratura narrativa, è altresì innegabile che in alcuni, rari, casi, tuttavia, il volgere lo sguardo a quel genere così distante possa rivelarsi assai utile⁵². Così, se è vero — e finora la storia non ha mai smentito tale assunto — che è impossibile la manifestazione di un regime che sia *pienamente* assolutistico, totalitario, antigarantista ed ignorante dei diritti umani (ovvero *pienamente* egualitario, democratico, garantista e rispettoso dei diritti umani), è vero pure che George Orwell è riuscito, con l'aiuto della penna, ad immaginare e — si può dire — teorizzare un siffatto regime. L'opera stessa, 1984, è scritta in modo tale che in alcuni punti il tenore del testo sia più vicino a quello di saggio scientifico che non a quello di un'opera di fantascienza.

Pur non potendo in questa sede ricostruire l'intera trama dell'opera, va rilevato come l'uso determinante ed indispensabile che l'Autore immagina della tortura per la conservazione del potere suscitò, per la nostra ricerca, un acceso interesse. Più in particolare può notarsi come, nel romanzo di Orwell, la tortura svolga un ruolo fondamentale in quanto, a ben vedere, è grazie ad essa che viene conservata intatta e, per così dire, “chiusa” l'ortodossia del regime totalitario (chiamato nel romanzo *Oceania*)⁵³. L'uso che l'Autore

49. I. MEREU, *ivi*, p. 210.

50. *Ivi*, p. 221.

51. GEORGE ORWELL, 1984, *cit.*

52. Un precedente, per tutti, è quello rappresentato dalla tragedia *Antigone* di Sofocle, diffusamente utilizzata dai giuristi per l'illustrazione del conflitto tra diritto positivo e diritto naturale e come punto di partenza per gli studi sul diritto di resistenza (Si vedano, ad esempio, G. ZAGREBELSKY, *Antigone fra diritto e politica. Prolusione al corso 2002 del Seminario di Studi e ricerche parlamentari dell'Università di Firenze*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 13, Torino, 2003, pp. 3 ss.; *Id.*, *Antigone e la legge che smarrisce il diritto*, in *la Repubblica*, 25 giugno 2003, pp. 1 ss.; G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, *cit.*, pp. 283 ss.).

53. Con ciò, naturalmente, non vogliamo certo sostenere che l'opera di Orwell sia un'opera sulla tortura; o che la tortura sia l'unico elemento necessario all'instaurazione, alla conservazione ed all'ampliamento (in una parola: alla Ragione di Stato) di un regime totalitario e di un potere autoritario. 1984 è un libro sull'ortodossia. Un'ortodossia “chiusa” nel quale la tortura è solo uno dei molti strumenti che contribuiscono alla alimentazione ed alla perpetuazione del potere dominante: le telecamere ovunque, il “bipensiero”, la “neolingua” &c. non sono elementi meno importanti nel

assegna all'istituto è davvero peculiare: mentre nel corso della storia (con particolare riferimento alle esperienze della Inquisizione e dei totalitarismi novecenteschi) la tortura è sempre stata usata per estorcere la confessione del colpevole al fine di condannarlo e di scovare e condannare i suoi complici (*repressione del dissenso*), nell'Oceania del Grande Fratello (tale era il nome del leggendario fondatore del regime oceanico) la tortura serve a rendere ortodossi gli eretici (*eliminazione del dissenso*), in modo da eliminare qualunque forma di eterodossia: eliminazione, quest'ultima, considerata come *conditio sine qua non* alla successiva condanna (con la pena di morte) degli ormai ex dissidenti⁵⁴. In altri termini, prima di essere condannato ed eliminato, l'eretico *deve* arrivare, a traverso la tortura, ad *amare* il Grande Fratello ed a *condividerne* i principî e le ideologie.

In breve, Orwell vede la presenza di una ortodossia come presupposto ineliminabile della tortura, il cui *solo scopo*, intrinseco sempre e comunque, è quello della conservazione della prima. Di più: la tortura viene intesa come il *solo* strumento veramente in grado di garantire la conservazione della ortodossia "di Stato" (e dunque del potere, autoritario, che tale ortodossia vuol imporre). Rimane da vedere se la tesi di Orwell abbia un qualche rilievo se analizzata in ambito giuridico. Se si dimostrasse, infatti, tale natura intrinsecamente "totalitaria" dei tormenti, se ne dimostrerebbe contestualmente la natura ontologicamente, per usare la già richiamata terminologia, *contra constitutionem*. Si dimostrerebbe così *a priori* la totale incompatibilità della tortura con un ordinamento democratico, anche in regime di sospensione eccezionale dei diritti costituzionalmente garantiti, in quanto sarebbe inammissibile ammettere un istituto che non potrebbe mai essere, per la sua stessa natura "totalitaria", usato *praeter constitutionem*.

Se l'unico modo di dimostrare la suddetta teoria fosse quello di analizzare l'operare della tortura in un regime del tutto uguale a quello immaginato

complesso sistematico dell'opera. Ma, a nostro avviso, solo la tortura si pone — e viene presentata dall'A. — come vero e proprio "elemento di chiusura" del sistema; l'unico, cioè, in grado di garantire, laddove gli altri strumenti impiegati allo scopo abbiano fallito, che neppure il più irrilevante "errore eretico" possa sopravvivere all'interno dell'ordinamento ed intaccarne l'anima ortodossa e totalitaria.

54. Quanto scritto, naturalmente, non toglie che, in alcuni casi — con precipuo riferimento alla tortura praticata dall'Inquisizione ecclesiastica (vedi *infra* § 2.3) — il percorso spirituale seguito dal condannato nei giorni successivi a quello della decisione lo portasse, prima della morte, a ravvedersi ed a "conformare" il proprio pensiero a quello ortodosso. Non ostante ciò, tuttavia, il "metodo" inquisitorio di *ius commune* non presupponeva come condizione necessaria per l'esecuzione della condanna a morte il sopra menzionato ravvedimento, dacché veniva ritenuto sufficiente, ai fini della tutela dell'ortodossia, che l'eretico venisse individuato e poi eliminato; spesso — come nel caso delle condanne per stregoneria o per "unzione malefica" — il ravvedimento era da considerarsi pressoché *impossibile*, poiché impossibili erano i fatti stessi su cui era costituito il crimine; e, come vedremo, la pubblicità spettacolare con la quale venivano eseguite le condanne a morte — la cui *ratio* era evidentemente quella di scoraggiare il pubblico ad allontanarsi dalla "giusta condotta" — talvolta poteva rappresentare persino una occasione divulgativa di quello stesso pensiero eretico a causa del quale il condannato veniva punito.

(*rectius*, a nostro avviso, “quasi teorizzato”) da Orwell, l’impresa che ci proponiamo sarebbe impossibile. Non solo perché una tale congiuntura potrebbe — come francamente ci auguriamo — non realizzarsi mai, ma anche perché se pure la “Oceania” divenisse realtà c’è da ritenere che non vi sarebbe in essa la libertà sufficiente per esaminare criticamente i meccanismi della ortodossia.

Forse, tuttavia, è possibile percorrere un’altra strada. Innanzitutto andrebbero trasformati in forma giuridica i presupposti che stanno alla base della teoria orwelliana. Il compito, come vedremo, grazie all’opera di alcuni studiosi come Italo Mereu e Mario Sbriccoli, ci sembra realizzabile. In secondo luogo dovrebbero essere esaminate le varie manifestazioni storiche nelle quali è comparsa quella pratica tradizionalmente chiamata “tortura giudiziaria”, per vedere se in tali manifestazioni sia possibile riscontrare prove della supposta reale natura dell’istituto. Questa impresa è ben più difficile; noi, in questa sede, ci limiteremo a cercare, per quanto possibile, di studiare i meccanismi principali dell’istituto, precipuamente nel suo periodo storico di maggiore fortuna, vale a dire quello del diritto comune.

Quanto ai *presupposti* della teoria orwelliana, essi sono, a nostro avviso, di tre tipi.

Il primo è di tipo strettamente teorico, e risiede in una certa concezione della *ortodossia*, la quale si pone come *valore supremo dell’ordinamento giuridico* totalitario. A ben vedere, la concezione della ortodossia orwelliana si sposa perfettamente con quella, che abbiamo già analizzato, elaborata da Italo Mereu (vedi *supra* § I.4.1); e non è un caso che lo stesso Mereu abbia assegnato alla tortura un ruolo cardine nella sua analisi dell’intolleranza. L’Oceania rappresenterebbe, tradotta in termini giuridici, il trionfo dell’intolleranza nella sua forma più piena e pura, vale a dire la completa realizzazione dell’arbitrio della autorità come *instrumentum regni sub specie iuris*. Non è un caso neanche che uno storico del diritto attento come Massimo Meccarelli — che pure non affronta il problema del legame tra tortura ed ortodossia — abbia analizzato l’elemento dell’*arbitrium* dell’autorità nel diritto comune riconoscendone non solo l’importanza a livello sistematico⁵⁵, bensì la sua stretta correlazione con l’istituto della tortura giudiziaria⁵⁶. Non è un caso, infine, che Mereu, il quale ha potuto analizzare il funzionamento solo della tortura *ad reprimendum* e non già di quella praticata allo scopo di *eliminare* l’eresia, riconosca come gli strumenti utilizzati al fine di preservare

55. Cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico negli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998 e, più brevemente, ID., *Arbitrium iudicis und officialis im ius commune: Ein Instrument für die Vermittlung zwischen einem allgemeinen Recht und der örtlichen Realität. (XIV–XVI Jahrhundert)*, in *Zeitschrift der Savigny–Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*, 115, 1998.

56. ID., *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa: il punto di vista dottrinale (secolo XVI)*, in BERNARD DURAND, *op. cit.*, pp. 690 ss.

l'ortodossia, quali la tortura, «sempre impiegati, sempre hanno fallito», così come l'inquisitore orwelliano considerava un fallimento le esperienze del diritto comune e dei totalitarismi novecenteschi, durante le quali chi deteneva il potere non aveva saputo utilizzare opportunamente gli strumenti a sua disposizione, tramutando i propri *rei* in dei *martiri* che non potevano che suscitare, in ultima analisi, la compassione del popolo.

Nel Medioevo vi era l'Inquisizione. Un autentico fallimento. Dichiarò di voler sradicare l'eresia e finì per renderla immortale. Per ogni eretico bruciato sul rogo, ne sorgevano migliaia di altri. E questo perché? Perché l'Inquisizione uccideva i suoi nemici in pubblico, per giunta senza che manifestassero alcun pentimento: in effetti li uccideva proprio perché non si pentivano. [...] Più tardi, nel XX secolo, vennero quelli che chiamavano totalitari: i nazisti in Germania e i comunisti in Russia. Nella lotta contro l'eresia, i russi furono anche più feroci dell'Inquisizione. Ritennero di aver imparato dagli errori del passato [...]. Pertanto, prima di sottoporre le proprie vittime a un processo pubblico, impegnavano ogni mezzo per distruggerne la dignità. Ne fiaccavano la resistenza con la tortura e l'isolamento, finché non si trasformavano in tanti esseri meschini e miserabili pronti a confessare qualsiasi cosa gli si mettesse in bocca [...]. Malgrado ciò, appena qualche anno dopo si erano riprodotti gli stessi effetti del passato: i morti erano diventati martiri e i loro atti di degradazione erano caduti nell'oblio. Dobbiamo ancora una volta chiederci: perché accadeva tutto questo? In primo luogo perché, le confessioni che essi avevano reso erano palesemente estorte e fasulle. Noi non commettiamo errori del genere. Con noi tutte le confessioni sono autentiche. Noi le rendiamo tali⁵⁷.

Proprio qui si rinviene la seconda premessa orwelliana: nel *modus procedendi* inquisitoriale romano-canonico, ed in specie nell'uso "scorretto" della tortura e nella spettacolarità e pubblicità della pena — utilizzati per *reprimere* (estorcendo confessioni spesso palesemente fasulle e così condannando un soggetto che, in molti casi, avrebbe finito per apparire come un martire agli occhi del pubblico) e non per *eliminare* il dissenso (cioè per convertire il soggetto all'ortodossia, prima di eliminarlo segretamente, di modo che nessuno potesse compiangere, procedendo poi ad una campagna di sistematica diffamazione del *reo*) — avrebbero convissuto il desiderio di imposizione di una ortodossia da parte dell'autorità ed il fallimento della stessa, in quanto considerata crudele ed intollerabile, agli occhi di molti sudditi. Anche questa premessa sembra avere qualche fondamento, se uno storico pregevole e moderato come Adriano Prosperi riconosce, con precipuo riferimento alla inquisizione cattolica del Santo Uffizio (la cui procedura inquisitoriale può essere pacificamente assunta a "modello" di quella usata da altre giurisdizioni criminali dell'epoca⁵⁸, fermo restando

57. G. ORWELL, *op. cit.*, pp. 260-264

58. Nota, infatti, M. MECCARELLI, *Tortura e processo*, cit., pp. 684 e 687, che «il sistema giuridico dello Stato della Chiesa è pienamente conforme alle strutture fondamentali dell'universale procedura

il fatto che ogni Tribunale presentava delle peculiarità proprie, in base al suo *Stylus curiae*), che «nel genere giudiziario delle sentenze inquisitoriali, ampie e accurate, c'era una contraddizione (che aspetta di essere chiarita da uno studio sistematico): da un lato, la verità offesa doveva essere risarcita da una condanna analitica e pubblica dell'errore, dall'altro l'errore rischiava di ottenere da quelle pubbliche letture una pericolosa occasione di contagio. Vi si scontrava la prassi medievale del 'magister' di teologia che ha il dovere di insegnare la verità al popolo cristiano, con la situazione di verità concorrenti e di insidioso ricorso alla propaganda creato dalla Riforma e dalla diffusione della stampa. [...] Sulla Congregazione cardinalizia del Sant'Uffizio ricadeva la responsabilità di estirpare la mala pianta dell'eresia ma anche quella di garantire l'immutabile identità della vera dottrina al di sopra del corso del tempo e dell'infinita mutevolezza dei volti dell'errore»⁵⁹; così, commenta altrove l'Autore, «la conoscenza dei nomi e dei pensieri degli inquisiti [...] fu spesso concepita come storia di martiri di un tribunale intollerante»⁶⁰.

Si giunge così alla terza premessa, secondo la quale la tortura, nel passato usata in maniera concorrente ad altri strumenti allo scopo di *reprimere* l'eresia, sarebbe in realtà uno strumento — e, probabilmente, l'*unico* di così certa efficacia — capace di *eliminare* quest'ultima. La tortura, in altri termini, “convertirebbe” il reo e finirebbe per porlo dalla stessa parte del giudice e, dunque, dalla stessa parte della autorità che detiene il monopolio dell'ortodossia.

Non ci accontentiamo dell'obbedienza negativa, e meno che mai di una sottomissione avvilita. Quando infine ti arrenderai a noi, ciò dovrà avvenire di tua spontanea volontà. Noi non distruggiamo l'eretico per il fatto che ci resiste. Anzi, finché ci resiste non lo distruggiamo. Noi lo convertiamo, penetriamo nei suoi recessi mentali più nascosti, lo modelliamo da cima a fondo. [...] Prima di ucciderlo ne facciamo uno di noi. Non possiamo tollerare che un pensiero sbagliato esista in una parte qualsiasi del mondo, per quanto innocuo e recondito possa essere. Non possiamo permettere alcuna deviazione, nemmeno in punto di morte. In passato l'eretico si avviava con gioia al rogo, conservando tutta la sua eresia [...]. Noi, invece, prima di farlo saltare rendiamo questo cervello perfetto. Il comandamento dei dispotismi di una volta era: 'tu non devi!'. Il comandamento dei totalitari era: 'Tu devi!'. Il nostro è: 'Tu sei!'⁶¹

penale», dunque in questo «vedremo presentarsi profili che sono propri del diritto comune in generale». Similmente V. VARANO, *La tradizione di civil law*, in V. VARANO e V. BARSOTTI (a cura di), *La tradizione giuridica occidentale, volume I. Testi e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2006, p. 112, rileva come il processo «della Chiesa» fosse «tipico di tutto il continente europeo, oltretutto delle giurisdizioni ecclesiastiche».

59. ADRIANO PROSPERI, *Introduzione* in ID. *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Roma, 2003, p. XIX.

60. ID., *L'inquisizione nella storia: i caratteri originali di una controversia secolare* in *ivi*, p. 81.

61. G. ORWELL, *op. cit.*, p. 260. A parlare è un inquisitore oceanico.

[...] Non pensare di riuscire a salvarti [...]. Non sarai mai più capace di nutrire sentimenti normali, di sentire dentro di te amore, amicizia, gioia di vivere, allegria, curiosità, coraggio, onestà. Sarai vuoto. Ti spremeremo fino a svuotarti, poi ti riempiremo di noi⁶².

1.4.3. Mario Sbriccoli e la metamorfosi dell'*actus trium personarum*

È a questo punto che gli studi di Mario Sbriccoli possono venire in aiuto. Ci riferiamo in modo particolare a due noti saggi⁶³, nei quali l'Autore ha affrontato il rapporto intercorrente tra le tendenze tiranniche ed il processo penale, con riferimento all'età del diritto comune ed alla fortuna del processo romano-canonico, ed il ruolo che la tortura può giocare — ed ha giocato — in tale rapporto.

«Prenderò in considerazione», scriveva lo Sbriccoli, «principalmente il nesso esistente tra la concezione della giustizia propria di una data società politica (e civile), e gli strumenti processuali escogitati per realizzarla. In questo quadro il dilagare del principio inquisitorio, che prende l'avvio alle soglie del XIII secolo, mostrerà quanto sia decisivo per la giustizia il fatto che l'accusato *parli contro se stesso*»⁶⁴. E, nello sviluppare tale tema, lo Sbriccoli compiva il primo passo: riconoscendo il *ruolo politico* del processo penale egli rilevava, mediatamente, come tale qualità si trasmetta anche agli strumenti (e in particolar modo alla tortura) che quel processo compongono. Il fatto che la tortura sia uno strumento giudiziario, dunque, non esclude la circostanza che essa possa avere una valenza politica e, anzi, che possa averla proprio in virtù della sua natura giudiziaria.

La tortura è certo la manifestazione più clamorosa di come possa diventare immensa la sproporzione di potere tra Stato e individuo. Quando l'autorità la mette in opera si impossessa interamente di un uomo: per piegarlo e annientarlo, vessandone il fisico e violandone la dignità⁶⁵.

Lo stesso Autore, inoltre, rilevava come tale “valenza politica” dei tormenti sia riconoscibile riscontrando nel processo criminale la *necessità* che l'accusato *parli contro se stesso*, mettendosi così “dalla parte dell'accusatore” e dunque, come abbiamo già scritto, dell'Autorità. Che la tortura serva a questo è suggerito dall'Autore anche a traverso il broccardo riportato nel

62. Ivi, p. 264.

63. M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 27, Milano, 1998, pp. 231 ss. e ID., «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio ed interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.C. M. VIGUEUR e A. PARAVICINI BAGLIANI, *op. cit.*, pp. 17 ss.

64. Ivi, p. 17.

65. Ivi, p. 30.

titolo del saggio in esame: *tormentum idest torquere mentem*. Come è stato pregevolmente osservato «l'inquisitore era un cercatore di colpe segrete e verità occulte, la sua tortura serviva perché la colpa segreta si rivelasse prima di tutto al peccatore. "Torquere mentem", prima di tutto: con domande precise e adatte all'uopo»⁶⁶. Si spiega, in tal modo, la necessità che l'accusato parli contro se stesso: solo così la colpa può rivelarsi anche, e prima di tutto, al peccatore, facendolo passare dalla parte del suo accusatore. A ben vedere, tuttavia, un simile risultato può essere conseguito almeno in due diversi modi.

Che l'accusato parli, e che parli contro se stesso, [...] potrà avvenire, in modo mediato, se il reo verrà *vinto*, schiacciato sotto il peso degli indizi, delle contraddizioni, delle ammissioni implicite, delle prove altrimenti raccolte. Oppure *per verba confessionis*, dopo che la battaglia processuale si sarà spostata nel luogo dei tormenti, e dopo che si sarà consumata ritualmente la lunga cerimonia che comincia con la *territo* e si chiude con la ratifica⁶⁷.

Perché, allora, pur essendoci un metodo alternativo, si ritiene necessaria la tortura (vale a dire il ricorso alla violenza legale)? Perché essa dovrebbe essere il solo strumento in grado di garantire la stabile ed incontrastata esistenza di una ortodossia? Ebbene, ciò avviene in quanto solo con la tortura le *tre* originali persone partecipanti al processo (accusato, accusatore e giudice, le ultime due già riunitesi in una *iudex atque accusator* in forza del principio inquisitorio) possono trovare una perfetta identità.

L'ingresso della tortura nel processo inquisitorio riduce infatti ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Con l'uso della forza, l'imputato verrà chiamato a farsi accusatore di se stesso e ad identificarsi con i fini dell'inquisitore/giudice. *L'actus trium personarum* si trasforma nell'azione unitaria di una forza sola. Quel che resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore⁶⁸.

Volgendo lo sguardo alla dottrina del passato, l'unico altro Autore che sembra aver colto questa singolare "bipartizione" dell'accusato in (auto) accusatore e *reus-accusatus* è il Verri, che, nella sua pungente *Orazione panegirica*, aveva così interpretato, ridicolizzandole, le ragioni degli Inquisitori:

che la persona dell'accusatore debba essere divisa da quella dell'accusato non lo neghiamo; ma si ricordi l'avversario che sono appunto nel microcosmo dell'uomo

66. A. PROSPERI, *L'arsenale degli inquisitori*, in Id., *L'Inquisizione romana*, cit., p. 316.

67. MARIO SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., pp. 17 e 18. Circa le fasi della tortura giudiziaria vedi *infra* § 2.6.

68. Ivi, p. 23; cfr. anche Id., *Vidi communiter observari*, cit., p. 250, n. 48.

due persone morali: la parte inferiore e la parte superiore, [...] onde non vi può essere assurdo se nell'uomo medesimo risiedono l'accusatore e l'accusato, poiché vi risiedono il comandante e il ribelle⁶⁹.

L'intuizione di Mario Sbriccoli, la cui acutezza e portata innovativa è dunque evidente, ci rimanda, tuttavia, alla seconda premessa orwelliana (vedi *supra* § 1.4.2): se la tortura consegue, sempre e comunque, lo scopo di unificare le persone di accusatore/ giudice ed accusato, per quale motivo l'inquisizione di diritto comune non è riuscita a mantenere salda l'ortodossia? Per rispondere a questa domanda, occorre richiamare ancora la distinzione tra *repressione* ed *eliminazione*. Come abbiamo riportato, nella tesi dello Sbriccoli la persona dell'accusato si divide in due parti, delle quali una resta *figura ficta*, mentre l'altra si unisce all'accusatore/ giudice: così si raggiunge brillantemente il risultato di una repressione, ma non quello di una eliminazione. Per quanto *ficta* e ridotta a *res*, infatti, la *figura* rimasta "dalla propria parte" continua ad essere *rea*, pronta a ricongiungersi con l'altra sua "metà" una volta che questa abbia confessato, e lo rimane fino alla fine dei suoi giorni: «è questa parabola a decretare la fine dell'interrogatorio per tortura: l'accusato, rimesso al posto che gli compete, non è più obbligato a farsi testimone contro se stesso»⁷⁰; d'altro canto, se così non fosse, la "parte di persona" che, invece, si è distaccata ed ha parlato contro di sé non avrebbe nessuno da accusare.

Anche questo, a ben vedere, trova un riscontro nella visione orwelliana. Quando il povero Smith (il protagonista "eretico" di 1984) si alza dal tavolo delle torture, dopo essersi accusato di qualunque cosa, e si reca allo specchio per guardarsi, rendendosi conto di aver raggiunto un degrado fisico tale da sentirsi ridotto a "cosa" e da non potersi considerare più pienamente un essere umano, non perde tuttavia le sue convinzioni: esso continua ad amare la sua Julia (co-protagonista del Romanzo, amante di Smith e anch'essa "eretica"), non ostante ciò fosse vietato (erano consentiti solo gli atti riproduttivi, purché senza sentimento e previamente autorizzati dall'autorità) e lo stesso protagonista, *sub tortura*, avesse accusato la donna di ogni crimine. Fin qui, insomma, si era compiuta la fase della repressione ma non quella della eliminazione. Quest'ultima avviene solo nella famigerata stanza 101 (predisposta al fine di far subire ai malcapitati la più spaventosa delle torture: la sottoposizione alla loro peggior paura), quando il protagonista pur di salvare se stesso rinuncia "spontaneamente" al suo amore per Julia⁷¹, contestualmente rinunciando

69. P. VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, in *Giornale Storico della Letteratura Italiana*, anno LVI, fasc. 334 (settembre), vol. I, Torino, 1938, ora su www.classicitaliani.it, p. 5.

70. M. SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 29; Cfr. V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1971, p. 126.

71. Il fatto avviene, precisamente, quando il protagonista chiede a gran voce che a quella tortura —

spontaneamente ad avere non solo nel fisico ma anche nella coscienza la dignità di essere umano. In quell'istante anche la *figura ficta* passa "dall'altra parte", perché non è più necessario quello sdoppiamento che consentiva da un lato di fingersi *res* e dall'altro di accusarsi in quanto *res*, dal momento che tutta la persona, in un solo blocco, *diventa realmente res*, rinunciando *per sua volontà* (per quanto subliminarmente indotta) a qualunque dignità propria e rendendosi così pronta per la propria passiva e gioiosa eliminazione fisica. Non a caso il racconto di Orwell si conclude con i due protagonisti che vivono i loro ultimi giorni in una condizione di degrado totale, senza più alcun *bisogno* di vivere, aspettando il giorno in cui il loro ormai amato Grande Fratello li chiamerà a morire.

È da notare come nel racconto orwelliano anche lo "ultimo scatto", quello grazie al quale il *reo* si converte e l'eresia viene *eliminata*, sia attribuito alla tortura e solo ad essa. E francamente non ci riesce di immaginare un altro strumento con il quale raggiungere un simile risultato.

1.4.4. Nuove prospettive di ricerca

Questo nostro breve lavoro non è certo la sede adatta per una compiuta ricerca che abbia come oggetto lo studio dei rapporti intercorrenti tra tortura e sovranità nei loro svolgimenti diacronici e sincronici. Un significativo contributo ad essa, tuttavia, potrebbe essere fornito dall'approfondimento di alcune caratteristiche che, a nostro avviso, sono sintomatiche del peculiare rapporto con la sovranità che ha caratterizzato, negli anni del diritto comune — e specialmente nel periodo dell'assolutismo —, l'istituto della tortura giudiziaria e che, seppur già genericamente ravvisato dagli Autori dell'epoca, sembra presentare delle particolarità e delle sfumature — le quali potrebbero rivelarsi determinanti nelle riflessioni su alcuni temi dell'attualità — che richiedono un più attento grado di riflessione. Le "caratteristiche" a cui facciamo riferimento sono, ad esempio: l'avanzato grado di confusione tra i diversi poteri dell'ordinamento, l'assunzione della salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva come funzione prioritaria e giustificativa dell'azione del pubblico potere, l'elevazione della *emergenza* (o della *straordinarietà*) come strumento *ordinario* di governo e di amministrazione della giustizia, l'esclusione del tormento morale dal concetto di terrore, l'introduzione della violenza legale come strumento necessario ed ineliminabile per il raggiungimento della pace, l'architettamento della percezione del deviante come pericolo imminente — dal quale è *necessario* difendersi — per il gruppo sociale, l'individuazione di una categoria di "eretici" elevata a "nemico della società" da combattere, l'elezione delle ideologie portanti

essere mortalmente "rosicchiati" da una mandria di topi affamati — venga sottoposta Julia al suo posto.

dell'ordinamento a verità assoluta, l'adozione di una pubblica ortodossia, la repressione del dissenso, l'indistinzione artificiosa tra *verità* e "verità processuale", l'ascensione dell'opera del *tortor* carnefice a mestiere socialmente indispensabile, l'uso della normativa rinnegante e del finto garantismo, la pratica del tartufismo giuridico e della dissimulazione onesta⁷², l'espansione incontrollata del potere arbitrario a livello istituzionale, &c..

Queste sono le ragioni che hanno ispirato la nostra ricerca. Lo scopo che, senza alcuna pretesa di completezza, ci proponiamo di perseguire in questa sede è semplicemente quello di ripercorrere brevemente la storia della tortura giudiziaria, evidenziando alcuni aspetti che più di altri potrebbero stimolare la riflessione del giurista contemporaneo, ma non tralasciando, altresì, di illustrare i più basilari lineamenti di storia della tortura giudiziaria senza i quali il lettore poco avvezzo alla materia potrebbe ritrovarsi disorientato.

2. La tortura giudiziaria nel diritto comune. Aspetti problematici

2.1. Gli ordinamenti giuridici nella età del diritto comune

Quando si parla di età del diritto comune si intende un periodo di tempo lungo quasi sei secoli: dal XII sec. a buona parte del XVIII sec. L'età di diritto comune, dunque, importa la seconda parte del Medioevo — vale a dire quella comunemente nota come "basso Medioevo" o, secondo alcuni giuristi, "età del diritto comune classico" — e i primi due secoli e mezzo della "età moderna"⁷³. Il passaggio tra le due epoche (medioevale e moderna), infatti, dal punto di vista del diritto fu del tutto inavvertito dai contemporanei, proprio in quanto il "sistema del diritto comune" continuò a rimanere in vigore fino al riformismo settecentesco (storiograficamente catalogato come "età delle riforme"), il quale interessò la seconda parte della età moderna fino alla Rivoluzione Francese (1789–1799)⁷⁴, e all'avvento dei codici.

72. Circa le definizioni di normativa rinnegante, finto garantismo, tartufismo giuridico e dissimulazione onesta vedi *infra* § 2.5.

73. Di scarso interesse, ai nostri scopi, è il dibattito sulla data di inizio della età moderna. Essa è tradizionalmente collocata nel 1492, anno della scoperta dell'America, della morte di Lorenzo il Magnifico e della caduta del Regno di Granada, ma c'è chi ha preferito individuarla nel 1494, con l'invasione nella penisola italiana del re di Francia Carlo VIII, o ancora — tesi, a nostro avviso, più convincente dal punto di vista della storia del diritto — nel 1517, anno dell'affissione delle tesi Luterane. Cfr. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 1; *Inizia l'età moderna*, in *La Storia*, vol. 7. *Il Cinquecento. La nascita del mondo moderno*, Torino, 2004, p. 18.

74. Cfr., per tutti, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007 p. 223.

Non è facile dare una definizione unitaria del “diritto comune”, anche perché si tratta di una nozione per nulla pacifica nell’ambito della dottrina storico-giuridica⁷⁵. In via molto generale, e generica, si può parlare del diritto comune come di quell’insieme di fonti romane e canoniche studiate e rielaborate dalla scienza giuridica tardo medioevale, a partire dai Glossatori della Scuola dei giuristi bolognesi⁷⁶.

Quando si parla, più o meno propriamente⁷⁷, di “sistema” di diritto comune, dunque, ci si riferisce a quel complesso di norme e di dottrine, elaborate a partire dalle fonti di diritto romano (giustiniano) e di diritto canonico, che assunse a ruolo di diritto “universale” (*utrumque ius*) e si diffuse progressivamente, anche se in diversa maniera, nella maggior parte degli Stati europei — seppure con qualche, significativa, eccezione come, ad esempio, quella dell’Inghilterra, la quale, come noto, non recepì mai lo *ius commune*. A questo *diritto universale*, al quale era affidato il compito di comporre l’ordinamento giuridico di un Impero medioevale «presentato come realtà unitaria bifronte — in quanto organismo temporale e spirituale allo stesso tempo»⁷⁸ se ne affiancavano altri (preesistenti) *particolari*, come quelli degli ordinamenti locali, signorili, feudali, cittadini e corporativi che con il tempo si erano venuti a formare. Secondo la dottrina tradizionale:

all’unità dell’Impero corrisponderebbe un ordinamento che si articolerebbe nel diritto civile e in quello canonico, il primo competente per gli aspetti temporali della vita, il secondo per gli spirituali, tra loro inscindibilmente legati dato che strettamente intrecciati sono i due aspetti della vita umana. Il diritto civile sarebbe costituito dall’opera giustiniana interpretata dalla dottrina giuridica inaugurata da Irnerio e proseguita fino al secolo XIX, quello canonico dalle compilazioni iniziate con la raccolta di Graziano e dall’esegesi delle stesse elaborata dai giuristi sin dal secolo XII. Diritti tra loro chiaramente distinti, ma al contempo intimamente legati, tanto da essere designati con l’espressione *utrumque ius* — l’uno e l’altro diritto — che ne esprime l’unità nella differenza⁷⁹.

[...] La scienza giuridica presentava il diritto giustiniano come diritto vigente, e quindi immediatamente cogente per tutti i soggetti liberi; tale diritto si affiancava alla consuetudini delle singole regioni, ai numerosi ordinamenti che guidavano le

75. Per una ricostruzione del problema e delle principali posizioni assunte si veda M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell’Europa medievale*, Milano, 1994, pp. 301 ss.; A. CAMPITELLI, *Europeenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune, seconda edizione*, Bari, 2010, p. 17 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici circa il diritto comune si veda, in questo saggio, la nota 81.

76. Riportiamo qui la chiara definizione di A. CAMPITELLI, (ivi, p. 17): «con il nome di “età del diritto comune” generalmente si qualifica il periodo della nascita della scuola di Bologna, dove il diritto della compilazione giustiniana si ricomponne sugli schemi dell’antica tradizione, arricchendosi di nuovi elementi normativi, e viene studiato come diritto vigente ed in modo autonomo innovando una tradizione che appare profondamente legata a radici antiche e vitali».

77. Si veda, sul problema, ancora una volta M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 306 ss.

78. Ivi, p. 304.

79. *Ibidem*.

comunità⁸⁰.

Fu in tale contesto, dunque, che si affermò l'idea di uno *ius commune*, un diritto "universale" che avesse il compito di riflettere, nel *particolarismo giuridico* dell'epoca⁸¹, lo stesso carattere di universalità che era proprio del Sacro Romano Impero e della Chiesa.

Da una parte il diritto dei rapporti secolari, dall'altra il diritto della Chiesa formarono così, rispettivamente, i due vastissimi complessi normativi del diritto civile e del diritto canonico, entrambi universali ed entrambi "comuni": perché costituiti da regole e norme superiori e generali rispetto a quelle dei tanti diritti particolari e speciali, propri dei singoli luoghi e dei singoli ordini e ceti in cui la società si ripartiva⁸².

L'avvento del diritto comune ebbe una particolare influenza sul piano della giustizia criminale. Dalla commistione tra i due diritti "universali", quello romano e quello canonico — per come elaborati dai glossatori e dai canonisti medioevali — si generò un nuovo tipo di processo⁸³; un pro-

80. Ivi, p. 310.

81. Sul fenomeno del c.d. "particolarismo giuridico" si vedano A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, pp. 41 ss. e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2002.

82. A. PADOA SCHIOPPA, *op cit.*, p. 78. Impossibile, qui, dilungarsi ulteriormente su un fenomeno tanto complesso com'è quello del diritto comune, così come è impossibile riportare tutta la bibliografia in materia. Dovremo dunque limitarci a fornire i riferimenti bibliografici circa le principali opere sull'argomento. In primo luogo ricordiamo quelle di F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970 e ID., *Il medioevo del diritto*, Milano, 1954, le quali, a nostro avviso, rappresentano, tra le numerosissime, le più complete produzioni dell'A. sull'argomento. Sul pensiero di Calasso si veda anche B. PARADISI, *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini* (Perugia, 30-31 ottobre 1976), ed. Libreria Universitaria, 1980, pp. 170-300. In secondo luogo non può negarsi un riferimento a G. ERMINI, *Corso di diritto comune. Genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi, fonti*, Milano 1989, il quale è stato indubbiamente lo storico del diritto italiano che, assieme al Calasso, più ha contribuito a formare la dottrina in materia di diritto comune. Un altro classico è il volume di P. KOSCHAER, *L'Europa e il diritto romano*, (titolo originale: *Europa und das römische Recht, Dritte, unveränderte Auflage Verlag C. H. Beck, München und Berlin*, 1958), trad. it. A. Biscardi, Firenze, 1962. Ricordiamo infine alcune più recenti opere, alle quali si rimanda inoltre per tutti gli altri riferimenti bibliografici più importanti circa il diritto comune: E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale, vol. II*, Roma, 1995; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 285 ss.; ID., *Alle origini del diritto europeo, Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005; E. CONTE, *Diritto comune*, Bologna, 2009; A. CAMPITELLI, *op. cit.*

83. Va detto, tuttavia, che nella elaborazione del rito inquisitorio del processo romano-canonico, del quale si accennerà a breve, il contributo del diritto canonico e dei canonisti fu preponderante rispetto a quello dei civilisti glossatori e commentatori. V. VARANO, *La tradizione di civil law*, cit., pp. 111 e 112, ne sintetizza così, in maniera pregevole, i motivi: mentre, per un verso, per i civilisti «la definizione delle liti, l'esercizio della giurisdizione era da un lato compito dei pratici (non degno di costituire oggetto di insegnamento), dall'altro era appannaggio del potere politico, in cui era saggio non entrare», per altro verso, quando «la Chiesa si fece promotrice della lotta contro le ordalie (culminata nel divieto ai chierici, sancito dal Concilio Laterano IV del 1215, di partecipare

cesso modellato a partire da quello giustiniano tramandato dalle fonti, con l'ambizione di proporre uno schema generale valido, in via principale, come processo dell'Impero e della Chiesa e, in via sussidiaria, per tutte le corti di giustizia esistenti all'epoca, fossero esse popolari, signorili, cittadine o territoriali⁸⁴. Tale processo, conosciuto con il nome di "processo romano-canonico", si trasformò, progressivamente ma in maniera incisiva, nel "modello" di giustizia preponderante in tutti i territori dove si era "insinuato", anche solo come *ratio scripta* (è il caso della Francia), il sistema di diritto comune.

Durante l'età moderna di diritto comune, le teorie sullo Stato assoluto⁸⁵,

ai giudizi di questo tipo)», essa «regolò in maniera assai rigorosa il procedimento di accertamento dei fatti. Quello che si plasmò nelle corti ecclesiastiche è un processo caratterizzato da scrittura, da segretezza, da inquisitorialità, da lontananza dei giudici dal fatto per ovviare alla loro debolezza di fronte alle pressioni esterne. È, quello della Chiesa, il processo che diventa tipico di tutto il continente europeo, oltretutto delle giurisdizioni ecclesiastiche, e che funge da veicolo per la diffusione dello *jus commune*». Si veda anche M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 25, che nota come il processo inquisitorio «è da riportarsi addirittura al Duecento, e in particolare alle corti ecclesiastiche, che dovettero subito applicare determinate decretali pontificie dei primi anni del Duecento (di importanza fondamentale del processo e che giustificano la denominazione del processo come 'romano-canonico')».

84. Cfr. M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 319 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici circa il processo romano-canonico

85. Volendo molto sintetizzare, sul piano teorico con la formula "Stato assoluto" si intende quella concezione del regime per la quale il Sovrano (*princeps*), il cui potere è *ab-solutus* (cioè "sciolto da vincoli di natura giuridica"), si identifica con l'ordinamento giuridico (Stato). Ne consegue che la sovranità è racchiusa tutta nelle mani di una sola autorità, incarnata da unico individuo, la quale detiene il monopolio della forza coercitiva e di quella giuridica e non subisce alcuna interferenza né da regole di natura naturale o religiosa, né da diritti di tipo particolare o locale: solo le norme poste od approvate dal Sovrano, valide indipendentemente dai loro contenuti, possono trovare applicazione all'interno dell'ordinamento. Talvolta, specie nel linguaggio storiografico, per indicare lo "Stato assoluto" si usa, alternativamente, la locuzione "Stato moderno", anche se tale sinonimia non è universalmente accettata e incontra, anzi, autorevoli diverse ricostruzioni, come quella adottata da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, seconda edizione riveduta e cresciuta, vol. I, Introduzione al diritto costituzionale italiano. Gli ordinamenti giuridici — Stato e costituzione — Formazione della Repubblica italiana*, Padova, 1970, p. 53, il quale distingue tra Stato modernamente inteso — lo Stato assoluto — e Stato moderno — espressione con la quale s'intende «una tra le forme recenti assunte dallo Stato per effetto della rivoluzione borghese alla fine del sec. XVII, in Inghilterra, e del sec. XVIII in America e in Francia: caratterizzata da uno speciale contenuto ideologico e dalle connesse strutture costituzionali; lo Stato moderno come Stato "rappresentativo", "costituzionale" o "Stato di diritto"». La dottrina dello Stato assoluto risolse così due questioni lasciate irrisolte nel Medioevo e scaturite dall'emersione, tra la fine del XIII secolo e l'inizio del XIV secolo, di regni o principati indipendenti dall'Impero: 1) come conciliare l'esistenza di comunità *superiorem non recognoscentes* con l'Impero che, per definizione, era ente supremo; 2) come conciliare la sempre più forte pretesa di *potestas legislativa* proveniente da quelle comunità con una concezione della sovranità diffusamente incentrata sulla *iusdictio*, bartolianamente intesa come *genus generalissimum* e nella quale la potestà legislativa era concepita solo come una componente accessoria (*potestas legis condendae*) (Cfr. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2009, pp. 81–91). È chiara anche la frattura rispetto alla concezione medioevale delle prerogative del *princeps*: il potere di quest'ultimo (*maiestas*), allora, era inteso solo astrattamente come *potestas absoluta*, mentre nel concreto si riteneva che il principe dovesse professarsi (cioè autolimitarsi) vincolato alle leggi «poiché la sua autorità *pendet* ("deriva")

quelle sulla Ragion di Stato⁸⁶ ed il tendenziale fenomeno dell'assolutismo

dall'autorità del diritto, e sottomettere il potere alle leggi significa accrescere e non diminuire la sovranità» (D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno* in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 2008, ora su www.unipa.it/dipst/dir, sez. *Pubblicazioni*, *Annali 2007-2008*, da cui citiamo, p. 59). Tanto l'impostura medioevale quanto la svolta moderna furono dovute anche alla discussa interpretazione del notissimo frammento ulpiano (*Digesto* 1,3,31), nel quale si legge che «*Princeps legibus solutus est*», e alla sua compatibilità con la Costituzione «*Digna Vox*» di Valentiniano III, anch'essa inserita nel *Corpus Iuris Civilis* (*Codex*, 1,14,4), per la quale «*Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum*». Noi non ne proponiamo alcuna interpretazione originale, bensì ci limitiamo a rilevare che l'interpretazione prevalente, a partire dalla *Lectura Codicis* di Cino da Pistoia (1314), fu quella per la quale la *solutio a legibus* del *princeps* medioevale, ricavata dal testo ulpiniano, fosse da considerarsi solo *de necessitate*, ovvero una «patente» di legittimità del potere senza la quale le leggi del soggetto «sovrano» non sarebbero potute essere considerate valide, mentre *de honestate* «il *princeps*, pur libero dall'aspetto coattivo delle leggi, è moralmente legato alla loro osservanza» (Cfr. D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, cit., p. 63). L'istituzione medioevale, quindi, non si identificava con il soggetto «sovrano» — Imperatore, Re, Principe o Papa che fosse — bensì rappresentava «la condizione giuridica della struttura pubblica oggettiva entro e mediante la quale il soggetto si muoveva» (E. CORTESE, *Un personaggio in cerca di autore. La compilazione giustiniana nel medioevo*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, n. 3, sez. *Memorie*, *Ordinamento – caso italiano*, 2004, anche on-line su www.dirittoestoria.it, da cui citiamo, § 3). La prima compiuta elaborazione teorica della nozione giuridica di Stato assoluto si deve a Hobbes, ricordato esattamente dal Bobbio come «teorico del potere assoluto e fondatore della prima teoria dello Stato moderno», «positivista per i suoi tempi» ma «giusnaturalista di fronte al positivismo giuridico» (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 2006, pp. 23 e 33. In termini simili G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 59 ss., ove Hobbes viene presentato come «il teorico dell'assolutismo» e della cui «concezione della legge» si dice che «è la prima espressione del 'positivismo giuridico'»). Sul problema della difficile collocazione di Hobbes rispetto al giusnaturalismo e al positivismo giuridico si veda anche M. RHONHEIMER, *La filosofia politica di Thomas Hobbes, traduzione italiana*, Roma, 1997, § 10, pp. 207 ss. e, soprattutto, § 10.4, pp. 229 ss. Riassumendo con le parole del Tarello, possiamo dire che tre sono i caratteri fondamentali dell'assolutismo hobbesiano, i quali saranno gli stessi che troveranno maggiore fortuna nella manifestazione storica dello Stato assoluto nell'età moderna di diritto comune: «anzitutto l'imperativismo (la legge è il comando del sovrano e solo questo); poi il formalismo (i crimini sono comportamenti vietati dalla legge e puniti dall'autorità); la secolarizzazione del diritto penale sulla base del criterio dell'utilità alla conservazione del sovrano, che vuol dire dello Stato: con tutte le conseguenze, come l'affermazione della certezza del diritto, dell'impermeabilità del diritto alle morali religiose come tali e così via» (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 66).

86. Nota M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 114, come l'espressione Ragion di Stato sia «nata nel Cinquecento per indicare l'interesse dello Stato come criterio di valutazione dell'azione politica». Con il tempo, la locuzione Ragion di Stato è andata ad identificarsi con quella dottrina i cui sostenitori sostengono che «la sicurezza dello Stato è un'esigenza di tale importanza che i reggitori degli Stati sono costretti, per garantirla, a violare le norme giuridiche, morali, politiche, economiche, che considerano invece imperative quando tale esigenza non è in pericolo. In altre parole la Ragion di Stato è l'esigenza di sicurezza dello Stato, la quale impone determinate condotte ai reggitori degli Stati, e la dottrina relativa è formulabile, nel suo nucleo essenziale, sia come una norma prescrittiva di carattere tecnico, del tipo «se vuoi ottenere questo scopo, impiega questi mezzi», sia come una teoria empirica, che constata e spiega la condotta effettiva degli statisti in determinate condizioni» (S. PISTONE, voce *Ragion di Stato*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUANO (a cura di), *Dizionario di politica*, Cles (Tn), 1990, pp. 918 ss.). Tradizionalmente (ma problematicamente) si fa risalire l'origine dell'idea della «Ragion di Stato» a Niccolò Machiavelli (Cfr., al riguardo, C. VASOLI, *Machiavelli inventeur de la raison d'Etat?*, in Y. C. ZARCA (a cura di), *Raison et déraison d'Etat*, Paris, 1994, pp. 43-66), mentre il primo a «sistematizzare organicamente la materia» fu Giovanni

monarchico⁸⁷ provocarono una spinta verso l'accentramento a livello statale della giurisdizione — anche grazie alla creazione dei “Grandi Tribunali” (Tribunali Supremi, Rote, *Parlements*, *Reichshofrat*, *Reichskammergericht*, &c.), esattamente individuata da qualcuno come la vera grande “novità” nella giustizia d'età moderna⁸⁸ — erodendo così le varie giurisdizioni di

Botero, ed è a partire dalla pubblicazione dei suoi dieci libri *Della Ragion di Stato* (1589) che si sviluppò un dibattito sull'argomento (C. CONTISIO, *Introduzione*, in G. BOTERO, *Della Ragion di Stato*, a cura di Chiara Contisio, Roma, 1997, pp. XIII e XIV) il quale continuerà pressoché incessantemente per secoli, fino a raggiungere i suoi picchi d'intensità maggiore tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, e che ancora oggi non può dirsi esaurito (impossibile, in questa sede, ricordare tutte le opere e gli Autori che sono intervenuti, con lo scorrere dei secoli e sotto molteplici profili, nel dibattito sulla Ragion di Stato; ci limitiamo a suggerire qualche titolo dove sarà possibile trovare sufficienti riferimenti al riguardo per quanto concerne l'età del diritto comune: L. FIRPO, *Il pensiero politico del Rinascimento e della Controriforma*, in *Questioni di storia moderna*, Milano, 1951, pp. 345–403; F. MEINECKE, *La idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1970; R. DE MATTEI, *Il problema della ragion di stato nell'età della Controriforma*, Milano–Napoli, 1979; L. PERINI, *Il pensiero politico europeo da Machiavelli alla ragion di stato*, Torino, 1984; D. FRIGO, *Studi sulla “Ragion di Stato”*, in *Teoria politica*, Milano, anno I, n. 3, 1985; S. PISTONE, *Imperialismo. Machiavellismo. Politica internazionale. Ragion di stato. Storicismo*, Torino, 1976; Y. C. ZARKA *op cit.*; S. ZOLI, *Dall'Europa libertina all'Europa illuminista: stato laico e Oriente libertino nella politica e nella cultura dell'età dell'assolutismo e della ragion di stato. Da Richelieu al secolo dei lumi, alle origini del laicismo e dell'illuminismo*, San Domenico (Fiesole), 1997; M. STOLLEIS, *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, trad. it., Bologna, 1998; A. SARUBBI e P. SCUDIERI, *I teorici della ragion di Stato: mito e realtà*, Napoli, 2000. Per ulteriori riferimenti bibliografici si veda anche la utile *Bibliography on Reason of State, Tacitism and Machiavellianism* pubblicata, precisamente, su <http://www.filosofia.unina.it/ars/bibrds.pdf>). Tra la teoria dello Stato assoluto e quella della Ragion di Stato, quindi, c'è un certo affiatamento, riscontrabile nella facile armonizzazione di taluni concetti caratteristici dell'una con quelli distintivi dell'altra: così accade, per esempio, con l'idea della secolarizzazione dello Stato, non potendosi logicamente concepire un Dominio assoggettato ad un potere spirituale esterno che poi si reputi, a cagione della propria salvezza, in grado di liberamente derogare alle norme imposte da quel potere. I teorici della Ragion di Stato e quelli della sovranità condividono, poi, il ritenere «la necessità del monopolio della forza da parte dell'autorità suprema dello Stato, e fondano tale affermazione su di una visione realistica e disincantata della natura umana, sulla convinzione cioè che, senza un'autorità statale capace di imporre i suoi comandi in modo irresistibile, è impossibile garantire l'ordine pubblico» (S. PISTONE, *Ragion di Stato*, cit., pp. 919 e 920). Ragion di Stato e assolutismo, in ultima analisi, interagiscono e si completano; e se, forse, può ritenersi che la prima possa viaggiare separata dal secondo, appare molto difficile, se non impossibile, immaginare il contrario, cioè un assolutismo che non ricomprenda in sé la Ragion di Stato. La miscela di assolutismo e Ragion di Stato, insomma, può essere ben riassunta con l'espressione, cara a Mereu, *consenso o repressione*, con tutto ciò che questa comporta (vedi *supra* § I.4.1.).

87. Alla nozione giuridica di Stato assoluto, infatti, non corrispose mai una piena realizzazione di quest'ultimo sul piano storico: il fenomeno si risolse, piuttosto, in una tendenza “assolutistica” dei *Dominij* che già preesistevano alla età moderna (il c.d. “assolutismo monarchico”, per l'appunto), vale a dire in una «progressiva espansione della sfera giurisdizionale regia» la quale, tuttavia, «incontrò una rilevante resistenza da parte degli ordinamenti particolari» (P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'ancien régime alla restaurazione*, Roma, 1999, p. 29). Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 48; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 224; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il costituzionalismo moderno*, cit., p. 2.

88. Cfr. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno*, cit., p. 129, al quale si rimanda per una panoramica generale ma dettagliata dei “Grandi Tribunali” (o “Corti sovrane”) nel territorio europeo. Sui Grandi Tribunali in Italia si vedano anche, in modo particolare, i noti saggi di G. GORLA, molti dei quali raccolti nel volume *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981 (in particolar modo *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, pp. 511 ss., e *I tribunali supremi degli stati*

tipo particolare e locale e determinando un successivo svincolamento dai poteri universali dell'Impero e della Chiesa (si parla, a tal riguardo, di *secolarizzazione* o *laicizzazione* — che, giova ricordarlo, è cosa ben diversa da *ateizzazione* — del diritto), ed una positivizzazione a livello legislativo del diritto, in particolar modo di quello criminale processuale⁸⁹.

Un fenomeno che favorì particolarmente l'assolutismo, al quale non possiamo negare un accenno, è quello legato alle complesse vicende religiose che coinvolsero tutta l'Europa in un periodo di turbolente guerre e che si verificarono a seguito della affissione, nel 1517, delle tesi di Martin Lutero alla porta della Chiesa del castello di Wittenberg — dando così principio al movimento della c.d. Riforma protestante — e della successiva fortuna di quelle tesi. Le guerre di religione si conclusero con la “Guerra dei Trent'anni” (1616–1648) e la conseguente pace di Westfalia (1648)⁹⁰, con la quale si sancì il principio, già in parte introdotto nella precedente pace di Augsburg (1555) con riguardo ai Principi tedeschi, per il quale ad ogni sovrano era riconosciuto lo *ius territorii et superioritatis*, vale a dire la sovranità nel proprio territorio, anche in materia religiosa (secondo la regola *cuius regio, eius religio*)⁹¹. In questo modo si realizzò una tappa fondamentale nel pro-

italiani fra i secc. XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati. Disegno storico-comparativo, pp. 543 ss.); M. SBRICCOLI e A. BETTONI (a cura di), *Grandi Tribunali e Rote nell'Italia dell'Antico Regime*, Milano, 1993; A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 296 ss. Sui *Parliaments* francesi cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, cit. p. 21 ss.

89. Impossibile qui ricostruire compiutamente tutte le varie teorie della sovranità assoluta e le vicende storico-giuridiche della età moderna che ne accompagnarono la concreta manifestazione. Preferiamo rimandare a pochi testi, molti dei quali ormai classici, sull'argomento, dai quali sarà possibile ricostruire la bibliografia sui vari punti di maggiore interesse. Cfr. M. CARVALE, *La nascita dello stato moderno*, in *Storia moderna. Lezioni di Guido Abbattista (et alii)*, Roma, 1998; PH. SUEUR, *Histoire du droit public français. XVe–XVIIIe siècle: la genèse de l'État contemporain*, 3e éd., vol. I, *La constitution monarchique*, Paris, 2001; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, 2002, Torino; D. QUAGLIONI, *La sovranità*, 2004, Roma–Bari; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, terza edizione (a cura di E. RESTA ed E. RIGO), Torino, 2009; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 2009; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita* (a cura di G. PRETEROSI), Roma–Bari, 2007; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit. Sul processo di positivizzazione del diritto processuale criminale ad opera degli Stati assoluti si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, il pregevole articolo di E. DEZZA, «*Pour pourvoir au bien de notre justice*». *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, in *Diritto Penale XXI Secolo. Europeo, storico, comparato*, I (2002), e in *Diritto@storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, n. 3 – maggio 2004 – Memorie, on-line su www.dirittoestoria.it, da cui citiamo, I, § 1.

90. Ricordiamo che parteciparono alla “pace di Westfalia” la Francia, la Svezia, l'Imperatore e i Principi tedeschi, mentre la Spagna «si limitò a riconoscere ufficialmente l'indipendenza delle Provincie Unite e non si associò alle altre decisioni, proseguendo la guerra contro la Francia» (R. VILLARI, *Mille anni di storia. Dalla città medievale all'unità dell'Europa*, Roma–Bari, 2000, p. 248).

91. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 225 ss.; R. VILLARI, *Mille anni di storia*, cit., p. 249. Interessante questione è quella data dalla clausola, presente nella pace di Augusta e ripresa in quella di Westfalia, per la quale gli Stati cattolici avrebbero dovuto lasciare a quelli della Confessione d'Augusta (cioè ai protestanti) — e viceversa — “il libero esercizio della loro religione”. Per comprenderne

cesso di secolarizzazione dello Stato — che, come accennato, costituiva una caratteristica fondamentale dell'assolutismo a livello teorico — in quanto vennero così realizzati degli ordinamenti la cui natura era (tendenzialmente) «puramente mondana e politica», sancendo al contempo la «separazione in linea di principio fra religione e politica» in modo tale che la prima venisse posta «sotto la curatela del regime ecclesiastico del sovrano della nazione»⁹². Con la pace di Westfalia, poi, «gli Stati europei si riconobbero, ciascuno di essi, sovrani: l'unità del diritto si spezzò nei vari diritti statali, [...] espressione della sovranità», tanto che «convenzionalmente e simbolicamente» si fa risalire a quel momento la prima, fondamentale, manifestazione dell'assetto dello Stato modernamente inteso⁹³.

In questo panorama storico-politico, non sembra azzardato sostenere

correttamente la portata, la clausola va interpretata alla luce del principio, anch'esso sancito nella pace di Augusta e in quella di Westfalia, per il quale “i sudditi che professeranno una religione diversa a quella del loro signore, goderanno della facoltà di mutar paese colle loro famiglie”, da che ne discende che il “libero esercizio della religione” sarebbe stato tale solo nella misura in cui ai sudditi era garantita la possibilità di mutare Stato a seconda delle proprie convinzioni, con il risultato, paradossale, che finché essi rimanevano nel proprio territorio di origine sarebbero stati trattati alla stregua di eretici i quali, in quanto tali, erano passibili di procedimenti penali, ivi comprese la carcerazione e la pena di morte che non avrebbero potuto consentire quel trasferimento nello Stato conforme alle loro credenze che pure lo Stato d'origine avrebbe dovuto garantire. Il fondamento giuridico di questa interpretazione risiede nel senso che fu dato alla pace di Augusta dai cattolici, i quali, come spiega lucidamente lo Schiller (F. VON SCHILLER, *Storia della Guerra dei Trent'anni, scritta in lingua tedesca da Federigo Schiller e tradotta in lingua italiana da ANTONIO BENGI, volume unico*, Lugano, 1841, oggi interamente consultabile su books.google.it, p. 23), affermarono che «la libertà di coscienza, stipulata nella pace d'Augusta, riferivasi a' membri immediati dell'impero, e non a' protestanti sudditi di principi cattolici, a' quali detta pace non dava altro diritto se non di poter liberamente abbandonare la patria», mentre, al contrario, «i protestanti all'incontro pretendevano che anche i sudditi dovessero godere della libertà di coscienza, e che il diritto di poter abbandonare la patria non era che un secondo favore concesso ad essi nel trattato di pace». Tra le due, dunque, prevalse l'interpretazione cattolica del trattato, la cui portata si estese, automaticamente, anche al trattato di Westfalia.

92. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 42 e 45, alla cui intera opera, ed in particolare al capitolo *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, pp. 33 ss., rimandiamo per uno studio più attento ed approfondito del fenomeno della secolarizzazione dello Stato. Va segnalato come qualcuno abbia rilevato, accanto al processo di secolarizzazione, un parallelo processo di «declino della religione», intesa quest'ultima nel suo senso più profondo e spirituale, effetto certo non desiderato da Lutero ed indicato come «una delle conseguenze involontarie della Riforma protestante» (U. BECK, *Il Dio personale. La nascita della religiosità secolare*, titolo originale *Der Eigene Gott. Von der Friedensfähigkeit und dem Gewaltpotential der Religionen*, trad. S. Franchini, Roma-Bari, 2009, p. 26, parafrasando MAX WEBER).

93. F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in atti del convegno *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione. Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione* tenutosi in Roma, i giorni 27 e 28 novembre 2008, presso la facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi “Roma Tre” e pubblicati in www.associazionedeicostituzionalisti.it, pp. 2 e 10. Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. I, cit., p. 52, che afferma come, rispetto allo Stato modernamente inteso, «si può assumere convenzionalmente come punto di partenza (beninteso, con approssimazione) la pace di Westfalia (1648): poiché questa ebbe a segnare la cessazione, anche *de jure*, di ogni superstita vincolo di subordinazione delle grandi monarchie nazionali rispetto all'Impero e alla Chiesa di Roma e perciò la divisione del mondo civile in una pluralità di Stati, tra loro giuridicamente pari e reciprocamente indipendenti».

che l'*auripellum* della religione fu mezzo non di sola *giustificazione* delle nuove pratiche di governo bensì, nei termini che ci accingiamo ad illustrare, anche di *realizzazione* di queste ultime. Se è vero, infatti, che le teorie dell'assolutismo e della Ragion di Stato raggiunsero la loro prima completa formulazione durante e, in parte, a causa dei conflitti religiosi, è vero anche che già all'alba della età moderna «abolire ne' proprii Stati la giurisdizione degli stranieri, acquistarsi la somma autorità nelle cose ecclesiastiche, impedire la corrente del danaro verso Roma, e cogliere la ricca preda dei beni ecclesiastici, erano utilità sì grandi che ogni monarca doveva esserne allettato»⁹⁴. In altri termini, il «fervente zelo verso l'antica religione» dimostrato dalla casa d'Austria, anch'esso, almeno in parte, motivato da interessi politici⁹⁵, offriva una notevole e penetrante occasione sia per *giustificare* un attacco verso i due poteri universali (Chiesa e Impero), sia per trasformare l'ortodossia religiosa in ortodossia di Stato (secolarizzando quest'ultimo), sia per *concretamente realizzare* gli altri due obiettivi appena enumerati: «per l'utile dei principi e dell'impero», altrimenti, «poche spontanee braccia si sarebbero armate», mentre «per difesa della religione diedero di piglio lietamente all'armi l'agricoltore, il mercante, l'artefice. Per lo stato o pe' principi, si sarebbero sottratti dalle più lievi imposizioni; per la religione esposero beni e sangue, tutte le loro temporali speranze»⁹⁶.

Con la pace di Westfalia, dunque, gli Stati ottennero una sorta di "assolutismo esterno", in virtù del quale ciascuno di essi poteva riconoscersi sovrano, tendenzialmente svincolato da qualunque autorità superiore, dotato di una

94. F. VON SCHILLER, *Storia della Guerra dei Trent'anni*, cit., p. 28.

95. *Ibidem*. Commenta lucidamente Schiller, infatti, che non è da credere «che i principi austriaci si mantenessero divoti alla chiesa romana, sol perché la reputassero infallibile», così come «non è vero, che i principi protestanti divenissero apostati, perché erano contrari a questa opinione. Più e diverse ragioni si congiunsero per fare la Casa d'Austria sostegno de' pontefici. La Spagna e l'Italia, donde la potenza austriaca traeva gran parte delle forze sue, aderivano ciecamente al Papa; e più che altri gli Spagnuoli eransi per rispetto a ciò segnalati fin dal tempo della dominazione de' Goti; sicché il sovrano della Spagna avrebbe irrevocabilmente perduto l'amore de' sudditi, se avesse ancorché poco tollerato le aborrite dottrine di Lutero e di Calvino; e la sua apostasia dalla chiesa romana gli avrebbe tolto il regno. Il re di Spagna doveva essere un principe ortodosso, o discendere dal trono: e la medesima cosa richiedevano gl'Italiani suoi sudditi, a' quali doveva pure maggior riguardo usare, perocché il giogo straniero con somma impazienza sopportavano, e facilmente romperlo potevano. Inoltre questi Stati gli davano per competitore la Francia e per vicino il papa: motivi sufficienti a distorlo da quella setta, che annientava l'autorità pontificia, ed a costringerlo anzi a sostenere con grandissimo zelo l'antica sua religione». Allo stesso modo «i tedeschi odiavano la religione che nell'Austria proteggevasi, e ostinatamente aderirono a quelle dottrine, che la casa austriaca voleva colla spada e col fuoco estirpare. Questa inclinazione dei popoli era veemente, quell'odio era implacabile; i fanatici non temono che le cose remote, nulla curandosi di ciò che perdono; ed il furor religioso produsse quegli effetti, che attender non si potevano dalle più gravi necessità dello Stato» (F. VON SCHILLER, *Storia della Guerra dei Trent'anni*, cit., pp. 28–30).

96. *Ivi*, p. 19.

propria ortodossia politica e religiosa — sintomo di una avanzata secolarizzazione del Dominio — da ostentare nei confronti degli altri sovrani. Il passo successivo richiedeva che alla (tendenziale) realizzazione “esterna” dell’assolutismo ne corrispondesse una “interna” egualmente avanzata. Tale obiettivo, come abbiamo scritto, fu realizzato in parte a traverso l’accentramento giurisdizionale e legislativo statale. Ciò, tuttavia, poteva servire allo scopo di eliminare i poteri istituzionali interni allo Stato e a favorire il monopolio legislativo del Sovrano, ma non bastava a tramutare tutti i sudditi in elementi armonici del sistema: finché vi era dissenso, finché vi erano rivendicazioni del diritto di resistenza ed entusiasmi monarcomachi, finché circolavano eresie che costringevano il Sovrano nell’oceano dell’eterodossia, l’assolutismo dello Stato rimaneva un progetto incompiuto, con conseguenti gravi rischi per la sua stessa esistenza. Ragion di Stato, dunque, dettava che per la conservazione del Dominio dovesse essere attuato anche a livello interno l’assolutismo⁹⁷. Un tale risultato, per essere raggiunto con successo, imponeva all’Autorità statale di lavorare su due fronti, intimamente collegati tra di loro: il primo volto ad eliminare le giurisdizioni diverse da quella statale e a statalizzare il diritto; il secondo dedicato all’imposizione dell’ortodossia ed alla repressione del dissenso.

Questo spiega, in parte, per quale motivo gli Stati moderni di religione cattolica (come si vedrà *infra* § 2.3) continuarono ad essere, non ostante le proprie (tacite) pretese di secolarizzazione, il “braccio secolare” della Inquisizione ecclesiastica. Essendosi gli Stati dotati di una propria ortodossia anche in materia religiosa, infatti, i Sovrani ritennero che il lavoro degli inquisitori cattolici potesse essere sfruttato in funzione ausiliaria a quella dei Tribunali statuali⁹⁸; d’altra parte, lo Stato pontificio non interruppe mai quel rapporto di reciproca collaborazione tra giurisdizione secolare e giurisdizione spirituale (cattolica), non ostante la tendenziale emancipazione degli Stati dal potere universale della Chiesa, sia perché ciò gli consentiva di ostentare, formalmente, l’estraneità della giustizia ecclesiastica alla pena di

97. Come spiegava, infatti, il Palazzo — all’epoca uno dei più importanti teorici della Ragion di Stato —, la Ragion di Stato «è l’essenza della pace» — intendendosi per “pace” la conservazione dello Stato — vale a dire «una regola, e norma, che guida, e modera tutte le predette cose al suo fine, che sarà l’acquisto di tal pace, la sua ampliamente, e conservazione» (G.A. PALAZZO, *Discorso del governo e della ragion vera di Stato*, Venetia, MDCVI (1606), ora anche interamente digitalizzato e consultabile su books.google.it, p. 368). Se ne deduce che una forza considerata in grado di mettere in discussione l’esistenza dello Stato, quale era l’eresia, era da considerarsi un pericolo per la “conservazione” dello stesso.

98. Nota tuttavia l’Ascheri che, in alcuni casi, «l’Inquisizione Romana comunque non ebbe sempre la collaborazione degli Stati cattolici, che iniziarono anch’essi a rivendicare la propria competenza esclusiva a punire quanto avveniva sul proprio territorio e diffidavano di un potere diretto da uno Stato esterno al proprio»; esempi tradizionali, al riguardo, sono quelli di Napoli e Venezia per i quali si parla di un «precoce *giurisdizionalismo*» (M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 91).

morte (il cui uso, come vedremo, veniva tacitamente e simulatamente affidato alla giurisdizione secolare), sia perché la tutela dell'ortodossia cattolica operata dai Sovrani legati alla religione papale, quantunque tale ortodossia fosse stata inglobata in quella di Stato, consentiva ai Pontefici di mantenere una certa superiorità ed autorevolezza culturale⁹⁹. Nel contempo gli stessi Sovrani, avendo ricondotto a confusione la distinzione, altrimenti netta, tra la nozione di "crimine" e quella di "peccato"¹⁰⁰, procedettero ad una riorganizzazione complessiva della giustizia volta a rafforzare il potere della giurisdizione statale allo scopo di consolidare, indirettamente, l'*imperium* dello Stato.

È in questo contesto politico — che non a caso abbiamo rievocato — che la tortura giudiziaria "risorse" dal diritto romano e conobbe il suo periodo di maggior fortuna.

2.2. Il processo romano-canonico e la procedura inquisitoriale

Ricordate — sia pur molto brevemente — le circostanze politiche in cui si affermò la tortura giudiziaria di *ius commune*, per meglio comprendere il contesto processuale all'interno del quale questa ultima si sviluppò è necessario richiamare le caratteristiche principali del "processo romano-canonico".

Quest'ultimo era dotato di tre tipi di procedure: quella per accusa (o "accusatoria"), quella per denuncia e quella per inquisizione (o "inquisitoriale")¹⁰¹. La prima, che sorse come procedura "ordinaria", prevedeva la presenza di due controparti, l'una la quale accusava l'altra di averle lesa un diritto: il giudice terzo avrebbe deciso sulla controversia. La procedura per denuncia, che nello svolgimento era del tutto assimilabile a quella inquisitoria, prevedeva che un individuo disinteressato denunciasse alle autorità il comportamento illegale di un terzo: le autorità avrebbero provveduto ad indagare sul denunciato e, eventualmente, a processarlo ed a condannarlo. Quanto alla procedura

99. Nota l'Ascheri che, mentre «nel Medioevo la Chiesa riteneva che le ingerenze dello Stato ledessero le *libertà ecclesiastiche*, è proprio a partire dalla fine del Quattrocento che «lo Stato e il Papato si riconobbero reciprocamente, ed entrambi ampliarono i loro poteri, potendo quindi condizionare anche più pesantemente di prima la società: è il periodo della c.d. *'alleanza del trono e dell'altare'*» (M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 93).

100. È doveroso richiamare, al riguardo, la nota opera di P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, in larga parte incentrata sulla distinzione tra reato e peccato nella tradizione giuridica occidentale.

101. Cfr. E. MASINI, *Sacro Arsenale, ovvero Pratica dell'Uffizio della Santa Inquisizione; coll'inserzione di alcune Regole fatte dal P. Inquisitore TOMMASO MENGHINI Domenicano, e di diverse Annotazioni del dottore GIO. PASQUALONE Fiscale della Suprema Generale Inquisizione di Roma. In questa quarta Impressioni aggiuntavi la Settima Denunzia fatta dal suddetto Padre per li sponte Comparenti, impressa in ferrara 1687, e corretta in alcune cose la Parte Decima degli Avvertimenti, che sono posti in ordine di Alfabeto con un Indice a parte. Dedicato al Glorioso Inquisitore S. Pietro Martire*, Roma, MDCCXXX, § II, p. 14.

inquisitoriale¹⁰², questa nacque come procedura straordinaria ma, ben presto, a traverso una graduale evoluzione iniziata nel XIII secolo e conclusasi solo nel XVI, si affermò come procedura ordinaria¹⁰³; è principalmente¹⁰⁴ in essa che era previsto, “a rime obbligate”, l’uso della tortura giudiziaria.

I termini “inquisitorio/a” ed “Inquisizione” derivano dal verbo “Inquisire”, la cui provenienza è di chiara origine latina e vuol dire “processare i rei in causa criminale”; più precisamente “inquisire” viene da “*inquīro*” (composto da “*in* + *quaero*”), che significa, in senso atecnico, “cercare, cercare di scoprire” (tramutatosi nella parola italiana, oggi assai desueta, “inquerire”) e, in senso più stretto, “fare una inchiesta, fare indagini” su qualcuno (*inquirere in aliquem*) o su qualcosa (*inquirere de aliqua re*), ovvero sia, per l’appunto, “inquisire”¹⁰⁵. La caratteristica precipua, caratterizzante tutti i modelli di tipo inquisitorio storicamente verificatisi od astrattamente pensati, consiste dunque nella “promozione *ex officio* di una inchiesta”, alla ricerca del crimine o dell’eresia da sradicare, da parte di pubblici funzionari che, genericamente, possono chiamarsi “inquisitori”¹⁰⁶.

Nel sistema di diritto comune (e, in generale, in tutti i modelli di processo inquisitorio, considerati come contrapposti a quelli di tipo accusatorio),

102. Come noto la procedura inquisitoriale si articolava in due macro-fasi: l’*inquisitio generalis* (o preparatoria), che «ha la funzione di accertare l’esistenza stessa di un fatto illecito [...] e di guidare all’individuazione del presunto autore», e l’*inquisitio specialis* (o *sollemnis*), «finalizzat[a] alla raccolta di prove contro (o a favore) di colui che l’inquisizione generale ha indicato come probabile autore del fatto criminoso e, infine, alla condanna dell’imputato riconosciuto colpevole o all’assoluzione dell’imputato che risulti innocente» (A. ERRETA, *Processus in causa fidei. L’evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI – XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, 2000, pp. 22 e 23).

103. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, p. 6, al quale si rimanda per una trattazione sistematica della materia e per ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. anche il recente studio di L. PASSERO, *Processo accusatorio e processo inquisitorio. Appunti per una riflessione sull’opera di Franco Cordero*, in *Studi Senesi*, n. 115, fasc. III, 2003, pp. 530 ss.

104. La tortura giudiziaria, infatti, era usata anche nelle cause civili, la cui procedura era sempre di tipo accusatorio, cosiddette *magnae* o *arduae* e, in diversa misura, in quelle pecuniarie originate da delitto o da quasi delitto (Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, pp. 252 ss.). Deve notarsi, tuttavia, come ai tempi fosse assai meno netta la distinzione tra diritto civile e diritto criminale, e come la rilevanza pubblica delle cause appena menzionate facesse sì che, al pari del processo inquisitorio (vedi *infra*), il ricorso ai tormenti fosse giustificato dalle stesse ragioni di ordine pubblico. Cfr. anche E. FUGAZZA, *Diritto, istituzione e giustizia in un comune dell’Italia padana. Piacenza e i suoi statuti (1135–1323)*, Padova, 2009, p. 339, la quale nota come nel processo criminale piacentino — che presentava diverse peculiarità rispetto allo “schema generale” di *ius commune* — la tortura venisse considerata «strumento probatorio atto ad essere applicato anche nei processi di stampo accusatorio».

105. Cfr. A. ANTONINI (a cura di), *Dizionario italiano, latino e francese, in cui si contiene, non solamente un compendio del dizionario della crusca, ma ancora tutto ciò che v’ha di più rimarchevole ne’ migliori Lessicografi, Etimologisti, e Glossai, usciti fin ora alla luce in diverse lingue; nuova edizione, Tomo primo*, Lione, 1770, p. 366, voci “inquerire” ed “inquisire”; L. CASTIGLIONI e S. MARIOTTI, *op. cit.*, voce “*inquīro*”.

106. Sulle caratteristiche principali del sistema inquisitorio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda il pregevole, recentissimo, lavoro di P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011, pp. 139 ss.

gli stessi inquisitori erano i giudici che poi decidevano sulla questione (*inquisitor iudex atque accusator*): non c'era, come nel procedimento accusatorio, un giudice terzo ed imparziale.

Un'altra caratteristica del processo romano–canonico era il c.d. “sistema delle prove legali”. Questo sistema prevedeva che tutti gli *indizj*, compresi (come vedremo *infra*) i semplici *sospetti, per quanto lievi*, fossero considerati come *prove* nel processo, ma solo alcuni di essi (le cc.dd. *probationes plenae*) avevano una importanza tale da poter determinare la decisione e, dunque, la conclusione del processo, mentre gli altri (le cc.dd. *probationes semi-plenae*) necessitavano di altri elementi. La “regina delle prove”, vale a dire la *probatio plena* per eccellenza, era costituita dalla confessione¹⁰⁷, la quale, se non era spontanea, poteva essere estorta mediante tortura¹⁰⁸.

Il sistema delle prove legali è, dunque, legato da un inscindibile *fil rouge* con la tortura. E vi è da ritenere che non sarebbe stato possibile abolire la tortura se non vi fosse stata, com'è avvenuto negli ultimi anni della età moderna di diritto comune, una attenuazione degenerativa del livello di effettività del sistema delle prove legali (vedi *infra* § 3.6.)¹⁰⁹.

2.3. *L'Inquisizione ecclesiastica e la nascita del “diritto inquisitoriale”*

Cercheremo, ora, di soffermarci brevemente su due argomenti strettamente legati a quanto sin ora esposto ed alla storia della tortura giudiziaria in particolare, pur consapevoli del fatto che tali argomenti necessiterebbero di una riflessione più approfondita.

Il primo dei due argomenti è quello relativo alla nascita della Inquisizione ecclesiastica. Come abbiamo già accennato, nel Medioevo si diffuse in tutta Europa il processo romano–canonico e, con esso, il processo inquisitorio. Con il tempo, di pari passo al progressivo affermarsi del processo inquisitorio come procedura criminale ordinaria, gli ordinamenti dotarono i propri tribunali di appositi apparati istituzionali dedicati precipuamente alla attività inquisitoriale. Lo Stato Pontificio, come noto, non fece eccezione e, anzi, fu, sotto il pontificato di Innocenzo III, tra i primi a dotarsi di una Inquisizione organicamente strutturata (la Santa Inquisizione “medioevale”), allo scopo

107. È conosciuto, tra i giuristi, il broccardo «*confessio est regina probatiorum*». Si noti come ancora oggi sia d'uso comune definire la confessione come «*probatio probatissima*». Cfr. P. BERTOZZI, *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, VI ed., Milano, 2009, pp. 48 e 149.

108. Sul sistema delle prove legali si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979.

109. La prima opera interamente dedicata al tema è probabilmente il noto saggio di J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the ancient Règime*, cit. L'intuizione di Langbein è molto importante perché rende evidente come l'argomento della tortura non sia fine a se stesso ma sia collegato a quello, ben più ampio, sul sistema che accoglie e, in certi casi (se non in tutti), rende inevitabile l'uso della tortura. Sul punto si veda anche *infra* § 3.6.

di reprimere l'eresia. Le Inquisizioni secolari (ma non ancora "secolarizzate", dunque formalmente assoggettate ai poteri universali della Chiesa e dell'Impero) delle monarchie medioevali rappresentavano il "braccio secolare" della Santa Inquisizione, ovverosia, in altri termini, ricevevano i Rei condannati dal Tribunale pontificio per erogare loro la pena di morte, che si riteneva (simulatamente) incompatibile con l'ufficio ecclesiastico.

Negli ultimi anni del Medio evo l'Inquisizione cattolica attraversò una fase di forte attenuazione della sua attività. Con l'avvento del luteranesimo, però, vi fu una proliferazione di nuove Chiese protestanti — i cui adepti sono stati suggestivamente definiti come «nuovi cristiani, nuovi diavoli»¹¹⁰ — i quali determinarono, da un lato, una sorta di "rinascita" dell'eresia e, dall'altro, lo svincolamento dal potere papale da parte dei molti Stati che si professarono protestanti.

In pochi anni crolla un mondo costruito in un millennio. Sono molti a cogliere sia il carattere rivoluzionario del messaggio religioso di Lutero, sia l'utilità e le conseguenze pratiche delle sue riforme. Al papa di Roma, da sempre contestato ma da sempre riconosciuto come successore di Pietro, Lutero non contesta più singole prerogative, titoli o privilegi, ma dice semplicemente che il suo potere è illegittimo in radice, e che il Vescovo di Roma non rappresenta più nessuno, anzi è un corruttore della vera fede. Ai sovrani temporali si fa sapere che possono emanciparsi da ogni soggezione ecclesiastica, compresa quella politica e fiscale [...]. Lutero aggiunge, poi, una sua peculiare elaborazione dei rapporti tra Stato e Chiesa attraverso la teoria *dei due regni*, che completerà il nuovo assetto istituzionale europeo. Il *regno spirituale* e il *regno secolare* sono entrambi voluti da Dio, ma agiscono in modo diverso. Il primo è governato da Dio, attraverso la sua parola e il Vangelo, che si rivolgono essenzialmente alla coscienza dei cristiani e non possono incidere sulle regole proprie del regno secolare. [...] Anche il regno secolare riflette un disegno divino, ma in modo nascosto e indiretto, ed il cristiano deve sottostare al potere secolare, anche perché "la spada e il potere, intesi come un servizio divino particolare, si addicono al cristiano prima che a tutti gli altri individui che sono sulla terra"¹¹¹.

110. S. DA CASTIGLIONE, *Ricordi ovvero ammaestramenti*, a cura di Santa Cortesi, Faenza, 1999, p. 223, ricordo 113, riportato da A. PROSPERI, *Bilanci e nuove indagini* in ID., *L'Inquisizione romana*, cit., p. 345, testo e n. 49. Nota a tal riguardo il Cardia che il primo impatto della Riforma protestante fu quello di «moltiplicare le eresie e gli eretici in tutta Europa»; nel giro di pochi anni, difatti, sorse una quantità incredibile di nuove Chiese, tutte "cristiane" (la Chiesa protestante luterana, la Chiesa riformata svizzera di Zwingli, la Chiesa di Calvino, la Chiesa anabattista, la Chiesa puritana, la Chiesa dei quaccheri, la Chiesa metodista, la Chiesa pentecostale, la Chiesa degli avventisti, la Chiesa anglicana, la Chiesa gallicana, la Chiesa degli ugonotti, la Chiesa Unitariana dei sociniani e le varie Chiese nazionali), i cui fedeli sono tutti eretici gli uni nei confronti degli altri (C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana, seconda edizione*, Torino, 2005, rispettivamente pp. 69 e 64 ss.; ID., *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Roma, 2007, p. 16. Cfr. anche M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, pp. 82–88).

111. C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 62. Nota opportunamente U. BECK, *op. cit.*, p. 31, che due furono le reazioni, contrastanti tra loro, alle novità introdotte dalla Riforma Luterana ed alle conseguenti guerre di religione: «in seguito alle guerre di religione, nella prima età moderna

È facile comprendere come la “rinascita” dell’eresia comportò — tra le molte conseguenze introdotte dalla Riforma — il contestuale sorgere dell’esigenza di un rinvigorimento delle attività inquisitorie. Rinvigorimento che fu, peraltro, incentivato dal fatto che già nel 1478 — dunque qualche anno prima della pubblicazione delle tesi luterane — il Re Ferdinando di Aragona¹¹², su consiglio del tristemente famoso domenicano Tomas Torquemada, chiese al papa Sisto IV la creazione di una autonoma Inquisizione spagnola allo scopo dichiarato di «eliminare sistematicamente gli “eretici”»¹¹³. Le finalità dell’Inquisizione spagnola, tuttavia, dissimulavano intenti anche di tipo politico e, ottenuta l’autorizzazione, il Santo Uffizio spagnolo si rivelò fin troppo “efficiente”, trasformandosi in un «crudele strumento di dominazione sempre ed in tutto asservito alla corona»¹¹⁴. L’inquisizione spagnola, infatti, seppure nacque fregiandosi di uno scopo religioso, si rivelò fin da subito «uno strumento [...] prima di tutto politico al servizio della monarchia. Infatti solo con il ricorso alla procedura dell’Inquisizione era possibile al re intervenire nell’intero territorio soggetto alla corona superando le prerogative di autonomia delle magistrature locali e le consuetudini secolari sancite nei *Fueros*», come si chiamavano le consuetudini locali spagnole, «e difesi dalle *Cortes*», le tradizionali assemblee locali spagnole (composte da esponenti della nobiltà, del clero e delle città, alle quali spettavano i compiti di risolvere questioni aperte, approvare le leggi, ricevere il giuramento del Re e deliberare sui sussidi straordinari richiesti da quest’ultimo)¹¹⁵. È invero «accertato che in molti casi l’accusa di eresia e il ricorso alla procedura dell’Inquisizione costituì per i Re di Spagna il pretesto per interventi di repressione giudiziaria motivata da ragioni politiche»¹¹⁶.

Uno dei più grandi studiosi dell’Inquisizione ha osservato che «nell’o-

viene da alcuni deprecato il tramonto del potere temporale della Chiesa, da altri invece celebrato come il trionfo della razionalità secolare della scienza nonché dell’auto-legittimazione terrena del potere politico, due protagonisti chiave della modernizzazione che si sono liberati dalla malia della superstizione e dalle pretese del potere papale».

112. Il cui Regno di Spagna dovette far fronte alla necessità di fronteggiare una serie di rilevanti problemi d’integrazione religiosa, etnica ed economica dovuti alla presenza nel territorio dei mori (musulmani di origine mauretana, cioè nordafricana) e all’invadente ruolo degli ebrei nel commercio e nella ricchezza nazionale.

113. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 231. La inquisizione spagnola, oltretutto in Spagna, operò anche in altri Stati italiani che dipendevano dalla Corona spagnola, come la Sicilia e la Sardegna, mentre altri, che pure dipendevano dalla stessa Corona, non la conobbero (Cfr. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., pp. 92 e 93).

114. C. REVIGLIO DELLA VENERIA, voce *Inquisizione*, in A. AZARA e E. ELIA, *Novissimo Digesto Italiano*, III ed., Vol. 7, Torino, 1957, p. 723.

115. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, pp. 232 e, per quanto riguarda i *Fueros* e le *Cortes*, rispettivamente, 182-185 e 241.

116. Ivi, p. 232. Cfr. anche M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., pp. 91-93.

rizzonte del cristianesimo storico, il ricorso all'uso della forza in materia di fede era una tentazione sempre presente»¹¹⁷. Ebbene, non ostante Sisto IV avesse avanzato delle obiezioni sui metodi usati dall'Ufficio spagnolo¹¹⁸, furono proprio le procedure inquisitorie spagnole, «dotate di indubbia efficacia antiereticale»¹¹⁹, assieme all'avvento delle grandi eresie cristiane d'età moderna, ad indurre il suo ottavo successore, papa Paolo III, nel 1542, con la celebre bolla *Licet ab initio*, a ristrutturare il vecchio impianto inquisitorio medioevale¹²⁰, ormai esaurito¹²¹, dando vita ad un «organismo nuovo»¹²², l'Inquisizione romana del Santo Ufficio: congregazione che, da allora, «divenne lo strumento principale per la tutela dell'ortodossia cattolica»¹²³.

Vale la pena soffermarsi un istante ancora sulla bolla *Licet ab initio*. Alla metà del secondo paragrafo si legge che i processi devono essere istituiti «*et per viam inquisitionis vel investigationis, seu alias etiam ex officio procedendi*»¹²⁴: nessun accenno, dunque, al processo accusatorio che, ormai, era considerato obsoleto ed inefficace rispetto all'esigenza di una repressione organica e massiccia. Inoltre, nel documento viene sancito il principio per il quale si devono denunciare i sospetti «*quomodolibet*», vale a dire, spiega il Bordoni, «in qualunque modo sospetti»¹²⁵. Non veniva posta, dunque,

117. A. PROSPERI, *L'inquisizione nella storia: i caratteri originali di una controversia secolare*, in Id., *L'inquisizione romana*, cit., p. 78.

118. C. REVIGLIO DELLA VENERIA, *op. cit.*, p. 723, osserva, un poco enfaticamente, che «il Papa protestò in tutti i modi ma dovette rassegnarsi».

119. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 232.

120. Cfr. A. ERRERA, *op. cit.*, p. IX (Premessa), parla al riguardo di «reviviscenza» della «struttura giudiziaria istituita nell'età basso-medievale, per la repressione del crimine di eresia».

121. Cfr. C. REVIGLIO DELLA VENERIA, *op. cit.*, p. 722, § 6.

122. A. PROSPERI, *Inquisitori e inquisizioni*, in Id., *L'inquisizione romana*, cit., p. 189, con riferimento precipuo all'inquisizione toscana.

123. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 232. Nota I. MEREU, *op. cit.*, pp. 63–64, che «l'Inquisizione spagnola e quella romana — organizzativamente — sono uguali», vale a dire che tra loro v'è «assoluta corrispondenza» poiché «organizzativamente sono identiche» ed «entrambe non fanno che richiamarsi, per l'impianto giuridico, a quella medioevale, che resta la struttura portante». Ciò spiega per quale motivo i trattati degli Inquisitori medioevali, romani e spagnoli — dei quali scriveremo a breve — furono tutti ugualmente usati dagli apparati inquisitoriali moderni, a prescindere dalla località nella quale questi operavano o dalla autorità alla quale facevano direttamente riferimento. Si deve, tuttavia, evidenziare come la «similarità» tra la procedura spagnola e quella romana riguardasse solamente la organizzazione strutturale a livello essenziale, e non si vuol certo affermare che le due procedure siano identiche. Si vedano, al riguardo, J. A. ESCUDERO, *Perfiles jurídicos de la Inquisición Española*, Madrid, 1989 e il V. LAVENIA, A. PROSPERI, J. TEDESCHI, *Dizionario storico dell'inquisizione*, Pisa, 2010, *passim*. Per uno studio delle differenze tra inquisizione romana e inquisizione medioevale cfr. A. ERRERA, *op. cit.*, pp. 68 ss. Sulla *Licet ab initio* e la riforma protestante, oltre alle altre opere citate in questo saggio, si veda anche *ivi*, pp. 1 ss.

124. Lo stralcio è riportato da I. MEREU, *op. cit.*, p. 174.

125. Cfr. *ivi*, p. 171, a cui si rimanda anche per la citazione del Bordoni. Un'espressione molto simile è quella usata da D. DE SIMANCAS, *De purgatione canonica*, nn. 2–3: «*quantumlibet levem*». Il principio verrà poi ribadito nel 1623, con le disposizioni al riguardo impartite dalla Sacra Congregazione.

nessuna distinzione tra accusato e sospettato.

Strumento assai utile allo scopo di ‘cercare i sospetti’ fu quello della confessione, la quale «entrò per molte vie nei percorsi dell’Inquisizione»¹²⁶, tanto che si può considerarla «un’importante alleata»¹²⁷ di quella¹²⁸ e tanto che i confessori assunsero indubbiamente «un’importanza decisiva per costruire individui e società senza peccato»¹²⁹.

La *Licet ab initio*, in poche parole, fu il trionfo del sistema persecutorio per sospizioni (vedi *supra* § I.4.I), *quantumlibet levem*, basato su *indizj*, *fama* e soprattutto *praesumptio culpae*, *pro bono fidei*¹³⁰, istituzionalizzata ad *instrumentum regni*¹³¹, dettata dal libero, assai discrezionale, *convincimento dell’Inquisitore* “*iudex atque accusator*”. E se tutto ciò veniva giustificato in nome dell’antico motto *Extra Ecclesiam nulla salus*, una analisi più approfondita delle procedure inquisitoriali consente di svestire l’Inquisizione di quei fregî spiritualistici dietro i quali si nascondeva, lasciando scoperta la funzione politica dell’accrescimento dell’*imperium* a traverso la tutela dell’ortodossia rispetto alla quale l’Ufficio fu strumentale (*instrumentum regni*). Tale constatazione costituisce, a nostro avviso, un punto di partenza ineludibile

126. A. PROSPERI, *Introduzione*, in Id., *L’Inquisizione romana*, cit., p. XXV.

127. Ivi, p. XXVII.

128. Il vincolo della segretezza ed il carattere orale della confessione non ostavano più di tanto all’utilizzo di quest’ultima a scopi indiziari. I due ostacoli in questione furono aggirati in modo diverso, se pure altrettanto efficace, a seconda dei luoghi. Se Paolo IV, consolidando una prassi già radicata, impose la denuncia all’Inquisizione di eretici, stregoni, streghe &c. non solo come condizione di validità della confessione, bensì come obbligo da rispettare, pena scomunica, la cui trasgressione (concretantesi dunque in peccato) non poteva essere espiata neppure con la confessione stessa (cfr. A. PROSPERI, *Introduzione* in Id., *L’Inquisizione romana*, cit., p. XXVII), in Portogallo invece si preferì percorrere la strada del cosiddetto *sigillismo* o *antisigillismo* (i due termini vengono dalla parola *sigillo*, con la quale s’intende il vincolo confessionale che, come scriveremo, veniva infranto dai confessori portoghesi), pratica volta a rendere trasparente il contenuto delle confessioni a traverso la richiesta, al confessante, dei nomi e degli indirizzi dei complici; il confessore si sarebbe quindi impegnato a individuare i «complici del peccato» perché potessero essere puniti. Solo così, si diceva, il peccato poteva essere espiato per intero, con piena soddisfazione del confessante. Significativo il fatto che nel Concilio di Trento si parlò «della confessione come di un tribunale e dei peccatori come “rei” (sessione XIV, “canones de poenitentia”, cap. II); [si] definì l’assoluzione come un “actus iudicialis” analogo alla sentenza del giudice (cap. VI) e la penitenza inflitta o “satisfactio” non tanto come medicamento di una infermità ma come vendetta e castigo dei peccati (cap. VIII). Di contro, in modo quasi speculare, emerse saltuariamente nell’opera dell’Inquisizione la tendenza dei giudici a svolgere un’azione non di strumenti della giustizia come vendetta ma di “medici dell’anima”, ascoltando in confessione l’eretico pentito e ricorrendo all’abiura segreta» (Cfr. A. PROSPERI, *Bilanci e nuove indagini*, cit., pp. 413 ss.; ivi, p. 419, per la lunga citazione).

129. Ivi, p. 418. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 26, nota come il ruolo dell’Inquisizione e quello del confessore fossero, per così dire, “speculari”: «l’inquisizione, come ‘foro esterno’, accerta e condanna per crimini ‘esterni’ e passa il condannato al ‘braccio’ secolare (laico) per l’esecuzione; il confessore, come ‘foro interno’, condanna o assolve dal peccato, con eventuali conseguenze sull’appartenenza del reo alla Chiesa (la ‘scomunica’ lo esclude formalmente)».

130. Cfr. I. MEREU, *op. cit.* p. 116.

131. Cfr. Ivi, p. 134.

per individuare il ruolo che la tortura giudiziaria svolge in tali circostanze: una nozione, quest'ultima, che è fondamentale acquisire ai fini della nostra ricerca circa la natura intima ed intrinseca dell'istituto.

Quanto alle norme che disciplinavano il processo inquisitorio, va detto che la legislazione in materia criminale, tanto nel Medio evo quanto nell'età moderna, specie con riguardo alla procedura, fu assai rada, dal momento che si riteneva sottinteso il ricorso al diritto comune per tutti i casi non regolati dalla legislazione locale¹³², la quale interveniva in genere più per eccepire o "consolidare" che non per innovare o codificare¹³³, sicché assunse enorme rilievo il ruolo della dottrina¹³⁴, che arrivò ad elaborare dei veri e propri "manuali" per inquisitori¹³⁵.

Quanto detto non ci sembra essere in contraddizione con il fatto, noto agli studiosi di storia del processo criminale, che, in età moderna, venne operata dai Sovrani una cospicua produzione legislativa in materia di procedura inquisitoriale, con la quale si accrebbe notevolmente la mole di legislazione in merito al diritto criminale, in quanto, come già premesso, tale produzione rispondeva ad uno scopo accentratore assolutistico e tutt'altro che sostanzialmente innovativo¹³⁶. Il genere manualistico inquisitoriale, a lungo trascurato dalla dottrina (tranne che dagli storici della tortura o dagli studiosi del fenomeno dell'eresia), sta conoscendo oggi una nuova fortuna: sia perché offre la possibilità di ricostruire con soddisfacente chiarezza la procedura inquisitoriale di diritto comune, la quale, è stato notato, costituiva un vero e proprio «diritto inquisitoriale» — apparentato ma distinto ed autonomo rispetto al diritto canonico, che pure aveva fornito il maggior contributo nella elaborazione delle procedure inquisitoriali del processo romano-canonico¹³⁷ — dotato di «una propria "tecnica", una tradizione au-

132. Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, p. 95.

133. Il termine 'consolidato', da noi utilizzato nel testo, va inteso senza particolare rigore — guardando, cioè, alle intenzioni concrete del legislatore — dacché nutriamo profonde perplessità sul piano teorico in merito al fatto che possa esistere una 'consolidazione' senza 'innovazione'. Nell'impossibilità di soffermarci oltre sull'argomento e di motivare sufficientemente il nostro pensiero, non possiamo che rimandare alle pregevoli e condivisibili riflessioni del noto saggio di U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, pp. 92 ss.

134. Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, p. 114.

135. Esempio classico della suddetta circostanza è rappresentato proprio dalla tortura giudiziaria, per la quale, nota l'Ascheri, «c'è infatti tutta una trattatistica in merito (i vari trattati dei dottori di diritto comune *de tormentis*) che [ne] disciplinava l'esercizio [...], oltreché poche decretali e norme statutarie» (M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., pag. 28). Inoltre, rileva altrove lo stesso Autore, «gli statuti spesso contenevano norme obsolete, superate dalle varie provvisori stratificatesi nel tempo; erano divenuti a volte o per certe materie un simbolo, un contrassegno di identità, più che una realtà normativa» (Id., *I diritti del medioevo italiano. Secoli XI–XV*, Roma, 2003, p. 349).

136. Sulla legislazione in materia criminale in età moderna, anche in tema di tortura giudiziaria, si veda E. DEZZA, *Pour pouvoir au bien de notre justice*, cit.

137. Si veda *supra* § 2.2. Quanto al diritto inquisitoriale, I. MEREU, *op. cit.*, p. 41, n. 6, spiega

tonoma, che si tramanda sempre nella prassi dei tribunali dell'Inquisizione ed è l'unico diritto che effettivamente sia applicato»¹³⁸; sia perché, come

che «parliamo del diritto *inquisitoriale* come di una parte “autonoma” del diritto penale canonico, perché è fondato tutto su un diritto “eccezionale” (gli “*specialia*” dell'Inquisizione) con proprie leggi, istituti particolari (quali il concetto “speciale” di eresia, di purga, di abiura, di ammonizione, ecc.); una prassi singolare, tramandata e consolidata; dei giudici particolari — che non debbono essere (necessariamente) canonisti o teologi, ma solo inquisitori; tutta una propria lettura “poliziesca”, che con il diritto canonico vero e proprio ha poco di comune. È, in altre parole, una branca del diritto a sé stante (come il diritto di pubblica sicurezza, oggi); e continuare a trascurarla, o a misconoscerla (come pure si è fatto — vedi nota successiva —) non giova affatto per intendere lo svolgimento effettivo del diritto penale. Infatti, è molto importante individuarlo storicamente, non solo perché senza aver chiaro questo *diritto inquisitoriale* non s'intendono i mezzi che la Chiesa ha usato per “punire tutti i delitti contro la fede, i costumi (e) la disciplina delle pratiche” (“fu questo” aggiunge il Le Bras, che ha scritto il brano che precede, “sempre uno dei principali temi dei concili e delle decretali” [...]), ma non s'intende nemmeno tutta l'influenza che esso ha avuto — come modello — sul diritto di pubblica sicurezza degli Stati dell'Europa continentale». La citazione del Le Bras è tratta da G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Bologna, 1976, p. 235.

138. I. MEREU, *op. cit.*, p. 25. Cfr. anche A. ERRERA, *op. cit.*, p. IX (Premessa), che rileva come i manuali inquisitoriali, nel tentativo di «individuare e descrivere le specifiche regole di funzionamento della giurisdizione inquisitoriale», davano vita ad una autonoma «regolamentazione» che «non era contenuta [...] in una raccolta ufficiale e completa di disposizioni normative, sicché la trattazione ragionata e organica della procedura antiereticale (peraltro assai estesa e articolata), poteva essere desunta solo dai testi che la dottrina avesse specificamente concepito per la formazione degli inquisitori». Si è a lungo dibattuto circa l'esistenza di un diritto inquisitoriale. Senza voler noi entrare nella polemica specifica, che oggi ci auguriamo conclusa a favore dell'esistenza di un diritto inquisitoriale distinto dal diritto canonico ufficiale, ci limitiamo a riportare le parole al riguardo del Mereu (I. MEREU, *op. cit.*, p. 41, n. 6 — che trascriviamo completa dei riferimenti bibliografici originali, riveduti ed integrati per nostri tipi): «non si comprende perché tale individuazione (o specializzazione) [cioè l'esistenza del diritto inquisitoriale] non è stata accettata dai “canonisti” ufficiali del nostro secolo. A Léon Garzend, che aveva proposto una distinzione netta fra eresia inquisitoriale ed eresia canonica (nella sua opera L. GARZEND, *L'inquisition et l'hérésie: distinction de l'hérésie théologique et de l'hérésie inquisitorial, à propos de l'affaire Galilée*, Paris, 1912 [il Mereu indica come anno di pubblicazione di quest'ultima opera il 1913, essendo probabilmente in possesso di una ristampa]) è stato risposto molto sbrigativamente (E. VANCARD, voce *Galilée*, in A. VACANT, E. MANGENOT e È. AMANN [a cura di], *Dictionnaire de théologie catholique, contenant l'exposé des doctrines de la théologie catholique, leurs preuves et leur histoire*, Paris, 1928–1930, vol. V, col. 1094) che la teoria non si giustifica storicamente. Forse è vero proprio il contrario. Solo che ammettere ciò vuol dire riconoscere l'esistenza di una pratica poliziesca molto “dura” che è meglio mascherare sotto l'orpello di finti istituti canonistici». In realtà, dunque, la negazione dell'esistenza di un diritto inquisitoriale sembra collocarsi nell'ambito di una polemica ben più ampia, vale a dire quella sulla “crudeltà” della Inquisizione ecclesiastica negli anni della Inquisizione, alla quale vi era — e vi è — chi rispondeva con atti d'accusa rivolti ai metodi ecclesiastici nel diritto comune, chi invece s'impegnava a difendere l'operato della Chiesa riconducendo l'uso di alcune violenze — come la tortura giudiziaria — ad abusi della pratica (i quali, secondo altro pensiero, costituirebbero invece l'uso, e non l'abuso, di quello che noi chiamiamo diritto inquisitoriale) o ad un tratto quasi (ci si consenta l'espressione) “folkloristico” della giustizia del tempo in cui esse vennero praticate, sottolineando come, anzi, i Papi cercarono di mitigare gli abusi di tali atti rivelandosi più misericordiosi degli altri Sovrani dell'epoca (si veda, ad esempio, C. C. FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, che intitola il § 3 del Capitolo V — pp. 170 ss. — “i Papi moderarono la tortura”); più celebre è l'opera di L. VON PASTOR, *Storia dei Papi. Dalla fine del Medioevo*, Roma, 1942, vol. 6, ove l'Autore celebra in più occasioni la mitezza del pontefice Pio IV; andando ancora indietro nel tempo può ricordarsi G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica. Da San Pietro sino ai giorni nostri*,

è stato osservato, contribuisce in misura notevole alla ricostruzione della «silhouette» dell'inquisitore, che vediamo (ossimoricamente) stretto, da un lato, in un «apparato di attrezzi di tortura» e, dall'altro, tra «libri di teologia,

Venezia, 1840–1879, vol. 35, p. 46, che commentava così l'operato della Inquisizione: «dolcissima e paterna fu sempre la condotta tenuta dai tribunali di Roma»). Vi è persino chi, come J. HELBING (*Die Tortur*, vol. II, Berlin, 1907, pp. 221–232) e C. C. FORNILI (*op. cit.*, p. 172), polemizzando con il P. PICCA (*La Tortura a Roma. Vicende storiche e abolizione*, Roma, 1906, p. 17), che aveva rilevato come lo Stato pontificio fu l'ultimo Stato ad abolire la tortura, ed accusandolo di «leggerezza storica», è arrivato a capovolgere, pur di difendere l'operato della Chiesa, il dato storico, presentando lo Stato pontificio quasi alla stregua di un precursore della lotta per l'abolizione della tortura in ambito umanitario dal momento che a Parma, negli Stati Uniti, in Galizia ed in Russia erano autorizzate, tra la metà del XX secolo e gli inizi del XXI secolo, dunque ben dopo l'abolizione della tortura giudiziaria nello Stato Pontificio, forme di violenza legale contro gli imputati ed i detenuti, le quali tuttavia non hanno nulla a che vedere con la tortura giudiziaria *stricto sensu* e il relativo movimento abolizionista. In questo percorso metodologico sembrano doversi collocare anche quelle opere che si sono interrogate sulla giustificazione teologica della Inquisizione (ricordiamo, ad esempio, il noto saggio di F. BUZZI, *Esiste una giustificazione teologica dell'Inquisizione?*, in *Studia Borromaica*, vol. 23, Milano, 2009, pp. 209 ss.). Questa polemica, francamente, ci lascia molto perplessi; compito degli storici e dei giuristi dovrebbe essere quello di ricostruire le vicende del passato, analizzarle, commentarle criticamente, ma mai giudicarle. Si può dire che le pratiche messe in atto dalla Inquisizione ecclesiastica furono spesso crudeli, così come si può — anzi, si deve — prendere atto delle violenze usate nel passato per evitarle nel futuro; ciò che non si dovrebbe fare, invece, è tentare così di condannare come di difendere istituzioni lontane nel tempo, nel tentativo ora di sminuire ora di amplificare l'autorevolezza delle loro «pronipoti» contemporanee, che ben poco hanno a che vedere con le antenate. D'altro canto va detto che chi ha sostenuto e continua a sostenere la minore responsabilità dello Stato pontificio rispetto all'opera degli altri Stati che composero il panorama europeo negli anni della Inquisizione, arrivando talvolta ad impegnarsi persino nell'impresa di presentare l'operato della Chiesa nei tempi del diritto comune come un esempio di caritatevolezza, rischia di essere facilmente tacciato di revisionismo. Come è stato scritto, «sono ricorrenti i tentativi revisionistici che cercano di attenuare le responsabilità della Chiesa nell'uso della forza e della violenza inquisitoriale contro i cristiani. Si ricorda che la tortura era utilizzata, sin da epoca romana, nei processi criminali, e che anzi nei tribunali dell'Inquisizione se n'è fatto un uso più umano. Si cerca di comprendere il ricorso all'Inquisizione inserendolo nel contesto storico e nello spirito dell'epoca che vedeva nell'eresia lo strumento di divisione della società. Sono poveri tentativi di attenuare colpe storiche terribili, che potrebbero essere usati per giustificare qualunque totalitarismo antico o più recente. E che dimenticano il profilo più drammatico dell'intera vicenda: l'essere stata l'Inquisizione creata, pianificata, utilizzata da Uomini di Chiesa che dovevano rispondere ai principi evangelici come ai principi ispiratori della propria mente e della propria azione» (C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 45–46). I. MEREU, *op. cit.*, pp. 73 ss., alle quali si rimanda per una critica molto ben argomentata, seppure un po' enfatica nei toni, circa le tesi della «mitezza» dei Pontefici, nota come «l'Inquisizione romana che Paolo III ha istituito e che gli altri pontefici non faranno altro che riconfermare e potenziare, nasce con dei connotati ben precisi: ha come ideologia deterrente il pensiero dei Padri della Chiesa; ha come strumentario legislativo quello degli imperatori «romano-cristiani» e dei pontefici del medioevo; ha come apparato tecnico tutta l'esperienza fatta in secoli di applicazione del sistema dagli inquisitori; e infine, ha come innovazione il controllo centralizzato di tutto l'apparato preso dall'Inquisizione spagnola. È un «ibrido» che nasce dall'intolleranza «costituzionale» dei Padri, dalla ferocia legalitaria medioevale e spagnola unite tutte insieme, e indubbiamente non può essere portata come esempio di «mitezza». Nel 1994 papa Giovanni Paolo II, con la nota enciclica *Tertio Millennio Adveniente*, ammise, una volta per tutte, le violenze praticate dalla Chiesa negli anni della Inquisizione, condannandole. Questo gesto di discontinuità ha reso, a nostro modo di vedere, del tutto sterile il dibattito sulla «colpevolezza» della Chiesa in riferimento all'operato degli inquisitori ecclesiastici di diritto comune.

di diritto, di devozione»¹³⁹

Nell'epoca della riforma cattolica, nota il Mereu, il diritto inquisitoriale — che è il secondo argomento sul quale desideriamo soffermarci — «ha ormai una sua tradizione, e numerose si stampano le opere dei “maestri” (antichi o contemporanei). Si pubblicano così: *trattati, prassi, opere o spiegazioni, questioni, istruzioni, repertori, direttorii, modi*, come vengono titolati parte dei lavori con linguaggio burocratico e curiale; oppure: *lucerne, martelli, arsenali, flagelli*, come vengono denominati altri rifacendosi a un'analogia illuminante; oppure, ricorrendo a un linguaggio icastico o perentorio, *aforismi, o prescrizioni*. Come non mancano — già da allora — i dogmatici che fingono di fare gli storici [qui il riferimento è al *De origine Sanctae Inquisitionis* di Ludovicus a Paramo], e quanti si occupano del *demoniaco*. / Dare un giudizio su ognuna di queste opere è qui impossibile e non servirebbe. A leggerli si resta impressionati per la concordanza di opinioni (la *communis opinio*) che esiste fra gli antichi e i nuovi. Sembrano tutti contemporanei e tutti “commentatori” della *Licet ab initio*»¹⁴⁰.

In questa letteratura manualistica i “maestri” più quotati e citati sono per la maggior parte spagnoli — le procedure dell'Inquisizione spagnola e quelle della inquisizione romana, nelle loro strutture fondamentali, sono infatti, come già accennato, le medesime, ed entrambe sono da modello per tutte le giurisdizioni secolari (vedi *supra* § 2.2) — in quanto «la nazione che culturalmente “guida” l'Europa (cattolica)» in quel tempo è proprio la Spagna¹⁴¹. Tra i manualisti spagnoli vanno menzionati, più di tutti, Alfonso De Castro e Diego de Simancas¹⁴². Vanno poi ricordati due Maestri inquisitori appartenenti al periodo medievale i cui Manuali godettero di buona fortuna anche nell'epoca moderna: si tratta del francese Bernardo Gui¹⁴³ e dello spagnolo Nicolas Eymerich¹⁴⁴, la cui opera poté giovare, in epoca moderna, degli aggiornamenti del giudice rotale

139. A. PROSPERI, *L'arsenale degli inquisitori*, edito dapprima come saggio introduttivo al catalogo della Mostra della Biblioteca Casanatense, *Inquisizione e Indice nei secoli XVI–XVIII, Controversie teologiche dalle raccolte casanatensi*, Vigevano, 1998, ora in A. PROSPERI, *L'inquisizione romana*, cit., da cui citiamo. La citazione riportata nel testo si trova a pagina 314.

140. I. MEREU, *op. cit.*, p. 25. Sull'evoluzione della manualistica inquisitoriale si rimanda, per tutti, ad A. ERRERA, *op. cit.*, particolarmente per quanto riguarda le pp. 83 ss., 247 ss., 285 ss.

141. I. MEREU, *op. cit.*, pp. 29–30.

142. Ivi, p. 30.

143. Cfr. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 28.

144. Cfr. M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 28. Sul punto cfr. anche A. BORROMEIO, *A proposito del “Directorium inquisitorium” di Nicolás Eymerich e delle sue edizioni cinquecentesche*, in *Critica Storica*, n. 20, 1983, p. 545 ss. Sull'importanza del trattato dell'Eymerich in epoca medioevale si veda anche A. ERRERA, *op. cit.*, pp. 19 ss. Si segnala che del trattato dell'Eymerich è, in tempi recenti, uscita una edizione, tradotta in italiano, per i tipi di Piemme, arricchita delle aggiunte di F. Peña e curata da R. Cammilleri (FRA N. EYMERICH, *Manuale dell'inquisitore. Vademecum medievale ad uso degli Inquisitori*, Casale Monferrato (AL), 1998).

romano Francisco Peña.

Quanto ai “maestri” italiani, due ne vanno ricordati in modo particolare¹⁴⁵. Il Farinacci¹⁴⁶, per cominciare, che fu il primo laico a scrivere un lavoro sull’eresia — il *Tractatus De Haeresi* (1616) — «fatto molto strano per questo tipo di letteratura», segno che «ormai Roma preferisc[e] che la materia sia trattata anche dai laici, come un argomento d’interesse generale». Il *Tractatus De Haeresi*, però, fu solo l’ultimo di una lunga serie di titoli¹⁴⁷ dedicati dal Farinacci all’argomento della procedura criminale, a cominciare dall’originale *Variae quaestiones et communes opiniones criminales* del 1588 e per finire con il notissimo *Praxis et theorica criminalis* che del primo rappresenta una riedizione piuttosto appesantita¹⁴⁸. Si tratta di un Autore tra i più citati, il quale tuttavia «non ha niente di originale, né di nuovo dal punto di vista intellettuale, ma ha il pregio di riassumere tutte le opinioni espresse su un certo problema da tutti i “maestri” precedenti»¹⁴⁹. Dopo il Farinacci, è stato osservato, «in Italia è un monotono susseguirsi di trattati e di pratiche criminali, che soffocano ogni sforzo di originalità in un pesante apparato di rigiri dialettici e di citazioni»¹⁵⁰.

Tra i numerosissimi “manuali” che circolarono in quegli anni, tanti da costituire una «vasta e fitta selva [...] oscura dove è facile smarrirsi»¹⁵¹, poi, uno si distinse particolarmente per linguaggio e per ampiezza di diffusione: il *Sacro Arsenale* (cit.)¹⁵², Pratica dell’Ufficio della Santa Inquisizione redatta

145. Per un elenco più completo dei maestri inquisitori italiani, e dei loro manuali, si rimanda a P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., in particolare il vol. I, pp. 163 ss.

146. Sulla figura di questo avvocato fiscale popolarissimo al suo tempo si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. MAZZACANE, voce *P. Farinacci*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 45, Società Grafica Romana, Roma, 1995, pp. 1-4 e N. DEL RE, *Prospero Farinacci: giureconsulto romano (1544-1618)*, Roma, 1999.

147. Cfr., sul punto, N. DEL RE, *op. cit.*, p. 90.

148. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, p. 163, la ritiene «quanto mai complicata e pesante». Per il piano dell’opera si veda, *ibidem*, la nota 163. Anche ANTONIO PERTILE, *op. cit.*, vol. 5 (*diritto penale*), p. 45, nota l’eccessivo appesantimento del testo di Farinacci: «oltre dare le norme che reputava meglio fondate nelle leggi e nell’uso, egli si era proposto di raccogliere tutto ciò che nelle materie criminali era stato scritto fino a lui, in maniera da rendere superflui tutti gli altri libri. Ma ciò ha reso la sua opera, come assai voluminosa così incomoda; al che si aggiunse la forma che tenne nell’espore i propri precetti, la quale mentre è soverchiamente scolastica, a forza di limitazioni, eccezioni, ed eccezioni di eccezioni, non solo stanca il lettore, ma gli fa perdere il filo del discorso. Ciò non ostante il Farinaccio tenne a lungo il primato nelle scuole e nei tribunali in Italia e fuori, e servi non poco, insieme col Chiaro ed altri dei nostri, alle opere dell’olandese Anton Mattei, e dei tedeschi Berlich, Carpzov e Böhmer, non ignote ed inusate nemmeno fra noi».

149. I. MEREU, *op. cit.*, p. 31.

150. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., p. 164.

151. A. PROSPERI, *L’arsenale degli inquisitori*, cit., p. 317, rievocando, suggestivamente, il dantesco incipit della *Divina Commedia*.

152. Tra le numerosissime edizioni dell’opera, ci siamo rivolti a quella probabilmente meno risalente e più completa (del 1730), grazie anche alle aggiunte ed alle annotazioni successive di altri due autorevoli inquisitori come Tommaso Menghini e Giovanni Pasqualone.

dall'inquisitore Eliseo Masini da Bologna, la cui prima edizione è del 1621. Scrive il Fiorelli che «questo libretto fortunatissimo si nota fra tutti per l'uso della lingua volgare e per la ricchezza dei formulari processuali che presenta come modello. Ebbe non meno di tredici edizioni, fino almeno al 1730, le ultime due delle quali, dal 1693, con aggiunte dell'inquisitore Tommaso Menghini e con annotazioni dell'altro inquisitore Giovanni Pasqualone; sotto il nome dei quali l'opera si trova talvolta citata. Il Masini, o Masina, fu domenicano, professore di teologia nelle scuole del suo ordine, e inquisitore a Mantova, Ancona e Genova; morì nel 1627»¹⁵³. Adriano Prosperi, in un noto saggio dedicato proprio al genere letterario dei “manuali” per inquisitori¹⁵⁴, scrive che il *Sacro Arsenale* «fu, senza dubbio, il più diffuso e conosciuto manuale degli inquisitori [. . .]. Manuale diffusissimo: fra il XVII e il XVIII secolo, ebbe continue ristampe, con aggiornamenti e aggiunte, tra cui anche la celebre *Instructio pro formandis processibus in causis strigum, sortilegiorum et maleficiorum*»; genericamente dedicato a san Pietro Martire, «seguendo la tradizione di quel modo di vedersi degli inquisitori come candidati al martirio», il libro «intende offrire un prontuario per il disbrigo delle materie d'ufficio a una burocrazia inquisitoriale sempre più numerosa (tanto da coincidere quasi col clero delle parrocchie e dei conventi) e che non sempre si trovava a suo agio con i testi latini»¹⁵⁵. L'opera del Masini, è stato osservato, «è importante, non solo perché è stata scritta in lingua italiana, ma perché ci dà il modello di tutte le “pratiche” che bisognava compilare quando l'Inquisizione procedeva a un qualunque atto giudiziario. Tutto il procedimento è così di fronte a noi: da quando l'inquisitore chiama un imputato o cita un testimone, a quando inizia l'interrogatorio, alla tortura; oppure quando redige le diverse sentenze di rito; con tutte le varianti, le eccezioni e le dovute cautele che sempre bisogna inserire»¹⁵⁶. Il manuale di Masini ha, inoltre, il «pregio di indicare con una chiarezza che è inconsueta nei precedenti trattati di diritto inquisitoriale [. . .] gli istituti caratteristici del processo antiereticale»¹⁵⁷, escludendo «qualsiasi citazione dottrinale» e così «ipostatizza[ndo] ormai definitivamente lo schema di un manuale di

153. P.FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, p. 158, n. 135. Secondo I. MEREU, *op. cit.*, p. 31 le edizioni del *Sacro Arsenale* furono «ben 15 [. . .] e si continuò a stamparlo fino ai primi del '700». L'importanza del Masini è ricordata, oltre che da Fiorelli, Mereu e Prosperi, che abbiamo già richiamato, anche da M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 90. Sulla vita e le opere di Masini e sulla gestazione e la struttura interna del *Sacro Arsenale*, oltreché per relativi ulteriori riferimenti bibliografici ed archivistici relativi all'A., si veda V. LAVENIA, voce *Eliseo Masini*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 71, Roma, 2008, pp. 616–619. Sulle ristampe del *Sacro Arsenale* si veda anche A. ERRERA, *op. cit.*, pp. 287 ss.

154. A. PROSPERI, *L'arsenale degli inquisitori*, cit., pp. 311 ss.

155. Ivi, p. 316.

156. I. MEREU, *op. cit.*, p. 31.

157. A. ERRERA, *op. cit.*, p. 52.

procedura»¹⁵⁸. Il fatto che il tribunale di riferimento del Masini fosse quello del Santo Uffizio, d'altronde, non svilisce affatto il valore dell'opera, dacché, come abbiamo già più volte richiamato, l'ordinamento giudiziario ecclesiastico era «pienamente conforme alle strutture fondamentali dell'universale procedura penale» e, in esso, si presentavano tutti i profili «propri del diritto comune in generale»¹⁵⁹. In altri termini, il *Sacro Arsenale* di fra' Masini, «per chi guarda al diritto dal punto di vista dell'effettività è un testo fondamentale» per la comprensione della procedura criminale di diritto comune (specie, ma non solo, per quanto riguarda l'età moderna), così come doveva essere altrettanto importante ai suoi tempi, data la enorme diffusione e l'incredibile numero di ristampe che ebbe¹⁶⁰.

Il titolo dell'opera, che non fu spiegato ai lettori in quanto «dovette apparire del tutto trasparente, nel dominante gusto barocco delle metafore», è particolarmente significativo: «il nome "arsenale" evocava l'immagine dantesca di un luogo di intenso e continuo lavoro, un deposito di strumenti di importanza strategica; e il manuale del Masini si apriva proprio con la chiara enunciazione di quali fossero le categorie di nemici contro i quali operava il tribunale. Ma questa funzione offensiva e aggressiva era qui trasformata dall'attributo "sacro". Col gusto degli ossimori che distingue la cultura letteraria dell'epoca, si voleva non già spaventare i lettori con la minaccia delle armi ("arsenale") ma incuriosirli e attirarli con la promessa della dolcezza ecclesiastica. Le armi appena brandite rivelavano subito la loro natura metaforica: nimbi dorati e trionfi d'altare ne sfumavano la minaccia. Del resto, il linguaggio corrente nella letteratura religiosa aveva da tempo inalberato forme bellicose ma tutte riferite a una battaglia interiore, quella del "combattimento spirituale", secondo la definizione di Lorenzo Scupoli che ebbe tanto successo»¹⁶¹.

2.4. La "rinascita" della tortura giudiziaria dalle ordalie

Per molti versi l'avvento del diritto comune e del processo romano-canonico fu vissuto dai contemporanei come un "salto di qualità" verso un diritto più autorevole e raffinato, quale era considerato il diritto romano. Un esempio di ciò è costituito proprio dalla maniera nella quale venne inteso l'uso della

158. Ivi, p. 281, ove si mette a confronto del *Sacro Arsenale*, per contrasto, il *Tractatus di Carena*, altro manuale diffusissimo, il quale però, contrariamente a quello del Masini, «tramanda invece in modo inalterato il complesso delle opinioni espresse dalla dottrina tradizionale e non interviene in alcun modo per rendere più semplice o accessibile la materia». Cfr., sul punto, anche A. BORROMEO, *op. cit.*, n. 20, 1983, p. 545 ss.

159. I richiami sono alla citazione di M. MECCARELLI che abbiamo già riportato in nota 57.

160. I. MEREU, *op. cit.*, p. 31.

161. A. PROSPERI, *L'arsenale degli inquisitori*, cit., pp. 316-317.

tortura giudiziaria che, ritrovata dalle fonti romane, fu vista come un istituto più affidabile e “garantista” delle ordalie del processo barbarico, nonché dei duelli della giustizia feudale e del giuramento¹⁶². Questi ultimi tre istituti venivano chiamati con il nome di *purgationes vulgares* e consistevano in una *prova giudiziaria*, totalmente autonoma rispetto ai fatti, che gli imputati dovevano sostenere per dimostrare di essere innocenti. Nel caso dell’ordalia, la risoluzione della vertenza era subordinata al conseguimento di una prova fisica sovente assai ardua (come, ad es., uscire indenne da un groviglio di fiamme); il duello consisteva in una sfida corporale tra due litiganti; il giuramento si basava su una dichiarazione di innocenza pubblicamente fornita dall’accusato ad un gruppo di *conjuratores* (compurgatori) i quali testimoniavano sulla buona fama del reo, decretandone così l’innocenza.

Si parlerà, invece, di *purgatio canonica* in riferimento a un istituto molto simile al giuramento, ma che da questo differiva in quanto i *conjuratores* giuravano rispetto alla credibilità della dichiarazione dell’accusato circa i fatti raccontati e non sulla qualità della persona¹⁶³. Ebbene, la *purgatio canonica* fu, inizialmente, incoraggiata dai Pontefici medioevali come forma di superamento delle *purgationes vulgares*. L’uso della Purgazione Canonica, tuttavia, divenne progressivamente sempre più limitato e raro, in quanto considerato rimedio fragile, laddove la procedura inquisitoriale ne offriva uno alternativo, quello della tortura, che appariva come assai più efficiente. Inoltre molti dei Maestri inquisitori, quelli appartenenti alla “fazione controriformista” (in polemica con quella “medievalista”), come è stata acutamente definita dal Mereu¹⁶⁴, sostenevano la eccessiva crudeltà della *purgatio canonica*, dal momento che essa non escludeva dalla procedura né la tortura giudiziaria né la erogazione di pene accessorie. Secondo i *controriformisti* «nessuno deve essere punito per lo stesso delitto con una pena doppia»¹⁶⁵. Le argomentazioni della fazione controriformista erano, piuttosto, tutte a favore della tortura giudiziaria: «è inutile sottoporre a più tipi di “pene” un individuo, quando il giudice può sfruttare meglio quella che ha cominciato ad usare. Se il giudice nutre ancora qualche sospetto, potrà intensificare la tortura e ripeterla». Probabilmente — è la tesi, a nostro modesto avviso assai convincente, di

162. Al riguardo, precisa Ascheri, va notato come «è facile oggi dire che in fondo [la tortura giudiziaria] è un’ordalia perché a rigore, nel contesto religioso, dipendeva pur sempre dal favore divino resistere o meno ad essa. Ma così non fu intesa, aprendosi la strada al suo impiego per secoli» (M. ASCHERI, *I diritti del medioevo*, cit., p. 241). Non è un caso che l’accostamento tra tortura ed ordalia costituirà una delle argomentazioni più originali contro la tortura giudiziaria nel pensiero di Verri e di Beccaria (vedi *infra* § 3.).

163. I. MEREU, *op. cit.*, pp. 149 ss., mette in rilievo come la «*purgatio canonica* rappresenta la prima oggettivazione processuale del sospetto dell’autorità, di cui la forma inquisitoriale cinquecentesca costituisce il punto d’arrivo più complesso e più tardo».

164. Cfr. Ivi, p. 165.

165. Ivi, pp. 165 ss.

Italo Mereu — alla base della polemica vi sono ben altre ragioni che non quella *pietista* e, per così dire, *utilitarista* (in senso lato), la quale è solo apparentemente pancone delle argomentazioni *controriformiste*. Non avrebbe senso, infatti, ritenere la purgazione canonica un rimedio troppo crudele e, contestualmente, auspicare un uso quantitativamente e qualitativamente più corposo della tortura giudiziaria; «scartiamo anche l'idea che fosse un sistema poco efficace. Era un antidoto che veniva usato soprattutto contro gli intellettuali, e [...] sottoporre a *purgatio* o ad *abiuratio* un "intellettuale" voleva (e vuol) dire escluderlo "dal giro" che conta al momento, e costringerlo all'isolamento totale. È la pena più grave che gli si possa infliggere, perché ne urta e ne vanifica la vanità»¹⁶⁶. Qual'era, allora, il vero motivo per il quale la Purgazione Canonica non solo fu osteggiata, ma fu sempre meno usata, tanto che nel '600 si può dire che cadde in desuetudine? Per trovare la risposta bisogna allontanarsi dal dettaglio ed osservare l'istituto come parte di un peculiare assetto giuridico e sociale.

Abbiamo accennato come nella età moderna la tendenza degli ordinamenti statuali fosse quella della imposizione di una ortodossia a traverso una particolare concezione della sovranità; il conseguimento di questo obiettivo comportava la collocazione della legge come "centro del sistema", vale a dire come strumento privilegiato — tendenzialmente esclusivo — di regolazione della società. L'uso siffatto dello strumento della legge, tuttavia, non era e non poteva essere sufficiente. Da qui l'esigenza di una legislazione penale repressiva ed accentratrice che non lasciasse spazio non solo a dissensi, ma neppure a giustizie diverse da quella statale. Una delle *règles d'or* dei sistemi repressivi, quelli, cioè, fondati sulla *suspicio* (vedi *supra* § I.4.1.), è quella per la quale «il *sospettante* deve giudicare il *sospettato*»¹⁶⁷. Ecco, dunque, il "difetto" della Purgazione Canonica: con essa il giudizio finale era affidato a terzi (i *compurgatori*), limitando così l'intervento e l'arbitrio dei giudici. Come è stato osservato, in un passo che merita di essere riportato per intero:

fra il Cinquecento e il Seicento la Chiesa ha riorganizzato, sul modello spagnolo, tutto il proprio apparato poliziesco, centralizzandolo; tutto dipende dalla Congregazione romana. È essa che indica e decide la linea penale da seguire: quali sono le persone da sottoporre ad indagini, e quali quelle a cui accordare una certa libertà. Tutto ciò esige l'arbitrio assoluto da parte del potere. Continuare ad ammettere un istituto [quale quello della Purgazione Canonica] che, anche se nel Medioevo aveva servito egregiamente la "buona causa", tuttavia era sempre basato sul presupposto accusatorio e poneva il giudice in una posizione quasi "neutrale", andava contro la logica del sistema, e in conclusione risultava fuori luogo. Usare come mezzo d'imputazione il sospetto, e poi doversi servire di una sorta di "giuria" per verificarlo,

¹⁶⁶. Ivi, p. 168.

¹⁶⁷. Ivi, *passim*.

significava svuotare di qualunque contenuto repressivo il presupposto stesso da cui l'imputazione era partita. *Chi sospetta deve giudicare chi è sospettato*. Partire da altri presupposti, equivale a rendere inutilizzabile l'istituto¹⁶⁸.

Non è un caso che in questo assetto, e contestualmente (quasi proporzionalmente) alla diminuzione dell'uso della *purgatio canonica*, vi sia stato un incremento notevole dell'uso della tortura. Ciò sembrerebbe, inoltre, avvalorare la tesi per la quale la tortura consisterebbe in uno strumento di *imperio* e, per ciò, intrinsecamente autoritario (sulla quale si veda *supra* § 1.4. e *infra* § 4); uno dei pochi (se non l'unico), peraltro, che potrebbe garantire, se "correttamente" usato, risultati certi e definitivi nella imposizione di una ortodossia e nel conseguente controllo totalitario dell'ordinamento (vedi *supra* § 1.4.2.).

Va sottolineato, dunque, come, a nostro avviso, il ritrovamento della tortura giudiziaria nel diritto comune, enfaticamente definito da molti come "la rinascita della tortura dalle ordalie", non debba attribuirsi, malgrado l'apparenza, alla ricerca di un metodo alternativo alle *purgationes vulgares*; le origini di questo istituto sono ben più profonde ed interessano l'assetto complessivo del sistema nel quale la tortura è iscritta.

Volendo riassumere, con le parole del Cordero, il "passaggio" dalle ordalie alla tortura giudiziaria:

i secoli detti bui sono civili, perché alla morale individualista degli invasori ripugna che l'uomo libero sia coatto a confessare. I giudizi penali diventano affare agonistico. Figura classica i duelli. Altrove l'accusato "purga" l'accusa giurandosi puro, ma non basta: deve esibire dei *coniuratores* nel numero e dignità stabilito da chi giudica; i quali non testimoniano sui fatti, affermano una qualità dell'uomo; la *coniuratio* misura l'ascendente sociale. Terza tecnica l'ordalia, da *Urteil*, giudizio. *Lo iudicium Dei* consiste nel sottoporre una delle parti (individuata dalla sentenza) a esperimenti d'esito prevedibile: normalmente subisce ustioni chi corre a piedi nudi su carboni accesi o vomeri incandescenti o impugna un ferro rovente (*iudicium ferri candentis*); o affonda il braccio nel calderone d'acqua bollente (*iudicium aquae ferventis*); quando esca incolume, ha vinto. Tutte le probabilità gli stanno contro, ma essendo spesso manipolato l'esperimento, gli esiti dipendono da materiali istruttori occulti. Le *purgationes vulgares* non soddisfano più un secolo evoluto qual è il Duecento: erano rito quasi liturgico; le squalifica il IV Concilio Laterano, 1215, vietando ogni commistione ecclesiastica. Dal tardo XI secolo sono riemerse le fonti romane: il *Corpus iuris* viene subito dopo la Bibbia; la *quaestio ad eruendam veritatem* vi figura; e nella metamorfosi inquisitoria ricrescerebbe anche se restassero sepolti i *Libri terribiles*, perché la nuova procedura richiede conclusioni storiche sicure¹⁶⁹.

Quest'ultimo passaggio del citato brano di Cordero è fondamentale, perché mette in evidenza come il problema principale che ruota attorno alla

168. Ivi, p. 169.

169. F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, cit., p. 11.

tortura è se vi sia un qualche legame tra la tortura giudiziaria e il sistema che attorno ad essa gravita: la *Quaestio*, invero — sostiene il Cordero — nella «metamorfosi inquisitoria ricrescerebbe comunque». Se, da un lato, infatti, «lo spirito scientifico duecentesco, coniugato a teologie pessimistiche (il male pullula, l'inferno incombe), suggerisce l'equazione: c'è una persona i cui interni mentali contengono la chiave del caso; colpevole o innocente, l'inquisito sa cose utili al processo; bisogna captargli le memorie», cioè giungere a tutti i costi alla *veritas* (vedi *infra* § 2.5), dall'altro «i tormenti favoriscono lo scandaglio introspettivo»¹⁷⁰. «Ci vuol poco», insomma, «a immaginare cosa avverrebbe se quale premessa della decisione pretendesimo niente di meno che la verità: un'ossessione del genere conduce alla tortura»¹⁷¹.

L'inquisizione, dunque, «si risolve in una partita a due fra il giudice e l'imputato, inteso come il depositario di una verità da spremere. Il postulato arbitrario è che, dati gli indizi, il resto si possa ottenere con i tormenti»¹⁷².

Da ciò si deduce anche la concezione dell'inquisito, particolarmente evidente quando quest'ultimo si fosse trovato *sub tortura*, ai tempi del diritto comune. Riportiamo qui una espressione molto efficace di Carlo Cirillo Fornili: «il corpo dell'inquisito non è che una spugna dalla quale si deve far sgorgare la confessione [...] l'inquisito è la fonte principale della verità: questa è superiore al corpo»¹⁷³. Per usare ancora una volta le parole di Cordero: «l'inquisito è animale da confessione, adoperabile finché l'analista vi abbia interesse»¹⁷⁴.

In ultima analisi, consegue a quanto poc'anzi scritto, come abbiamo già accennato prima (vedi *supra* nota 44), che presupposti ineliminabili della tortura siano: una concezione dell'individuo non egualitaria; una concezione non garantista della giustizia; una concezione autoritaria del potere, dunque soggetta a tendenze totalitarie.

Tutte queste caratteristiche sono riscontrabili nell'età del diritto comune, specie a partire dal XVI secolo quando, con la formazione delle monarchie assolute, la riforma luterana e l'avvio del processo di secolarizzazione dello Stato, l'intolleranza verso i devianti raggiungerà un livello d'intensità che raramente è stato raggiunto in diverse fasi storiche (vedi *supra* §§ 2.1.–2.3.).

170. Ivi, cit., p. 12. La logica illustrata dal Cordero, con riferimento alla procedura inquisitoriale, si può facilmente accostare alla procedura per denuncia che, come abbiamo già rilevato (vedi *supra* § 2.2), era assimilabile alla prima. Il passaggio è ben spiegato dal Cantù: «se una colpa è denunciata, fu dunque commessa: se fu commessa, v'è un reo: se uno è imputato, devon esservi titoli a suo carico: se esso nega, defrauda la società del diritto che essa ha di conoscere il delinquente: potrà dunque astringerlo a confessare, come si astringe a consegnar un reo» (C. CANTÙ, *op. cit.*, p. 35).

171. Id., *Procedura Penale*, VII edizione, cit., pp. 18 e 19

172. Ivi, p. 19.

173. C. C. FORNILI, *op. cit.*, p. 168.

174. F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, cit., p. 12.

2.5. *La tortura giudiziaria tra veritas, arbitrium e pubblica sicurezza. Il “finto garantismo”, la “normativa rinnegante” e il “dissimulare onesto”*

Il “processo romano–canonico”, nel suo svolgimento inquisitorio, era caratterizzato da un rigido formalismo, cioè da una attenzione quasi ossessiva per la *forma* (rispetto rigoroso delle procedure, redazione dei verbali, &c.), il quale si esplicava, come noto, nei due elementi della *scrittura* e della *segretezza*. Tale ossessione, nelle sue specificazioni, era giustificata e resa *inevitabile* dalla configurazione dell’Inquisizione come strumento di ricerca della *veritas*¹⁷⁵, che, come abbiamo già accennato¹⁷⁶, era il *fine* dell’intera procedura che giustificava i *mezzi* (quali, appunto, la tortura) utilizzati per il proprio raggiungimento. In questo senso la *veritas*, indistinta dalla *verità processuale*, rappresentava la specificazione in ambito giudiziario della tendenza dell’ordinamento ad identificarsi con una *ortodossia* e a ritenere *false* e *criminali* le eventuali voci eterodosse, verso le quali non c’era altra soluzione se non la *repressione*: un altro “punto a favore” della tesi che vede una correlazione ineliminabile tra un certo tipo di regime (totalitaristico) con la pratica della tortura, la quale non avrebbe senso in un ordinamento consapevole ed attento alla distinzione tra *veritas* e verità processuale¹⁷⁷ e tra verità storica e verità ideologica.

Come accennavamo, la scrittura e la segretezza rientrano a pieno titolo in questo quadro complessivo: da un lato l’obbligo di scrivere ogni minimo dettaglio della procedura (e in particolare degli interrogatori), «il tono di voce [dell’interrogato], una leggera esitazione nel rispondere, un pallore od un rossore inusitato» si spiega in quanto «simili circostanze aiutavano a porre “in chiaro la pura verità”»¹⁷⁸; dall’altro l’obbligo della segretezza era necessario sia affinché la costruzione della *veritas* — potestà esclusiva delle autorità inquirenti — non fosse inquinata da elementi estranei, sia perché, se i presunti rei fossero stati messi al corrente delle indagini e degli interrogatori già svolti, avrebbero potuto fuggire o prepararsi, anche psicologicamente, all’interrogatorio prima di essere sentiti dagli inquisitori,

175. *Sic et simpliciter*: la distinzione tra *realtà dei fatti* e *verità processuale* è un giusto artificio ma di assai più recente fortuna.

176. Vedi *supra* § 2.4.

177. È d’obbligo, rispetto al problema della verità nella giustizia e nel diritto processuale, ricordare — anche per ulteriori rilievi bibliografici — l’opera di M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma–Bari, 2009. Si vedano anche le considerazioni poste a riguardo da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim*, quelle di F. D’AGOSTINO, *Giustizia. Elementi per una teoria*, Cinisello Balsamo (MI), 2006, pp. 56 ss., C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007 e i saggi raccolti in M. MARMO e L. MUSELLA (a cura di), *La costruzione della verità giudiziaria*, Napoli, 2003. Con precipuo riferimento ai rapporti tra *veritas* e processo inquisitorio d’età moderna si veda l’ottimo libro di L.G. GIUGNI, *Inseguendo la verità*, cit.

178. Ivi, p. 147, che riprende le parole del *Ristretto per lo Stato di Milano*.

con la conseguenza che, mancando la loro confessione, si sarebbe reso impossibile l'accertamento giudiziario della *verità*.

Nella tortura giudiziaria, che del processo romano–canonico era un istituto peculiare, erano evidenti ed amplificati questi suoi tratti caratteristici. Quanto alla segretezza, ad esempio, il Masini scriveva che: «alla tortura, che si dà al Reo, non deve esser presente l'Avvocato, ma solamente i Giudici, ed i Notari, dovendosi essa dare in segreto»¹⁷⁹. Allo stesso modo, se doveva essere chiamato un medico per constatare le condizioni di salute del torturato, questo doveva giurare di mantenere il segreto. Per altro verso, la presenza dei Notari ben si spiega con la necessità di trascrivere ogni fase della tortura: «procureranno i Giudici, che il Notaro scriva non solamente tutte le risposte del Reo, ma anco tutti i ragionamenti, e moti, che farà, e tutte le parole, ch'egli proferirà ne' tormenti, anzi tutti i sospiri, tutte le grida, tutti i lamenti, e le lagrime che manderà»¹⁸⁰.

Vi erano delle esenzioni dalla tortura legate alla età ed alla posizione sociale; tra le categorie esonerate figuravano:

i dottori [membri degli organi giudiziari]; le persone costituite in dignità, come i feudatari, i vescovi e simili; i soldati delle milizie nazionali; i nobili, secondo il costume di certi luoghi; i minori di quattordici anni, pei quali dovrebbe dirsi piuttosto che si sostituiva un'altra maniera di tortura, battendoli colle verghe [se sopra i nove anni]; i decrepiti, cioè, come riteneasi comunemente, quelli che avevano più di 70 anni, talvolta anche i sessagenari; le donne incinte e le puerpere, in qualche luogo eziandio le lattanti [anche se, al riguardo, nel trattato del Tabor, viene eccepito che “anche a una donna che allatti si può benissimo dar la tortura, purché non accada diminuzione di alimenti al bambino”: *Etiam mulieri lactanti torturam aliquando fuisse indictam, cum ea moderatione ne infanti in alimentis aliquid decedat, quam declarationem facile admitto*]. V'ha poi esempio di città [come Palermo] i cui cittadini aveano ottenuto privilegio di non poter essere torturati; altre, come Napoli, avevano soltanto il favore che i loro abitanti non venissero posti alla tortura sopra il solo processo informativo, vale a dire senza essere prima stati ammessi a difendersi¹⁸¹.

Tuttavia vi erano dei casi in cui neppure questo tipo di guarentigie poteva produrre effetti: «eresia, lesa maestà, simonia, falso, tradimento, truffa, veneficio, sortilegio, assassinio, omicidio di principe o di persona sacra, privato carcere ed altri dei più gravi» erano i «grandi crimini», rispetto ai quali neppure a coloro che «per interpretazione delle norme romane o

179. Cfr. E. MASINI, *op. cit.*, p. 451, *Avvertimento CCXCVII*.

180. *Ivi*, p. 265.

181. A. PERTILE, *op. cit.*, vol. VI, pp. 443–444. Sulle garanzie concesse all'imputato *sub tortura*, con precipuo riferimento all'ordinamento giudiziario pontificio, si veda C. CARCERERI DE PRATI, *La tortura e le garanzie dell'imputato*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio*, Padova, 2000, pp. CXXV ss.

per ispezial privilegio non potea darsi la tortura, o non la si poteva dare se non con limiti e condizioni», era dato di sfuggire ai tormenti¹⁸².

Quanto ai presupposti per torturare, la Sesta parte del *Sacro Arsenale* di Masini, interamente dedicata alla tortura, enuncia, nell'*incipit*, una regola generale:

avendo il Reo negato i delitti oppostigli e non essendo essi pienamente provati; s'egli, nel termine assegnatoli a far le sue difese, non avrà dedotto a sua discolpa cosa alcuna; ovvero, fatte le difese, ad ogni modo non avrà purgato gl'indizj, che contro di lui risultano dal Processo: è necessario, per averne la verità, venir contro di lui al rigoroso esame, essendo stata appunto ritrovata la tortura per supplire al difetto de' Testimonj, quando non possono intera pruova apportare contro del Reo. [E l'uso della tortura, non] punto sconviene all'Ecclesiastica mansuetudine e benignità; anzi quando gl'indizj sono legittimi, bastevoli, chiari e (come dicono) concludenti *in suo genere*, può e deve l'Inquisitore in ogni modo senza alcun biasimo farlo, acciocché i Rei, confessando i loro delitti, si convertano a Dio, e per mezzo del castigo salvino l'anime loro¹⁸³.

Si tratta di un brano noto e di importanza cruciale¹⁸⁴, poiché mette in luce alcuni aspetti fondamentali, anche per la nostra analisi, circa il sistema giudiziario dell'epoca e l'uso della tortura che in esso veniva compiuto. In primo luogo, traspare chiaramente l'origine romanistica dell'istituto, il quale viene presentato, per l'appunto, come un «ritrovato»; dalle successive parole dell'Autore, inoltre, si capisce come ormai fosse del tutto pacifico (salvo poche, isolate, voci dissenzienti) che questo “ritrovato”, occorso (e non soccorso: vedi *supra* § 2.4.) in luogo della rozza *ordalia* di barbarica memoria e delle altre *purgationes vulgares*, (nonché di quella *canonica*¹⁸⁵), non ponesse problemi di compatibilità con la dottrina cattolica: il *rigoroso esame*, come abbiamo infatti appena letto, non sconverrebbe alla «Ecclesiastica mansuetudine e benignità» e, anzi, rientrebbe tra i doveri dell'Inquisitore poiché serve a purgare l'infamia dalle anime dei Rei che solo «confessando i loro delitti» e «per mezzo del castigo» si sarebbero salvate¹⁸⁶.

Superato il limite “dottrinale” all'uso dei tormenti, va evidenziato come la giustificazione “pubblica” e, in un certo senso, “laica” per la pratica della tortura, oggi come ieri, sia per quanto riguarda i tribunali ecclesiastici che

182. A. PERTILE, *op. cit.*, vol VI, p. 444.

183. E. MASINI, *op. cit.*, § 6, p. 263.

184. Si veda, ad esempio, il lavoro di I. MEREU, *op. cit.*, pp. 210 ss., che l'ha puntualmente analizzato.

185. Spiegherà più in là il Masini che, negli anni (storiograficamente identificabili come quelli) della età moderna di diritto comune, la *Purgatio Canonica* si imporrà «solamente a' Vescovi, Sacerdoti, ed altri simili, la buona fama de' quali è molto necessaria al Popolo Cristiano: ma non già a persone vili, e plebee: e molto meno a quelli che discendono dagl'infedeli» (E. MASINI, *op. cit.*, § X, *Avvertimenti CCVI e CCVII*, pp. 436–437). Sui motivi della caduta in desuetudine della *Purgatio Canonica* si vedano le considerazioni già riportate *supra* § 2.4.

186. E. MASINI, *op. cit.*, § 6, p. 263.

per quanto riguarda quelli secolari, si rinvenisse (e si rinvenga) sempre in motivi di ordine sociale e di interesse pubblico alla sicurezza. Così, mentre per la Chiesa l'obiettivo era quello di reprimere l'eresia che avrebbe altrimenti devastato la società, consegnandola nelle mani del Demonio, in un noto trattato del veneziano Bartolommeo Melchiori (conosciuto con il nome di *Miscellanea di materie criminali, volgari e latine*), si giustificava la tortura giudiziaria in quanto «in tali casi trattasi di purgare la provincia dagli scellerati, e convinti, o confessi»; così il giudice potrà camminare a passo sicuro poiché «internamente contento d'aver soddisfatto alla volontà pubblica delle leggi»¹⁸⁷.

Tornando al *Sacro Arsenale*, di rilievo ancora maggiore rispetto alle osservazioni già poste è l'altro elemento che emerge dalle citate parole del Masini, vale a dire la tendenza generale ed irrefrenabile dell'ordinamento a scoprire la *verità* (*veritas*), la quale rende *necessario e doveroso* l'approccio "rigoroso" della tortura¹⁸⁸: l'Inquisitore, scriveva ancora padre Eliseo, «può e deve» tormentare, poiché ciò «è necessario per averne la verità»¹⁸⁹.

Gli stessi concetti, vale a dire quelli della *necessarietà* e della *doverosità* della tortura nel sistema inquisitorio, vengono ribaditi dallo stesso Masini poco più avanti nel testo, quando, nell'illustrare la procedura con la quale ottenere l'autorizzazione (tramite apposito Decreto) a torturare¹⁹⁰, inizia a spiegare i *modi* ne' quali «secondo le Leggi *debba* il Reo a rigoroso esame sottoporsi» (corsivo nostro)¹⁹¹, presentando, per l'appunto, la *Qaestio* come un *dovere* dell'inquisitore.

L'ossessione per la verità, di cui abbiamo poc'anzi scritto, assieme agli altri elementi che ad essa sono correlati (come, per l'appunto, la *necessarietà* e la *doverosità* dei tormenti), si esplica in due concetti, entrambi

187. Cfr. B. MELCHIORI, *Miscellanea di materie criminali volgari e latine, composta secondo le leggi civili e venete*, Venezia, 1741, p. 96; il brano dal quale sono state citate le parole nel testo è riportato anche da A. GIARDA, *op. cit.*, p. 23.

188. Sul punto vedi le considerazioni già riportate *supra* § 2.4.

189. E. MASINI, *op. cit.*, § 6, p. 263.

190. Si trattava di una autorizzazione non necessaria né vincolante, ma consigliata per «camminare sicuramente» in un «negozio di tanta importanza» e che poteva essere concessa dalla Congregazione dei Consultori del Santo Uffizio o, nelle cause più gravi e difficili (ma in tal caso il parere era da considerarsi vincolante), dal Sacro e Supremo Tribunale della Santa ed Universale Inquisizione Romana (E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 263–264). Va detto a tal riguardo che, nei Paesi che, all'epoca, rientravano nel c.d. "sistema di diritto comune", a seconda delle diverse legislazioni e dello *Stylus Curiae*, erano previsti meccanismi più o meno sofisticati per giungere all'autorizzazione alla tortura. Verrà ricordato più avanti, ad esempio, il caso dei Paesi dell'area germanica nei quali era previsto l'obbligo di ottenere un parere da uno *Schöppenstühle* (sul quale vedi *infra* nota 191) per poter decretare legalmente la tortura.

191. *Ibidem*. Va precisato, sin da ora, che per *modi* della tortura giudiziaria non s'intendevano le tecniche di tortura, bensì le modalità processuali con le quali veniva condotto l'interrogatorio *sub tortura*.

caratteristici della legislazione inquisitoria e, *praecipiter*, della disciplina circa l'uso giudiziario dei tormenti: il *finto garantismo*, specificazione in materia di garanzie della tecnica della *normativa rinnegante*, ed il *dissimulare onesto*, che rappresenta un particolare tipo di *tartufismo giuridico* (o *ipocrisia*).

“Finto Garantismo” è una espressione coniata da Franco Cordero per identificare il modo con cui nella legislazione criminale di diritto comune, in specie con riguardo all'istituto della tortura giudiziaria, venivano previste, a livello formale, delle “garanzie” a tutela degli interrogati, fossero essi Rei sospetti o semplici testimoni, le quali, tuttavia, non producevano alcun effetto sul piano sostanziale, traducendosi, dunque, in “finte garanzie” o, come pure le chiama l'Autore, *paper rules*.

Alla base di tutto sembra esserci la già menzionata intuizione di Cordero circa l'inevitabilità dell'uso della tortura in un sistema giudiziario che si proponga di raggiungere la verità (vedi *supra* § 2.4.). Se dunque il sistema inquisitorio ha come scopo primario ed inderogabile quello di raggiungere la verità, e tale scopo rende necessario l'uso della tortura *ad eruendam veritatem*, è chiaro che qualunque garanzia la quale avrebbe come conseguenza quella di limitare l'uso della tortura non possa produrre effetti in quel sistema, né possa esser verosimilmente stata prevista perché realmente ne produca.

Il finto garantismo — così come il *dissimulare onesto*, di cui diremo a breve — è componente fisiologica ed essenziale del metodo inquisitorio praticato negli anni dello *ius commune*.

Fonti fluide, confuse casistiche sugli indizi, finto garantismo tramandato quale *paper rule*, tartufesche invettive contro l'abuso nella “pratica”, nominata a bocca storta come fenomeno remoto, cloacale, intellettualmente irrilevante; così i sapienti tengono in vita un istituto guasto fin dalla cellula germinale, lasciando allo *iudex-carnifex* quanto spazio vuole; i meno insensibili chiudono gli occhi sull'inferno pratico o, dove esistono meccanismi evoluti (ad esempio, l'*Aktenversendung* obbligatoria a uno *Schöppenstuhl*), impongono qualche limite alla prassi (così, Benedikt Carpzov), ma tortura e legalità sono incompatibili; i cosiddetti abusi appartengono alla fisiologia dello strumento. Siccome rende lo adoperano senza tanti scrupoli. Altrettanto visibile l'effetto morale inquinante: avendo in mano arnesi simili, i malriusciti inferiscono; sarebbe un miracolo se questa crudeltà professionale su degli inermi non innescasse pulsioni aggressive¹⁹².

192. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, Roma-Bari, 1984, pp. 140-144. Gli *Schöppenstühle* menzionati dall'Autore erano «supraregional decision-making bodies» stanziati nella «Low and Middle German». Preesistenti alla recezione del diritto comune, gli *Schöppenstühle* «did manage to survive and serve as local centres of judicature if learned jurists were co-opted early enough». Lo *Schöppenstühle* di diritto comune, dunque, non era una vera e propria corte di appello, bensì un istituto al quale l'antica tradizione aveva conferito autorevolezza in campo giuridico ed al quale ci si rivolgeva «because it was a good old German tradition that law was to be obtained from those who were equipped by experience to be its guardians». Il più importante tra i molti era quello di *Leipzig*, che per qualche tempo è stato presieduto dal Benedikt Carpzov citato nel testo, il quale si era distinto per aver tentato di limitare gli abusi compiuti dagli Inquisitori nella applicazione della tortura. Quanto allo *Aktenversendung*,

D'altronde, osserva lo Sbriccoli, non ostante in molte delle opere dei giuristi di allora che trattavano la tortura risultasse ben manifesta la preoccupazione che la tortura venisse inflitta con la minima dose di dolore e comunque mai oltre certe soglie, «nessun giurista comunale criticerebbe una tortura perfettamente rituale solo per la sua crudeltà»¹⁹³.

La garanzia «come avviene nella logica inquisitoria, vale poco o niente [...]». Fraintende l'istituto chi vi postuli, quale autentico dato normativo, le pseudo garanzie declamate dai dottori (così Manzoni [...]): sono *paper rules*, intese a una pantomima piuttosto sporca; i cosiddetti abusi appartengono alla fisiologia dello strumento; che l'operante abbia le mani libere è una condizione dell'alto rendimento offerto dalle macchine inquisitorie»¹⁹⁴.

Un primo esempio, secondo l'Autore, è fornito dalla norma, diffusamente accettata dalla *communis opinio*, per la quale non si poteva procedere a tortura in mancanza di indizi o, comunque, di indizi "idonei" (*indicia legitima*), non ostante talvolta si ammettessero «indefinite deroghe» quando si fosse trattato di «delitti occulti», «quali complotti et similia», di cause per lesa maestà («*de maiestatis*») o altre cause di analoga gravità ed importanza: il riferimento qui è a Baldo¹⁹⁵, il quale — «sebbene altrove sostenga l'opposto»⁽¹⁹⁶⁾ — nei delitti occulti ammette la tortura anche quando manchino indizi. La *communis opinio* in tal senso viene invocata da Claro, il quale riporta che

questo era il termine con il quale venivano chiamati i «paper[s]» prodotti dagli *Schöppenstühle* (per tutte le citazioni in nota F. WIEACKER, *A History of private law in Europe: with particular reference to Germany*, translated by T. WEIR, foreword R. ZIMMERMANN, New York, 1996, pp. 135 e 136. L'opera è stata tradotta anche in italiano con il titolo *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Trad. di U. Santarelli e di S.A. Fusco, Milano, 1980. Sull'*Aktenversendung* si vedano anche J.P. DAWSON, *The Oracles of the law*, Ann Arbor, 1968, pp. 200 ss. e J.H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, Cambridge, 1974, pp. 198–202).

193. M. SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 27.

194. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, cit., p. 24, n. 15. Quanto a Manzoni, citato dal Cordero, egli negava, nella *Introduzione alla Storia della Colonna Infame*, il presupposto della *necessarietà-inevitabilità* della tortura nel sistema Inquisitorio dell'epoca: «dell'esser la tortura in vigore non era effetto necessario che fosse fatta soffrire a tutti gli accusati, né che tutti quelli a cui si faceva soffrire, fossero sentenziati colpevoli». In questo senso può affermarsi che il Manzoni «fraintende l'istituto», e si capisce come, travisandone il presupposto, non riesca a cogliere la falsità delle garanzie, quando scriveva che, pur senza nulla togliere «all'ignoranza e alla tortura la parte loro» — la prima essendo «un'occasione deplorabile, l'altra un mezzo crudele e attivo, quantunque non l'unico certamente, né il principale» — le «vere ed efficienti cagioni» delle atrocità giudiziarie dell'epoca «furono fatti iniqui» — come «la menzogna, l'abuso del potere, la violazion delle leggi e delle regole più note e ricevute, l'adroprar doppio peso e doppia misura» —, i quali «non si possono riferire ad altro che a passioni pervertirci della volontà» onde, seppure «ci par di vedere la natura umana spinta invincibilmente al male da cagioni indipendenti dal suo arbitrio», «nel guardar più attentamente a que' fatti, ci si scopre un'ingiustizia che poteva esser veduta da quelli stessi che la commettevano, un trasgredir le regole ammesse anche da loro, dell'azioni opposte ai lumi che non solo c'erano al loro tempo, ma che essi medesimi, in circostanze simili, mostraron d'aver» (A. MANZONI, *Storia della Colonna infame*, Napoli, 1843, pp. 5 ss.). Si veda anche *infra* note 202 e 241.

195. BALDO DEGLI UBALDI, *In sextum codicis librum Commentaria*, IV, Venetiis, 1615, § 1.4., n. 28.

196. Cfr. ID., *In IX codicis librum Commentaria*, IV, Venetiis, 1615, § 8.3., nr. 1.

«*confessio facta [. . .] in tormentis, tunc si legitima indicia non praecesserint, & servata non fuerint servanda, talis confessio est ipso iure nulla, nec potest confessus ex ea condemnari, etiam quod in illa perseveret*», neppure quando sopravvengano i «*legitima indicia*»¹⁹⁷. Claro arrivava a dire che «*haec conclusio locum habet non solum in minori bus delictis, sed etiam in maioribus & atrocissimis, imo etiam in crimine lesae Maiestatis*»¹⁹⁸. Thomas de Piperata, anch'esso ricordato dal Cordero, ammoniva gli inquirenti «*ne praetestu arbitrij procedant ad tormenta sine aliquo indicio, quia saltem unum debet habere indicium, per quod moveatur animus ipso rum, quod accusatus sit culpabilis maleficii, de quo imputatur*»¹⁹⁹. Il punto sta qui: «essendo smisurata la gamma degli indizi, impossibile che non ne esista almeno uno; [. . .] l'inquirente ne scopre quanti vuole»²⁰⁰. In altri termini, «ogni pretesto era buono, ogni situazione ne giustificava il ricorso [alla tortura], perché quella verità, a volte vagheggiata a sproposito, fosse sempre e comunque fatta valere»²⁰¹.

L'inefficacia sostanziale della garanzia circa gli *indicia legitima*, poi, non risiede solo nella mancanza di criteri minimi per la definizione di un fatto come indizio, bensì anche nell'arbitrarietà con la quale un indizio viene definito "idoneo": ciò, secondo Cordero, fornisce un ulteriore esempio di "finto garantismo". Nell'analizzare le norme dedicate dalla *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) all'istituto della tortura giudiziaria, l'Autore mette in luce come in questa sia previsto, analogamente alle altre legislazioni europee, che la tortura debba essere attivata solo in presenza di "prove idonee" allo scopo: altrimenti si tratta di un abuso, che rende invalida la confessione estorta sotto tortura. Questa norma sembra indubbiamente essere una garanzia giudiziaria, senonché «suona tutto bene, ma lo stabiliscono gli inquirenti se esistano prove idonee, e tale discrezione immette nel gioco variabili tanto fluide: che poi "hac in re" non sia consentito allo "iudex pro libitu ac propria sponte arbitrari, sed iudicium dispositioni iuris, rectaeque rationi conformare debe[a]t", ([così Benedikt Carpzov], col solito schieramento dottorale, da Ippolito Marsili a Mascardi [²⁰²]), è un apoftegma enfaticamente vuoto

197. G. CLARO, *Sententiarum receptorum liber quintus, in quo diversorum criminum materia XX. Diligenter explicatur. Item Practica criminalis, totius criminalis iudicij ordinem & delictorum poenas complectens, ab eodem autore postremo supradicti libri. Addita. Una cum singularum quaestionum Summariis, & Indice rerum memorabilium locupletissimo*, Venetiis, 1568, q. 55, vers. Si vero.

198. Ivi, q. 64, vers. Dixi etiam.

199. Cfr. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, cit., p. 24, n. 15, da cui sono inoltre tratti i riferimenti a Giulio Claro ed a Thomas de Piperata.

200. *Ibidem*.

201. L. G. GIUGNI, *Inseguendo la verità*, cit., p. 151.

202. Cfr. B. CARPZOV, *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III divisa, Pars III, In materia Processus Criminalis, tam ordinarii quam inquisitorii, Torturae, Executionis & Remissionis ac Mitigationis Poenarum*, Leipzig, 1635, Wittenbergae-Francofurti 1688 (8), pp. 202 ss., q. 123, nr. 1-4, 8-15, 22 ss.

(applaudito da Manzoni [. . .]); immersi fino al collo in un lavoro sporco e lucroso, salvano l'anima esclamando sdegno a buon mercato sui cosiddetti abusi»²⁰³.

L'unico abuso che con la citata falsa garanzia si voleva veramente evitare era quello relativo alla forma (il cui rispetto ossessivo, come abbiamo accennato poc'anzi, era animato da intenti che avevano ben poco di garantista): se l'Inquisitore, infatti, non avesse giustificato la tortura sulla base di un indizio, o se di tale indizio non fosse stata esplicita l'idoneità *ad torturam*, egli avrebbe commesso un abuso soggetto peraltro a pesanti sanzioni. Prevedeva, ad esempio, il Masini, nell'*Avvertimento CLXI* contenuto nella *Decima Parte* del *Sacro Arsenale*, che «essendo vietato al Giudice di dar la corda al Reo per mancamento d'indizj; s'egli tuttavia mosso da vano stimolo di onore per aver la verità, ad ogni modo comandasse, che il detto Reo fosse posto in un fondo oscuro di Torre, o che stesse di mezzo inverno ignudo, o si morisse (per così dire) di fame, e di sete, malamente opraerebbe, e meriterebbe quel medesimo castigo, che gliè si dovrebbe, se avesse al Reo data propriamente la corda»²⁰⁴.

Una altra finta garanzia era quella, individuata da Mereu, prevista nella bolla *Ad extirpanda* emanata da Innocenzo IV nel 15 maggio 1252, con cui, autorizzando la tortura, veniva disposto un limite affinché i tormenti fossero *citra membri diminutionem et mortis periculum*: si tratta di «una raccomandazione simile a quella che i giudici facevano alle autorità laiche, quando consegnavano loro un eretico condannato alla pena di morte con la raccomandazione di non ucciderlo»²⁰⁵.

Anche la già richiamata *ouverture* della Sesta parte della *Pratica dell'Ufficio* di Masini fornisce dei significativi esempi anche del *finto garantismo*. A questo genere, infatti, appartiene la regola, che abbiamo già veduto riportata in Baldo e prevista nella *Carolina*, per la quale sono necessari *indizj legittimi* allo scopo di poter procedere legalmente a tortura giudiziaria. In questo senso, vale quanto scritto da Mereu:

Masini, [. . .] dice che prima di sottoporre uno a tortura devono esserci indizi "precedenti" (il fatto), "legittimi", "bastevoli" e "chiari", concludenti *in suo genere*, "provati", che debbono precedere la tortura e non seguirla, perché altrimenti la confessione risulterebbe invalida. / Tutto ciò in apparenza è molto "legalitario" ma in sostanza non dice nulla, perché dire *indizio* è come dire *sospetto* [. . .], e tutti gli aggettivi che sono attribuiti al termine base hanno un significato solo se li riferiamo al lemma portante. Un indizio è "bastevole", "chiaro", "sufficiente", solo quando risulta tale all'inquisitore. Non c'è altra possibilità di confronto, o di verifica. È solo

203. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, cit., p. 141-142, n. 17. Quanto a Manzoni, si vedano le note *supra* 189 e *infra* 237.

204. E. MASINI, *op. cit.*, § X, *Avvertimento CLXI*, pp. 429-430.

205. I. MEREU, *op. cit.*, p. 208.

lui che decide. La figura del “giudice-istruttore” è dunque una figura centrale anche in questa prima fase del processo. È a lui che il processo è affidato in tutto l’andamento dell’istruttoria: la durata, il numero e la frequenza degli interrogatori, il tipo di trattamento carcerario, come e quante volte dovrà esser torturato l’inquisito. Anzi, a questo proposito, è proprio il Simancas che ci ricorda come, qualora il promotore fiscale (*alias*, pubblico ministero) fosse contrario alla tortura (ipotesi lunare, fatta solo per dimostrare la potenza del giudice) e l’inquisitore favorevole, anche in questa ipotesi bisognava addivenire alla tortura, perché (e qui le ragioni “supreme” dell’istituzione stanno a pennello) la negligenza dell’inquisitore e la sua imperizia non debbono mai esser di danno alla Repubblica, a cui interessa soprattutto che i delitti non restino impuniti e che il bene comune sia salvo²⁰⁶.

Il finto garantismo è, in aggiunta, l’espressione evidente di un’altra caratteristica fondamentale del processo inquisitorio del diritto comune, vale a dire l’arbitrarietà del giudice; come ha apprezzato Meccarelli, autore noto per i suoi studi circa il potere arbitrario e discrezionale del giudice di *ius commune*, «la dottrina si sforza di proporre una casistica. Tuttavia si usa chiudere la questione con un rinvio all’apprezzamento del giudice: suo è il compito di stabilire se sono sopraggiunti *nova urgenti ora indicia* che autorizzano a sottoporre l’imputato alla tortura; suo è il compito di valutare se gli indizi sono stati interamente purgati dalla prima tortura o se in questa il reo non sia stato *sufficienter tortus* o *leviter* rispetto alle prove a suo carico»²⁰⁷.

Come si è già accennato, inoltre, il concetto di “finto garantismo” è connaturato a quello di “normativa rinnegante”, coniato da Italo Mereu nel suo noto saggio *Storia dell’intolleranza in Europa*; potremmo, anzi, affermare che la normativa rinnegante è la traduzione in termini generali del finto garantismo, il quale è dunque la specificazione della normativa rinnegante in materia di garanzie giudiziarie. Secondo la definizione data dallo stesso Autore, con il sintagma “normativa rinnegante” s’intende «quel metodo mediante il quale il legislatore pone nello stesso contesto normativo (o in testi diversi) due principi fra loro opposti e contrastanti, lasciando a chi detiene il potere la possibilità di valersi dell’uno e dell’altro. È l’incertezza giuridica ridotta in forma di legge; è l’arbitrio codificato e reso legale». Il metodo della normativa rinnegante è quello «con cui sono redatti tutti i testi di *criminalia* del ‘500 e del ‘600, con una *regola* generale che viene enunciata e un’infinità di *controregole* che vengono subito poste». La comprensione di questo metodo «per cui l’autorità diventa l’arbitro della situazione» renderà chiaro, in quanto lo «riflette esattamente», lo «stato del diritto» nel periodo

206. I. MEREU, *op. cit.*, pp. 213–214. Cfr. D. DE SIMANCAS, *Institutiones catholicae quibus ordine ac breuitate diseritur quicquid ad praecauendas & extirpandas haereses necessarium est*, Vallisoleti, 1552, Tit. LXV, *De tormentis*, n. 19 a cui si riferisce il Mereu.

207. M. MECCARELLI, *Tortura e processo*, cit., p. 688.

analizzato: «il giurista non può dare una regola certa perché non c'è, ma tutto dipende dall'arbitrio di chi comanda, che resta sempre il centro propulsore dell'attività del giudice»²⁰⁸.

Oltre a quello del “finto garantismo” ed a quello della “normativa rinnegante”, poi, come abbiamo già anticipato, vi è un altro concetto al quale desideriamo rivolgere la nostra attenzione, quello del *dissimulare onesto*, il quale è strettamente legato ai due precedentemente illustrati. L'espressione “dissimulare onesto” si deve a Torquato Accetto, moralista napoletano in attività circa quattro secoli or sono²⁰⁹, ed è stata riportata alla luce da Italo Mereu per definire una assai peculiare manifestazione di quel concetto che, nel linguaggio odierno, è noto con il sintagma “tartufismo giuridico” (dal francese *tartufe*, “ipocrita”, lo stesso termine che da' il nome — non a caso — ad una nota commedia di Molière) o, semplicemente, con il termine *ipocrisia* (giuridica). Spiega l'Accetto che:

la dissimulazione non è altro [...] che un velo composto di tenebre oneste e di rispetti violenti da che non si forma il falso *ma si dà qualche riposo al vero*, per dimostrarlo a tempo; e come la natura ha voluto che nell'ordine dell'universo sia il giorno e la notte, così conviene che nel giro dell'opere umane sia la luce e le tenebre, dico il procedere manifesto o nascosto, ch'è regola della vita e degli accidenti che in quella occorrono²¹⁰.

Dunque, in ambito giuridico, potremmo riassumere dicendo che con *dissimulare onesto* s'intende il nascondere, dietro parole fuorvianti, concetti diversi da quelli che, date le circostanze, si sarebbero dovuti esprimere, considerati sconvenienti o impresentabili, in vista di un evento futuro che determinerà l'avverarsi della situazione dissimulante (per ciò da considerarsi *onesta*) in luogo di quella dissimulata.

Si tratta di una tecnica assai usata dalla legislazione e dalla dottrina inquisitoriale, e il Sacro Arsenale di Masini ne fornisce un esempio evidente. Già l'*incipit* della sesta parte, che abbiamo poc'anzi riportato, fornisce una chiara immagine della onesta dissimulazione: «avendo il Reo», laddove con la parola “reo” s'intendono (anche) quegli individui sui quali pende un

208. I. MEREU, *op. cit.*, pp. 20–21. Per spiegare in termini più chiari e meno tecnici la normativa rinnegante possiamo ispirarci, molto liberamente, al noto paradosso del *Comma 22*, ingegnato da Joseph Heller. Saremmo di fronte ad un caso di normativa rinnegante, infatti, se, in uno stesso codice militare, fosse presente un art. 1 nel quale viene prescritto che «l'unico motivo valido per chiedere il congedo dal fronte è la pazzia» e, al contempo, un “comma 22” secondo il quale «l'autorità competente può decidere, per motivi connessi alla pubblica sicurezza, di derogare al comma 1, in quanto è verosimile che chiunque chieda il congedo dal fronte non sia pazzo».

209. Sulla vita e le opere dell'Accetto, le principali edizioni del trattato *Della dissimulazione onesta* e per ulteriori riferimenti bibliografici relativi all'A., si veda C. DE FREDE, voce *T. Accetto*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. I, Roma, 1960, pp. 73–74.

210. T. ACCETTO, *Della dissimulazione onesta*, 1641, citato da E. GARIN, *Storia della filosofia italiana*, Torino, 1966, II, p. 79, come riportato da I. MEREU, *op. cit.*, pp. 211 e 212 e n. 99.

semplice sospetto (*rei sospetti*) ovvero gli imputati che non hanno voluto confessare un delitto di cui non si ha piena prova che sia stato commesso da loro (*rei accusati*). Ancora più avanti nel testo, quando il Masini passerà ad esaminare i *modi di interrogare tra i Tormenti*, sarà chiamato Reo persino chi era stato riconosciuto in giudizio da un solo, e pur nega d'esser esso²¹¹. «Perchè designare con un appellativo così squalificante» come “Reo” — si chiede il Mereu — «chi ancora non è altro che un imputato, e solo dopo la condanna potrà essere chiamato con l'appellativo di reo? Il presupposto (taciuto) è quello che qualunque persona sia sottoposta a tortura, per l'Inquisitore è già un *reo* che bisogna solo far confessare»²¹².

Un altro esempio fornito dal Masini di “dissimulare onesto” è dato dalla «equivalenza *rigorosa esamina = tortura*»; e — tiene a precisare il Mereu — si tratta di una «trovata di una certa importanza» la quale, stranamente, è «sfuggita anche ad uno storico della tortura, il Fiorelli, che in materia è quanto mai attento»²¹³. Il «linguaggio sfumato e alternativo e immaginifico» con il quale la *tortura* viene nominata e resa presentabile come *rigoroso esame* (o *rigorosa esamina*) viene dunque fissato nel *Sacro Arsenale*; «e spesso, quando dovrà accennare all'istituto, il Masini preferirà ricorrere a questa espressione, che è un neologismo, ed è ben trovato. / *Rigorosa esamina* è un sintagma dove il rapporto fra tortura e torturato, fra chi può chiedere e chi deve solo soffrire e rispondere, è sfumato in un'immagine scolastica che richiama alla memoria da un lato maestri severi, ma (è sottinteso) giusti; e dall'altro allievi impauriti, trepidanti ed ansiosi, che sperano solo di finire, e si augurano che le risposte date siano quelle soddisfacenti e placanti che il maestro attende e desidera. Ma c'è anche una sapienza psicologica non comune nell'uso di questa espressione che identifica la tortura con un esame e questo con la tortura. Alla base di entrambe c'è la violenza, che tutto altera e distorce; quella fisica e quella psicologica, la *territio* e il dolore sofferto, che vengono unite in una immagine in cui il rapporto non è più tra uomo e uomo, ma tra uno che può tutto e un altro che deve solo subire. *Rigoroso esame*, detto di questi stati di sopraffazione esistenziale, è la “dissimulazione” più “onesta” e, in fondo, più vera. / Ma c'è la giustificazione ideologica che tutto trasfigura. Il “rigoroso esame” è necessario “*acciocchè i Rei, confessando*

211. E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 278–279.

212. I. MEREU, *Storia dell'Intolleranza in Europa*, cit., p. 212. L'esempio di dissimulazione dato dall'uso della parola ‘reo’ fu rilevato anche da C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), introduzione di C. A. JEMOLO, note di G. CARNAZZI, Milano, 1981, p. 92, il quale notava come «un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice».

213. Il riferimento implicito del Mereu è rivolto ai noti studi del Fiorelli in materia di linguaggio giuridico — dei quali si trova traccia anche nei celebri volumi sulla tortura giudiziaria (si vedano, in particolare, le prime venti pagine del primo volume de *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit.) — che sono stati, per la maggior parte, recentemente raccolti nel volume P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, 2008.

i loro delitti, si convertano a Dio, e per mezzo del castigo salvino l'anima loro". Qui la tortura è trasformata in un solvente miracoloso e salvifico che, aiutandoci a guardare in noi stessi, ci libera dal peccato. In questo caso l'opera della Chiesa diventa "benigna"; la sua crudeltà si trasforma in "mansuetudine", e l'opera dell'Inquisitore è meritoria e benevola. La tortura è tramutata così in uno strumento pio, e da mezzo primitivo ed infantile d'indagine diventa un tabù miracoloso che basta provare per essere salvi. Il tutto "*ad maiorem Dei gloriam*"»²¹⁴.

2.6. I modi di torturare

Per concludere la nostra disamina storica sulla tortura giudiziaria, non possiamo evitare di soffermarci, pur troppo brevemente, sui "modi di torturare", espressione con la quale, come abbiamo già ricordato, non si intendono le "tecniche" di tortura. Il discorso su quest'ultime, qui, interessa poco e ci limiteremo a riportare un passo del Pertile:

varie e molte erano le specie di tormenti praticate nei diversi paesi, le une più dolorose delle altre. V'era la morsa di ferro cioè due lamine con prominenze, tra le quali con una vite si chiudevano i pollici; gli stivaletti o lo stivale spagnuolo, ed era un simile congegno con cui si stringeva la parte inferiore delle gambe; l'allacciatura, che, giunte insieme le mani dell'inquisito, faceasi coll'attorcigliargli una funicella ben serrata intorno ai polsi od anche alle avambraccia; l'eculeo o cavalletto, specie di scala od altro strumento elevato nel mezzo, e quindi d'ogni parte a piano inclinato, sul quale si distingueva l'inquisito, legandone in alto le braccia, per istirargli le membra con una corda avvinta a piedi e che s'avvolgeva su per un rullo. Simile a questo era il supplizio della colla o corda, di tutti il più comune, e consisteva nel legare all'infelice le mani dietro la schiena con una fune che passava per una carrucola infissa nel soffitto, e dall'altro capo era raccomandata ad un cilindro, intorno a cui annaspandola, si sospendeva in aria il torturato, che si lasciava cader giù precipitosamente, dandogli in questa maniera quelli che si dicevano tratti, scosse o saccate, le quali si potevano ripetere per ben tre volte, in un solo esperimento, a distanza di dieci o quindici minuti. Per rendere il tormento ancora più grave si attaccavano ai piedi dell'imputato pesanti ferri, ciò che ritenevasi il massimo dei supplizi, ovvero gli si gittavano giù pel dorso secchie d'acqua fredda [questa variante era chiamata anche "dello Squassamento"]. Si contava ancora la stanghella; la veglia, che consisteva nel tenere per quaranta ore l'inquisito sopra uno scanno o in piedi con due persone al fianco, le quali non lo lasciassero mai chiudere gli occhi al sonno; il conficcare stecchi appuntiti sotto le unghie; la scottatura versando zolfo o pece o lardo bollente sul corpo dell'Inquisito, oppure tenendogli la fiamma di parecchie candele o un bacino di brace sotto i piedi, sotto le ascelle o altrove; le quali scottature si adoperavano anche semplicemente per aggravare il tormento della corda o del cavalletto. Oltre i suddetti ed altri generi di supplizi

²¹⁴. I. MEREU, *op. cit.*, pp. 211-213. Si noti come il Mereu richiami ancora una volta le parole dell'*Incipit* della Sesta parte del *Sacro Arsenale*.

ammessi dalle diverse leggi, v'erano quelli arbitrari che inventava il capriccio dei giudici e dei carnefici²¹⁵.

Ciò che, invece, si intende, nel linguaggio tecnico, con l'espressione "modi di tortura", sono i differenti tipi di "esame" (interrogatorio) che potevano avvenire sotto tortura, ovverosia le *modalità processuali* con le quali la tortura giudiziaria veniva somministrata all'interno del procedimento.

Alcuni "modi" erano destinati solo ai *Rei*, altri anche ai *Testimonj*. Alcuni erano *in caput proprium* (cioè "contro se stessi"), altri *in caput alieno* (o *in caputo sociorum*, vale a dire contro gli altri). In alcuni si torturava solo una persona, in altri si confrontavano due presunti correi i quali davano due versioni diverse dei fatti, accusandosi l'uno con l'altro. Alcuni erano *sopra il fatto* in genere, altri solamente *sopra le Intenzioni* (la cui ammissione era necessaria per rendere valida la confessione sul fatto), o *sopra i Complici*²¹⁶. Infine vi erano alcuni modi di tortura molto particolari: la tortura con riserva di prova, la *torture préalable* (praticata solo in Francia), quella per costringere il Reo a firmare la deposizione estorta e quella praticata *ut purgaret infamiam*, delle quali scriveremo a breve.

Tutte le confessioni estorte *sub tortura*, poi, andavano ratificate al di fuori dei tormenti (una regola, questa, definita dal Cordero come «piuttosto farisaica»), in quanto non potevano essere raccolte *in tortura seu formidine tormentorum*²¹⁷. Se ciò non fosse avvenuto e il Reo avesse ritrattato la sua confessione, quest'ultimo sarebbe stato sottoposto ad ulteriore tortura.

La "procedura torturatoria" si attivava qualora il Reo (o il Testimone) non avesse confessato nell'interrogatorio "semplice" (cioè senza tortura) il delitto di cui era accusato²¹⁸, e si divideva in due fasi: la *terrizione verbale* (che

215. A. PERTILE, *op. cit.*, vol. VI, parte I, pp. 436–438. Una ricostruzione attenta delle tecniche di tortura giudiziaria nel diritto comune è offerta anche dal Fiorelli, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, pp. 192 ss. Altri Autori hanno prodotto quello che è stato opportunamente definito un «collezionismo antistorico di orrori e di sevizie» (Ivi, vol. I, p. 10, n. 15, alla quale rimandiamo per le indicazioni bibliografiche in merito, espressamente dedicate a tutti quei lettori che avessero «il gusto dell'orrido e del macabro») e che noi non prenderemo qui in considerazione. Più recenti ricostruzioni delle tecniche di tortura — non solo con riferimento alla tortura giudiziaria di diritto comune ma comunque in una prospettiva storica — possono trovarsi in B. INNES, *La storia della tortura. Strumenti e protagonisti di una tragica epopea, dall'antichità ai giorni nostri*, trad. it., Roma, 2009 e G.R. SCOTT, *op. cit.*

216. La terminologia in corsivo è ripresa da E. MASINI, *op. cit.*

217. F. CORDERO, *Procedura Penale, VII edizione*, cit., pp. 18 e 19.

218. Scriveva infatti il Masini che, «avanticché il Giudice venga all'atto della tortura contro i Rei, deve avvertire di non dargliela quando per altra via possa aver da essi la verità» (E. MASINI, *op. cit.*, § X, *Avvertimento CCXCIV*, p. 451). Per questo motivo si è opportunamente parlato del "principio di sussidiarietà" in relazione alla tortura giudiziaria (D. EDIGATI, *Gli occhi del Granduca.*, cit., cap. IV, § I.1, pp. 279 ss.). Va detto, tuttavia, che, più o meno parallelamente a quanto avvenne con la procedura inquisitoriale del processo romano-canonico — sorta come *straordinaria* ed in seguito affermatasi come *ordinaria* — anche la tortura giudiziaria, che in origine seguiva la regola per la quale «alla

consisteva in una tortura psicologica) e la *terrizione reale* (o tortura fisica). Il primo passo per iniziare la procedura tormentatoria consisteva nella conduzione al *luogo dell'Esame* dell'individuo da "rigorosamente interrogare", al quale veniva fatto compiere un *giuramento di dir la verità* e gli veniva annunciata l'intenzione di procedere contro di lui a tortura. Seguivano, dunque, la fase di terrizione verbale (durante la quale venivano mostrati gli strumenti di tortura con la minaccia di usarli se il Reo non avesse confessato, o se il Testimone non avesse parlato) e la fase di terrizione reale²¹⁹.

Altre regole di carattere generale erano quelle che riguardavano la deposizione dai tormenti. Essa poteva avvenire o a seguito della confessione (o della testimonianza desiderata) ovvero a seguito della persistenza tenace nella "negativa" (vale a dire nella negazione dei fatti assunti a *veritas* dai Giudici). In questo secondo caso, tuttavia, l'interrogato si esponeva sovente a successive e più atroci torture, fino ad arrivare, in rari casi, al punto in cui gli Inquisitori si fossero convinti che non fosse possibile in nessun modo estorcere dall'individuo le informazioni auspiccate (ed in tal caso quest'ultimo poteva essere assolto). Era previsto pure che l'interrogato fosse deposto durante i tormenti al fine di consentirgli una confessione più lucida e serena (*deposizione parziale*), ma solo se agli Inquisitori fosse sembrato che il torturato avesse realmente *l'animo di dir la verità* e che lo stesso cominciasse *a dir la verità nel tormento*. Se, una volta deposto, l'interrogato si fosse rifiutato di proseguire la confessione, allora si sarebbe proceduto di nuovo ad una fase di terrizione verbale e poi, ancora, alla tortura fisica²²⁰.

Quanto alla *Tortura con riserva di prova*, essa è, potremmo dire, un *genus* di assai difficile definizione. Volendo ricondurre la categoria ad una definizione unitaria, questa la si può trovare guardando agli effetti della sua pratica, i quali consistevano nella purgazione, con la tortura, di un solo indizio (o comunque di un numero delimitato di indizi) tra i tanti che gravavano sull'inquisito. Scrive Meccarelli: «le forme che l'istituto ha preso sono le più diverse: si va da ipotesi in cui gli indizi vengono dichiarati non purgabili prima della tortura, a quelle in cui si stabilisce di torturare rispetto ad un indizio specifico, tenendo gli altri al di fuori dalla "verifica" della tortura. [...] In realtà le varie configurazioni, che la tortura con riserva di prova

quaestio si doveva ricorrere solo quale rimedio estremo, nell'impossibilità di pervenire diversamente "e per altre vie più sicure" al ritrovamento della *veritas*», si impose progressivamente come rimedio ordinario e addirittura quasi alla stregua di una "tappa obbligata" del procedimento, al punto che «dal tormento non si salvavano spesso neppure i rei confessi spontaneamente, in una logica che rispondeva più all'arbitrarietà, che non al raggiungimento graduale della prova piena attraverso canoni formali» (Ivi, p. 283).

219. Cfr. A. PERTILE, *op. cit.*, vol. VI, § 231.

220. Cfr. E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 263 ss.

può prendere, non modificano la sua valenza sistematica»²²¹. Tale “valenza sistematica”, al quale fa riferimento l’Autore, è quella, fondamentale, della attribuzione di un enorme potere arbitrario al giudice, caratteristica fondamentale dei sistemi inquisitoriali di diritto comune (vedi *supra* § 2.5.) e della quale la *tortura con riserva di prova* è forse la manifestazione più grave ed evidente: da questo punto di vista non pare sbagliato collocare all’interno della stessa *ratio* i casi in cui al giudice è attribuito il compito di stabilire se siano sopraggiunti *nova urgenti ora indicia* che autorizzino a sottoporre l’imputato ad una nuova tortura (vedi *supra* § 2.5.) ovvero quello di valutare se gli indizi siano stati interamente purgati dalla prima tortura o se in questa il reo non sia stato *sufficienter tortus* o *leviter* rispetto alle prove a suo carico²²².

Pur non essendo prevista espressamente la *tortura con riserva di prova* nello Stile della Corte del Tribunale della Santa Inquisizione, come invece avveniva altrove (ad esempio in Francia o in alcune zone della penisola italiana), i modi di tortura che abbiamo appena elencato erano invece ampiamente riconosciuti dal Masini; essi «nel complesso sembrano svolgere nell’ordinamento della Chiesa la funzione che altrove svolgevano istituti come la tortura con riserva di prova»²²³. A nostro avviso, dunque, devono esser fatte rientrare nel *genus* in esame i seguenti tre *modi* di tortura praticati dalla Santo Uffizio: 1) il *modo* di rigorosamente interrogare *pro ulteriori veritate* [o *super aliis delictis*], & *super intentione*²²⁴, qualora il Reo avesse confessato *prima* della tortura solo una parte dei delitti oppostigli oppure solo una parte dei fatti inerenti il crimine (tacendo, ad esempio, sugli eventuali complici), e di tutti i delitti, confessati o meno, non avesse ammesso l’*intenzione* (anche solo di alcuni di essi); 2) il *modo* di rigorosamente interrogare il Reo *sopra i Complici, ed altre Eresie da lui tenute*²²⁵, qualora egli avesse confessato un fatto, la sua Intenzione e la Credulità, ma avesse negato di aver avuto complici o di aver compiuto altri delitti oltre quello confessato, contrariamente a quanto sospettato dagli Inquisitori; 3) il *modo di ripetere la tortura, o continuare i Tormenti*, praticato qualora l’Inquisizione ritenesse conveniente «e per l’atrocità del delitto, e per la salvezza degl’indizj, e per altri importanti rispetti ripetere, o continuare la tortura»²²⁶.

I *modi* della tortura con riserva di prova dimostrano, in maniera chiara, come l’istituto della tortura giudiziaria sia fisiologicamente insofferente a limiti, restrizioni e regole. Pure volendo immaginare la tortura giudiziaria in

221. M. MECCARELLI, *Tortura e processo*, cit., p. 689, n. 25.

222. Ivi, cit., p. 688.

223. *Ibidem*.

224. Circa il presente *modo* di usare la tortura giudiziaria si veda E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 267 ss.

225. Circa il presente *modo* di usare la tortura giudiziaria si veda E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 271 ss.

226. Circa il presente *modo* di usare la tortura giudiziaria si veda E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 282 ss., da dove è tratta la citazione nel testo.

un altro contesto socio-temporale, infatti, appare impossibile l'ipotesi di una disciplina dell'istituto che non lasci un varco all'*arbitrium* di chi, agli esiti di quel tormento, è interessato. Seppure la tortura venisse applicata con il solo (pur improprio, come dimostrarono gli illuministi: vedi *infra* § 3.) scopo di scoprire la verità, non essendo prescrittibile il numero di torture necessarie per raggiungere tale fine (così come talvolta anche un solo tormento è bastevole, in altre circostanze potrebbe servirne ben più di uno; in un'altra occasione, poi, nessun numero, per quanto grande, potrebbe servire allo scopo), dovrebbe sempre lasciarsi spazio all'arbitrarietà dell'interrogatore.

Quanto ai modi di tortura per convincere i Rei a scrivere e quella praticata *ut purgaret infamiam* (o, com'è stata definita, "catartica"), si tratta di due forme di tormento molto particolari, tanto che è discutibile la loro collocazione nell'ambito del *genus* della tortura giudiziaria.

Il primo, ricordato primariamente dall'Ambrosini nella sua *Pratica* e annotato al *Sacro Arsenale* di padre Masini dal solerte dottore Giovanni Pasqualone²²⁷, Fiscale della Suprema Generale Inquisizione di Roma, riguarda quei casi in cui il Reo, «dopo aver confessato, o esser rimasto convinto di saper scrivere, ricusa ostinatamente di farlo a dettatura del Giudice; affinché negli atti non possa costare della scrittura di suo carattere, da servire per fare la ricognizione per comparizione da Scrittori Periti dalle altre scritture da lui negate per iscritte di sua mano»; in una simile ipotesi, dunque, «per tal'effetto si può venire alla tortura contro il Reo affinché scriva». A noi, peraltro, non sembra poter esser sostenibile, riguardo al caso appena descritto, che la tortura praticata non sia di tipo giudiziario: intanto perché, da un punto di vista formale, la formula usata nei verbali dell'interrogatorio in tale occasione è, come scrive chiaramente il Pasqualone, «*mutatis mutandis*», la stessa del *modo di procedere alla tortura contro il Reo, che ricusa di rispondere, o di precisamente rispondere agl'Interrogatorj fattigli dal Giudice*, il quale è indiscutibilmente un *modo* di praticare la tortura giudiziaria (e si sa quanto la forma fosse importante in quel contesto); in secondo luogo, è lo stesso Tribunale, all'interno dello stesso giudizio, che decreta ed esegue i due diversi tipi di tortura (vale a dire quello per costringere i Rei a scrivere e quello per convincere i Rei a confessare), e la tortura *ad eruendam veritatem* può anche usarsi proprio allo scopo di ottenere dai *Testimonj* informazioni circa la capacità del Reo a scrivere in quanto «procurandosi di convincerlo per *Testimonj*, che egli sappia scrivere, o scrivendo, il Reo resterà molto maggiormente aggravato», sia ai fini della sua credibilità che ai fini del giudizio.

227. Il riferimento bibliografico dell'Ambrosini è dato dallo stesso Giovanni Pasqualone: «AMBROSINO, *Pratica di formare il Processo informativo*, libro II, cap. X, num. X, nel fine». Circa il presente modo di usare la tortura giudiziaria si veda, dunque, l'annotazione di G. PASQUALONE in E. MASINI, *op. cit.*, § 6, pp. 288 ss., dal quale sono tratte tutte le successive citazioni al riguardo, laddove non diversamente indicato.

Va detto, poi, che, in quanto specie di tortura-mezzo, non è affatto detto che la tortura giudiziaria debba essere usata per estorcere le sole confessioni e non anche altri tipi di comportamento. Da questo punto di vista, anzi, deve notarsi come anche il *modo di tortura per convincere il Reo a scrivere*, pur non essendo immediatamente configurabile come “rigoroso esame” in quanto nel suo corso non viene compiuto un interrogatorio, possa mediamente collocarsi nell’ambito della tortura *ad eruendam veritatem*, poiché anch’esso serve allo scopo di ottenere una prova, costituita dalla calligrafia del Reo, che può rivelarsi utile alla ricostruzione della *veritas*.

La tortura c.d. “catartica”²²⁸ (secondo la suggestiva definizione che ne ha dato il Cordero²²⁹), che nella età moderna sarà eseguita solo fittiziamente (ovverosia se ne darà notizia solo nei verbali, senza metterla veramente in atto)²³⁰ in quanto considerata una pratica eccessivamente ed inutilmente crudele, oltre che dispendiosa di tempo, consisteva in un ulteriore tormento (ulteriore, dunque, rispetto a quello in cui era “sgorgata” la confessione) praticato per consentire al Reo di purgare l’infamia (*ut purgaret infamiam*), vale a dire “purificarsi” dai peccati e dai delitti che aveva commesso. Questo tipo di tortura era utile soprattutto per convalidare le confessioni fatte da *Rei in caput aliorum*; altrimenti, infatti, la confessione non avrebbe pregiudicato i correi, «in quanto emessa da una persona infame a causa del delitto, finché una tortura catartica non abbia dissolto lo stigma»²³¹. Si trattava, come facilmente rilevabile, di un particolare forma di tortura non *ad eruendam veritatem*: da qui i dubbi sulla sua “giudiziarità”. A noi pare, però, che anche questo modo di dar i tormenti debba essere collocato sotto il genere della tortura giudiziaria: come abbiamo scritto, senza di esso, da un punto di vista formale, non sarebbe stato possibile usare come indizio la confessione sul correo nominato pronunciata dal Reo nominante, dunque la tortura catartica era complementare alla tortura *ad eruendam veritatem* e allo stesso modo di quest’ultima funzionale al giudizio.

Riconosciuto, dunque, che la tortura per convincere i *Rei* a scrivere e la tortura *ad purgandam infamiam* rientrano, seppure in maniera molto peculiare, nella categoria della tortura giudiziaria, deve rilevarsi come la seconda di esse — quella, cioè, “catartica” — rappresenti, piuttosto, un esempio molto chiaro di tortura giudiziaria non praticata, neppure nelle intenzioni, *ad eruendam veritatem*, offrendo così un conforto all’idea per la quale fosse noto già ai tempi che la tortura giudiziaria porti a risultati (e serve a scopi)

228. Circa il presente *modo* di usare la tortura giudiziaria si veda l’annotazione di GIO. PASQUALONE in E. MASINI, *op. cit.*, § 6, p. 291.

229. Cfr. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, *op. cit.*, *passim*.

230. Cfr. *ivi*, p. 40, dove l’Autore nota che la tortura *ad purgandam infamiam* «è probabilmente finta».

231. *Ivi*, pp. 33 e 34; vedi anche p. 34, n. 1.

diversi dalla scoperta *veritas*. Inoltre l'uso abbondante e, come negli ultimi due casi appena prospettati, decisamente ultroneo che si faceva della tortura all'interno del processo lascerebbe intendere come una, almeno parziale, comprensione della carica intrinsecamente autoritaria dell'istituto — e dunque del suo possibile utilizzo *ad instrumentum regni* — fosse già presente tra gli Inquisitori di *ius commune*: altrimenti non si spiegherebbe l'accanimento, apparentemente inutile, sul corpo degli inquisiti.

Più problematica, invece, parrebbe essere la collocazione della *question préalable* (rigoroso esame preliminare). Si tratta di un modo di tortura *in caput alieno* sconosciuto allo Stile curiale del Santo Uffizio, bensì praticato in Francia, seppure scarsamente usato²³², per estorcere informazioni a Rei già condannati su complici &c. Si distingueva dalla *question préparatoire* (rigoroso esame preparatorio), vale a dire la tortura giudiziaria a Rei o *Testimonj, in caput proprium* ovvero *in caput alieno*, all'interno di un procedimento e che poteva essere *ordinaire* o *extraordinaire*, «a seconda del diverso grado di rigore, determinato dalla gravità e dalla durata»²³³ dei tormenti. Il problema nasce sia a fronte del fatto che la tortura preliminare non si svolgeva all'interno di un "giudizio", essendo il torturato già stato condannato (semmai era dalle informazioni che lui avrebbe rivelato che sarebbe scaturito un nuovo processo ad altre persone: da qui la definizione di "*préalable*"); sia perché, quando in Francia si decise, con la Rivoluzione Francese, di ratificare quella che ormai, pure sulla spinta delle tesi di Beccaria, era divenuta una tendenza irrefrenabile in tutti i Paesi della tradizione giuridica occidentale, vale a dire l'abolizione della tortura giudiziaria, da tale abolizione ne scaturì il divieto relativo alla sola *question préparatoire*, mentre la *question préalable* rimase in vigore sino al 1789, otto anni dopo l'abolizione della prima²³⁴. A nostro parere, tuttavia, la *question préalable* era senz'altro una forma di tortura giudiziaria: non solo perché gli organi che la decretavano erano gli stessi che decretavano anche l'altro tipo di *question*, ma anche perché, a ben vedere, la *question préalable* non differiva rispetto al modo di rigorosamente interrogare i Rei *pro ulteriori veritate*, se non per il fatto che nella prima il giudizio sull'imputato s'era già compiuto con la condanna; un dettaglio irrilevante, se si pensa che anche nel modo *pro ulteriore veritate*, pur non

232. Cfr. J.H. BAKER, L.A. KNAFLA, in L.A. KNAFLA (a cura di), *Crime and criminal justice in Europe and Canada*, Waterloo (Ontario, Canada), 1981, p.52, ove si afferma, circa la *torture préalable*, che «this kind of torture was used very seldom».

233. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. I, p. 113.

234. Cfr. *ivi*, vol II, p. 265: «doveva essere Luigi XVI ad abolire la *question préparatoire* (24 agosto 1780) e a sospendere la *préalable* (8 maggio 1788), riservandosi tuttavia, "quoique à regret", di ristabilirla qualora l'esperienza ne avesse mostrata la necessità. L'abolì per sempre un decreto dell'assemblea costituente dell'8-9 ottobre 1789». Cfr. anche J.H. BAKER, L.A. KNAFLA, *op. cit.*, p. 52; INTERNATIONAL LEGAL PROGRAMS SECTION (ILPS) OF THE DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA, *The French Revolution and the organization of justice*, www.justice.gc.ca, *Introduction*.

essendoci, formalmente, una condanna, l'interrogato veniva già chiamato Reo ed aveva già pronunciato la confessione *in caput proprium* per la quale sarebbe stato condannato. Va rilevato, inoltre, che la *question préalable*, solitamente tradotta come "tortura preparatoria", debba essere intesa alla stregua di una "tortura istruttoria" (come andrebbe, a nostro avviso, più correttamente chiamata in italiano). A partire dalle informazioni ottenute da essa, infatti — come già accennato —, era possibile istruire un nuovo processo (con un procedimento assimilabile a quello per denuncia, senonché qui la "denuncia" era indotta dai tormenti) rispetto alla cui decisione la *question préalable* si sarebbe rivelata strumentale al pari di una *question préparatoire*, cioè di una tortura giudiziaria nel senso più classico del termine.

Si noti, inoltre, che la *question préalable*, è uno dei modi che più ricorda le forme di tortura *ad eruendam veritatem* riproposte ai giorni nostri (il riferimento è al celebre caso della *ticking bomb*, al quale abbiamo già fatto un accenno *supra* § 1.3. e sul quale ritorneremo *infra* §§ 3.5. e 4.), assieme alla tortura *pro ulteriori veritate* e alla tortura praticata nei casi gravi (quelli "occulti" secondo Baldo, *de maiestatis* per la *communis opinio*: vedi *supra* § 2.5.), vale a dire senza bisogno di indizi ed in presenza di prove deperibili.

3. La lotta per l'abolizione della tortura e la "scomparsa" della *regina probationum*. Politica o diritto?

3.1. L'avvento dell'illuminismo

L'illuminismo fu uno dei movimenti filosofici più importanti ed influenti della storia. La sua specificazione nell'ambito del diritto è nota con il nome di "illuminismo giuridico", al quale appartiene una eterogenea varietà di dottrine, tra le quali possiamo ricordare alcune più rilevanti come il liberalismo, le ideologie penali (utilitarismo, umanitarismo, proporzionalismo), il garantismo giudiziario, la divisione tra i poteri dello Stato, la concezione dello Stato come società d'individui dotati di eguale umana dignità ed eguali diritti, le dottrine sulla monopolizzazione e la codificazione del diritto e la conseguente limitazione dell'arbitrarietà del giudice nel decidere. L'elenco, certo, non è esaustivo, ma serve a ben comprendere quali furono i principî ispiratori delle varie dottrine, pur non sempre concordi tra di loro²³⁵.

235. Sulle idee ispiratrici dell'illuminismo giuridico, e in particolare sulla problematica collocazione di quest'ultimo rispetto al giusnaturalismo ed al positivismo giuridico, si veda il classico saggio di G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, nonché M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, pp. 13 ss., che riassume così: «la corrente di pensiero giuridico dominante in Europa nel secolo XVIII, [...] [l']"Illuminismo giuridico", è caratterizzata da due elementi fondamentali: da un atteggiamento *razionalistico* in relazione al diritto naturale, e da un atteggiamento *volontaristico*

In definitiva si può dire che alla base dei ragionamenti dell'epoca vi fu, per la prima volta nella storia, «la convinzione che la società possa venir trasformata secondo un disegno organico e razionale; che sia compito dello Stato attuare questo disegno; e che strumento per raggiungere lo scopo sia il diritto nella sua dimensione legislativa»²³⁶, il che si tradusse in un nuovo modo di concepire le dinamiche politiche e i rapporti sociali, che non lasciava spazio a esperienze tiranniche del potere e nel quale il diritto, specie quello penale, purificato dagli antichi difetti, veniva interpretato come un mezzo per garantire l'utilità sociale piuttosto che il «grado di giustizia etico-religiosa»²³⁷.

Ciò si specificò, per quanto riguarda il diritto penale, nelle tre note — poc'anzi richiamate — ideologie: utilitarismo, umanitarismo, proporzionalismo.

L'utilitarismo è l'ideologia penale fondata sul c.d. «principio di utilità», che, già presente *in nuce* nelle opere degli illuministi settecenteschi come Verri e Beccaria, troverà il suo massimo teorizzatore in Jeremy Bentham, secondo il quale «per principio di utilità si intende quel principio che approva o disapprova qualunque azione», «non solo di un privato individuo, ma anche ad ogni provvedimento di governo», a seconda della utilità che se ne può trarre, laddove «per utilità si intende quella proprietà di ogni oggetto per mezzo della quale esso tende a produrre beneficio, vantaggio, piacere, bene o felicità»²³⁸. In ambito criminale, l'utilitarismo si traduce nella regola per la quale il diritto penale deve rispondere unicamente «all'utile della società mondana e non al giusto religioso», dovendo essere puniti «solo quegli atti che è utile, in ragione della pace pubblica e della finanza statale, siano puniti»²³⁹. È la più importante tra le tre ideologie poiché ne è alla base.

La dottrina ha le sue origini nel pensiero greco: stando alle testimonianze sembra

in relazione al diritto positivo». Richiamiamo, inoltre, anche per maggiori riferimenti bibliografici, le note e pregevoli opere di G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, 1965; P. COMANDUCCI, *L'Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978; R. AJELLO, E. CORTESE, V. PIANO MORTARI (a cura di), *L'età dei Lumi. Studi storici sul settecento europeo in onore di Franco Venturi*, Napoli, 1985; M.R. DI SIMONE, *Diritto*, in V. FERRONE, D. ROCHE (a cura di), *L'Illuminismo. Dizionario storico*, Roma-Bari, 1997, pp. 137-146; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 393 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. II, Milano, 2005, pagg. 71 ss. Sull'illuminismo giuridico italiano si vedano anche le pagine di R. FEOLA, *Dall'illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle sicilie*, Napoli, 1977, pp. 3 ss.

236. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 391.

237. Cfr. R. GHIRINGHELLI, *Introduzione* in G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale (1971. A cura e con Saggio Introduttivo di ROBERTINO GHIRINGHELLI. Prefazione di ETTORE A. ALBERTONI*, Milano, 1996, pp. 4 ss. (p. 5 per l'espressione citata).

238. J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, a cura di E. LECALDANO, trad. e note di S. DI PIETRO, Torino, 1998.

239. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 386-389.

già compiutamente articolata in Protagora e, con inclinazioni più nettamente edonistiche, nei cirenaici e negli epicurei [...]; ma è con J. Bentham, alla fine del sec. XVIII, che assunse l'aspetto di scuola o di definita corrente di pensiero, alla quale J.S. Mill applicò il termine di utilitarismo. [...] Bentham definì l'utilità come ciò che produce vantaggio, piacere, bene o felicità, intendendo questi termini come sinonimi. [...] Qui si radica il principio sociale dell'utilitarismo, in quanto non c'è vero utile per l'individuo se esso non favorisce il maggiore bene possibile per tutti [...]. Fu Mill a mostrare il meccanismo psichico associativo attraverso il quale ciò che è originariamente oggetto di egoistici sentimenti di utilità si trasforma, alla fine, in percezione di valori e moventi disinteressati: egli ricostruì dunque la genesi naturale della simpatia e della benevolenza sociali, che Bentham aveva assunto come semplici istinti originali. [...] La scuola utilitaristica (che ebbe il proprio organo nella «*Westminster Review*») esercitò vasta influenza in sede politica, ispirando riforme sociali di impronta liberale [...]. Essa suscitò peraltro opposizioni da parte dei romanticisti Coleridge e Th. Carlyle, del kantiano W. Hamilton e, in nome della morale cattolica, di A. Manzoni²⁴⁰.

L'umanitarismo, a sua volta diviso in diverse sub-correnti (Manzoni apparteneva al c.d. "umanitarismo cattolico"), è fondato su una profonda convinzione dell'uguale dignità di tutti gli esseri umani; in ambito penale si traduce nell'implicazione che nessun trattamento inflitto dai giudici al condannato, all'imputato od ai testimoni debba essere più grave di quanto non sia strettamente necessario, perché lederebbe in misura ingiustificata la dignità di un altro essere umano. È indubbio che l'umanitarismo «sembra essere, in parte, una derivazione» dell'utilitarismo, in quanto appartenente al medesimo «schema di derivazione» per il quale «il sovrano non deve comminare mai pene più gravi di quanto non richieda l'utilità»²⁴¹. Va detto, tuttavia, che le due ideologie (utilitarismo ed umanitarismo) non devono essere confuse, non solo perché non sono rari i casi in cui gli esponenti delle due scuole si sono trovati in polemica tra loro²⁴², ma anche in quanto solo nella prima il concetto di utilità è sganciato da qualunque considerazione

240. Voce "Utilitarismo" in M. FERRARIS, D. MARCONI e G. VATTIMO (a cura di), *le Garzantine – Filosofia*, Torino, 1993, pp. 1179 ss. Sulle critiche di Manzoni vedi *infra* nota 241.

241. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 387.

242. Lo scontro tra umanitarismo ed utilitarismo è quanto mai evidente nella *Storia della Colonna infame* di A. Manzoni (umanitarista), ove sono contenute non poche e taglienti critiche circa l'impostura verriana (utilitarista) nel commentare la vicenda delle unzioni: «a differenza di chi lo aveva preceduto nell'analisi degli atti del processo, l'autore dei Promessi Sposi riteneva che la tragedia degli untori andasse ricondotta interamente sul piano della coscienza: non le leggi, ma gli uomini per loro scelta avevano applicato la tortura, non ostante i giuristi del Cinquecento e del Seicento avessero tentato di porre dei limiti all'arbitrio giudiziario» (S. CONTARINI, *Introduzione*, in P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura. A cura di Silvia Contarini*, Milano, 2006, p. 25). Come già in precedenza abbiamo notato, anche in questo caso Manzoni sembra non riuscire a cogliere il "finto garantismo" della legislazione inquisitoriale, fraintendendo così le declamazioni di pseudo garanzie fatte dai dottori le quali non erano che «apoftegmi enfaticamente vuoti» (Cfr. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, cit., p. 24, n. 15 e p. 142, n. 17; si veda anche *supra* note 193 e 202).

religiosa, mentre la seconda si caratterizza proprio per la sua indistinzione tra “utile (sociale)” e “giusto (etico-religioso)”.

Il proporzionalismo, infine, postula che una qualunque azione compiuta in ambito criminale (come la pena o la tortura giudiziaria), «debba stare in un rapporto fisso e determinato con il reato. Il carattere di proporzionalità delle pene rispetto alla gravità dei reati si configura in un modello astratto, dove per mezzo del calcolo, in conformità ad alcuni criteri quali: la fissazione dei minimi e dei massimi per ogni tipo di reato e una gerarchia di beni e interessi prescelti dal legislatore come meritevoli di protezione, sia possibile disegnare un sistema penale puramente retribuzionistico»²⁴³.

L'Illuminismo giuridico fu a sua volta motore e compagno della c.d. età delle riforme, storicamente collocata a partire dalla pubblicazione della montesquieana *De l'esprit des lois* (1748) fino alla rivoluzione francese, ed i suoi effetti, assieme all'avvento delle prime moderne codificazioni, segnarono senz'altro una profonda cesura nel corso della storia — «l'unica paragonabile per importanza a quella del secolo XII, contrassegnata dall'avvento della nuova scienza del diritto»²⁴⁴ — che portò al definitivo tramonto del diritto comune ed a molti tra i suoi istituti più emblematici, ivi compresa la tortura giudiziaria.

3.2. Il dibattito illuministico per l'abolizione della tortura

Voci contro la tortura ve ne erano state sin da tempi remoti, di molto antecedenti al Medioevo, e con argomentazioni molto simili a quelle portate dagli illuministi. Cicerone²⁴⁵, Quintiliano²⁴⁶, Sant'Agostino²⁴⁷ o, per ricordare nomi più recenti, Montaigne²⁴⁸ e Scanaroli²⁴⁹: «in nessun tempo mancano elette intelligenze, che repudiano l'errore comune»²⁵⁰. Nessuna di queste menti, tuttavia, parlò con abbastanza vigore da fare abolire la tortura: perché concentrate solo sugli abusi; perché, come succedeva agli avvocati romani — Cicerone compreso²⁵¹ — gli stessi abolizionisti non si facevano tanti problemi a sostenere il contrario di quanto affermato qualora ciò fosse servito

243. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 389–395

244. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 223.

245. Cfr. M.T. CICERO, *De partitione oratoria*, Roma, 54 a. C.

246. Cfr. M.F. QUINTILIANUS, *Institutio Oratoria*, 93–96 d.C., trad. in RINO FARANDA (a cura di), *L'istituzione oratoria di Marco Fabio Quintiliano*, Torino, 1968, vol. I, v. 4. I–2, p. 54I.

247. Cfr. A. HIPPONENSIS, *De civitate Dei contra Paganos*, lib. XIX, Ippona, 413–426, § VI.

248. Cfr. M. DE MONTAIGNE, *Essais, Livre II*, 1595, § XI “*De la cruauté*”; C. CANTÙ, *op. cit.*, Firenze, 1862, p. 43.

249. Cfr. G. SCANAROLI, *De visitazione Carceratorum libri tres*, Romae, 1675, pp. 273 ss.; C. C. FORNILI, *op. cit.*, pp. 130 e 131.

250. C. CANTÙ, *op. cit.*, p. 44.

251. Cfr. M.F. QUINTILIANUS, *Institutio Oratoria*, cit., vol. I, § 4, lib. V.

al proprio assistito²⁵²; perché le argomentazioni non discendevano da una organica teoria od ideologia circa il diritto criminale.

La novità del dibattito illuministico, dunque, non sta tanto nell'aver riportato all'attenzione tesi abolizionistiche (in parte) note fin dalla antichità, quanto alla capacità di impatto sull'opinione pubblica di un "arsenale" argomentativo dotato di una indubbia profondità teorica²⁵³ e del quale «le finalità pedagogiche, l'intento divulgativo e la tecnica argomentativa» erano «componenti essenziali»²⁵⁴. Il «nocciolo» della questione illuministica, è stato ben rilevato, «non sta infatti tanto nella [...] originalità delle tesi sviluppate dagli intellettuali settecenteschi contro la tortura, ma nella loro capacità di aprire un dialogo con il pubblico di lettori e di trovare una rispondenza sul piano della sensibilità collettiva di un'epoca e della sua volontà di autorappresentarsi come aperta al progresso e all'innovazione scientifica e culturale.[...] Le trattazioni illuministiche contro la tortura sono appunto caratterizzate dal rincorrersi di logiche argomentative diverse, dalla sovrapposizione di considerazioni legate al criterio dell'utilità e di riflessioni attorno al concetto di giustizia, dall'alternarsi di riferimenti alla teologia e alla razionalità della natura umana, dalla combinazione di argomentazioni etiche, politiche, religiose. Ne emerge una complessità di insieme e una varietà di spunti che costituisce un valore aggiunto rispetto a quello iscritto in ognuna delle sue riflessioni singolarmente individuate»²⁵⁵.

È con l'illuminismo che la tortura diventa, da semplice mezzo *ad eruedam veritatem*, istituto emblematico del grado di garantismo, umanità e razionalità del sistema penale e dell'ordinamento tutto.

Il dibattito illuministico sulla tortura si aprì qualche anno prima del 1748, con le intuizioni di Thomasius, contenute nella nota *Dissertatio* del 1705, seguite, quarantatré anni più tardi, dall'opera di Montesquieu. In entrambe le opere viene messa in evidenza la correlazione intercorrente tra tortura ed "assolutizzazione del potere": la prima conferiva una «patente di legittimità» alla eliminazione fisica degli avversari e alla repressione di ogni forma di opposizione, pur non essendo affatto idonea a garantire l'ordine sociale, che anzi contribuiva a destabilizzare, mentre lo era piuttosto a fornire una occasione di impunità per il reo non confessso capace di resistere ai tormenti²⁵⁶.

Sono immediatamente evidenti due caratteristiche che rappresenteranno

252. Cfr. C. CANTÙ, *op. cit.*, pp. 36-37.

253. Cfr. M.P. PATERNÒ, *La critica alla tortura nell'illuminismo*, in A. GIANNELLI e M.P. PATERNÒ, *op. cit.*, § 1.5.

254. Ivi, p. 21.

255. Ivi, pp. 20 e 21.

256. Ivi, pp. 22 e 29, alla quale si deve l'espressione "patente di legittimità" riportata nel testo.

una consistente parte delle novità illuministiche in tema di diritto penale: da un lato la «consapevolezza del nesso esistente tra la storia della tortura e quella dell'assolutizzazione del potere»²⁵⁷; dall'altro la ricerca di una "utilità" rispetto a qualunque tipo di intervento dell'autorità giudiziaria in materia penale (tanto più se si tratta di una "violenza legale").

Nel 1760 Anton Matteo II, della nota dinastia dei Matthaei giureconsulti, pubblicò un commentario ai libri 47 e 48 del *Digesto*, nel quale espresse una opinione che divenne molto — per così dire — "in voga" tra i giuristi ed i filosofi illuministi che pure condannavano la tortura, vale a dire quella opinione per la quale la tortura *dovesse* essere consentita, in quanto necessaria per garantire l'interesse pubblico, nei riguardi degli indiziati di lesa maestà e dei Rei convinti di delitti atroci che si fossero rifiutati di rivelare i nomi dei complici: in entrambi i casi si trattava di reati considerati di particolare gravità²⁵⁸.

La tesi di Anton Matteo II, ebbe tanta fortuna che fu citata, senza smentita, persino da Voltaire, nel *Commentaire sur le traité des délits et des peines* (1766), con il quale l'Autore divulgò il testo (allora anonimo) di Beccaria in lingua francese²⁵⁹, nonché fu parzialmente ripresa dal Giuseppe barone di Sonnenfels, consigliere imperiale dell'archiduchessa Maria Teresa d'Asburgo regnante d'Austria, che pure fu «il vero protagonista della abolizione della tortura nell'impero austriaco»²⁶⁰. Sonnenfels ipotizzava che *forse* un ricorso alla tortura sarebbe potuto essere considerato legittimo nel caso in cui un individuo già dichiarato colpevole avesse negato di rivelare i complici: egli «è tormentato, allora, non pe' delitti altrui, ma pel proprio colpevole silenzio; silenzio, che è un nuovo attentato contro la pubblica sicurezza, la quale, a cagion di esso, non può difendersi e premunirsi contro de' malvagi che ancora non conosce»²⁶¹.

257. Ivi, p. 28.

258. Cfr. A. MATTHÆI, *De criminibus. Ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius, editio quinta et ultima*, Antwerpiae, 1761, lib. XLVIII, 16, 5, 1 (ora anche su google.books.com); P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., Vol. II, pp. 256 e 257. Va altresì precisato che il Matteo ebbe un grande merito nella formazione del movimento abolizionista, poiché «aveva fatto un'eccellente disamina di tutti i principali argomenti che si potevano addurre in favore della tortura e contro, e all'inconsistenza dei primi aveva opposto a ragion veduta il peso e il valore dei secondi» (Ivi, p. 240). In particolar modo, il Matteo (*op. cit.*, 16, 5, 1 — pagg. 559–562 nell'ed. citata) passa in rassegna sette principali argomentazioni, che molto probabilmente ebbero influenza anche nel pensiero degli illuministi lombardi del "Caffè".

259. L'opera di Voltaire meriterebbe di essere approfondita ben più di quanto lo spazio e le forze a nostra disposizione lo consentano. Di grande interesse, poi, è il peculiare rapporto che intercorre tra l'opera del Voltaire e quella del Beccaria, circa il quale rimandiamo al saggio di L. FIRPO, *Voltaire e Beccaria*, in R. AJELLO, E. CORTESE, V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, vol. II, pp. 923 ss., a sua volta estratto dal saggio pubblicato in C. BECCARIA, *Opere*, vol. 1, Milano, 1985.

260. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., Vol. II, p. 257, n. 40.

261. J. VON SONNENFELS, *Osservazioni pratiche sopra la tortura*, trad. it. Carlo Amoretti (titolo originale *Ueber die Abschaffung der Tortur*, Zurich, 1775), Milano, 1776, §§ 21 e 22, p. 65; un accenno alla tesi

Alcuni Autori a noi contemporanei si sono meravigliati della fortuna della tesi di Anton Matteo II. Maria Pia Paternò ha scritto: «sorprende, in questa argomentazione, la concentrazione dell'attenzione su uno solo dei diversi spunti di riflessione che avevano caratterizzato l'impegno pubblicistico degli abolizionisti illuministi», mentre vengono completamente trascurati il principio della umanità della pena, la «denuncia dell'inconsistenza del suo potenziale dissuasivo», il «riferimento all'ambiguo rapporto che lega la tortura al dispotismo» e la «positiva esperienza storica segnata dalla sua abolizione in Prussia»²⁶², elementi che il Matthaei non aveva certo potuto prendere in considerazione nella loro interezza, avendo scritto prima del 1740 (anno nel quale, per l'appunto, fu abolita per la prima volta, in Prussia, la tortura giudiziaria), ma che dovevano sicuramente essere noti ai successivi Autori che hanno ripreso le sue tesi; meno sorpreso, tuttavia, il Fiorelli, che commenta: «l'argomento era di moda e, tra le tesi opposte, è naturale che le moderate, nelle loro varie gradazioni, raccogliessero molti suffragi»²⁶³.

3.3. *Il “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*

Le argomentazioni utilitaristiche vennero riprese nel 1764 nel fortunato *Dei delitti e delle pene*²⁶⁴, lavoro “di scuola” redatto dalla raffinata penna di Cesare Beccaria²⁶⁵, del quale il capitolo sulla tortura — per lo più suggerito da Pietro

era già comparsa in J. VON SONNENFELS, *Scienza del buon governo*, trad. it. C. Amoretti (titolo originale *Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft*, Vienna, 1765–1766), Milano, 1784, § 84.

262. M.P. PATERNÒ, *La critica alla tortura nell'illuminismo giuridico settecentesco*, cit., p. 31.

263. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., Vol. II, p. 257.

264. Sulla diffusione dell'opera di Beccaria si veda il bello e suggestivo libretto, notissimo, di C. CANTÙ, *op. cit.* Sulla diffusione del Beccaria in Russia si veda inoltre E. GHERBEZZA, *Dei delitti e delle pene nella traduzione di Michail M. Scerbatov*, Firenze, 2007, § I *La fortuna dell'opera di Cesare Beccaria in Russia*, pp. XV ss.

265. Celebre una lettera che Pietro Verri scrisse al fratello nel 1776: «mi meraviglio come abbia potuto cucire insieme il libro [...] di cui le idee erano più quelle dei suoi amici che non le sue» (*Carteggio di Pietro Verri e di Alessandro Verri dal 1766 al 1797*, vol. VII, Milano, 1934, p. 186). Le tesi esposte nel *Dei delitti e delle pene* sono, infatti, per lo più frutto di una riflessione collettiva del «piccolo cenacolo di patrizi lombardi, riuniti intorno alla forte personalità di Pietro Verri e del Fratello Alessandro, [che] discutevano, sulle pagine di un foglio periodico da loro creato — “Il Caffè”, che uscì dal 1764 al 1765 — temi di economia, di diritto e di costume pubblico e privato, affrontati in un libero dibattito ispirato alla nuova cultura del “lumi”» (A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 402). Questo non significa, tuttavia, come è stato notato, «che Beccaria abbia solo scritto un brogliaccio o delle schede prestando il proprio nome ad un'opera che avrebbe un'altra paternità, segnatamente quella di Pietro [Verri]. È una diceria [...] ma risale a fantasiose costruzioni» (I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 446; cfr. anche G. FRANCONI, *Nota al testo*, in C. BECCARIA, *Opere*, I, Milano, 1984, pp. 215 ss. Per *contra* vd. L. VILLARI, *Un caffè per due e Cesare l'idiota*, entrambi in *La Repubblica*, rispettivamente 2 e 22 dicembre 1993, redatti in un *botta e risposta* con lo stesso FRANCONI, *Diamo a Cesare...*, in *La Repubblica*, 18 dicembre 1993). Sulla vita e le opere del Beccaria, con particolare riferimento alla gestazione del *Dei delitti e delle pene*, oltreché per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda F. VENTURI, voce *C. Beccaria*, in *Dizionario*

Verri — rappresenta il primo vero “decalogo” delle principali motivazioni, sia classiche che più tipicamente illuministiche, a favore dell’abolizione della tortura. Come è stato notato, il *Dei delitti e delle pene* fu l’opera «che diede il segnale della guerra generale contro codesta assurda barbarie»²⁶⁶.

«È un voler confondere tutt’i rapporti», scriveva il Beccaria, «l’esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato, che il dolore divenga il crogiuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti. Ecco i fatali inconvenienti di questo preteso criterio di verità, ma criterio degno di un cannibale, che i Romani, barbari anch’essi per più d’un titolo, riserbavano ai soli schiavi, vittime di una feroce e troppo lodata virtù»²⁶⁷. La tortura *ad eruendam veritatem* non è utile, poiché «o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, è non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati»²⁶⁸. La tortura non è utile neppure per risolvere le contraddizioni emerse da precedenti deposizioni, «quasi che le contraddizioni, comuni agli uomini quando sono tranquilli, non debbano moltiplicarsi nella turbazione dell’animo tutto assorbito nel pensiero di salvarsi dall’imminente pericolo»²⁶⁹.

Interessanti anche le considerazioni sulla tortura “catartica” (vedi *supra* § 2.6.): «un altro ridicolo motivo della tortura è la purgazione dell’infamia, cioè un uomo giudicato infame dalle leggi deve confermare la sua deposizione collo slogamento delle sue ossa. Quest’abuso non dovrebbe esser tollerato nel decimottavo secolo»²⁷⁰.

«La legge che comanda la tortura», in definitiva, «è una legge che dice: “Uomini, resistete al dolore, e se la natura ha creato in voi uno inestinguibile amor proprio, se vi ha dato un inalienabile diritto alla vostra difesa, io creo in voi un affetto tutto contrario, cioè un eroico odio di voi stessi, e vi comando di accusare voi medesimi, dicendo la verità anche fra gli strappamenti dei muscoli e gli slogamenti delle ossa”»²⁷¹.

Più in generale l’opera del Beccaria ebbe una fortuna di enorme portata,

Biografico degli Italiani, vol. 7, Roma, 1965, pp. 458–469.

266. A. PERTILE, *op. cit.*, vol. VI, parte I, p. 443.

267. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 92. Il riferimento ai “barbari”, dispregiativamente accostati ai “Romani”, sott’intende l’accostamento della tortura giudiziaria all’ordalia. Accostamento che, come abbiamo già accennato (vedi *supra* § 2.4.), costituisce un’altra delle argomentazioni distintive del Beccaria contro la tortura giudiziaria.

268. *Ibidem*.

269. *Ivi*, p. 94.

270. *Ivi*, p. 93.

271. *Ivi*, p. 97.

tanto che la sua influenza si fece sentire persino in Russia, dove, con i decreti del 7 maggio 1744 e 5 agosto 1746, fu sospesa l'esecuzione della pena capitale e, con l'articolo 200 del *Comandamento* di Caterina II, venivano introdotte alcune importanti regole di derivazione illuministica, «per far sì che la punizione non sembri una violenza [. . .], che sia utile per la società, [e che sia] corrispondente alla gravità del crimine»²⁷²; sempre Caterina II, inoltre, nel 1767, scrivendo di suo pugno le istruzioni per un codice russo «con parole che si direbbero dettate da Beccaria, [. . .] sbandiva decisamente non solo la tortura degli imputati ma quella medesima che usava infliggersi, *super aliis delictis* oppure *in caput sociorum*, ai rei confessi. Queste istruzioni non furono però tradotte in atto, e l'abolizione definitiva seguì soltanto nel 1801, per opera d'Alessandro III»²⁷³.

3.4. Le “Osservazioni” di Pietro Verri

Subito dopo aver accennato alle posizioni del Beccaria, è d'obbligo fare un riferimento al Verri. Pietro Verri — che del *Dei delitti e delle pene* fu in rilevante parte, specie per quanto riguarda il capitolo sulla tortura, quello che oggi definiremmo, con un azzardato neologismo, il *ghost writer*²⁷⁴ — scrisse, tra il 1770 e il 1776 una opera intitolata *Osservazioni sulla tortura e sulla peste che devastò Milano nell'anno 1630*, nella quale riprese tutte le argomentazioni già portate nel *Dei delitti e delle pene*, spesso in modo quasi letterale. Non ostante ciò, sarebbe sbagliato considerare l'opera una mera riproduzione della precedente; anzi, è quasi certo che, se non fosse uscita postuma — com'è invece avvenuto (nel 1804) —, sarebbe stata assai innovativa, in quanto alle (ormai) classiche argomentazioni illuministiche, Verri aggiunse due ulteriori contributi, da un lato dimostrando come “neppure le leggi” — e dunque neppure i Sovrani — considerassero la tortura come uno strumento *ad eruendam veritatem* (il che significa, a nostro avviso, che ne avevano invece compreso la funzione di controllo dell'ordine pubblico); dall'altro mettendo in rilievo un elemento che fino ad allora era rimasto nell'ombra, vale a dire quello che potremmo riassumere nella parola “Compassione”²⁷⁵, sul quale a breve ci soffermeremo con più precisione.

Per raggiungere i suddetti scopi, l'Autore scelse di cominciare il suo saggio raccontando una vicenda giudiziaria che all'epoca aveva fatto scal-

272. Cfr. V. S. NERSESIANTS e S. I. SHTAMM, *La politica ed il diritto penale nella Russia della seconda metà del XVIII secolo*, in L. BERLINGUER e F. COLAO (a cura di), *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, in L. BERLINGUER, *La “Leopoldina”*, cit., Vol. II, Milano, 1990, pp. 487 e 490.

273. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., vol. II, pp. 260 e 261.

274. Vedi nota *supra* nota 264.

275. Cfr. S. CONTARINI, *Introduzione*, cit., *passim*.

pore (la stessa che, qualche anno dopo, racconterà Alessandro Manzoni con la “Storia della Colonna Infame”, criticando però la impostatura di Verri) e riportando stralci dei verbali delle torture praticate in quel processo, cercando così di mostrare nella pratica il “raccapriccio” che la tortura e le pratiche degli Inquisitori generavano, senza ricorrere ai «sublimi principj di legislazione» di cui si erano avvalsi — fallendo — coloro i quali prima di lui avevano scritto circa l’abolizione della tortura²⁷⁶.

«I fautori della tortura», rilevava il Verri, «cercano di calmare il ribrezzo, che ogni cuore sensibile prova colla sola immaginazione del tormento»²⁷⁷.

Poco è il male, dicono essi, che ne soffre il torturato; si tratta di un dolore passeggero, per cui non accade mai l’opera di medico o cerusico; sono esagerati i dolori che si suppongono. Tale è il primo argomento, col quale si cerca di soffocare il raccapriccio, che alla umanità sveglia la idea della tortura. [...] Si adopera attualmente per tortura la lussazione dell’osso dell’omero; si adopera talvolta il fuoco a’ piedi, crudeli operazioni per se stesse, ma nessuna legge limita la crudeltà a questi due modi; i dottori che sono i maestri di questi spasimi, i dottori che si consultano per regola e norma de’ giudizj criminali, non prescrivono certamente molta moderazione. [...] Dopo ciò non saprei mai come possa dirsi, che la tortura per sé sia un male da poco. Non nego che un giudice umano potrà temperare la ferocia di questa pratica, ma la legge non è certamente mite, né i dottori maestri lo sono punto. [...] Tale è la natura dell’uomo che superato il ribrezzo de’ mali altrui e soffocato il benefico germe della compassione, inferocisce e giubila della propria superiorità nello spettacolo della infelicità altrui; di che ne serve d’esempio anche il furore de’ Romani per i gladiatori. [...] Dopo ciò convien pure accordare, e sull’esempio delle unzioni pestifere e sulle dottrine de’ maestri della tortura, ch’ella è crudele e crudelissima e che se al giorno d’oggi la sorte fa che gli esecutori la moderino, non lascia perciò di essere per se medesima atroce e orribile, quale ognuno la crede, e queste atrocità e questi orrori legalmente autorizzati può qualunque uomo nuovamente soffrirli, sintanto che o non sia moderata con nuove leggi la pratica, ovvero non sia abolita. / Né gli orrori della tortura si contengono unicamente nello spasimo che si fa patire, spasimo che talvolta ha condotto a morire nel tormento più d’un reo; ma orrori ancora vi spargono i dottori sulle circostanze di amministrarla. [...] / Non credo di essere acceso da molto entusiasmo, se dico essere la tortura per se medesima una crudelissima cosa, essere orribile la facilità, colla quale può farsi soffrire ad arbitrio di un solo giudice nella solitudine del carcere, ed essere veramente degna della ferocia de’ tempi delle passate tenebre la insidiosa morale, alla quale si ammaestrano i giudici da taluno de’ più classici autori. Si tratta adunque di una questione seriissima e degna di tutta l’attenzione, e non regge quanto si può dire per diminuirne il ribrezzo o l’importanza²⁷⁸.

«Se la inquisizione della verità fra i tormenti», continuava il Verri, «è per

276. P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura e singolarmente sugli effetti che produsse all’occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribui la pestilenza che devastò Milano l’anno 1630*, Milano, 1804, § I, *Introduzione*, p. 55 nella edizione a cura di S. CONTARINI, cit., dalla quale citeremo.

277. Ivi, § VIII. *Se la tortura sia un tormento atroce*, p. 113.

278. Ivi, pp. 113 ss.

se medesima feroce, se ella naturalmente funesta la immaginazione di un uomo sensibile, se ogni cuore non pervertito spontaneamente inclinerebbe a proscriverla e detestarla; nondimeno un illuminato cittadino preme e soffoca questo isolato raccapriccio e contrapponendo ai mali, dai quali viene afflitto un uomo sospetto reo, il bene che ne risulta dalla scoperta della verità nei delitti, trova bilanciato a larga mano il male di uno colla tranquillità di mille»²⁷⁹.

Questo debb'essere il sentimento di ciascuno, che, nel distribuire i sensi di umanità, non faccia l'ingiusto riparto di darla tutta per compassionare i cittadini sospetti, e niente per il maggior numero de' cittadini innocenti. Questa è la seconda ragione, alla quale si cerca di appoggiare la tortura da chi ne sostiene al giorno d'oggi l'usanza come benefica ed opportuna, anzi necessaria alla salvezza dello stato.

Ma i sostenitori della tortura con questo ragionamento peccano con una falsa supposizione. Suppongono che i tormenti sieno un mezzo da sapere la verità: il che è appunto lo stato della questione. Converrebbe loro il dimostrare che questo sia un mezzo di avere la verità, e dopo ciò il ragionamento sarebbe appoggiato; ma come lo proveranno? Io credo per lo contrario facile il provare le seguenti proposizioni: Prima, che i tormenti non sono un mezzo di scoprire la verità. Seconda, che la legge e la pratica stessa criminale non considerano i tormenti come un mezzo di scoprire la verità. Terza, che quand'anche poi un tal metodo fosse conducente alla scoperta della verità, sarebbe intrinsecamente ingiusto»²⁸⁰.

In queste righe sta la grande intuizione del Verri: egli elabora un criterio con il quale dimostrare che la tortura è *intrinsecamente ingiusta* e sarebbe tale quand'anche si dimostrasse che sia utile per scoprire la verità:

mi rimane finalmente da provare, che quand'anche la tortura fosse un mezzo per iscoprire la verità dei delitti, sarebbe un mezzo intrinsecamente ingiusto. Credo assai facile il dimostrarlo. Comincerò col dire che le parole di “sospetti, indizj, semi-prove, semi-plene, quasi-prove ecc.” [il riferimento qui è al sistema delle prove legali, sul quale vedi *supra* § 2.2.], e simili barbare distinzioni e sottigliezze, non possono giammai mutare la natura delle cose. Possono elleno bensì spargere delle tenebre ed offuscare le menti incaute; ma debbesi sempre ridurne la questione a questo punto, il delitto è *certo*, ovvero solamente *probabile*. Se è *certo* il delitto, i tormenti sono inutili, e la tortura è superflualmente data, quando anche fosse un mezzo per rintracciare la verità, giacché presso di noi un reo si condanna, benché negativo. La tortura dunque in questo caso sarebbe ingiusta, perché non è giusta cosa il fare un male, e un male gravissimo ad un uomo superflualmente. Se il delitto poi è solamente *probabile*, qualunque sia il vocabolo col quale i dottori distinguano il grado di probabilità difficile assai a misuararsi, egli è evidente che sarà possibile che il probabilmente reo in fatti sia innocente; allora è somma ingiustizia l'espone un sicuro scempio e ad un crudelissimo tormento un uomo, che forse è innocente; e il porre un uomo innocente fra que' strazj e miserie tanto è più ingiusto quanto che fassi colla forza pubblica istessa confidata ai giudici per difendere l'innocente dagli oltraggi. La forza di quest'antichissimo ragionamento hanno

279. Ivi, § IX., *Se la tortura sia un mezzo per conoscere la verità*, p. 120.

280. Ivi, pp. 120 ss.

cercato i partigiani della tortura di eluderla con varie cavillose distinzioni le quali tutte si riducono a un sofisma, poiché fra l'essere e il non essere non vi è punto di mezzo, e laddove il delitto cessa di essere certo, ivi precisamente comincia la possibilità della innocenza. Adunque l'uso della tortura è intrinsecamente ingiusto, e non potrebbe adoprarsi, quand'anche fosse egli un mezzo per rinvenire la verità.

Che si è detto mai delle leggi della Inquisizione, le quali permettevano che il padre potesse servire di accusatore contro il figlio, il marito contro la moglie! L'umanità fremeva a tali oggetti, la natura reclamava i suoi sacri diritti; persone tanto vicine per i più augusti vincoli, distruggersi vicendevolmente! La legge civile abborrisce siffatti accusatori, e gli esclude. Mi sia ora lecito il chiedere se un uomo sia meno strettamente legato con se medesimo, di quello che lo è col padre e colla moglie. Se è cosa ingiusta che un fratello accusi criminalmente l'altro, a più forte ragione sarà cosa ingiusta e contraria alla voce della natura che un uomo diventi accusatore di se stesso, e le due persone dell'accusatore e dell'accusato si confondano. La natura ha inserito nel cuore di ciascuno la legge primitiva della difesa di sé medesimo: e l'offendere se stesso, e l'accusare se stesso criminalmente egli è un eroismo, se è fatto spontaneamente in alcuni casi, ovvero una tirannia ingiustissima se per forza di spasimi si voglia costringervi un uomo.

L'evidenza di queste ragioni anche più si conoscerà riflettendo, che iniquissima e obbrobriosissima sarebbe la legge, che ordinasse agli avvocati criminali di tradire i loro clienti. Nessun tiranno, che io ne sappia, ne pubblicò mai una simile; una tal legge romperebbe con vera infamia tutti i più sacri vincoli di natura. Ciò posto chiederemo noi se l'avvocato sia più intimamente unito al cliente, di quello che lo è il cliente con se medesimo? Ora la tortura tende co' spasimi a ridurre l'uomo a tradirsi, a rinunziare alla difesa propria, ad offendere, a perdere se stesso. Questo solo basta per far sentire, senza altre riflessioni, che la tortura è intrinsecamente un mezzo ingiusto per cercare la verità, e che non sarebbe lecito usarlo quand'anche per lui si trovasse la verità²⁸¹.

La "Compassione", nel pensiero verriano, non veniva considerata affatto un sentimento istintivo, bensì razionale, in quanto si riteneva che l'uomo non vi nascesse possedendola ma la acquisisse (con la ragione) e, in taluni casi, come quello dei giudici criminali, la potesse perdere (perdendo, assieme, la ragione). Quanto detto risalta chiaramente da un'altra opera dell'Autore, ove questi aveva rilevato come, se è vero che «indipendentemente dalla ragione, sembra quasi per istinto che l'uomo alla vista d'un altro uomo che sia addolorato patisca, e da questo patire come per simpatia ne deriva la voce compassione», in realtà va notato come «i bambini fanno ridendo delle azioni crudeli e sono insensibili talvolta ai mali altrui, perché non hanno idea di quello che soffre l'oggetto che hanno presente», segno che la Compassione non è un sentimento innato; ma, continua il Verri, «l'uomo comune ancora soffre nel vedere soffrire un suo simile, e a meno che non si sia con replicati atti costantemente incallito alla vista dei mali, [. . .] pochi

281. Ivi, § XI. *Se la tortura sia un mezzo lecito per iscoprire la verità*, pp. 11 ss. Si noti come le argomentazioni verriane presentino molti punti di contatto con la teoria della metamorfosi dell'*actus trium personarum* di cui *supra* § 1.4.3.

uomini reggeranno a starsene per la prima volta col giudice criminale che fa dai sgherri slogare le ossa a un infelice colla tortura»²⁸².

Come ha osservato il Fiorelli, le *Osservazioni sulla tortura* sono un libretto a cui «soltanto per ragioni cronologiche non poté corrispondere una efficacia pratica paragonabile a quella del Beccaria»²⁸³.

3.5. Mario Pagano, il pensiero di Bentham ed i manoscritti Twining

Molti altri sono gli Autori che andrebbero affrontati, se la nostra rassegna ambisse ad avere una qualche pretesa di completezza. Se pure non hanno avuto la stessa divulgazione di quelle di Beccaria, non meno lucide sono, ad esempio, le considerazioni in materia di tormenti prodotte — per restare nel territorio della Penisola — dal napoletano Mario Pagano, la cui opera, alla pari di quella del suo maestro Filangieri, è caratterizzata, da un lato, dal «respiro europeo» e, dall'altro, da un altrettanto ampio «impatto pragmatico» il cui «apporto più originale» è quello «destinato al diritto penale [...] e al processo penale particolarmente»²⁸⁴.

Un ultimo Autore sul quale, tuttavia, sembra opportuno soffermarsi è Jeremy Bentham, già ricordato a proposito del principio di utilità. Quando Bentham scrive, la tortura è stata già abolita quasi dappertutto. Non è un caso, infatti, che nell'opera di Bentham possa rilevarsi una forte attenuazione (se pure non una scomparsa) di quella *verve* polemica con la quale i precedenti illuministi avevano chiesto l'abolizione della tortura, avvertendosi di meno l'esigenza della *pars destruens* rispetto a quella di una *pars construens* mirata verso la composizione di una teoria sistematica degli ordinamenti giudiziari.

Il tema della tortura si trova affrontato da Bentham nell'opera *A Treatise on Judicial Evidence*, pubblicata nel 1825 e tradotta in italiano da Barnaba

282. P. VERRI, *Discorso sulla Felicità*, in ID., *I «Discorsi» e altri scritti degli anni Settanta*. A cura di G. PANIZZA, con la collaborazione di S. CONTARINI, G. FRANCONI e S. ROSINI, Roma, 2004, pp. 256–257.

283. P. FIORELLI, *op. cit.*, Vol. II, pp. 252 e 253.

284. P. COSTA, *A proposito di «Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista» di Dario Ippolito*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2009, n. 82, pp. 412 e 419. Le idee di M. PAGANO sulla tortura si trovano organicamente esposte nel *Capo XXX* delle sue *Considerazioni sul processo criminale* (1787), e nei capp. IX–XI della *Scienza della Legislazione* (1780–1791), libro III, pt. I, entrambi recentemente ristampati, rispettivamente, a cura di F.M. PALADINI e con *Prefazione* di V. VERRONE, Venezia, 2009, (pp. 109–112 per il *Capo XXX*) e a cura di A. TRAMPUS, M.T. SILVESTRINI, F. TOSCHI VESPASIANI, P. BIANCHINI, G. TOCCHINI con *Introduzione* di V. FERRONE, Venezia, 2002–2004. Sul pensiero di Mario Pagano e su quello del suo maestro Filangieri si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, D. IPPOLITO, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, 2008, particolarmente le pp. 210 ss. per quanto riguarda la tortura giudiziaria. Sulla vita e le opere del Filangieri, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si rimanda a E. LO SARDO, voce *G. Filangieri*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 47, Roma, 1997, pp. 574–582. Sulla fortuna del Filangieri al di fuori dei confini italiani si veda anche P. BECCHI, *Vico e Filangieri in Germania*, Napoli, 1986, pp. 93 ss.

Vincenzo Zambelli nel 1842, con il titolo *Teoria delle prove giudiziarie*²⁸⁵. Affrontando, nel capitolo XVI, il problema della «condotta da osservarsi con dei testimoni refrattari»²⁸⁶, l'Autore osserva come «è evidente che tutt'i mezzi di costringimento che furono per così lungo tempo in pratica, onde forzar gli accusati a rispondere, e per istrappare loro delle rivelazioni, erano assolutamente superflui»; la tortura viene presentata come un «flagello che ha cessato di imperversare, e che non può durare lungo tempo presso popoli civilizzati dei quali essa disonora ancora i tribunali»: esso «non serviva che a ottenere una cosa inutile in una procedura pubblica e ben condotta»²⁸⁷. Anche il caso prospettato da Sonnenfels (vedi *supra* § 3.2.) viene respinto da Bentham, poiché un giudice «può esser certo ch'egli [il reo] ha avuto dei complici, ma non può esser certo ch'egli li possa conoscere», e persino innanzi al caso di un «delitto di cui si cerca l'autore ancora sconosciuto, e si manca d'indizi e prove, [. . .] fra i mezzi di costringimento è d'uopo escludere tutti quelli che produrrebbero un male irreparabile [nonché] tutti quelli che partecipano della violenza corporale: si camminerebbe a fini contrari. L'anima può infierire, contro il dolore: si eccita l'orgoglio, e si dà causa a un trionfo in una rivolta contro la legge»²⁸⁸. Certo, continua il Bentham nel capitolo successivo (intitolato *Misure a prendersi contro la deperizione delle prove*²⁸⁹), innanzi a prove deperibili e straordinariamente periclitanti, se ci si muove in un sistema giudiziario non pienamente efficiente, potrebbero doversi consentire deviazioni dalla pratica ordinaria, accelerando i tempi della causa e rinunciando ad alcune delle guarentigie ordinarie o, se si tratta di prove reali d'una natura deperibile, prendendo tutte le misure che il caso ammette per conservarle nella loro pienezza e nel loro carattere di prove. Tali misure, tuttavia, sono assolutamente da evitare per quanto possibile, ed in ogni caso tra di esse non è compresa la tortura; conciossiacosaché nei sistemi «efficienti», di queste deviazioni, ce ne sono «nessuna od assai poche»²⁹⁰.

Ora, sull'idea che Bentham aveva della tortura, non pare che possano esserci dubbi. Eppure, intorno al suo pensiero, è sorto, recentemente, un dibattito molto acceso, dovuto al fatto che le idee di Bentham sono state prese a fondamento della teoria di un giurista americano, Alan Dershowitz, il quale sostiene la necessità della reintroduzione della tortura. Sul pensiero di Dershowitz ci soffermeremo tra poco (vedi *infra* § 4.).

285. Cfr. *Teoria delle prove giudiziarie*, di Geremia Bentham, giureconsulto inglese. Prima versione italiana, del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli, Bruxelles, 1842.

286. Ivi, pp. 367 ss.

287. Ivi, p. 368.

288. Ivi, p. 371.

289. Ivi, pp. 371 ss.

290. Ivi, pp. 371–372.

Quanto a Bentham, l'equivoco (se di questo si tratta) nasce da due manoscritti (i *Manoscritti Twining*, cit.) redatti tra il 1770 ed il 1780 che sono stati recentemente riportati alla luce e pubblicati in un articolo intitolato *Bentham on torture*²⁹¹. Nei citati manoscritti, viene prospettato questo caso:

supponiamo che si dia una situazione in cui venga a formarsi un sospetto, abbastanza forte da essere considerato un motivo sufficiente per l'arresto e il mandato di incarcerazione o per la sussistenza di un grave delitto — il sospetto cioè che in questo preciso momento esiste un numero notevole di individui che stiano realmente soffrendo, a causa dell'inflizione illegale di violenza eguale per intensità a quelle che, se impartite per mano della giustizia, verrebbero universalmente definite con il nome di tortura. Allo scopo di salvare da tal torture queste centinaia di innocenti, ci si dovrebbe far scrupolo di applicare una tortura eguale o superiore per strappare le informazioni necessarie dalla bocca di un criminale, il quale, avendo le facoltà di rendere noto il luogo in cui in questo momento quelle abnormità vengono o stanno per essere praticate, si rifiutasse di rivelarlo? Anche prescindendo dalla saggezza del suo agire, potrebbe fingere a tal punto da encomiare l'umanità più cieca e volgare un uomo che, per salvare un criminale, decidesse di abbandonare cento persone innocenti allo stesso destino?²⁹².

Da questo caso ne è stato elaborato, per mano di Dershowitz, un altro, noto con il nome di *ticking bomb*:

se si giustifica la tortura di una persona colpevole allo scopo di impedire la tortura di cento persone innocenti, ne segue anche — e senza dubbio per Bentham è così — che sarebbe altrettanto giustificato impedire l'omicidio di migliaia di civili innocenti nel caso di un attentato imminente²⁹³.

Contrariamente a quanto affermato dall'Autore americano, però, le riflessioni svolte da Bentham a noi paiono del tutto interlocutorie, non adatte a fornire alcuna certezza in merito al pensiero del filosofo inglese. Bentham stesso si chiede se l'ipotesi da lui prospettata sia effettivamente verosimile. L'Autore sviluppa pensieri sparsi su fogli di carta, senza mai arrivare a una vera conclusione. Dapprima opera una distinzione tra paesi nei quali non è consentita la tortura giudiziaria e paesi nei quali, invece, è consentita, commentando che nei primi può essere difficile, per un criminale, trovare un pretesto per poter tradire il proprio complice senza che questo ultimo

291. W.L. TWINING, P.E. TWINING, *Bentham on torture*, cit.

292. J. BENTHAM, *Manoscritti Twining*, cit., della cui traduzione italiana riportata in A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., p. 136, ci siamo avvalsi.

293. *Ibidem*. Sulle differenti versioni circa le ipotesi di *ticking bomb* si veda l'articolo di J. KLEINIG, *Ticking Bomb and Torture Warrants*, in *Deakin Law Review*, vol. 10, n. 2, 2005, pp. 614 ss., ora su www.deakin.edu.au.

gli si rivolti contro: «*establish Torture, and you give him the compleatest of all Excuses, irresistible Necessity*»²⁹⁴.

Ma, al di là di questa convinzione, Bentham sa che la tortura è «*so liable to abuse*»²⁹⁵. Infatti egli non scrive mai che la “si deve” consentire, bensì che “si può” (*may*), “forse” (*perhaps*)²⁹⁶, consentirla; e, se si vuole farlo, bisogna che ciò avvenga nell’osservanza di stringenti regole: innanzitutto occorre che lo stesso torturato corra un eguale rischio sia che subisca la tortura che non la subisca (il riferimento che fa Bentham è alla entità della pena verso la quale il reo andrebbe comunque incorso, vista anche la rilevanza pubblica che il relativo crimine avrebbe). Occorrono, inoltre, prove consistenti e in deperimento; la tortura deve essere applicata in via sussidiaria, proporzionata all’evento che si vuole evitare, nella misura minima indispensabile.

Le riflessioni di Bentham muovono da un ragionamento tanto complesso quanto incompiuto, che ha come suo fondamento l’intuizione per la quale la tortura sarebbe paragonabile ad una “pena preventiva” che non solo ha il “vantaggio aggiunto” di rendere, in certi casi, alcune informazioni sentite dalla collettività come utili alla propria sicurezza, bensì anche, se sottoposta a certi limiti, non è né più gravosa (nel senso di violenta, dolorosa) di alcuni tipi di pena, né più ingiusta, dacché il grado di certezza circa la coscienza e le intenzioni del presunto colpevole in base al quale si tortura non sono inferiori rispetto a quelle con le quali, talvolta, si condanna²⁹⁷. Non viene affrontato il problema degli ulteriori limiti da apporre al “varco d’arbitrio” aperto dalla regola per la quale la tortura andrebbe applicata nella “misura minima indispensabile”, laddove questa misura è di portata evidentemente soggettiva, sia in relazione al torturato, sia in relazione al *tortor* (vedi *supra* § 2.5.). Nessun cenno, inoltre, al problema, centrale nel pensiero del Bentham, della “efficienza” della giustizia, secondo la quale sembrerebbe assai improbabile che le prove richieste per decidere circa la colpevolezza di un accusato sarebbero le stesse per costringere questo ai tormenti.

Oltre al fatto che a noi non pare che Bentham, in questi manoscritti, mai conclusi e che non ha mai voluto far pubblicare, sostenga la *necessità* dell’uso tortura (bensì, eventualmente, la *possibilità*), va sottolineato come

294. J. BENTHAM, *Manoscritti Twining*, cit., p. 318. Va detto che una simile evenienza era stata prevista nella delibera con la quale Maria Teresa abolì la tortura nel 1776, la quale prevedeva che il divieto fosse notificato a tutti i Tribunali ma non pubblicato con editto: «quell’avvertenza di non dargli la pubblicità d’un editto nasce dal timore che ne traessero baldanza i delinquenti, e gli imputati ostinazione a negare» (C. CANTÙ, *op. cit.*, p. 211).

295. *Ivi*, p. 311.

296. Vedi, ad esempio, *ivi*, p. 330.

297. *Ivi*, cit., pp. 312–319. Si veda, inoltre, *ivi*, p. 311, dove l’Autore, ammettendo che la tortura «*is so liable to abuse*», osserva però che «*the punishment also is liable to abuse*».

«consapevole delle possibilità degenerative implicite in un ricorso legale alla pratica, Bentham esclude nel modo più deciso la legittimazione della tortura per qualunque reato connesso con la cosiddetta sicurezza dello Stato»²⁹⁸. Non può non evidenziarsi, inoltre, che Bentham, contrariamente a Dershowitz, non aveva da confrontarsi con il “prisma democratico” (vedi *supra* § 1.3.), il che renderebbe comunque lacunose, per il dibattito odierno, le sue riflessioni interlocutorie, quand’anche non fossero state incompiute. Ci consentiamo sommessamente di ricordare, infine, che i due manoscritti sono stati redatti ben quaranta anni prima della *Teoria delle prove giudiziarie*, opera invece edita, Bentham vivente, nella quale il pensiero dell’Autore traspare, a nostro avviso, senza ombra di dubbio.

3.6. *La tesi di Langbein sulla abolizione della tortura giudiziaria e la poena straordinaria d’età moderna*

Fin a non molto tempo fa è stata opinione pacifica in dottrina che l’abolizione della tortura giudiziaria fosse avvenuta quasi unicamente a cagione dell’influenza che le tesi abolizionistiche ebbero nei confronti dei sovrani. John Langbein, al contrario, definisce questa impostatura come *The abolition legend*²⁹⁹. L’intuizione dell’A. americano, parte dalla considerazione che l’abolizione della tortura è stata «*both a juristic and a political event*»³⁰⁰.

Dal punto di vista politico, dunque, Langbein non nega del tutto la portata delle tesi illuministiche³⁰¹. Dal punto di vista giuridico, tuttavia, deve ritenersi che l’abolizione della tortura sia stata consentita (anche) dal fatto che il sistema delle prove legali fosse ormai in declino. Figura centrale delle riflessioni di Langbein è l’istituto della *poena extraordinaria* d’età moderna³⁰²,

298. F. M. DI SCIULLO, *op. cit.*, p. 41.

299. J.H. LANGBEIN, *Torture*, cit., pp. 64 ss. Riassume bene il pensiero dell’Autore M.P. PATERNO, *La critica alla tortura*, cit., p. 20: «quella della rilevanza della filosofia illuministica ai fini dell’abolizione della tortura in Europa è [...] per John Langbein una leggenda consolidata ma infondata, che trascura il fenomeno della graduale trasformazione del diritto processuale penale e del suo progressivo allontanamento dai canoni romanistici che ne avevano caratterizzato la configurazione fino al XVIII secolo».

300. J.H. LANGBEIN, *Torture*, cit., p. 64.

301. Va detto, tuttavia, che forse la tesi di Langbein, in alcuni punti, tende a sminuire eccessivamente l’importanza che le tesi illuministiche ebbero nel processo abolizionistico. In questo senso, va ricordato anche il recentissimo lavoro di E. WENZEL, *op. cit.*, che nei confronti degli illuministi si mostra perfino più severo di Langbein, assegnando al cedimento del sistema delle prove legali a vantaggio di quello del libero apprezzamento delle prove quasi tutto il “merito” della abolizione della tortura.

302. Bisogna sottolineare, infatti, come, con la locuzione *poena extraordinaria*, durante l’età classica di diritto comune, s’intendesse semplicemente la erogazione di una pena non prevista né da leggi, né dalla consuetudine o dalla prassi, ma che era imposta dal giudice a sua totale discrezione, in presenza

che consisteva in un rimedio previsto per ottenere una condanna anche senza passare per la tappa, altrimenti indispensabile, della confessione, qualora gl'*indizj* fossero stati ritenuti dagli Inquisitori *gravi ed urgenti*; la *poena extraordinaria*, come è stato notato, si caratterizzava anche in quanto «possiede, contrariamente alle classiche pene ordinarie, il carattere della modulabilità e della durata. Ciò le permette di essere adeguabile, quanto ad intensità, al caso concreto. Essa è stabilita dal giudice *iuxta qualitatem facti, et personae prout sibi convenire videbitur*»³⁰³. Si tratta di un istituto di enorme importanza per la nostra analisi: se da un lato è evidente come questo tipo di pena, aumentando la capacità discrezionale ed arbitraria del giudice, comportasse un ampliamento delle «capacità persecutorie del sistema processuale»³⁰⁴, è vero anche che «la pena straordinaria come tale consentiva anzitutto di evitare in blocco il procedimento di tortura. Si rinunciava ad acquisire la confessione e si condannava con gli indizi già posseduti»³⁰⁵ e, se pure la tortura fosse stata già eseguita, consentiva la condanna anche «nei casi di mancata ratifica della confessione resa sotto i tormenti. Addirittura [...] anche [...] nei casi in cui la tortura non aveva sortito del tutto l'effetto di far confessare l'imputato»³⁰⁶. In questo senso, è corretto affermare che «per queste sue caratteristiche la pena straordinaria appare come un naturale interlocutore della tortura»³⁰⁷; inoltre, nota il Meccarelli, «questa possibilità alternativa, conservata anche una volta intrapreso l'iter della tortura, attribuisce al giudice un ruolo di maggiore controllo della evoluzione del processo, perché rende l'iter meno dipendente dallo snodo della tortura»³⁰⁸. Tutto ciò, se da un lato, come abbiamo ricordato, aumenta le capacità persecutorie del sistema processuale, dall'altro importa un forte elemento di discontinuità in quello stesso sistema. Innanzitutto conferisce ai giudici un potere arbitrario di enorme portata: potere che «*in the age of the nation-state [...] could be tolerated because it could be controlled*» ma che, a seguito della «*centralization and professionalization of the judiciary centuries[,] was an essential prerequisite for a system of free judicial evaluation of evidence. Such a system cannot be left in the hands of laymen*»³⁰⁹.

Nella tesi di Langbein, per la quale il sistema delle prove legali, imperniato sulla confessione e, dunque, sulla tortura, era sorto nel Medioevo

di cause *gravi ed urgenti* e di *evidenti ragioni* (Cfr., ad es., J. DE DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium; opus absolutissimum, praetoribus, consulis, magistratibus, atque omnibus iustitiae administris necessarium*, Bruges, 1554, § 55, v. 55).

303. M. MECCARELLI, *Tortura e processo*, cit., p. 699.

304. *Ibidem*.

305. Ivi, p. 697.

306. Ivi, pp. 697–698.

307. Ivi, p. 696.

308. Ivi, p. 699.

309. J.H. LANGBEIN, *Torture*, cit., p.56.

«to serve the needs of the relatively weak governments then emerging»³¹⁰ ed era altresì caduto in desuetudine (laddove non venne espressamente abolito) non appena tale necessità era venuta meno, la pena straordinaria acquista un valore significativo. Essa è un istituto che *non* appartiene al sistema delle prove legali e, anzi, rappresenta una «deroga al principio della purgazione degli indizi»³¹¹, che introduceva nel sistema la «free judicial evaluation of the evidence ([...] *intime conviction*)», seppure, in un primo momento, tale sistema parallelo vigea solo in alcuni, circoscritti, istituti e come «*alternative and subsidiary system of proof*»³¹². Era, però, insita nell'istituto una forza propulsiva che avrebbe scatenato un effetto–domino in grado di travolgere tutto il previgente sistema di prove.

Se, in vista della condanna, la confessione si può presumere, o addirittura evitare (ed è il caso della pena straordinaria), che motivo v'è di dover tentare d'estorcerla con la tortura? Se l'obiettivo dichiarato dell'operare della Inquisizione era quello del bene comune, e per il raggiungimento di tale scopo si ritenne di incentrare il sistema delle prove sulla confessione, che motivo ci sarebbe stato di condannare una persona della quale non si aveva, neppure da un punto di vista formale, la certezza che avesse commesso quel determinato crimine? È chiaro come l'introduzione–intrusione di elementi come la *poena extraordinaria* nel sistema criminale dell'epoca mettesse limpidamente in luce come non fosse del tutto necessaria la confessione allo scopo di punire il crimine; «*in this development*», osserva il Langbein, «*were contained the seeds of the abolition of torture*»³¹³.

Of course, judicial torture continued to be permitted and employed in the ancient régime. But the revolution in the law of proof destroyed the *raison d'être* of the law of torture. When full proof was no longer the exclusive prerequisite for punishment, the law of proof was liberated from its dependence on confession evidence. Judicial torture was at last vulnerable to the ancient abolitionist critique³¹⁴.

Il punto fondamentale da evidenziare, a nostro avviso, è questo: per avere un sistema penale più efficacemente repressivo, si stabilirono una serie di istituti, a partire dalla *poena extraordinaria*, che, aumentando a dismisura il potere arbitrario del giudice, rendevano possibile la condanna senza confessione e, così facendo, rendevano del tutto inutile la tortura giudiziaria. Così, se da un lato possiamo rilevare come quanto da noi fin qui scritto sembri mettere a nudo l'avvenuta acquisizione di una qualche consapevolezza,

310. Ivi, p. 55.

311. M. MECCARELLI, *Tortura*, cit., p. 697.

312. J.H. LANGBEIN, *Torture*, cit., p. 48.

313. *Ibidem*.

314. Ivi, pp. 59–60.

pure parziale ed incerta, da parte dei Sovrani e degli Inquisitori di diritto comune circa la vera natura dell'istituto, quanto meno riguardo alla sua natura di strumento d'*imperio* (superabile da altri strumenti od istituti che garantiscano ai giudici un potere arbitrario del giudice ancora maggiore) non *ad eruendam veritatem* (altrimenti non avrebbe avuto senso il successivo o alternativo ricorso alla *poena extraordinaria*), dall'altro deve evidenziarsi come, con l'introduzione della *poena extraordinaria* e la successiva decadenza del sistema delle prove legali, si eliminava la necessità doverosa dell'uso di quel trattamento che, come ricordava Mario Sbriccoli (vedi *supra* § 1.4.3.), è l'unico il quale consente di raggiungere l'identità unitaria alle tre originali persone (accusatore, imputato, giudice) di cui si compone il processo — in quanto, «costretto violentemente, l'imputato si farà accusatore di se stesso, finendo per assumere il punto di vista dell'inquirente, che sarà anche il suo giudice»³¹⁵ — e di ottenere così un controllo pressoché totale sull'individuo inquisito.

3.7. *L'abolizione della tortura giudiziaria in Europa*

Nella temperie culturale, politica e giuridica di cui abbiamo fatto brevemente cenno, avvenne, gradualmente, l'abolizione della tortura.

Già nel 1738, a Napoli, una prammatica di Carlo III abolì parzialmente l'uso della tortura, che comunque rimase per le cause più gravi (rimaneva possibile la terrizione reale degli imputati) finché non venne definitivamente abolita nel 1789³¹⁶, anche se il suo uso era talmente tanto radicato che pure alcuni anni dopo l'abolizione definitiva si continuò a scrivere nei verbali del Processo che la confessione era stata estorta *sub tortura*, per conferirle maggiore attendibilità. Il primo Paese ad abolire del tutto la *violenta veritas per tormenta inquisitio* fu, invece, la Prussia, nel 1740, per opera di Federico II appena salito al trono, «imbevuto» del pensiero illuminista³¹⁷. Seguirono il Baden, nel 1767; il Mecklemburg, nel 1769; la Sassonia, nel 1770; la Svezia, nel 1772; la Toscana, di fatto nel 1776 e, formalmente, nel 1786 da Leopoldo I.

Una tappa fondamentale fu quella austriaca. Quando Maria Teresa abolì la tortura in tutti i suoi *Dominj* (con un Decreto del 2 gennaio 1776), il Senato milanese, che tra i suoi *dominj* pure rientrava ma che aveva mantenuto una certa autonomia, si rifiutò di estendere alla sua giurisdizione il divieto di tortura. Il rifiuto era annunciato. La disillusione trapela in modo evidente da

315. M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter Observari*», cit., § 4, n. 48; ID, *Tormentum idest torquere mentem*, cit., p. 23.

316. Cfr. C. CANTÙ, *op. cit.*, p. 214

317. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., Vol. II, p. 259.

una lettera che Alessandro Verri inviò al fratello nel 15 maggio 1776: «bramo che sia abolita la tortura, alla quale ho preso un orrore anche più forte del comune, per avere letti i costituiti criminali di tale atto inumano; il Senato però difficilmente entrerà in quelle mire, essendo composto d'uomini formati in queste pratiche antiche ed approvate da tanti celebri giureconsulti»³¹⁸; è, tra l'altro, verosimile che Alessandro Verri si riferisse alla consulta stesa dal padre senatore Gabriele, adottata nell'aprile dello stesso 1776, con la quale il Senato milanese si rifiutò di estendere alla sua giurisdizione le decisioni prese da Maria Teresa in materia di tortura.

Fu Giuseppe II, figlio e successore di Teresa, che impose l'abolizione definitiva della tortura anche in Lombardia e che nel 1788 adottò un "codice" di procedura penale — capostipite dei moderni codici — nel quale, significativamente, era previsto che il silenzio o la simulazione dell'imputato fossero puniti con dei colpi di bastone, «eufemisticamente definiti "castighi", non torture»³¹⁹, e dove era dunque confermata l'abolizione della tortura giudiziaria (decisione, tra l'altro ulteriormente ribadita con decreto l'11 settembre 1789).

Quando Sonnenfels convinse Maria Teresa d'Austria ad abolire la tortura, lo poté fare anche in forza del fatto che in Prussia era già stata abolita senza che per questo la giustizia risultasse compromessa. La fortuna delle tesi di Beccaria, l'esempio della Prussia — che dimostrò come l'efficacia del diritto penale non venisse diminuita dall'assenza del tormento giudiziario — ed il coraggio di Maria Teresa fecero sì che nel giro di pochissimo tempo la tortura venisse abolita praticamente ovunque.

Così l'abolizione avvenne pure in Francia, per opera di Luigi XVI il quale, nel 1780, vietò la *question préparatoire* e, nel 1788, vietò la *question préalable* e, assieme, anche le torture-pena (non ostante sopravvissero, nell'ordinamento francese, alcune forme di "tortura finale" come il taglio del pugno destro prima dell'esecuzione della pena capitale per il parricidio, previsto dall'art. 13 cpv. del *Code* del 1810); a Venezia, nel 1787; in Lombardia, come già ricordato, nel 1789, per opera di Giuseppe II; in Piemonte, nel 1798, grazie a Carlo Emanuele IV, dopo che nel 1760 Carlo Emanuele III l'aveva abolita per i soli Stati d'Aosta; nel 1807 in Baviera; nel 1809 nel Württemberg; nel 1812 in Sicilia, nel 1818 nell'Hannover; nel 1821 in Sardegna dove ancora era rimasta in vigore³²⁰.

318. *Carteggio di Pietro Verri e di Alessandro Verri dal 1766 al 1797*, vol. VIII, ed. Cogliati, Milano, 1934, p. 102. La stessa disillusione trapela dalla lettera inviata a Milano dal Grancancelliere principe di Kaunitz al Ministro plenipotenziario di Firmian il giorno 8 gennaio 1776: «dagli elenchi criminali di coteste provincie appare che la tortura in Italia si frequenta più che negli Stati tedeschi, e si applica per furti e simili delitti. Prevedo che il senato, rigoroso mantenitore delle leggi antiche e delle pratiche consacrate dall'uso, vorrà sostenere l'odierno sistema» (C. CANTÙ, *op. cit.*, p. 213).

319. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 420.

320. Per una efficace cronologia della abolizione della tortura, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*,

In fine fu la volta dello Stato Pontificio, il quale, dopo aver abolito una prima volta la tortura giudiziaria nel 1798, per opera dei francesi, la istituì nuovamente non appena cadde la Repubblica Romana e tornò il governo pontificio³²¹.

In Inghilterra, che, come abbiamo detto, non partecipò alla recezione del diritto comune, «fu abolita nel 1762 la cosiddetta “pena forte e dura”, in forza della quale il cittadino che per evitare la condanna avesse rifiutato di rispondere e di accettare il giudizio, veniva portato in una segreta, disteso nudo sul suolo sotto un pesante macigno e nutrito a pane ed acqua finché non cambiava idea o non moriva»³²².

Inoltre, non ostante l'estraneità dell'Inghilterra al sistema di diritto comune, deve rilevarsi come non sarebbe del tutto vero dire che la tortura in Inghilterra non fu mai praticata. In tal senso, fa scuola ancora una volta il volume di John Langbein³²³, oltre ché, naturalmente, quello del Fiorelli³²⁴, dove risulta limpidamente che in Inghilterra fu usata, anche se raramente³²⁵, e venne mantenuta fino al 1640 la tortura giudiziaria come rimedio estremo da adoprarsi a fronte di certi delitti considerati particolarmente pericolosi.

4. La tortura giudiziaria oggi (e domani)

Abbiamo sottotitolato questo breve saggio definendo la tortura come uno strumento d'*imperio*. Nel farlo, abbiamo voluto riprendere la terminologia usata dal Masini in uno dei numerosi *Avvertimenti* elencati alla fine del *Sacro Arsenale*. Ci riferiamo, in particolare, all'*Avvertimento CCLXXXVII*, secondo il quale «colui che incolpa alcuno di qualche delitto, specialmente di Eresia, se non avendo egli vere prove, né indizj sufficienti alla tortura contro il preteso Reo, dirà: Signor Giudice, ponete me, ed N. alla corda, ch'io voglio provarli in faccia, ch'egli è colpevole, non deve in modo alcuno essere ascoltato». Ciò sembra strano, dal momento che se la tortura è strumento *ad eruendam veritatem* la verità dovrebbe sgorgare comunque, indipendentemente da chi ne faccia richiesta, facendo salva così la *pubblica sicurezza*. Se questa stranezza, tuttavia, avrebbe potuto essere giustificata dall'Auto-

cit., p. 699, n. 274.

321. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., Vol. II, p. 266 e n. 40. Sulla abolizione della tortura giudiziaria nello Stato Pontificio si veda anche il noto articolo di P. PICCA, *op. cit.* Sulla polemica tra Picca e Helbing circa l'abolizione della tortura nello Stato Pontificio vedi *supra* nota 137.

322. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 699, n. 274.

323. J.H. LANGBEIN, *Torture*, cit., pp. 73 ss.

324. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., Vol. I, pp. 102 ss.

325. Per la precisione, stando agli studi del Langbein, la tortura giudiziaria fu usata, in Inghilterra, ottantuno volte, tra il 1540 ed il 1640. Cfr. J.H. LANGBEIN, *Torture*, cit., pp. 94–123.

re, debolmente, con l'argomentazione che, in presenza di un individuo così convinto della propria tesi da richiedere per sé la tortura *ad eruendam veritatem*, non si potrebbe concludere altro se non la veridicità delle sue affermazioni, tale da rendere superflua la tortura, le diverse motivazioni fornite dal Masini colpiscono assai, perché nell'argomentare sembrano voler ammettere, anche a parole, la vera natura dell'istituto giudiziario della tortura, che non è *ad eruendam veritatem* ma è atto *di potere per il potere*. Ecco le motivazioni: «prima, perché un uomo per libero che sia, non è però padrone delle sue membra. Secondo, perché la potestà di tormentare altrui è di *mero imperio*; né può il Giudice esercitarla secondo la volontà di un Uomo privato. Terzo, perché non può alcuno commettere ad altra persona privata, che lo percuota: e tale è il Giudice mentre fuori e contro de' termini della ragione opera, o vuol operare; come farebbe, se non vi essendo indizj esponesse alcuno alla corda, che perciò meriterebbe essere punito»³²⁶. Ebbene, da queste motivazioni si evincono due elementi fondamentali: 1) Che la tortura, perché fosse legittima, doveva essere praticata solo in quanto considerata espressione della volontà della pubblica autorità; 2) Che la tortura, quindi, è un atto "*di mero imperio*". Tutto ciò induce a ritenere che il ruolo del Giudice (e lo scopo della tortura) non fosse quello di scoprire la verità al fine di tutelare il pubblico interesse, bensì quello di praticare un atto di *mero imperio* volto ad imporre la volontà del potere dominante. Quest'ultimo, difatti, non mostra di avere alcun reale interesse alla scoperta della verità, perché altrimenti tollererebbe che il Giudice, a tale scopo, possa torturare anche un testimone convinto dell'altrui colpevolezza e che per ciò chieda di essere sottoposto a *rigoroso esame*. Una tale tortura, invero, mancherebbe dell'elemento *impositivo* (dell'Autorità sul torturato) e, per conseguenza, di quello *autoritativo* (per il quale l'iniziativa della pratica della tortura deve scaturire dall'esercizio di una potestà d'*imperio*). In questo senso la tortura, benché praticata all'interno di un processo, si traduce in un "atto di *mero imperio*", cioè in un atto autoritativo volto a manifestare, con la violenza (legale), il dominio dell'Autorità sul suddito. Con la tortura giudiziaria il processo diviene il momento in cui l'Autorità, con l'uso della forza, cerca di piegare e di imporsi sopra le coscienze degli uomini. La "giudiziarità", riferita alla tortura, si svuota così di significato, rivelandosi che il fine ultimo, e intrinseco, dell'istituto è sempre quello della repressione dell'eresia, considerata nemica e ostacolo dell'ortodossia che garantisce la

326. Si noti come in quest'ultima motivazione sia evidente il ricorso al finto garantismo (vedi *supra* § 2.5.), dal momento che la richiamata circostanza del Reo che non può essere torturato perché in carenza di indizj non ha nulla a che vedere con quella in esame, dove il fatto che un individuo chieda spontaneamente di essere torturato potrebbe bene essere apprezzato dall'Inquisitore come indizio bastevole ai tormenti. Il motivo per il quale non si può procedere a tortura nel caso prospettato non risiede, dunque, in una garanzia giudiziaria, anche se come tale veniva simulatamente prospettata.

conservazione del potere.

Dalla prima edizione del *Sacro Arsenale* sono passati quattro secoli. Quella concezione del mondo e del potere, sottesa all'*Avvertimento* del Masini, che in fondo era la stessa racchiusa sia nell'idea di una sovranità assoluta, sia nella stessa tortura giudiziaria, appare quanto di più lontano ci possa essere dal nostro modo di pensare e di godere la vita pubblica.

Al giorno d'oggi sembrerebbe che la tortura giudiziaria, nei paesi che appartengono alla cultura democratica occidentale, non possa più esistere. Nel '48 è stata adottata dalle Nazioni Unite la *Dichiarazione universale dei diritti umani*, con la quale è stato sancito, oltre al principio dell'uguaglianza tra tutti gli uomini, anche il divieto di tortura. Allo stesso modo tutte le carte regionali dei diritti umani (a partire dalla nostra CEDU) ne hanno vietato tassativamente l'uso. La dottrina maggioritaria considera il divieto di tortura una delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, vale a dire una consuetudine internazionale³²⁷, tanto che è stato rilevato come essa sia «diventata un "principio costituzionale" della comunità internazionale³²⁸». Il garantismo è ormai entrato nella cultura giuridica occidentale e si è esplicitato in singole garanzie e formule più generali, come quella del giusto processo³²⁹, che escludono chiaramente un sistema giudiziario senza accusa separata e nel quale si faccia uso di tortura. Il regime democratico, per come formulato, sembra essere impermeabile alla introduzione della tortura giudiziaria. A livello teorico numerosi costituzionalisti ne hanno dimostrato l'incompatibilità³³⁰.

Se è vero che la democrazia è il regime regolato dalla "etica del dubbio", d'altronde, non sembra sia tollerabile, in un sistema democratico, uno strumento, come quello della tortura *ad eruendam veritatem*, che è chiaramente espressione di una concezione etica che non lascia spazio alla alternatività delle scelte e non si muove sul terreno delle *res dubiae*, cioè quello «della democrazia, [...] delle questioni che possono essere legittimamente decise

327. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, F. SALERNO, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XI, Torino, 1996, p. 524 ss.; A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, pp. 979 ss.; F. TRIONE, *La tortura nel diritto internazionale*, in www.centrodირittiumani.unina.it, 2005; A. ANNONI, *Il divieto di tortura in territorio occupato. I combattenti della guerra asimmetrica: libertà di tortura? Relazione tenuta in occasione del Giornata internazionale a sostegno delle vittime della tortura, Venezia, 26 giugno 2006*, ora su www.unive.it/nqcontent.cfm?a_id=75375, p. 2; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento* in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 156 ss.

328. A. CASSESE, *Le tre violazioni americane*, in *la Repubblica*, 6 maggio 2011, p. 35.

329. Sul significato di giusto processo, oltre che per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema, si veda la recentissima ricostruzione di P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, cit., pp. 149 ss.

330. Vedi *supra* nota 44.

in un modo o nell'altro»³³¹.

Eppure gli Stati Uniti, considerati da molti e per lungo tempo la più grande democrazia del mondo, ne hanno fatto sistematicamente uso e, anzi, hanno finanziato ricerche di tipo psichiatrico per scoprire forme più raffinate ed efficaci di tortura³³².

Durante la Guerra Fredda la C.I.A. ha divulgato tra i suoi agenti un libro, il *Kubark*³³³, che non aveva molto di diverso dai vecchi "manuali" (o "pratiche") per inquisitori (vedi *supra* § 2.3.). Questo libro è stato aggiornato e riutilizzato dagli agenti operanti nella base militare di Guantanamo, recentemente chiusa dal presidente Obama³³⁴.

Studiosi come Alan Dershowitz³³⁵ e Michael Walzer³³⁶ ne hanno predicato la compatibilità con il sistema democratico, a fronte di *necessità*: è il caso, già ricordato, della *ticking bomb* (vedi *supra* § 1.3).

Dershowitz poi, contrariamente a Walzer, ne ha addirittura consigliato una puntuale disciplina legislativa, con lo scopo di prevenire abusi³³⁷; si tratta, tuttavia, di una precauzione inutile, se non dannosa (difficile pensare che l'introduzione della tortura giudiziaria a livello legislativo non provochi conseguenze devastanti sul piano dei diritti umani): sappiamo dallo studio del passato che la tortura giudiziaria è, per usare ancora le parole di Cordero, «incompatibile con la legalità: l'abuso appartiene alla fisiologia dello strumento»³³⁸.

Il problema è che i fondamenti di cui abbiamo detto (diritti umani, garantismo, democrazia) non sono, evidentemente, un salvagente adeguato all'introduzione della tortura. I diritti umani non sono ancora un linguaggio universale³³⁹.

331. G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, cit., p. 16. Cfr. anche P. HÄBERLE, *op. cit.*, pp. 92–94 e, *praesertim*, nota 33, secondo il quale, non potendo lo Stato costituzionale, per definizione, possedere un dominio monopolistico sul sapere, poiché ciò che esprime la verità è fornito, piuttosto, dalle libertà, il «divieto di tortura», rappresenta, assieme, un limite all'accertamento statale della verità e una garanzia di accertamento della verità in quanto, contestualmente, esclude il pericolo della imposizione coatta di una verità precostituita, evitando così il rischio della produzione di «non verità» e «protegge l'emotività privata di fronte all'accertamento statale della verità».

332. Si legga, a riguardo, il primo capitolo del saggio di N. KLEIN, *Shock economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, trad. I. Katerinova, Milano, 2007.

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

334. Al riguardo vedi la nota ufficiale pubblicata il 22 gennaio 2009 dal Presidente degli Stati Uniti d'America sul sito della Casa Bianca: www.whitehouse.gov/the-press-office/closure-guantanamo-detention-facilities.

335. Cfr. A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., p. 125 ss.

336. Cfr. M. WALZER, *Dirty Hands*, cit., pp. 160 ss.

337. Cfr. A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., § 4. Cr., per *contra*, M. WALZER e R. FESTA, *Walzer: per me Guantanamo resta qualcosa di indecente*, cit., p. 48.

338. F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, cit., pp. 141 e 142.

339. Sul problema, con precipuo riferimento al divieto di tortura, si veda L. ZAGATO e S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010.

Anche i Paesi che si sono impegnati ad osservarli, spesso, si sono prestati ad abusi. Più di una volta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sanzionato gli Stati contraenti per aver violato l'art. 3 CEDU (divieto di tortura).

Anche la democrazia può diventare, usando le parole di Zagrebelsky, un «concetto idolatrico»³⁴⁰, trasformarsi — in un certo senso — nel suo contrario, pur mantenendo tuttavia la stessa “etichetta” formale, e come tale entrare nello schema mereuiano di “consenso o repressione” (vedi *supra* § I.4.I.).

Simbolica ed emblematica è a tal riguardo la figura dostoevskijana del Grande Inquisitore il quale, tutto preso dalla caccia all'eresia, non si fa tanti scrupoli nell'incarcerare, accusare e poi condannare alla pena di morte il Cristo in persona³⁴¹.

Il garantismo, venuti meno gli altri due elementi e presa a pretesto d'uso nientemeno che *la necessità (straordinaria, come straordinaria era l'originaria natura del processo inquisitorio nel diritto comune)*, può facilmente trasformarsi in “finto garantismo” (vedi *supra* § 2.5.): se si fa passare l'idea che le garanzie possano venire meno a fronte di una *pubblica necessità*, non essendoci altro arbitro di questa *necessità* se non le stesse Autorità che porrebbero in atto le torture — le stesse interessate alla conservazione del potere e alla salvaguardia dell'ortodossia — quelle garanzie rischiano di diventare scatole “enfaticamente vuote”.

Una volta che ci sbarazziamo del divieto assoluto di fare ciò che è considerato e vissuto come un male evidente e intollerabile, e ci poniamo a ponderare o bilanciare tra mali distinti e di grado maggiore o minore come possibili alternative di condotta, la caduta dell'inibizione iniziale rispetto al male evidente fa sì che non ci siano più barriere insuperabili contro questo e la sua ripetizione e variazione³⁴².

È lo stesso Dershowitz che si dichiara consapevole dei rischi comportati dall'uso del criterio della necessità:

Nessun sistema giuridico operante secondo il principio di legalità dovrebbe mai tollerare una strategia “nascosta” nei confronti della necessità. Anche la difesa della necessità deve essere giustificata in conformità alla legge. La strada della dittatura è

340. G. ZAGREBELSKY, *Democrazia in crisi, società civile anche*, in *la Repubblica*, anno 34 n. 264, 7 novembre 2009, pp. 35, il quale osserva come la democrazia, nel secondo '900, sia diventata «quasi un concetto idolatrico comprensivo di tutte le cose buone e belle riguardanti gli Stati e le società, in tutte le loro articolazioni, dalla famiglia, al partito, al sindacato, alle Chiese, alla comunità internazionale. Questa connotazione positiva era un rovesciamento di antiche convinzioni. Fino ad allora la democrazia era stata associata all'idea della massa senza valore, egoista, arrogante, faziosa, instabile e perciò facile preda dei demagoghi».

341. Cfr. F. DOSTOEVSKIJ, *Il Grande Inquisitore*, traduzione di S. Vitale, con l'aggiunta del saggio di G. COLOMBO, *Il peso della libertà*, Varese, 2010.

342. M. LA TORRE, *Giuristi cattivi cristiani*, cit., pp. 1350–1351.

sempre stata lastricata dei motivi di necessità adottati dai responsabili della sicurezza di una nazione³⁴³.

La soluzione suggerita da Dershowitz, tuttavia, non sembra essere risolutiva. In primo luogo, come già accennato, egli prevede una disciplina legislativa rigorosa che consenta di individuare il terrorista da torturare in base a criteri certi; in secondo luogo prevede che l'autorizzazione alla tortura venga emanata da un Giudice. In effetti, queste due proposte sembrano essere molto "garantiste", ma, a ben vedere, nascondono rilevanti insidie. Della prima si può dire come essa, di fatto, reintrodurrebbe un sistema di prove legali la cui potenzialità nei confronti dell'ordinamento del sistema di valutazione delle prove attuale potrebbe essere pari a quella espressa dall'istituto della *poena extraordinaria* nei confronti del sistema previgente (vedi *supra* § 3.6.). Quanto alla seconda, non si può evitare di notare come la previsione di una autorizzazione giudiziale non possa che trasformarsi in una finta garanzia, dal momento che trovandosi il Giudice a dover decidere nel giro di pochi giorni — o, addirittura, poche ore, come nel caso della *ticking bomb* — esso non possa certo garantire un giusto processo, decidendo in fine sulla base di valutazioni sommarie che, a quel punto, lo vincolerebbero anche in una successiva decisione definitiva sulla colpevolezza del "reo" — tanto più che c'è chi ha proposto di rendere valide in giudizio le confessioni estorte sotto tortura³⁴⁴, recuperando dalla storia il carattere della *giudiziarità* della *Quaestio* e, al contempo, negando, simulatamente, che la proposta *Rettungsfolter* possa appartenere alla categoria della *tortura giudiziaria* tradizionalmente intesa³⁴⁵, sulla lotta contro la quale si sono in parte formati gli stessi ordinamenti che con i tormenti oggi si vogliono difendere.

Ciò che ci ha insegnato il Langbein è che il "seme" *politico-filosofico* della lotta per l'abolizione della tortura poco avrebbe potuto (e può) fare se il "terreno" *giuridico* sul quale è stato innestato non ne avesse consentito la germogliatura.

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

343. A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., p. 145.

344. Cfr., sul punto, A. PROSPERI, *Le torture d'America*, cit., p. 19.

345. Sull'appartenenza dell'odierna tortura alla categoria della tortura giudiziaria vedi *supra* nota

Beccaria e di Verri; e dovremo prepararci a chiedere perdono agli antichi giudici della Santa Inquisizione se per un paio di secoli abbiamo dubitato di loro³⁴⁶.

Così abbiamo osservato come la reintroduzione della tortura non possa viaggiare separata da quegli istituti e da quelle circostanze che le sono proprie. Abbiamo già notato un “ritorno” al finto garantismo, al sistema delle prove legali, alla giudiziarietà–legalità–istituzionalità–autoritatività dei tormenti (vedi *supra* § I.I.), alla *straordinarietà* usata come valvola di ingresso per istituti altrimenti impresentabili come ordinari. E, ancora, si potrebbe osservare come l’uso di espressioni come *Rettungsfolter* o “tecniche di persuasione” rappresentino un ritorno alla *dissimulazione onesta* (vedi *supra* § 2.5); come l’elaborazione della vaga, eterogenea e, in ultima analisi, indistinguibile categoria dei “terroristi”³⁴⁷ lasci intendere un ritorno all’eresia e alla confusione tra reato e peccato (tanto più che non è raro, nel linguaggio comune, trovare confusi i termini “terrorista” e “musulmano”³⁴⁸); la giustificazione contemporanea della “sicurezza collettiva”, reinterpretata ed intesa come “primazia dell’interesse nazionale”, trovi un suo palese antenato nel concetto moderno (o “modernamente inteso”) di “ordine pubblico”, il che comporta il ritorno della *necessarietà* dei tormenti e della *presunzione di pericolosità sociale* riferita genericamente agli appartenenti ad una indeterminata categoria di soggetti³⁴⁹, rispetto ai quali non esiste rimedio più efficace della creazione di una macchina inquisitoria della *veritas*, inarrestabile, poco attenta alla distinzione tra *verità* e *verità processuale*; la deroga ai diritti umani e financo alla legge interna e, *praecipiter*, alle norme costituzionali presupponga un potere sovrano statale che si consideri *legibus solutus* e totalitario, in grado

346. A. PROSPERI, *Le torture d’america*, cit., p. 21.

347. A tal riguardo si porta ad esempio la legislazione anti–terrorismo del Canada che, come è stato notato, è stata oggetto di «critiche nella società civile e nella dottrina costituzionalistica» in quanto «non è sembrata sufficientemente specifica né tecnicamente corretta la definizione della fattispecie “terrorismo” (oltre che di “attività terroristica”), la quale sembra essere suscettibile di abbracciare ipotesi troppo distanti ed eterogenee» (A. DI MARIO, *Dracone e il meltin’ pot. Il Canada alla ricerca di un fine balance tra legislazione antiterrorismo e libertà religiosa*, in S. LORENZON, G. VACCARI, V. ZANETTI (a cura di), *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo. Atti del workshop. Ferrara, 26 settembre 2007*, Roma, 2008, pp. 222 e 223).

348. Si vedano al riguardo le interessanti riflessioni contenute in M. BELLAUTI (a cura di), *L’islam locale. Domanda di rappresentanza e problemi di rappresentazione*, Roma, 2007 e Z. SARDAR, M.W. DAVIES (a cura di), *Perché il mondo detesta l’America?*, trad. it., Milano, 2003.

349. F. RIMOLI, *Più sicuri più liberi*, cit., p. 120, nota come «la difesa della sicurezza collettiva è tornata a svolgere, già da tempo, il ruolo che tradizionalmente le hanno assegnato tutti i regimi autoritari, ossia quello di giustificazione della sempre più pervasiva ingerenza dei pubblici poteri nella sfera individuale di libertà dei singoli, sovente in forme note, talvolta in modi nuovi e più insidiosi. Sulla base dello scopo (dichiarato) della tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico, interno o internazionale, si rende in pratica proponibile all’opinione pubblica ciò che altrimenti non sarebbe comunque accettabile: sul piano delle libertà individuali, come su quello dei diritti, il risultato è una compressione sempre maggiore — e tanto subdola perché graduale — delle sfere di azione dei singoli».

di proiettarsi «come decisione esistenziale sull’*Ausnahmezustand*, il terribile stato d’eccezione nel quale tutti i leggeri legamenti dei materiali giuridici si consumano alla fiamma della discriminazione ultima tra amico e nemico»³⁵⁰, e che, magari, sia “incarnato” nella figura di un Presidente–*Princeps* il quale, «non essendo soggetto che al proprio giudizio in questioni così fondamentali come la pace e la guerra, e come la libertà e la dignità di cittadini stranieri, realizzerebbe una forma di governo degli uomini (di *un* uomo), e non già un governo delle leggi. È il dispotismo quello che infine qui tristemente si profila»³⁵¹.

Nella più recente storia della tortura, tuttavia, vediamo anche l’introduzione di pratiche nuove, inimmaginabili fino a non molto tempo fa. Ci riferiamo, in modo particolare, alle ricerche ed agli esperimenti svolti da Ewen Cameron negli anni ’50 e finanziati dalla CIA, volti ad ottenere, a traverso un uso sapiente dell’elettroshock, una *tabula rasa* nelle menti dei pazienti–torturati, grazie alla quale si sarebbe potuto «difare e cancellare le menti difettose, e poi ricostruire nuove personalità»³⁵² (grazie anche al supporto offerto dall’ascolto ripetitivo di «audiocassette “ricondizionanti”» che ricordano, inquietantemente, le tecniche di controllo sociale immaginate da A.L. HUXLEY nel suo *Il mondo nuovo*, da molti considerato una “opera gemella” dell’*orwelliana 1984*). Ebbene, a noi viene spontaneo pensare che queste ricerche fossero uno dei primi³⁵³, malriusciti, tentativi di architettare la *eliminazione del dissenso*, essendosi resa ormai palese l’inefficacia, a lungo termine, della mera *repressione* di quest’ultimo, e non è un caso che per il raggiungimento di questo scopo si sia ritenuto indispensabile il ricorso a forme di tortura.

Le tecniche studiate da Cameron, come risulta chiaramente dal già citato *Kubark*, sono state fatte proprie dalla CIA, che la ha adottate per condurre i propri interrogatori sia durante la Guerra Fredda, sia, da ultimo, nell’ambito della lotta al terrorismo *post 11 settembre 2001*, nella prigione militare di Guantanamo.

I precedenti di Guantanamo, in questo senso, sono assai significativi e meritano un’attenzione particolare, non solo da parte della scienza giuridica.

L’uso della tortura è in grado di innescare un travolgente effetto–domino

350. M. LA TORRE, *Giuristi cattivi cristiani*, cit., p. 1335.

351. Ivi, p. 1347.

352. N. KLEIN, *op. cit.*, pp. 37 e 34, opera al cui confronto, pp. 33 ss., si rimanda per una trattazione completa del problema.

353. Nota A. HUXLEY, *Ritorno al Mondo Nuovo*, in ID., *Il Mondo Nuovo. Ritorno al Mondo Nuovo*, trad. it. L. Gigli e L. Bianciardi, Milano, 2010, § *Lavaggio del cervello*, pp. 286 ss., che già in alcuni regimi d’ispirazione comunista si erano sperimentate pratiche riconducibili ad un intento eliminatorio del dissenso. Non a caso, l’A. sembra condividere con Orwell (vedi *supra* § 1.4.2) il pensiero secondo il quale «gli antichi dittatori caddero perché [...] non possedevano un sistema veramente efficace per la manipolazione dei cervelli» (ivi, § *Che fare?*, p. 340).

(o, come qualcuno l'ha chiamata, una *slippery slope*³⁵⁴): cedere ad esso, anche una sola volta, può essere bastevole ad introdurre nell'ordinamento una pratica fisiologicamente abusiva e dalla forte attrattiva³⁵⁵ come quella della tortura giudiziaria. Come ha scritto Stefano Rodotà,

la constatazione, per qualcuno rassegnata o cinica, di una pratica della tortura ancora diffusa nel mondo dovrebbe indurre a considerare la vicenda irakena non come una parentesi da chiudere frettolosamente, ma come l'impietosa rivelazione d'una verità che i democratici di tutto il mondo dovrebbero porre a base d'una azione quotidiana contro questa violenza estrema. Ora che abbiamo scoperto che la tortura non è solo cosa degli "altri", dobbiamo guardare più profondamente all'interno dei nostri paesi. L'exasperazione delle esigenze di sicurezza genera trasformazioni autoritarie del sistema di governo (come negli Stati Uniti) o crescita delle violenze poliziesche (com'è stato appena documentato in Francia). Non chiudiamo gli occhi di fronte a queste forme di violenza "minori", a queste meno palpabili mortificazioni di diritti individuali e collettivi. Le perversioni dei sistemi democratici cominciano sempre da lontano³⁵⁶.

Ciò che fino ad oggi si è scarsamente compreso è che la degenerazione autoritaria dell'ordinamento a seguito dell'utilizzo della tortura è una conseguenza *inevitabile*. Già qualche effetto può attualmente ravvisarsi negli ordinamenti democratici che l'hanno voluta sperimentare in nome di una supremazia della *sicurezza* rispetto alla *libertà*³⁵⁷.

Il dato che non si è colto, e che l'analisi storica della tortura giudiziaria dovrebbe aiutare a meglio comprendere, risiede nel fatto che la tortura è nient'altro che una sola faccia di un giano *trifronte*, i cui altri due termini sono costituiti dalla *veritas* e dalla *inquisitio* e la cui sintesi è rappresentata da un fondamentalismo di Stato che non può portare altrove se non all'intolleranza per l'eterodossia ed a una gestione totalitaria del potere.

Non basta predicare astrattamente la distinzione tra *veritas* e verità dei fatti, o rivendicare l'estraneità della tortura "democratica" rispetto a quella inquisitoriale affidando la prima ad organi diversi da quello giudiziario. La *veritas sta nella tortura*, ne è elemento ineliminabile perché non c'è altro tipo di verità che il tormento possa estrapolare. E la *veritas* presuppone una "inquisizione", poiché quest'ultima è la sola in grado di generare la prima. E inquisizione vuol dire, ineluttabilmente, ortodossia. Cioè il contrario della democrazia.

354. R. A. POSNER, *Torture, terrorism, and Interrogation*, in S. LEVINSON, *op. cit.*, p. 293.

355. Osserva G. SABATO, *Come provarlo? La scienza indaga sui diritti umani. Prefazione di Marcello Flores*, Roma-Bari, 2010, p. 147, nota come, sulla base di esperimenti scientifici, sia ormai appurata «l'inattesa capacità di persone comuni di divenire torturatori o di commettere altri generi di atrocità».

356. S. RODOTÀ, *Quei diritti violati ma irrinunciabili*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, pagina 36.

357. Cfr. S. CECCANTI, *op. cit.*

Da questa riflessione pensiamo di poter dare una prima — incompiuta — risposta al quesito da cui è scaturita la nostra ricerca (vedi *supra* § I.3.). Può la tortura operare, in situazioni di emergenza, *praeter constitutionem*?

A nostro avviso la risposta che deve darsi è negativa. La tortura, una volta introdotta in un ordinamento — sia pure circondata da limitazioni e dal carattere temporaneo, derogatorio ed eccezionale — reca in sé un germe che la rende *ontologicamente* incompatibile con qualunque ordinamento democratico e garantista. La tortura che, con una qualche approssimazione, abbiamo ritenuto di poter definire “di diritto pubblico” (vedi *supra* § I.4.), si configura come strumento che al fondo realizza un modo di condizionamento della persona e che, dunque, si traduce in un modo di esercizio del potere e di condizionamento delle coscienze.

Non può, in altri termini, pensarsi ad una tortura *praeter constitutionem*. La tortura, in quanto ontologicamente dotata di una carica contrapposta al fondo con i principî del costituzionalismo democratico, non può che tradursi in un istituto *contra constitutionem*, destinato a travolgere, una volta introdotto, gli stessi ordinamenti che intendessero accoglierla in vista della loro “salvezza”.

Giuliano Serges

