

## CONCETTI GIURIDICI E TORTURA USI ED ABUSI TEORICI\*

---

Massimo LA TORRE

*Professeur à l'Université de Catanzaro (Italie) et à l'Université de Hull (Royaume-Uni)*

**Résumé :** *Pendant des siècles la torture a fait partie de l'attirail (malheureusement pas seulement conceptuel) du juriste. Pourtant, il est très douteux que l'on puisse considérer la torture comme un concept juridique.*

I. Per secoli la tortura ha fatto parte dell'armamentario (purtroppo non solo concettuale) del giurista. In una procedura penale nella quale la prova vera e piena è considerata solo la confessione, a questa non si può veramente rinunciare, a questa si deve ricorrere, questa si deve ottenere. Con ogni mezzo possibile e legittimo. Così la tortura, che è diretta ad estorcere la confessione, diviene una sorta di accessorio principio del diritto della prova. A ciò si aggiunge una concezione del diritto e specialmente del diritto penale che è manifestazione di forza assoluta, nella quale dunque la violenza non ha bisogno di essere attenuata o addomesticata, ma solo, semmai, centralizzata ed istituzionalizzata, e si avrà la ragione profonda della permanenza del tormento nelle regioni in genere considerate astratte della pratica giuridica. Alla quale corrisponde una scienza o dottrina giuridica che di questa necessità di violenza e di forza radicale si fa ben interprete e, direi anche, complice. Così la tortura assume il rango e la dignità di “concetto giuridico”. La ritroviamo nei trattati di procedura penale, e di essa si tratta come si trattasse di una pratica anodina o di un concetto tecnico come il contratto. Ma si può proprio dire che la tortura sia o sia potuta essere un “concetto giuridico”?

II. Che cosa sia un “concetto giuridico” è cosa ardua e su cui si sono arrovellate le migliori menti della giurisprudenza europea. Quel che forse si può dire con una qualche certezza è che cosa siano tali concetti, quale ne sia la tipologia e la funzione. Possiamo identificare almeno quattro possibili e diffuse accezioni di concetto giuridico. Comincio con quella che è la sua teoria più “forte” e maggiormente foriera di conseguenze. È l'idea che i concetti giuridici siano delle “cose” del diritto”, “oggetti” con una certa conformazione (e pertanto anche capaci di malformazioni), insomma “essenze” dotate di specifici contenuti e principi o valori. Il diritto risulterebbe della somma di queste “essenze”, di queste “cose” che sono i concetti giuridici; le norme positive non farebbero che esplicitarli e dare loro forma autoritativa.

Ma il concetto non è ancora mai del tutto esplicitato nella norma positiva, di maniera che dal concetto possono trarsi ulteriori conseguenze normative che

---

\* Relazione presentata al Convegno “L'évolution et la révision des concepts juridiques” (Faculté de Droit, Université d'Aix-Marseille, Aix, 23 octobre 2014).

affianchino la lettera della legge e la stessa sistematica dei codici. È questa l'idea dell'"istituto giuridico" (il germanico "*Rechtsinstitut*") attorno al quale si costruisce la scienza giuridica continentale a partire dall'opera di Savigny e della pandettistica. Per questo il diritto è per l'appunto composto di "istituti giuridici", di *Rechtsinstitute*, che si derivano dalla sua storia e dalla sua tradizione dottrinarica, in particolare da quella del diritto romano. Lavorando sui materiali di questo (usando i giusti "reagenti") si possono "isolare" degli "elementi" fondamentali: la "chimica" è qui vista, più che come una metafora dell'opera dello "scienziato", come un vero e proprio modello metodologico.

Così che Jhering alla chimica più volte si riferisce per spiegare il lavoro della scienza giuridica. Questa ha il compito di trovare essenze non ulteriormente riducibili e questi sono i concetti giuridici di base, per l'appunto i *Rechtsinstitute*. Per esempio, tali sono considerati il "negozio giuridico", elemento più fondamentale del "contratto". Un "istituto giuridico" sarà per esempio ancora il "matrimonio", e questo, una volta definito in un certo modo, con certe caratteristiche essenziali, sarà in grado di guidare l'opera del giurista pratico. Un caso potrà essere risolto mediante il riferimento alle implicazioni materiali del concetto, ben al di là della lettera della legge. Non si argomenterà più moralmente o giusnaturalisticamente per principi, ma secondo il metodo della "scuola storica" e della pandettistica in modo apparentemente descrittivo facendo leva sui caratteri definitivi di un certo concetto, che non consentono certe conclusioni e che invece spingono verso certe altre. Per esempio, usando ancora il caso del matrimonio, se questo è definito come l'unione tra due soggetti di sesso diverso, ogni possibile decisione che ne ampli la circonferenza e l'applicazione in direzione della protezione degli interessi delle coppie omosessuali, sembrerà essere interdetto. E tale conclusione la si sostiene in maniera apparentemente neutrale, avalutativa, "scientifica", facendo appello alle "cose" come sono, agli "elementi" così come si danno, alla "natura" dell'"istituto".

Qualcosa di analogo si dà nel diritto penale con la teoria del "bene giuridico", entità che costituirebbe l'essenza della fattispecie del reato, e dalla quale si potrebbero trarre risposte pratiche per la decisione di casi concreti. Il "bene giuridico" si presenta così come una realtà, una "cosa", che precede la norma (e la stessa costituzione), e che è il criterio fondamentale di riferimento al fine di comprendere il senso e determinare la portata della fattispecie in questione. Il "bene giuridico" invero è più di un concetto; sarebbe ciò cui il concetto (la fattispecie, per esempio la "truffa") si riferisce per certi versi "a contrario".

Quasi specularmente contrapposta alla precedente idea dei concetti giuridici è quella che li vede come meri "presentation tools" (per usare l'espressione di Alf Ross), "strumenti di presentazione" di norme giuridiche positive. Domina qui l'antiessenzialismo, che talvolta giunge a riconfigurare i concetti giuridici come "essenza" come una sorta di oggetti di magia, di "unicorni", che si evocano sullo sfondo di convinzioni metafisiche forti o di superstizioni sull'esistenza di esseri soprasensibili, in un mondo dell'al di là normativo capace di interagire e plasmare la sfera empirica dell'al di qua. Non vi

saranno allora “diritti”, o “negozi giuridici”, o “matrimoni”, ma solo termini che essendo privi di riferimento o di referente empirico risultano invero sprovvisti di significato, “oggetti fittizi”. Se si vuole continuare a dare un senso ed una funzione a tali espressioni, questa consisterà nell’agire da collante tra fatti specifici e certe conseguenze normative nel mondo (obblighi fondamentalmente) imposti da norme di legge.

I concetti giuridici ci aiuterebbero allora a non dovere enumerare ogni volta, per ogni caso concreto, le fattispecie e le conseguenze normative rilevanti, ma ci si potrà più facilmente riferire per l’appunto ad una nozione che riassume tale fascio di fatti e conseguenze. I concetti giuridici pertanto non hanno vita o consistenza propria; dipendono invece del tutto dal materiale giuridico positivo. È quest’ultimo che li determina, e non viceversa come accade nel caso dei *Rechtsinstitute*.

Questa prospettiva riprende quella più tradizionale per la quale i concetti (come le regole) sarebbero tratti induttivamente, mediante generalizzazione, da una somma di casi concreti cui si ascrive un certo significato o senso. Poiché ad una serie di oggetti simili si applica una certa nozione, poniamo quella di “sedia”, dopo una certa ripetuta applicazione si deriverà per associazione ed analogia il concetto di “sedia”. Un po’ come si dedurrà una regola dal fatto che una certo comportamento venga adottato per una serie di casi che si reputano simili. Concetto e regola anche qui obbediscono ad un criterio di utilità, di comodità, o di riduzione di complessità dell’operazione ascrittiva.

Ma c’è ancora una terza possibilità, una diversa, alternativa prospettiva. Questa volta si ricorre all’idea wittgensteiniana di “idea di famiglia”. Qui non ci sono condizioni necessarie per l’applicazione del *definiens* al *definiendum*, o l’uso del concetto; si maneggiano solo condizioni presuntivamente sufficienti. Così che al massimo si può parlare di un amalgama o di un insieme più o meno omogeneo di proprietà, nessuna delle quali risulta veramente essenziale. Wittgenstein la applica innanzitutto alla nozione di gioco, di “game”, e poi Herbert Hart la usa contro, per l’appunto, la prospettiva essenzialistica, comune paradossalmente anche a parte del neo-empirismo logico che tende a fare delle condizioni di significanza delle condizioni di verità.

Quest’idea di “family likeness” è poi riformulata da Hilary Putnam come “cluster concept”, concetti che ricomprendono una serie disparata di proprietà. Abbandonare o lasciare perdere una serie numerosa di tali proprietà finirebbe per non darci più il significato del concetto, e tuttavia l’assenza di qualcuna di queste proprietà non ci impedirebbe necessariamente d’usare il concetto medesimo. D’altra parte, qui risulta oziosa la ricerca di quella proprietà che da sola o insieme ad altre sempre ed in ogni caso definirebbe i contorni del significato del concetto e del suo uso. Questo dunque viene per così dire emancipato dalla tutela essenzialistica, e il suo uso è liberalizzato e reso più generoso e più flessibile all’applicazione metaforica che è tanta parte del linguaggio naturale.

D’altra parte, qui si afferma anche che i concetti giuridici rilevanti sono quelli adoperati da chi agisce all’interno della pratica giuridica. Non si può allora operare su questi destrutturandoli e ricomponendoli secondo le preferenze di un

teorico che si pone dal punto di vista esterno e che pretende di possedere un piano o un modello di osservazione e di comprensione superiore (perché alternativo e contrapposto) a quello degli attori nel diritto. I concetti anche del teorico del diritto devono poter dar conto in maniera “caritatevole” e ermeneuticamente rispettosa dei concetti adoperati dagli operatori del diritto.

A quest’ultima concezione dei concetti si ricollega quell’altra che si rifà all’idea di “essentially contested concepts”. Si tratta qui in generale di concetti riconnessi ai fatti ed alle condotte sociali. Ciò si dà in particolare nell’ambito della politica del diritto. Se invero i “concetti fundamentalmente contestabili o controversi” sono stati rinvenuti nell’ambito del discorso politico, di essi poi si è estesa l’applicabilità anche al discorso giuridico. Si pensi alla nozione di “principio del diritto” adoperata da Ronald Dworkin. Si pensi cioè a concetti come “libertà” o ancora a “uguaglianza”. Qui Dworkin, com’è noto, distingue tra “concetto” e “concezione”. Il “concetto” è la nozione preinterpretativa, e controversa, del principio. Essa va precisata e deliberata in uno scontro-incontro di diverse dottrine o teorie che riempiano di contenuti quei principi. I “concetti” dunque rinviano a “concezioni”, e queste si danno non in termini meramente semantici, vale a dire mediante semplici operazioni linguistiche, ma richiedono l’esplicitazione dei valori che sorreggono e giustificano il contenuto che si vuole attribuire al “concetto”.

La manipolazione e l’uso dei concetti giuridici in una tale prospettiva non ci esime dallo sforzo e dalla necessità di esplicitare i valori in gioco. I concetti giuridici non possono adoperarsi secondo una metodologia naturalista, o semplicisticamente empirista, quella amata dal giuspositivista. Le carte devono essere scoperte e si deve intraprendere una schietta discussione e deliberazione normativa forte (morale e politica). “Matrimonio” pertanto è ancora solo un “concetto” che va riempito con la sua retrostante “concezione”, la quale si ottiene mediante una specifica teoria morale della convivenza o dell’amore tra due esseri umani. Non ci sono qui “essenze” a cui afferrarsi.

Da ultimo vi è un approccio ai concetti giuridici del tutto pragmatico, per cui questi sarebbero concetti del linguaggio ordinario, che però assumono una tecnicizzazione elevata tale da separarli dal loro sfondo di senso comune. Per esempio, si potrà allora dire che ciò che il senso comune ritiene essere tortura non lo è più nel recinto del diritto, semplicemente perché una legge o un documento giuridico positivo o una sentenza si riferisce alla tortura secondo certi parametri che risultano più restrittivi rispetto all’uso linguistico comune. Il riferimento al linguaggio ordinario è sbarrato dalla tecnicizzazione, e dalla retrostante positivizzazione giuridica cui è stato sottoposto quel certo termine.

**III.** Ora, è assai dubbio che si possa considerare la tortura un concetto giuridico in qualcuno dei quattro modi sopra elencati. È possibile forse che la si assuma come concetto giuridico nell’ultimo dei sensi visti sopra, come termine del linguaggio ordinario tecnicizzato. Ciò però è discutibile e probabilmente inesatto.

La tortura rimanda ad un’esperienza di senso comune che trova espressione nel linguaggio ordinario. Una sua tecnicizzazione potrebbe solo

voler rendere indipendente il diritto da quell'esperienza, e in tal maniera possibilmente permettergli delle "libertà" rispetto all'uso della tortura che l'evidenza ed il senso comune non gli consentirebbero. È, per esempio, ciò che accade nella ridefinizione di tortura come sofferenza diretta a danneggiare gravemente un organo del corpo umano ed a mettere a rischio di decesso il torturato, definizione, com'è noto, offerta nell'ormai famigerato *Memorandum* dell'OLC, l'*Office of Legal Counsel* dell'amministrazione governativa statunitense, del 1 agosto 2002, firmato Jay Bibee e redatto da John Yoo.

Comunque, è certo che si è di recente tentato di reintrodurre la tortura entro il recinto del diritto dalla quale era stata espulsa negli anni della *Sattelzeit* di Reinhard Koselleck, quelli in cui si afferma la cultura giuridica liberale e il diritto, specialmente quello penale, viene civilizzato, addomesticato, reso più o meno "mite", lontano dal fragore di ossa rotte e dai lamenti dei suppliziati che riempivano ancora le piazze e le carceri delle città europee fino alla soglia del Settecento. Il bando alla tortura sembrava fino a tempi recentissimi consolidato e solidissimo, e tuttavia negli ultimi anni sembra essersi allentato, o addirittura essere stato abrogato. Perché e come ciò sia avvenuto esula dallo spazio tematico di questo breve intervento.

Mi soffermo solo sulle strategie "giuridiche" della riammissione della tortura nel discorso sul diritto, e dunque sulla sua più o meno parziale riammissione nel novero dei concetti giuridici o delle fattispecie giuridicamente lecite.

La prima mossa mi pare essere quella che fa della tortura un concetto "limite", una pratica che s'impone là dove le leggi smettono di parlare: *ibi tormentum, ubi silent leges* – potrebbe dirsi con un latinetto. E qual è tale situazione? Ebbene, è quella da sempre evocata per il sovvertimento della legalità, lo stato di necessità. Per cui *ordo est ordinem non servare* – come scriveva a metà Seicento Friedrich von Spee in quel suo graffiante trattato, *Cautio criminalis*: "l'ordine consiste proprio nel non rispettare l'ordine"<sup>1</sup>. Ciò si ripete nell'apparentemente più civile secolo ventunesimo. E lo si fa con un artificio giuridico, adoperando quella che da Bobbio è stata definita la "norma giuridica esclusiva", una specie di regola di chiusura del sistema, per cui si traccia una frontiera netta tra ciò che è il "giuridico" e ciò che è il "non-giuridico", interpretando però quest'ultimo come l'"indifferente giuridico", e infine in quanto tale come lecito.

La frontiera può tracciarsi in vari modi. Ma ve ne sono due che si addicono particolarmente a quelle pratiche che risultano almeno a prima vista (moralmente) ripugnanti. Si tratta di determinare l'eccezionalità (e la mostruosità) della "situazione" o del "soggetto". Abbiamo così come ragioni per azionare la tagliola della "norma generale esclusiva", che ci solleva dal rispetto del diritto positivo, perché ci dice che qui il diritto positivo non vale, è "escluso", per l'appunto quella della (i) "situazione moralmente mostruosa", e quella del (ii) "mostro morale". Su entrambe si esercita in particolare la fantasia

---

<sup>1</sup> *Cautio criminalis*, trad. it. a cura di A. Foa, II. ed, Salerno editrice, Roma 2004, p.226.

dei filosofi morali di professione secondo modalità che fanno ben temere per l'integrità della loro professione.

Sono profusi ed abbondanti usi ed abusi di ingegnosità teorica e di cavillosità casuistica. Passiamone in rassegna qualcheduno. Paradigmatica per esempio è la seguente considerazione di Anthony Quinton, tra i primi negli anni Settanta dello scorso secolo a riaprire il vaso di pandora dentro il quale fino ad allora era stata rigettata e sigillata la legittimità della tortura:

*“I do not see on what basis anyone could argue that the prohibition of torture is an absolute moral principle [...] Consider a man caught planting a bomb in a large hospital, which no one dare touch for fear of setting it off. It was this kind of extreme situation I had in mind when I said earlier that I thought torture could be justifiable”.*

Oppure si ascolti quanto afferma il giudice Richard Posner, influente teorico del diritto americano: *“If the stakes are high enough, torture is permissible”*; *“No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility”*. Addirittura, per Richard Posner giudici, poliziotti e militari, oltreché politici, e uomini di Stato, per rimanere al loro posto, dovrebbero dunque fare una pubblica dichiarazione di approvazione morale della tortura. Anche Michael Walzer e Martha Nussbaum non si sottraggono al coro dei moralisti estimatori del tormento. Il primo: *“Yes, I would do whatever was necessary to extract information in the ticking bomb case”*; la seconda: *“I don't think any sensible moral position would deny that there might be some imaginable situation in which torture is justified”*. E in Italia fa loro eco un politologo Angelo Panebianco che si dice liberale:

*“Facciamo un'ipotesi, di fantasia ma non proprio del tutto implausibile. Immaginiamo che tra qualche mese venga fuori che l'Apocalisse dei cieli, il grande attentato destinato a oscurare persino gli attacchi dell'undici settembre, con migliaia e migliaia di vittime innocenti, sia stato sventato solo grazie alla confessione, estorta dai servizi segreti anglo-americani tramite tortura, di un jahadista coinvolto nel complotto, magari anche arrestato (sequestrato) illegalmente. Chi se la sentirebbe in Occidente di condannare quei torturatori?”.*

Dunque è la mostruosità morale (l'Apocalisse dei cieli”, come la definisce Angelo Panebianco) l'idea che serve a rinconcettualizzare la tortura come una specie di legittima difesa. Come si è detto, tale mostruosità morale viene articolata in due distinte situazioni: (i) quella del fatto considerato come tale fatto speciale o eccezionale, vale a dire la *situazione moralmente mostruosa*, e (ii) quella dell'autore per certi versi extraumano del fatto, di un soggetto nuovamente marcato dalla specialità o eccezionalità del suo carattere, vale a dire il *mostro morale*, se si vuole una riproposizione della “strega”. La prima situazione è quella che si evoca più di sovente, anche se non è mai veramente indipendente dalla seconda. Si consideri per esempio il seguente passaggio di uno scritto di Kenneth Himma, giusfilosofo statunitense:

*“Suppose that U.S. officials have as much evidence as anyone could have for believing that the following propositions are true. (1) There are ten hydrogen bombs hidden in*

*the ten most populous U. S. cities; (2) the bombs are powerful enough to decimate each city leaving no survivors and extensive radioactive fallout; (3) the bombs are set to go off in twenty-four hours; (4) it is not possible to evacuate any of the cities within twenty-four hours; (5) a conspirator in custody knows where each of the bombs are and will reveal this information quickly enough, if tortured, for officials to find and disarm each of the bombs; and (6) there is no other way to avoid having the bomb detonate”.*

In tale situazione eccezionale e moralmente mostruosa – continuerà Himma, giuspositivista “inclusivo” – la tortura perde il suo carattere odioso ed eticamente riprovevole ed anzi si rende moralmente dovuto l’uso del tormento.

Ora, nella situazione moralmente mostruosa non c’è norma o divieto morale che possa resistere, e nessun concetto giuridico che non possa rivedersi ed anzi mantenere i suoi specifici contorni. In tale situazione è la stessa moralità a crollare, e con essa però, si potrebbe affermare, la stessa giuridicità. Diritti, contratti, obblighi o beni giuridici non possono essere rivolti contro la sopravvivenza della comunità di cui sono espressione. La costituzione non può convertirsi in una specie di “patto suicida” (come ci ricorda, tra gli altri, John Finnis). Invero, la situazione morale mostruosa ci sospinge verso l’impensabile morale.

Ma proviamo a radicalizzare ancora la situazione moralmente mostruosa. Rendiamola da eccezionale normale, ordinaria. Supponiamo che il caso ella “ticking bomb”, della bomba in procinto di esplodere, si riproponga di continuo, che ogni giorno ne venga rinvenuta una nuova. A questo punto, se seguissimo le raccomandazioni di Himma, la tortura diverrebbe una sorta di fondamento dell’ordine giuridico, la *Grundnorm* del vivere sociale.

Continuamente esposti al pericolo imminente della “ticking bomb” dobbiamo continuamente torturare, e può torturarsi il colpevole e l’innocente, ché il colpevole potrebbe crollare, se non per la tortura esercitata su di lui, in ragione forse della sofferenza inflitta ad un innocente, ad una vecchia, ad un malato, ad un bimbo. Si potrà, e si dovrà infine, torturare chiunque. Qualunque cittadino sarà esposto al pericolo imminente della “tortura di salvamento” (*Rettungsfolter*, come la ha chiamata il giurista tedesco Winfried Brugger). Tutti saranno esposti al rischio della “ticking bomb”, ma anche, ripeto, alla possibilità di essere torturati, si tratti di vecchi o giovani, sani o malati, uomini o donne, ed anche di animali (perché no?). Ma potremmo accettare tutto ciò? Potremmo voler vivere così? La nostra “salus”, l’incolumità personale è ora veramente a salvo? Ed è veramente a salvo la società e la sua integrità?

L’altra situazione eccezionale è quella del mostro morale. Ascoltiamone una configurazione recente offerta da Uwe Steinhoff, uno studioso tedesco di filosofia morale.

*“If, for example, humanity would face the choice (maybe posed by some maniac) with the ultimate weapon or by an alien race, or what have you, between being exterminated or torturing one particularly bad man (let us say Idi Amin) for an hour or a day, it is far from clear why any person in his right mind – both intellectually and morally – should pray that humanity said ‘no to torture’. And what,*

*by the way, if the choice is between all human beings (that includes children) being tortured by the alien race or only one particularly bad man being tortured by some humans”*(corsivi miei).

Si noti che in questa raffigurazione ipotetica il soggetto da torturare è un *innocente*, per quanto cattivissimo e malvagio, in quanto il pericolo imminente da evitare mediante la tortura non gli è imputato né gli è altrimenti imputabile.

Oppure si legga quanto scrive in proposito dei mostri morali (qui i “malfattori” ai quali si imputa il pericolo imminente e gravissimo) un giurista statunitense, che si picca d’essere giusnaturalista, Michael Moore: *“Their lives and rights are worth less precisely because they are morally odious individuals deserving of punishment, even if we are not their rightful punishers and even if death or torture is their rightful punishment”*. Vi sono cioè degli individui la cui condotta o il cui stile di vita è così odioso e moralmente riprovevole che non meritano più di essere coperti o garantiti dal principio dell’uguaglianza della legge. Per essi la legge non può essere la stessa di quella che si applica al leale ed onesto cittadino.

Polinice si è rivoltato contro la città, ed è allora giusto che non meriti d’essere sepolto, checché Antigone possa dire di una legge universale uguale per tutti gli esseri umani. Dinanzi al mostro morale, oppure in un’altra versione al “nemico” (come ha sostenuto il penalista tedesco Günther Jakobs), non vale più l’uguaglianza della legge. Rispetto all’*“illegal alien combatant”* -- dirà l’amministrazione del Presidente statunitense George W. Bush -- le Convenzioni di Ginevra non hanno vigore alcuno, e dunque essi potranno essere lecitamente torturati.

Ma cos’è veramente un “mostro morale”? È ancora un essere umano? O è un essere sovraumano? Oppure è un animale privo di umanità? In questa scala, tra essere sovraumano, essere umano, ed essere infraumano, dove si colloca? È una bestia? E se rimane, nonostante tutto un essere umano, conserva pur sempre dei diritti e mantiene comunque una sua dignità? Lo si potrà ferire ed uccidere per legittima difesa, e forse anche lecitamente applicargli la pena capitale. Ma lo si può torturare? La nozione di tortura va rivista e riconcettualizzata in presenza del “mostro morale” -- questa è la tesi.

Qui ci si può utilmente riallacciare alla riflessione kantiana sul tema. Invero Kant non parla mai esplicitamente della tortura, della “quaestio”. Eppure vi sono almeno due passi assai significativi sul tema, che ritroviamo nella *Metafisica dei costumi*. Leggiamoli.

“Relativamente a quella parte della creazione che è animata, ma sprovvista di ragione, la violenza e nello stesso tempo la crudeltà con cui si trattano gli animali sono vieppiù intimamente contrarie al dovere dell’uomo verso se stesso, poiché così resta attutita nell’uomo la compassione che eccitano le loro sofferenze, e per conseguenza si indebolisce e si distrugge a poco a poco una disposizione naturale molto giovevole alla moralità dell’uomo nei suoi rapporti con i suoi simili. Noi abbiamo sì il diritto di ucciderli in modo rapido (procurando di non martirizzarli) o anche di sottometerli a un lavoro che non oltrepassi le loro forze (anche l’uomo deve sopportare una analoga necessità); ma gli esperimenti fisici torturanti che si fanno su di loro al solo scopo di

speculazione e quando si potrebbe raggiungere lo stesso fine con altri mezzi, sono cose che destano l'orrore"<sup>2</sup>.

Kant dunque innanzitutto esclude la tortura degli animali, come cosa che suscita l'orrore e indebolisce il senso di compassione così importante per nutrire ed attivare l'empatia che sta alla base della morale. Ma poi continua con una riflessione sulle pene crudeli che si applicano agli esseri umani.

“Io non posso rifiutare ogni rispetto al vizioso stesso come uomo, perché del rispetto dovutogli per la sua qualità di uomo egli comunque non può essere privato, sebbene con la sua condotta se ne renda indegno. Esistono, così, pene infamanti che degradano l'umanità stessa (come squartare un criminale, o farlo lacerare dai cani o tagliargli naso e orecchie), e le quali non soltanto, a causa di questa degradazione, sono per chi ne è colpito (il quale, come ognuno deve fare, pretende ancora al rispetto degli altri) più dolorose che la perdita dei beni e della vita, ma fanno inoltre arrossire lo spettatore d'appartenere ad una specie che si può trattare in tal modo”<sup>3</sup>.

Dal “combinato disposto” di questi due passaggi possiamo dedurre due tesi kantiane sulla tortura. (i) Non si possono torturare gli animali. (ii) Non si deve punire l'essere umano con una sanzione che sia anche una tortura. Ciò ha come corollario che gli esseri umani si possono punirsi, ma non gli animali (che non sono esseri umani), e che gli animali potrebbero torturarsi, laddove la tortura non sia una pena, una sanzione per un'infrazione della norma, ma non si deve farlo. E che infine gli esseri umani devono essere puniti, se infrangono le norme giuridiche, ma la loro pena non dev'essere anche una tortura. Ma se la pena, pur dovuta, non può essere una tortura, a maggior ragione non potrà applicarsi una tortura che non è concepita come pena, come sanzione di un crimine giuridicamente (processualmente) accertato. La posizione di Kant contro la tortura è dunque netta, anche se va ricavata dalle tue tesi enunciate nei passaggi sopra riportati, e non si ritrova espressa in maniera esplicita riguardo alla “quaestio” su cui, probabilmente per disgusto, il filosofo di Königsberg preferisce non spendere parole.

Le tesi kantiane d'altro lato si applicano immediatamente all'ipotesi del “mostro morale”. Posto che il mostro morale non sia un essere umano come soggetto autonomo, razionale e dotato di sensibilità, e dunque risulti simile ad un animale, non lo si potrà punire, giacché la pena presuppone la responsabilità per l'atto compiuto e questa la razionalità l'autonomia del soggetto colpevole. Ma lo si potrà allora almeno torturare? No, non lo si potrà, proprio perché è una “bestia”, ed è dunque un essere sensibile, capace di sofferenza e dunque possibile oggetto di compassione. Ma poi la tortura non è una pena anch'essa, ed una delle più crudeli? E non saremmo allora in presenza di diritto penale senza

<sup>2</sup> *Metafisica dei costumi*, trad. it. di G. Vidari riveduta da N. Merker, Laterza, Bari 1983, p.304-305.

<sup>3</sup> *ivi*, p.334-335

diritto, o senza processo, nel caso della tortura inflitta al “mostro morale” (il terrorista, il “combattente straniero illegale”)?

E se fosse il mostro morale ancora, nonostante tutto, un essere umano? La sua “mostruosità” in tal caso non gli toglie il carattere dell’ “umanità” e con questa il valore della dignità come un diritto fondamentale inalienabile perché universale (di tutti gli esseri umani come tali) ed universale perché inalienabile, che egli, il “mostro”, potrebbe giustamente comunque reclamare. Si potrebbe ancora dire che il “mostro” è un essere sovrumano, un “diavolo”, una sorta di essere eccezionale e negativo. Ma se fosse veramente così la tortura non potrebbe avere effetto su di lui. Se gliela applichiamo, è perché crediamo che sia come noi, fragile, debole, “umano”, capace d’essere piegato dal dolore e dalla sofferenza. E basterà osservarne le reazioni, i gemiti e le grida, sotto tortura, per non avere dubbi di sorta al riguardo.

Ma ritorniamo a considerare la “situazione morale mostruosa”. Qui la proposta, come si è visto, è quella di una regola generale esclusiva, per la quale l’eccezionalità della situazione ci libera dal diritto e dai suoi vincoli “normali” o “ordinari”. Alla “strega”, o al “terrorista”, all’ “illegal alien combatant”, non si applica la norma giuridica (qui essenzialmente le Convenzioni di Ginevra e il loro comune articolo 3 che fa divieto dell’uso della tortura). L’argomento dello stato d’eccezione in genere presuppone che, venuta meno l’applicabilità del diritto, della legge ordinaria, la necessità e l’eccezione si trovino dinanzi un vuoto normativo assoluto, il quale dunque giustifica il ricorso al decisionismo, ad una discrezionalità forte.

Questa tesi però tiene e cade con la validità della tesi giuspositivistica per la quale il diritto in quanto ragione o regola escludente o esclusiva disattiva una volta per tutte la vigenza della morale o di altri criteri di ragionevolezza pratica. Ma è la tesi del diritto come “ragione escludente” o dell’ordinamento giuridico perfettamente delimitato da una “regola generale esclusiva” plausibile e dà conto della prassi e dell’esperienza giuridica? Com’è possibile che il diritto si tenga da se stesso, che basti a se stesso, senza rinviare a regole extrapostive (come per empio quelle linguistiche o quelle della logica o anche quelle della ragionevolezza pratica)?

E perché, una volta disattivato il diritto dovremmo ripiombare nella discrezionalità di un decisore non vincolato da norme di giustizia, di una specie di “anarca” jüngeriano o schmittiano? Perché e come le “ragioni escludenti” (di cui si afferma si componga il diritto) disattiverebbero per sempre le “ragioni di primo grado”, le ragioni morali soprattutto, rispetto alle quali le norme giuridiche funzionano (o almeno così ci si dice) come “ragioni di secondo grado”?

Non si potrebbe invece ritenere che, venendo a mancare le ragioni di secondo grado (le norme del diritto positivo), le ragioni di primo grado (eminentemente le norme morali) riacquistino tutta la loro vigenza? Può dirsi e sostenersi che la “regola generale esclusiva” mantenga validità anche in presenza dell’eccezione, della situazione “mostruosa”? O che tutto ciò che rimane escluso da tale regola generale risulti lecito? E poi se l’eccezionalità, la “mostruosità”, della situazione che disattiva il diritto ordinario è qualificata in

termini morali (la “situazione morale mostruosa” o l’irruzione del “mostro morale”), perché la morale non dovrebbe, per così dire, riprendere la situazione stessa nelle proprie mani?

Friedrich von Spee, l’autore di *Cautio criminalis*, il libro che nel Seicento affronta e critica l’olocausto e il tormento delle “streghe” in Germania, si irrigidisce contro questa pretesa virtù disattivante e anomica della situazione eccezionale, compendiata nel principio per cui *qui ed ora* “ordo est ordinem non servare”. Anche nel caso di “*crimina excepta*”, di delitti eccezionali, non consegue immediatamente –scrive– “che sia lecito prescindere oltre che dal diritto anche dalla retta ragione”<sup>4</sup>. Pertanto alle “streghe”, al “mostro morale”, se non si applica il diritto ordinario, si andrà applicato il diritto naturale e per tali soggetti varrà comunque sempre la compassione.

“Non voglio negare – scrive – che si debba andare in soccorso dello Stato, ma senza entrare in contrasto con la ragione o con il diritto naturale e senza violare il sentimento universale della carità cristiana”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> *Cautio criminalis*, trad. it. a cura di Anna Foa, II ed., cit., p.228

<sup>5</sup> *ivi*, p.234.

